

"LAS DIVISIONES ROMANAS DEL IUS"

I) Las gentes

II) Los homines

IV) Los status

V) Los ius

— LAS DIVISIONES ROMANAS DEL IUS —

A Manolo del Río peregrino, conmigo, de las Españas.

ESQUEMA PREVIO

- I) Ius publicum; ius privatum.
- II) Ius gentium; ius civile; ius naturale.
- III) Ius honorarium.
- IV) Ius commune; ius singulare; privilegium.
- V) Ius scriptum; ius non scriptum.

I

Se ha dicho que la distinción “*ius publicum - ius privatum*” representa la “*summa divisio iuris*” de los romanos, y con notas marcadamente acusadas de originalidad.

No queremos indicar con esto que el criterio discriminador —quiera vagamente esbozado— no haya podido distinguirse en otros pueblos y en otras culturas. Lo que pasa es que la distinción se plantea en torno a otros conceptos en gran parte concomitantes con lo público y lo privado.

En Grecia, por ejemplo (1), aun sin hallarse un criterio clasificador de las reglas jurídicas en las dos ramas de lo público y lo privado, existe empero —como por PLATON, ARISTOTELES y POLIBIO, entre otros, conocemos— una distinción acusada entre las leyes constitutivas de la ciudad (*πολιτεία*) y las leyes ordinarias religiosas o civiles (*νομοί*), distinción que pervive en el Derecho Romano y bajo un signo —como más tarde hemos de ver— nuevo en muchos aspectos.

Es claro que tal distinción no puede surgir en las sociedades primitivas, en que el clan o el grupo familiar eran las únicas células sociales. Para que pueda concebirse la existencia de un derecho público —dice MONIER— es necesario situarse en una sociedad organizada en Estado (*civitas*) y en una época en que, a los grupos familiares, se haya superpuesto un organismo político destinado a regir toda una serie de clanes o familias (2).

Los textos fundamentales que pregonan la dicotomía, son el de las Instituciones justinianas (I. 1, 1, 4) y el de Ulpiano en el Digesto (D. 1, 1, 2) y ambos parecen demostrar, a la vez que sus paralelos (D. 1, 2, 2, 46 - D. 28, 1, 3), el carácter artificial y pedagógico de la misma (3).

Cuando predicamos este primer carácter, queremos indicar que la distinción no arranca —conforme diría MONTESQUIEU— de la propia naturaleza de las cosas, puesto que al fin y al cabo el Derecho es uno en toda la evolución de la Historia de Roma (4).

Esto es: el Derecho, que naturalmente es uno, práctica o artificialmente —sin perder su genuino y natural carácter por ello— gravita siempre en torno al individuo o al Estado, impregnándose por ello de un sentido bien distinto en uno o en otro caso.

Así, desde luego, lo ocurrido en Roma, bastante antes que el Derecho estableciera la ya tan fundamental dicotomía. Así en el viejo

Código decenviral, al consagrarse con el óleo de lo jurídico la voluntad libre del hombre, y en otras fuentes jurídicas extrajustinianas, e incluso en textos meramente literarios de autores latinos (5).

Nos interesa ahora, en primer término, analizar el texto de Ulpiano y ver los problemas críticos que en torno al mismo se han planteado:

“Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius triperitum et: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus” (D. 1, 1, 2).

La crítica interpolacionística ataca en primer término la autenticidad del texto en cuestión. Como ha puesto de manifiesto PEROZZI, las palabras “sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim” debieron de ser ajenas al texto primitivo de Ulpiano e introducidas previa interpolación (6). También PERNICE (7) ha demostrado la interpolación de la frase “huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum”, pero es el caso que si las palabras están interpoladas, el pensamiento que las une es de Ulpiano enteramente. Cuando habla de “positiones” —traducción exacta de la griega *τοποι*, tan empleada por los estoicos, sus maestros— no hace referencias a una división intrínseca y substancial del Derecho, sino a perspectivas o posiciones pedagógicas en orden a su estudio.

Por eso hemos ya indicado que la distinción en sí se nos presenta artificial y pedagógica en grado sumo, según lo revela el análisis de los textos legales que citamos, particularmente el que acabamos de indicar.

Lo que a nuestro modo de ver no puede sostenerse es el aserto defendido por DULCKEIT (8), llevando la crítica textual a unos límites realmente insospechados. Para este autor, el texto que se estima de Ulpiano no es debido, bajo ningún aspecto, al jurista en cuestión: no hay en él ninguna expresión auténtica atribuible al mismo. La distinción de ambos derechos por una razón estricta de utilidad, además de ser por entero gratuita, no es tampoco auténticamente romana.

Sabemos, en efecto, después de los estudios de STEINWENTER (9), que es a influjos del pensamiento filosófico griego, de la sofística griega, como un ignorado glosador del Bajo Imperio glosa el texto de Ulpiano en la forma siguiente: “sunt enim quaedam publice

utilia, quaedam privatim”, contraponiendo el interés del Estado al interés de los particulares, “consideración ésta inexacta y pueril —escribe D’ORS (10)— que ha tenido, sin embargo, una perniciosa influencia en la doctrina multiseular, la cual ha tendido a constituir lo que era distinción de objetivo en una verdadera distinción material de objeto”.

Tal vez esta referencia que a la utilidad se hace en el texto comentado se deba a la distinción entre cosas públicas y privadas, de tan capital importancia en el Derecho de Roma y en el sentir mismo de la literatura clásica. Como definió CICERON (11) “res ad communem utilitatem publicas appellamus”. Pues bien; esta relación a lo común o a lo particular, matizada de un claro sentido utilitario, es lo que individualiza al “ius civitatis” —“publica quoque iura, quae sunt propria civitatis atque imperii” (12)— y al “ius civile”, derechos de los ciudadanos dentro de la “civitas” romana.

Con esta exposición simple del “status quaestionis” en torno al texto de Ulpiano hemos procurado resumir en lo posible el actual estado de la ciencia romanística (13) en sus investigaciones críticas sobre el estado de pureza del texto.

Parece ser —aunque algunos autores, como SCHULZ (14) pretendan lo contrario— que la identificación del Derecho público con el “statum rei romanae” y las referencias precisas a su contenido: “publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit”, es lo único que se resiste a la crítica interpolacionística, lo único que puede señalarse como auténtico. Lo confirma el hecho de que el mismo Ulpiano en el Digesto hiciera referencia a los “officia”, “quae publica sunt” (D. 4, 5, 6) y en cambio en las Instituciones justinianas no se diga nada sobre ello, donde hubiera sido, indiscutiblemente, de mucho mayor interés.

¿Cuáles son, por otra parte, las razones internas que abonaron esta distinción capital?

Indiscutiblemente, la antigua dicotomía no se presenta en la Historia del Derecho Romano con caracteres de mero contraste sistemático. Ocurre precisamente todo lo contrario, puesto que, como demostraron prestigiosos autores (15), tal vez no exista institución alguna perteneciente al campo del derecho privado que no se corresponda con otra análoga de derecho público (16).

Ello se debe a que el Estado romano se nos presenta originariamente como el producto de una lucha entre organismos autónomos y sucesivos, a veces coexistentes (gens, familia, civitas), y cada cual do-

tado de su propio ordenamiento jurídico. Así se explica únicamente la tabla exacta de equivalencias, mantenidas primero en un paralelismo perfecto y que sólo llegan a una propia separación en una fase evolutiva relativamente moderna.

La familia, ese "principium urbis et quasi seminarium reipublicae" en frases de CICERON, comienza ya a perder sus típicas prerrogativas soberanas, a medida que se transforma en organismo de carácter ético; y no es éste el único hecho fundamental que debe ser señalado en este proceso evolutivo. En la época republicana, otras circunstancias especiales así lo determinan también: la concesión del "ius commercium" a los latinos e italianos, y, por otra parte, el hecho trascendental de la creación del derecho por el Pretor, con independencia absoluta de las Asambleas legislativas del pueblo.

De esta manera ha podido indicar BONFANTE que mientras la participación en la soberanía pública se hacía distinta de la capacidad de derecho privado, y éste, en sus partes esenciales, era transportado a una base más amplia, los fines éticos y económicos eran separados de los fines sociales y políticos que caracterizan el derecho público (17).

La razón de ser de la contraposición derecho público - derecho privado en las fuentes legales de Roma, ha suscitado una interesante y prolífica literatura. Para EHRLICH (18), al igual que para DULCKEIT (19), LOMBARDI (20), SILVIO ROMANO (21) y LUZZATO (22) la dicotomía surge de la oposición existente entre el Derecho creado por el "populus" y el Derecho creado por los particulares.

DE FRANCISCI (23) la explica por la contraposición inicial entre *lex* (norma emanada de la civitas) y el *ius* (creación de los organismos infraestatales) (24).

En España ALVARO D'ORS, para quien lo publicum no es sino lo común a todos los ciudadanos (vía pública, res publica, acciones populares, etc.), ha indicado recientemente que la verdadera clave de la distinción "está simplemente en el hecho de la publicidad. Es natural que lo público haya sido objeto de una *publicatio*... La distinción estriba así, de la manera más sencilla, en una diferencia formal del modo de producción" (25).

De esta manera planteado el problema, una cuestión subyacente y que hemos de abordar en seguida es la de considerar cuales sean los caracteres típicos, las notas individuantes de ambos derechos. Cuestión ésta que indiscutiblemente trasciende del alcance literal de los textos y que hincsa sus raíces en el propio campo de la filosofía jurídica. De aquí la imprecisión notoria y la vaguedad suma que presenta; de aquí

también la poca solidez de los fundamentos de tal división escolástica (26).

Si esto es evidente, no es menos cierto por otro lado que pueden ser encontrados —habida cuenta la distinta misión de la norma jurídica y su funcionalismo variable— diversos criterios distintivos que de una manera aproximada nos sirvan para caracterizar doblemente al derecho en esta posición dual de lo público y lo privado.

Señalamos, en este sentido, los siguientes fundamentos en:

A) *La cualidad distinta de los sujetos* (D. 1, 1, 2 - Inst. 1, 1, 4).

Tal criterio distintivo, que en los textos reseñados se conjuga con el del interés, abona precisamente esta distinción romana, habida cuenta que las relaciones de derecho público son aquellas que atañen al Estado mientras que los de derecho privado, por el contrario, afectan en primer término a los particulares.

Un análisis a fondo de tal criterio nos demuestra en seguida su carácter acusadamente relativo y variable, al depender de tantas contingencias históricas y de los imperativos inderogables del momento.

Y en efecto: hay instituciones que comenzaron siendo típicamente privatísticas, para pasar luego a engrosar el campo del derecho público. Análogamente pudiera afirmarse el principio contrario: instituciones que siendo "ab origine" públicas se desprenden poco a poco de tal carácter y acaban por convertirse en privadas.

B) *La utilidad o el interés tutelado* (D. 1, 1, 2 - Inst. 1, 1, 4).

Algo llevamos ya dicho acerca de este criterio de la "utilitas", cuando analizábamos la postura de DULCKEIT. El derecho público persigue, desde luego, la protección de un interés estatal, por utilizar una gráfica frase, acuñada por IHERING. El derecho privado, como en los textos se indica, pertenece "ad singulorum utilitatem"; tutela un interés de carácter particular, singular. Es el campo de la autonomía privada; del derecho que se llama dispositivo.

Estado, pues, se contrapone a individuo; el principio de la comunidad se enfrenta con el otro gran principio de la personalidad, y así ambos derechos —el público y el privado— contemplan campos de acción que se caracterizarán diversamente.

Tampoco nos parece el criterio de la "utilitas" muy rigurosamente exacto, antes al contrario, hay que convenir con DULCKEIT en su carácter impreciso y un tanto confuso.

Porque es un hecho evidente que leyes determinadas de gran interés estatal han sido promulgadas para tutelar el interés particular o privado, por lo cual siempre al apreciarse este criterio debemos considerar más que la "utilitas" en el sujeto paciente o "ad quem", en la "ratio legis" y en la intención del legislador (27).

C) *La inmutabilidad o mutabilidad de sus preceptos* (D. 2, 14, 38 - D. 27, 8, 1, 9 - D. 50, 17, 45, 1).

El derecho público, habida cuenta que tutela el interés del Estado, está muy por encima del simple arbitrio de los particulares, y por ello escapa de las facultades dispositivas de éstos, que no pueden derogarlo. La inmutabilidad es, por ello, un típico atributo del derecho público: "ius publicum privatorum pactis mutari non potest" (D. 2, 14, 38).

Ahora bien: cuando predicamos la inmutabilidad del derecho público reconocemos también que tal atributo no es siempre exclusivo suyo, en cuanto que dentro del ordenamiento jurídico romano existen normas de carácter privado inderogables: así en derecho sucesorio, es la regulación de la tutela, de la usucapión, etc.

La posibilidad de modificación o derogación, salvo excepciones, es —por el contrario— lo típico del derecho privado; lo que más abiertamente lo conceptúa.

Otro problema jurídico fundamental, y que no puede ser silenciado, es el de establecer el contenido y el ámbito de ambos derechos; el de averiguar cuáles sean las instituciones jurídicas típicamente públicas o privadas.

Una advertencia preliminar creemos necesario hacer. No es posible calibrar justamente el alcance y el sentido de un derecho histórico, como lo es el romano, sin situarnos comprensivamente cara al momento pasado en que ese derecho se desenvuelve. No pueden valorarse las instituciones jurídicas —que tuvieron su razón de ser y sus causas en etapas ya superadas— utilizando criterios ideológicos modernos o empleando una conciencia actual y, por ello, plena de parcialismos.

Cuando hablamos de "ius publicum" nos referimos no a nuestro moderno derecho público, sino al "ius publicum" tal y como lo concibieron los viejos juristas de Roma. Muchas instituciones que nosotros en la actualidad consideramos como típicamente privadas eran públicas en el Derecho Romano. Tal vez en la actualidad nos extraña mucho este criterio de los juristas de Roma, pero es un hecho que no puede

desconocerse nunca, y sobre él debe operar precisamente la investigación romanística.

Sería muy necesario que venciendo viejos prejuicios de escuela se considerara esta distinción romana dentro de sus límites exactos, sin desorbitarla —como se hace— y sin que nos mueva a extrañeza el hecho de no responder al sentir jurídico actual, nada unánime por otro lado, como lo prueba la enorme proliferación de doctrinas que surgen en torno a la concepción doble de ambos derechos.

Hemos indicado ya que no coincide el contenido romano del "ius publicum" con el de nuestro moderno derecho público (28). En Roma el derecho público tenía un alcance mucho más amplio que en la actualidad, y ello tanto es más cierto cuanto más nos acercamos a los orígenes de Roma. Es que —como destaca MANIGK (29)— todo el derecho participaba de un manifiesto carácter público, debido sobre todo a su originación acusadamente religiosa.

El derecho privado —siempre concebido en torno al principio fundamental de la autonomía— se reduce a límites muy reducidos en verdad. Tanto el derecho familiar romano como el sucesorio adquieren un carácter tan acusadamente político que no hay posibilidad alguna de enmarcarlos sino en el campo del derecho público. Igual pudiera decirse del derecho de personas, al menos en gran parte de su contenido.

¿Cuál es, por tanto, y resumiendo, el contenido de ambos derechos?

Lo diremos en dos palabras:

A) *El derecho privado*, protegiendo los intereses de los particulares ("singulorum utilitas") tiene que regular normalmente todo aquel conjunto de relaciones de Derecho —(el derecho privado, había dicho D'ORS (30), lo ve todo desde el ángulo visual de la relación, mientras que el derecho público lo contempla como sistema de situaciones)— todo aquel conjunto de relaciones de Derecho, íbamos a decir, en que tales intereses particulares se concrecionan. Es por ello por lo que su núcleo inconfundible está integrado por el derecho patrimonial y el obligacional.

B) *El derecho público* abarca, por exclusión, todo el derecho que no sea patrimonial ni obligacional. Regulará por ello todo lo que afecta al "status rei publicae romanae"; esto es: los principios constitutivos del Estado romano; su estructuración; su funcionamiento; la división de competencia entre sus diversos órganos, las relaciones que manten-

ga en cuanto ente soberano con sus súbditos o bien con los demás miembros de la comunidad internacional.

Junto a ello, y como ya hemos dicho, regulará también las relaciones familiares y sucesorias y gran parte de las personales que ahora, en la actualidad, se conceptúan como propias del Derecho privado.

II

Otra división del Derecho Romano, ésta tricotómica (“*ius gentium*; *ius civile*; *ius naturale*”), no surge en realidad, como autores prestigiosos han demostrado, hasta la época postclásica, en que aparece claramente manifiesta en Ulpiano: D. 1, 1, 1-3 (31).

Anteriormente, en el Derecho Romano clásico, la división se plantea únicamente en torno a los conceptos del “*ius gentium*” y del “*ius civile*”, tal vez porque el “*ius naturale*” estaba confundido con el propio derecho de gentes. Habría de llegarse a una época posterior, como decimos, para que fuera factible distinguir ambos derechos, a la vez que calificar a determinadas instituciones jurídicas —fijémonos, por ejemplo, en el caso de la esclavitud (D. 1, 5, 4, 1)— no obstante ser de derecho de gentes, como contrarias a los principios de la razón natural.

1) *Ius gentium*.

Un texto fundamental de Gayo (1, 1) nos hace comprender el sentido exacto de la clásica dicotomía *ius gentium* - *ius civile*: “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*” (32).

De esta diferenciación gayana se deduce, por tanto, que mientras el “*ius civile*” está integrado por aquel complejo de normas jurídicas que tienen validez para los miembros de una determinada ciudad, en especial la romana, el “*ius gentium*”, por el contrario, está formado por aquellos principios e instituciones jurídicas que los romanos tenían de común con los otros pueblos conocidos y que por ello se fundamentan, no en peculiaridades y matices típicamente distintivos, sino en la “*naturalis ratio*”, en los principios mismos de la razón natural (33). Por eso precisamente hemos hablado de la confusión entre el “*ius gentium*” y el “*ius naturale*” en esta época clásica del Derecho de Roma.

Pues bien, ¿cuál es —planteado así esquemáticamente el problema— la doctrina romana del “*ius gentium*”? ¿Cuál es su histórica genealogía y cuál es también su contenido? (34).

Las dificultades que inmediatamente nos van a salir al paso provienen más que nada del hecho de que en él se implican, en un concepto que aspira a ser doctrinal, determinadas concreciones jurídico-positivas, productos de evidentes acaeceres históricos. Todo es claro, en efecto, si se considera que el derecho de gentes se deduce de los diversos ordenamientos jurídicos de pueblos que entraron bien pronto en contacto con Roma, y ello mediante un procedimiento típico de abstracción: buscando lo común en la abigarrada masa de principios que utilizan los pueblos en sus relaciones de derecho; tratando de buscar aquello que “*apud omnes populos peraeque custoditur*”; aquello que “*omnes gentes utuntur*”, en una palabra.

Se presenta de este modo el “*ius gentium*” como un “*commune omnium hominum ius*”, especie de derecho positivo vigente, y no un derecho extraño a la mentalidad jurídica romana, ni importado de otros países. Derecho que es —repetimos— a manera del *substratum* jurídico común a todos aquellos pueblos mediterráneos, que mantuvieron contacto directo con Roma, especialmente notorio en la esfera comercial.

En el año 512, “*ab urbe condita*”, se crea en Roma un Tribunal propio para dilucidar las diferencias que surgieran entre peregrinos y entre peregrinos y ciudadanos romanos. Si el “*pretor urbanus*” estaba obligado en su actuación a aplicar las normas estrictas del “*ius civile*”, el “*pretor peregrinus*”, por el contrario, no quedaba vinculado por ninguna normación: procedía siempre con total independencia, de la manera que estimase más conveniente y justa.

Es muy lógico que siendo extranjeros (peregrinos) los que concurrían a su Tribunal, habida cuenta por otra parte del interés de Roma en favorecer la afluencia del capital y del trabajo peregrinos, aplique el pretor las normas e instituciones típicas de estos (35). Es más: incluso en las controversias surgidas entre ciudadanos romanos, siempre que se desarrollaran ante dicho Tribunal, tendrían también aplicación efectiva las nacientes normas del “*ius gentium*”.

El principio de la personalidad es, por tanto, el que explica lógicamente la aparición de este derecho de gentes como algo opuesto a las normas propias del “*ius civile*” (36). Tal principio no podía lógicamente persistir a medida que la influencia expansional de Roma se acentúa cada vez más en el Mediterráneo, motivada por el creciente tráfico comercial, que determina a su vez la necesidad de hallar una

fórmula conciliatoria entre el primitivo criterio personalista romano, que excluía a los extranjeros de la tutela jurídica, y el principio opuesto de la territorialidad.

Como muy certeramente expone ARANGIO RUIZ (37) el no romano en sus relaciones comerciales con el súbdito de Roma no se ligaba sino por nuevas situaciones de hecho, sin protección jurídica alguna. Solamente en un principio, y mediante la clientela, podía el extranjero presentar sus reclamaciones indirectamente ante el Magistrado de Roma.

Pero esta situación de hecho tenía necesariamente que ser resuelta, y entonces quedan sólo estas dos posibilidades:

a) o establecer una categoría neta de criterios con arreglo a los cuales el Magistrado —en presencia de una relación jurídico-comercial entre extranjero y ciudadano romano— aplícase al primero las normas del “ius civile” o las suyas propias, lo cual iría en contra, como es lógico, de los principios que regían la ordenación jurídica originaria romana; o bien, por el contrario,

b) el Magistrado debía formar un complejo de normas, distintas tanto del “ius civile” como del derecho propio del peregrino, con arreglo a las cuales resolver la cuestión litigiosa.

Una solución del primer tipo —tal y como la Historia de Roma nos enseña— es la de celebrar tratados comerciales con distintas ciudades extranjeras: p. ej. los realizados con Cartago y con Marsella. La solución más perfecta, acorde en todo con el tipo segundo que acabamos de exponer, es precisamente la de crear el Tribunal del Pretor peregrino, ante el cual se desarrollarían los juicios llamados *recupratorios*.

Este derecho de gentes positivo que el Magistrado de Roma aplicaba, no debe confundirse con el concepto filosófico jurídico que resplandece en la definición gayana transcrita (38). Un concepto filosófico del “ius gentium”, es cierto, ha de venir caracterizado justamente por su unitariedad. El Derecho de gentes es unitario, dice LOMBARDI, a través de los siglos de la experiencia de Roma, por eso de que se trata de un “*complesso di norme e di istituti sentiti presenti presso tutti i popoli civili*” (39).

Mal podría uno imaginarse lo contrario, toda vez que hemos comprendido ya su histórico proceso de originación y su entronque preciso en la “*naturalis ratio*”. En esta noción filosófica unitaria del “ius gentium” encontramos los dos siguientes elementos empíricos, que no podemos por menos de señalar:

1º) la protección jurídica del extranjero;

2º) la “*fides*”, como fundamento adecuado de tal tutela de derecho.

Ellos motivan la aparición y dan razón de ser a esta nueva realidad jurídica romana, de tan profundo y práctico significado a la vez, realidad jurídica que proviniendo del “*ius dicere*” del magistrado, de esa facultad de estatuir derecho que corresponde al pretor peregrino, encuentra en éste su fuente inmediata de originación.

De este modo quedan indicados, muy generalmente, los problemas fundamentales en torno al concepto romano del “ius gentium”. Si ahora, para terminar, quisiéramos poner de manifiesto sus instituciones típicas tendríamos, en efecto, que parar mientes sobre todo —como lo hace muy bien MITTEIS (40)— en el campo de los derechos patrimoniales, y muy poco en el de sucesiones y en el de familia.

En efecto: casi todas las instituciones del “ius gentium” aparecen derivadas del tráfico comercial. Contratos consensuales como la compraventa, el arrendamiento y el mandato; contratos reales como el mutuo, la prenda, el precario, el depósito y la permuta; la misma tradición; la repetición en caso de enriquecimiento injusto, etc., son instituciones que surgieron al amparo del “ius gentium” y que luego más tarde pasaron a integrar el acervo propio del “ius civile” (41).

Frente al formalismo típico de este derecho civil romano, el “ius gentium” insufla en el sistema jurídico de Roma principios más flexibles y elásticos, más en consonancia con la constante movilidad del tráfico y de la vida social. Normas sencillas, sin complicaciones técnicas, esquemáticas y elementales, son instrumental idóneo para que en sus manos el Pretor intente la revuelta contra una concepción herméutica y exclusivista de lo jurídico (42).

Es por ello por lo que dentro del proceso de evolución del Derecho Romano el “ius gentium” se nos presenta, en contraposición manifiesta al “ius civile”, como un elemento realmente dinámico, progresivo e innovador (43).

A diferencia del “ius civile” —viene a decir VON MAYR— se caracteriza por el hecho de admitir como sujeto de derechos a todo hombre libre y como objeto de derecho a todo objeto comerciable. Lo decisivo para él no es la palabra sino la intención, por cuya razón renuncia a las formalidades, toma por norma la exención de firmas en los negocios jurídicos y opone a la inflexibilidad del antiguo derecho —“*rigor iuris*”— el principio de la equidad —“*aequitas*”— y de la buena fe en el comercio jurídico (44).

Este derecho de gentes, así entendido, pervive en Roma hasta el final de la evolución de su derecho; hasta la época justiniana, precisamente, en que al borrarse la diferenciación entre los súbditos libres del Imperio (puesto que todos gozan ya de la condición de ciudadanos) la distinción ésta, desde un punto de vista práctico, cae completamente por su base y ya no conserva sino una importancia meramente teórica.

2) *Ius civile*.

Ciertamente el concepto romano del "ius civile" no se caracteriza por notas típicamente uniformes, antes bien ocurre lo contrario. De esta manera se hace, en rigor de verdad, extremadamente difícil hallar un concepto esencial y único del mismo, por lo cual tradicionalmente se puso en relación con los conceptos de "ius gentium" o "ius praetorium", pensándose con acierto que tal vez —aquilatando sus contrastes recíprocos— sería más fácil hallar las notas esenciales definitorias (45).

El "ius civile", como afirma Gayo en el texto anteriormente citado, no es sino el derecho que crea cada pueblo para su uso peculiar y exclusivo ("quod quisque populus ipse sibi ius constituit"); esto es: el derecho positivo propio de Roma, frente al derecho de las otras ciudades, sin excluir, incluso, a las latinas (46).

De este modo se contraponen el "ius civile" al derecho de gentes, y de esta manera se perfila también —"via exclusionis"— como algo que "neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit" (D. 1, 1, 6), aunque —como es lógico— hayan de establecerse también las naturales y oportunas reservas, derivadas sobre todo del hecho evidente de existir implicadas en el "ius gentium" partes del derecho civil, por necesidades lógicas de originación.

Se ha venido afirmando reiteradamente que el "ius civile" era para los romanos, de modo indistinto, público y privado, según los casos, y que no tenía con el derecho civil más que una comunidad de nombre.

En realidad, a nuestro modo de ver, el concepto de "ius civile" está en conexión íntima con el "ius privatum", tal y como se pone de manifiesto en el texto ulpiano: "privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus" (D. 1, 1, 2).

Tal división tripartita del derecho privado se apoya, a juicio de

SAVIGNY, en la hipótesis siguiente: "Hubo un tiempo en que las relaciones mutuas de los hombres no eran distintas de las de los animales, como la unión de los sexos, la propagación y el mantenimiento y educación de la prole. Vino después una segunda época en la cual el Estado, la esclavitud, la propiedad privada y las obligaciones fueron uniformemente establecidas entre los hombres, y finalmente modificaciones introducidas en el derecho general y algunas en instituciones determinadas, formaron en cada nación un derecho particular y propio" (47).

No es que intentemos ahora justificar "a posteriori" la razón íntima de esta tricotomía, que por otra parte no la necesita, puesto que ahí queda en los textos. Lo único que nos interesa hacer constar es que, si el derecho civil ha de reflejar un concepto unitario, éste necesariamente ha de obtenerse en torno a la idea del derecho privado. Por razones harto fáciles de comprender, y que ya hemos analizado en otra parte, las normas que rigen la "civitas" se caracterizan distintamente respecto a las que regulan la actividad jurídica de los ciudadanos (cives).

Siempre el derecho civil romano se nos presenta como algo distinto del "ius civitatis", de aquel derecho regulador de la organización jurídica de la ciudad. Todos los grandes juristas de Roma se ocupan casi exclusivamente del derecho privado: con sólo abrir el Digesto podemos comprobarlo inmediatamente. De ahí el reproche de CICERON cuando les echaba en cara a los mismos que abandonasen el "ius civitatis" para estudiar a fondo el "ius civile" (48).

Por otro lado, abundantes textos literarios de la época recogen la contraposición del "ius civile", comprensivo de todo el derecho privado, y del "ius publicum". A la vez que se hace mención expresa de su contenido (regulación del estado de las personas y determinación de la pertenencia de los bienes) y se señala su fin (mantenimiento de la "aequabilitas" entre los ciudadanos) (49).

Según tesis mantenida por EHRLICH, el sentido primitivo de "ius civile" fue sólo el restringido que indica POMPONIO —"sola prudentium interpretatione" (D. 1, 2, 2, 12)— oponiéndose al derecho positivo contenido en las leyes (50), en el sistema de las "legis actiones", en los plebiscitos, en los edictos de los Magistrados, en los senadoconsultos o en las Constituciones de los príncipes (51).

Sin perjuicio de volver más tarde sobre el mismo tema, cuando hablemos del derecho pretorio, nos interesa dejar constancia en este momento que en el texto de POMPONIO en cuestión lo que encon-

tramos es, más que esa tajante oposición de que habla EHRlich, una denominación originariamente genérica —(el género no puede ser otro que el “*ius civitatis*”)— que a título excepcional se aplica a una de las especies dentro del mismo género comprendida.

Este es el sentido en que se expresa también PAPINIANO cuando, en un texto fundamental, nos habla de que “*ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*” (D. 1, 1, 7).

3) *Ius naturale*.

Es el tercer miembro de la división tricotómica del derecho, que formulábamos de acuerdo con determinados textos legales postclásicos (52).

Ya incidentalmente advertíamos también que esta distinción tripartita no responde al sentir verdadero del Derecho romano clásico, como demostraron PEROZZI y ALBERTARIO (53) y como comprobó también certeramente SIBER (54) en sus magistrales investigaciones sobre el concepto de la obligación natural.

No vamos a hablar ahora —pues ello escaparía sensiblemente de la finalidad propuesta— de la originación filosófica del concepto “*ius naturale*”, tan sobradamente conocida (55).

Lo único que nos interesa destacar, empero, es que el concepto “*ius naturale*” —siempre de carácter incuestionablemente filosófico— adquiere una amplitud tan extraña, un carácter tan confuso (dentro de él se confunden necesidades biológicas, propias del hombre y de los animales, con normas claramente jurídicas), que se nos antoja por completo improcedente su admisión. Esto es lo que ocurre con el texto tan citado de Ulpiano (D. 1, 1, 1, 3):

“*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mare nascuntur avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feram etiam istius iuris peritia censerit*”.

Más acertado que éste es el concepto que del “*ius naturale*” da el jurisconsulto romano PAULO: “*quod semper bonum et aequum est*” (D. 1, 1, 11), al considerarlo como una especie de derecho ideal, meta superior a la cual debe tender todo derecho que se diga positivo.

Se afirma de este modo y se define por su sentido de trascen-

dencia, a la vez que apunta su valor deontológico efectivo. Derecho substancialmente perfecto —ante el cual los hombres son todos iguales: de ahí la repulsa de la esclavitud— se destaca también por los caracteres inmediatos de inmutabilidad y universalidad, presentándose, de esta manera, como un derecho incuestionablemente superior a las otras categorías, a las que informa y presta su razón de ser y de actuar.

Bien es cierto que para el Derecho Romano clásico —según hemos dicho ya— el “*ius naturale*” y el “*ius gentium*” se confunden (56), mas, a nuestro modo de pensar, ello no implica inconveniente alguno para creer que, no obstante esta identificación en los textos, la realidad jurídica romana demuestra que no todo el derecho natural es derecho de gentes y que en todo caso —y tal vez de aquí provenga la confusión— es el “*ius naturale*” el que dota al de gentes de su fundamento.

III

Si la contraposición entre el “*ius civile*” y el “*ius gentium*” se basa en especial en la naturaleza y esencia de las normas, la contraposición entre el “*ius civile*” y el “*ius honorarium*” viene determinada por las fuentes del Derecho (57).

El Derecho honorario o pretorio, en efecto, es el que tiene por fuente la actividad jurisdiccional del Magistrado (Inst. 1, 2, 7). El primero —“*ius civile*”— provenía directamente de las leyes y costumbres, y se desarrollaba merced a la obra de interpretación de los jurisconsultos; el segundo —“*ius honorarium*”— se fundamentaba, por el contrario, en la autoridad de los edictos (58).

Al exponer anteriormente el concepto romano del “*ius gentium*” destacábamos la misión correctora que al Derecho de gentes correspondía en el propio Derecho civil, al acomodarlo a los nuevos tiempos y necesidades.

Pues bien: el Derecho pretorio es tal vez el instrumento más caracterizado para esta gran labor, aunque —como dice DE FRANCISCI (59)— es de todo punto inexacto sostener que las esferas del “*ius gentium*” y del “*ius honorarium*” coincidan, ya que el edicto contiene instituciones pretorias que al principio sólo se aplicaban a los ciudadanos, al revés que el “*ius gentium*”, de aplicación extensiva incluso a los extranjeros (60).

La actividad del Magistrado en la producción del Derecho pretorio es suficientemente conocida (61). Fundamentada en el “*imperium*”, solamente encontraba limitación en la propia ley. “Su poder de

iurisdictio obligaba —dice URSICINO ALVAREZ (62)— no sólo a los ciudadanos, sino también a los extranjeros, y aun quizás a estos con mayor intensidad que a aquellos, por cuanto no podían invocar las restricciones que al poder del pretor impusiera la ley romana. De este modo, las controversias jurídicas planteadas ante él, y especialmente ante el “praetor peregrinus”, dieron ocasión a que por su conducto se fueran infiltrando en el Derecho civil romano normas del Derecho de gentes”.

La facultad que al Magistrado romano correspondía en el conceder o denegar las acciones le abrían un extenso campo de posibilidades, un amplio poder discrecional, pero no cabe duda que, en esta aplicación del “ius civile” a las diferencias surgidas entre ciudadanos, el pretor se limitaba a una elástica utilización de las “legis acciones”: era “viva vox iuris civilis”, según había dicho MARCIANO (D. 1, 1, 8). No tenía, en principio, función alguna creadora. No podía hacer propietario al que no lo era, ni heredero al que no tenía tal cualidad —“praetor heredes facere non potest” (Gayo 3, 32)— pero sí en cambio podía proteger al no propietario como si lo fuese, y al revés, podía negar la protección a un propietario, cuando así lo demandasen razones poderosas de equidad y de justicia.

Este derecho pretorio va evolucionando conjuntamente con la facultad discrecional del Pretor y así gana en importancia, sobre todo, a partir del período formulario y más concretamente después de la Lex Aebutia, que como sabemos da carácter civil al procedimiento “per formulas” (63).

De esta manera, frente al antiguo “ius civile”, el Pretor va creando un sistema jurídico independiente del mismo, “ius honorarium”, con una misión típicamente definida, según PAPINIANO nos indica (D. 1, 1, 7, 1): “Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia” (64).

El procedimiento a emplear no es otro que el de los Edictos, comunicación del Magistrado anunciando al pueblo cuál es el criterio con el que atenderá la administración del “officium iurisdictionis” (D. 1, 2, 2, 10). A través del Edictum, precisamente, se manifestará el “ius praetorium” en esa continua renovación de que hablamos. Las reglas jurídicas insertas formalmente en él, no son otra cosa que máximas de la práctica jurídica procesal de ese mismo Magistrado, aunque substancialmente sean verdaderas fuentes o normas creadoras de derecho, toda vez que tienden a reconocer relaciones jurídicas entre los particulares.

Al mismo tiempo, el Edicto debe considerarse a manera de auto-

limitación de las facultades del Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional.

De este modo, conforme hemos dicho, el Derecho pretorio termina integrando frente al Derecho civil un sistema jurídico completo, con notas diferenciadoras (65) no sólo en razón de las fuentes de uno y otro, sino también por el contenido de sus normas, por la eficacia de sus preceptos y por el modo de operar.

Estos dos ordenamientos jurídicos que, paralelamente, reglamentan la vida social romana, observan entre sí una actitud diferente.

El “ius civile”, seguro de su prioridad, finge ignorar oficialmente la existencia del “ius honorarium” o “praetorium”. Este, sin embargo, va logrando infiltrarse en el campo del derecho civil, a través de una de las fuentes de éste: la costumbre, o bien por medio de una paulatina recepción de sus instituciones (66).

El Derecho honorario o pretorio, por el contrario, no puede ignorar al civil, pues —como se desprende de la clásica diferenciación papiniana— más bien lo presupone. Pero, a pesar de todo ello, estos dos ordenamientos o sistemas, que así discurren por separado, han de aplicarse por un mismo Magistrado, el Pretor, el cual se encargará de atenuar en la práctica del derecho, tan notorias diferencias. Y así precisamente se va originando una recíproca e intensa corriente de transfusión entre estas dos grandes divisiones.

Ello no se producirá de una manera fulminante y radical, sino por una continuada desvalorización de la dicotomía, a la par que por un paulatino y contrario proceso de integración. El Derecho civil va poco a poco aminorando sus exigencias formalistas, y esto tiende a la aproximación consecuente de ambos derechos. Si el Edicto de Salvio Juliano cristaliza el “ius honorarium vel praetorium”, no debe pensarse por tal motivo en una recepción de ese derecho en la esfera del “ius civile” aunque, desde luego, surja una relación de Derecho público, hasta entonces inexistente, con el Magistrado encargado de aplicar sus normas (67).

Todavía en la época de la jurisprudencia clásica se mantiene la distinción no sólo entre los dos sistemas, sino entre las instituciones de ambos (68), si bien puede percibirse una acentuadísima y progresiva tendencia a la coordinación, no siempre, empero, lograda en la práctica.

En la fase postclásica del Derecho Romano —ni que decir tiene— se va operando más y más esta integración, y en la práctica occidental del siglo IV, al propio tiempo que en las Escuelas orientales, “ius civile” y “ius praetorium” tienden a fusionarse en un único sistema de

derecho positivo romano. Sin embargo, incluso en el propio Derecho justiniano van a quedar restos de esta diversificación originaria.

IV

Entre los conceptos del Derecho positivo romano, y sin que ello constituya una división neta del mismo, nos hemos de referir ahora a la triple clasificación de "ius commune, ius singulare, privilegium" (69).

No existe en los textos legales romanos definición alguna del "ius commune". Su concepto se ha deducido de la práctica llevada a cabo por la jurisprudencia y, de otra parte, en contraposición lógica al concepto de "ius singulare". Como muy certeramente ha destacado ORESTANO (70), ambas nociones deben considerarse de todo punto independientes, si bien la una es función de la otra. No hay posibilidad de determinar la existencia del "ius singulare" sin la concepción previa de un "ius commune", y viceversa.

Sabido es que las normas jurídicas se formulan con pretensiones de generalidad. Pues bien, en la antítesis apuntada, el "ius commune" viene precisamente caracterizado como aquel derecho que rige una totalidad abstracta de personas y relaciones, de tal forma que generalmente llega a coincidir con el núcleo normativo del "ius civile".

El "ius singulare", por el contrario, se presenta como un complejo de normas particulares, introducido en el sistema por obra de la jurisprudencia, del Pretor o de las Constituciones imperiales, con el carácter de novedad frente a la tradición jurídica del Derecho común. ¿Por qué?

El Derecho común es, como hemos visto, la regla general. Pero a veces, habida cuenta las especiales situaciones que pueden darse, el aplicar la norma jurídica sería una injusticia notoria, ya que la regla de derecho —por su propia naturaleza— no puede plegarse en cualquier momento a todos los supuestos que se dan en la vida jurídica, variables como son, pudiéramos decir, hasta el infinito.

De aquí precisamente que, frente a la regla general, existan reglas particulares o excepcionales encargadas de cumplir tal misión. El "ius singulare" no es por ello sino la regla excepcional o particular, surgida frente al "ius commune".

La definición que del "ius singulare" nos deja el jurista romano PAULO es la siguiente: "Ius singulare est quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritatem constituentium introduc-

tum est" (D. 1, 3, 16). Si el "tenorem rationis" viene a significar para los jurisconsultos de Roma ese criterio general, igualitario de las normas del "ius commune", la "utilitas", por el contrario, hace referencias precisas a la razón de justicia de la norma singular, sin que —como dice BONFANTE (71)— el hecho de ponerla de manifiesto vaya a significar que sea el exclusivo fundamento del "ius singulare". "Es que —escribe el romanista italiano— la especial utilidad que ha inducido la excepción a los principios, se observa naturalmente con sentido más vivo e inmediato" (72).

Los derechos singulares se denominan con frecuencia, en las fuentes legales romanas, beneficios ("beneficia legis"). Así, por ej., entre otros: el "beneficium inventarii", el "beneficium excusionis", el "beneficium competentiae", etc.

Por el primero se derogaba aquella regla general que establecía la responsabilidad del heredero por las obligaciones del difunto "ultra vires hereditatis" ("ius commune"), cuando hiciera un inventario de los bienes de éste con las requeridas formalidades. En virtud del mismo no respondía de las deudas que sobrepasaran del importe de los bienes inventariados, como sabemos.

El "beneficium excusionis" no era sino una derogación de aquel principio general que establecía cómo el acreedor puede reclamar un crédito de cualquiera que se encuentre obligado a pagarle. En virtud de tal beneficio, para proceder contra el fiador hay previamente que establecer la reclamación contra el deudor principal.

Por el "beneficium competentiae" sufría una derogación aquella disposición general en cuya virtud el deudor quedaba obligado frente al acreedor con todos sus bienes, ya que se le permitía detraer lo necesario para su subsistencia —("in id quod facere possunt")— y ello aunque la deuda no se hubiera liquidado totalmente.

No debemos confundir, por otra parte, el "ius singulare" con el "privilegium".

El significado originario de "privilegium" —("lex in privos lata")— no era sino el de norma no conforme en absoluto con la "aequitas", esto es: aquella disposición dictada en perjuicio de una determinada persona, sobre todo —como dice ARANGIO RUIZ— en el sentido de la aplicación contra alguien de una pena no prevista por la ley anterior, o de nombrar un tribunal para que juzgue hechos cometidos en un tiempo pasado en el que no constituían figuras delictivas (73).

Estos privilegios, análogos a los que después se denominarían odiosos, se dictaban en principio contra alguien y, tal vez por esta razón, la misma ley de las XII Tablas los prohibía expresamente: "privilegia ne inrogantur" (74).

Lo cierto es que en una época posterior —(ya en el lenguaje de los juristas clásicos es fácil comprobarlo)— la palabra "privilegium" pasa a ser sinónima de "ius singulare", en cuanto norma constituida en beneficio de clases determinadas o de grupos de personas: así, por ej., se habla de "privilegium" a propósito del "testamentum militis".

Es claro que en el terreno de la práctica muchos veces se hace difícil el distinguir el "beneficium" del "privilegium", como certeramente ha visto BONFANTE (75) al analizar el supuesto del testamento militar.

V

En los textos jurídicos romanos no se establece la distinción entre "ius scriptum" y "ius non scriptum" (76) atendiendo a la circunstancia —como a primera vista pudiera parecer— de que las normas de derecho existen o no por escrito, sino que, al contrario, se funda en la consideración del origen de los principios jurídicos.

Integran el "ius scriptum" todas las reglas jurídicas derivadas de la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y las responsa de los jurisconsultos, estuviesen o no fijadas materialmente por escrito (Inst. 1, 2, 3).

Por el contrario, el "ius non scriptum" es el debido a la costumbre, en consideración al largo uso (Inst. 1, 2, 9), así como todas aquellas normas nacidas de la "interpretatio" de los juristas primitivos de Roma (77).

NOTAS

1. FEDERICO DE CASTRO: "Derecho Civil de España. Parte general". Vol I. Valladolid, 1942, pág. 53.
2. MONIER: "Manuel élémentaire de Droit Romain". I. París, 1947, pág. 7.
3. Vid. UGO CELI, en S.D.H.I., 1938, pág. 76, el cual viene a sostener el carácter no natural de la distinción cuando afirma la imposibilidad de existencia del "ius publicum" en la Monarquía, que sólo puede surgir cuando el pueblo substituye al Rey como titular de las relaciones estatales. - Crítica de PEREZ LEÑERO: "Sobre la distinción romana entre ius publicum y ius privatum", en Información jurídica, núm. 73, junio 1949, pág. 880.
4. Vid. TITO LIVIO, III, 34, cuando refiriéndose a las XII Tablas decía: "qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publico privatique est iuris".
5. Vid. U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. Madrid, 1944, pág. 206-207.
6. "Istituzioni di Diritto Romano", Vol. I, 1928, pág. 86.
7. "Parerga", IX, pág. 61, n. 1. - Vid. también Z. S. S. 19, pág. 140. n. 1.
8. "Oeffentliches und Privatrecht in röm. Recht", en Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1935, pág. 277 ss.
9. "Utilitas publica, utilitas singulorum", en Festschrift Koschaker, I, pág. 84 ss.
10. "De la 'lex privata' al Derecho privado y al Derecho civil". Boletim de Faculdade de Direito. Coimbra, vol. 25 (1949), pág. 38.
11. Pro Sextio, 42, 91.
12. De orat. I. 46.
13. Adviértase que el estudio en cuestión, que hoy se publica, recoge sólo la doctrina hasta 1950. De entonces acá poco es lo que ha podido adelantarse en la interpretación del texto ulpiano.
14. "Prinzipien des röm. Recht". 1934, pág. 19. n. 34.
15. Vid. D'EUFEMIA: "Il diritto privato e il diritto pubblico". Nápoles, 1912. - BONFANTE: "La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato". Scritti giur., tomo IV. Roma, 1925. - Cfr. PAOLI: "L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica". Riv. dir. comm. 1935, pág. 35 ss.
16. Vid. PEREZ LEÑERO: cit. pág. 886 ss.
17. "La progressiva diversificazione..." cit. pág. 28 ss.
18. "Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen", I (1902), págs. 1 y ss.
19. "Oeffentliches und Privatrecht..." cit. pág. 277 ss.
20. "Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone", en Rend. Ist. Lomb. 72, 2 (1938-1939), pág. 465.
21. "La distinzione fra ius publicum e ius privatum nella giurisprudenza romana". Studi Santi Romano, IV (1946), pág. 159.
22. "La organizzazione preciviche e lo Stato", 1948, págs. 35 ss.
23. "Idee vecchie e nuove in torno alla formazione del Diritto Romano". Scritti Ferrini, I (1947). Pág. 211 ss.
24. Doctrina semejante es la de GROSSO: "Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto Romano", 1948, pág. 84 ss., para quien la gens y la familia serían las organizaciones inferiores creadoras del "ius privatum".

25. "De la 'lex privata'...", cit. pág. 32.
26. Agudamente observaba D'ORS (Presupuestos críticos... cit. pág. 17): "Si queremos mirar el problema desde el punto de vista objetivo de la Filosofía, comprenderemos que la esencia lógica y la naturaleza sociológica de la norma jurídica es siempre la misma. El Estado es presupuesto necesario para cualquier norma jurídica, y sería pueril creer que el Estado tiene más interés por las normas fiscales, por el ejemplo, que por las leyes de la contratación o de las sucesiones. Antes bien, es algo universalmente reconocido que el mantenimiento del Derecho civil es la base necesaria para la buena marcha del Estado, pues éste antes se descompondrá si las leyes del arrendamiento o del matrimonio fueren infringidas, que si no son respetadas las normas, pongamos por caso, del sufragio".
27. Así PEREZ LEÑERO: art. cit. pág. 905.
28. Ad. exempl. D. 38, 1, 42 - D. 26, 1, 8 - D. 39, 2, 18, 1.
29. "Privatautonomie", en Festschrift Koschaker, 1939, I, pág. 266.
30. "De la 'lex privata'..." cit. pág. 41.
31. Así PEROZZI: "Istituzioni di Diritto Romano" I, 1906, pág. 66, núm. 1 y pág. 73, núm. 3, al reconocer la huella de los compiladores en la definición ulpiana del "ius naturale". Así, entre otros, BESELER: "Beiträge", 1913, tomo III, pág. 131; ALBERTARIO: Rend. Ist. Lomb., I, 57 (1924) pág. 168; ERICH-HANS KADEN: Z. S. S., 1930, pág. 627; D'ORS: "Presupuestos...", pág. 82 ss. En contra, además de los citados por U. ALVAREZ: "Horizonte...", pág. 215, SENN: "De la justice et du droit", París, 1927, pág. 66, núm. 1; MICOLIER: "Pécule et capacité patrimoniale", Lyon, 1932, pág. 597; KAMPHUISEN: "L'influence de la philosophie sur la conception du droit", 1932, pág. 389-412.
32. Vid. análogamente: Inst. 1, 2, 1; D. 1, 1, 9; D. 41, 1, pr.
33. Sobre la "naturalis ratio", apuntando las opiniones de CUQ, BONFANTE y KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, véase MONIER, "Manuel" cit. I, 1947, pág. 5, y n. 4.
34. La bibliografía es copiosa. Entresacamos: PACHIONI: "Manual de Derecho Romano". Trad. española. Valladolid, 1942, I, pág. 20. KARLOWA: "Röm. Rechtsgesch", I, pág. 451 ss. PERNICE: Z. S. S., 20 (18993, pág. 138 ss.; FERRINI: "Manuale di Pandette", 1908, p. 6; WEISS: "Ius gentium" en PAULY-WISSOWA, X, 1918; LAURIA: "Ius gentium" en Fest. Koschaker, 1939, I, pág. 258-265, distinguiendo entre el "Ius gentium" positivo —complejo de normas jurídicas con vigencia en varios pueblos— y el "ius gentium abstracto", derecho que la "naturalis ratio" dicta a todos los hombres. Cfr. también DE MARTINO: "Variazioni post-classiche del concetto romano di ius gentium" (Annali della Fac. di Giur. della Univ. di Bari, VI, 1945); LOMBARDI: "Ricerche in tema di ius gentium". Roma, 1946 y "Sul concetto di ius gentium". Roma, 1947. FREZZA: "Ius gentium", en Nuova Rivista di diritto commerciale" 2º vol., Pisa, 1949.
35. PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 21.
36. Vid. SCHÖNBAUER: "Studien zum Personatität Prinzip in antiken Rechten." Z. S. S. 1929, pág. 367 ss. BETTI: "La creazione del diritto nella iurisdicito

- del pretore romano". Studi Chioventa, 1927, pág. 101 ss.; DE FRANCISCI: "Storia del Diritto Romano", II (1929), pág. 229.
37. "Historia del Derecho Romano". Madrid, 1943, pág. 173 ss.
38. Así HERNANDEZ TEJERO: "Historia e Instituciones de Derecho Romano". Madrid, 1949, pág. 37.
39. "Concetto..." cit. pág. 355-356.
40. "Röm. Privatrecht, cit. I, págs. 63 y 64.
41. U. ALVAREZ: "Derecho Romano", pág. 64 ss.
42. Como dice FREZZA: art. cit. pág. 39: "L'ius gentium é dunque in Roma... non solo il diritto dei rapporti internazionali, tutelati della fides; ma anche ad un tempo il diritto del bonum et aequum". Así es como, precisamente, se explica su misión destacada en la labor creadora de una nueva conciencia jurídica.
34. Este es el sentido de "ius gentium" más comúnmente empleado por las fuentes, y no aquel otro concepto vago, próximo a la idea de un Derecho Natural, insinuado por el texto gayano y que aparece anteriormente en los griegos: en ISOCRATES (Aeginet. Or. XIX par. 50 y Or. II, par. 24) y ARISTOTELES (Eth. ad. Nic. 5, 10; Reth. 1, 13). Más bien se trata, como dice BRUNS, de una parte del Derecho Romano mismo; el conjunto de aquellas instituciones jurídicas romanas que coincidían con el derecho de los demás pueblos antiguos (BRUNS Y LENEL: "Geschichte und Quellen des römischen Rechts". En Holtz. Enzykl. der Rechtswiss. I, Leipzig, 1915, pág. 327 ss.)
44. "Historia del Derecho Romano". Trad. española. Tomo I. Barcelona, 1926, págs. 335-336).
45. Así en los textos legales romanos no aparece, conforme decimos, con un carácter delimitado. Vid. "Vocabularium iurisprudentiae romanae, iussu instituti Savigniani compositum", Berlín, 1903, I, pág. 750, donde se hallan recogidos. Es conveniente utilizar también las fuentes literarias, especialmente las ciceronianas: De leg. 1, 5, 17; 1, 7, 23; 1, 6, 18; Top. 2, 9. De re pub. 3, 10, 17. Pro cae. 96, 98, 98. De orat. 1, 26; 1, 42; 1, 46. De off. 3, 69 etc. Vid. COSTA: "Cicerone giureconsulto", I, Bologna, 1927, pág. 25.
46. En este sentido el ius civile de los romanos en la antigüedad, o "ius quiritium", se contrapone no tan sólo al derecho de las ciudades griegas y etruscas sino también al de las latinas, que hasta el 338 a. C. habían formado con Roma una Confederación o liga latina, basada en el "foedus Cassianum" y que luego, al disolverse la misma, fueron incorporadas por Roma o celebraron con ella nuevos tratados de alianza, conservando, formalmente al menos, su plena soberanía, y por lo tanto también su "ius civile" y sus tribunaes. Estas ciudades latinas después de la guerra social conquistan la soberanía romana (leges Julia et Plautia Papiria del 90 y 89 a. C.) y a consecuencia de este hecho su derecho civil es substituído por el derecho civil romano. (PACCHIONI: op. cit. I, pág. 18).
47. "Sistema del Derecho Romano Actual". Trad. esp., Madrid, sin fecha, I, pág. 396.
48. De leg. 14, 14.
49. Vid. CICERON: De orat. 1, 46. De leg. 1, 4, 14. Indican el contenido y el fin