



## DE LOS LÍMITES DEL DERECHO (IUS) Y DE LA LEY \*

---

*Theo Mayer-Maly*

En la literatura romanística de los últimos decenios, ha tenido lugar una interesante discusión científica, que, sin embargo, no ha encontrado por parte de muchos romanistas la atención que merece. Simplificando, podría formularse con la siguiente pregunta: los juristas romanos, los pensadores del derecho de la Antigüedad ¿eran positivistas o iusnaturalistas?

Como la mayoría de las cuestiones sencillas, también ésta ha sido formulada de modo inexacto. De los fragmentos de Gayo, Ulpiano y Paulo del título 1, 1 del Digesto se desprende que los textos más importantes referidos a la doctrina jurídica general estaban impregnados de un fuerte sentido iusnaturalista; pero esto todavía nada dice acerca de la relación práctica que los juristas romanos mantuvieron entre el derecho positivo vigente, por un lado, y los enunciados iusnaturalistas de su doctrina jurídica general, por otro.

Las opiniones opuestas a que acabo de referirme tienen por defensores dos excelentes juristas: el internacionalista y filósofo del derecho austríaco Alfred Verdross y el romanista alemán Dieter Nörr. En una etapa de su vida en que tanto su actividad docente como investigadora se vieron considerablemente obs-

\* Conferencia pronunciada con ocasión del Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

taculizadas –me refiero a la época de dominación nacional-socialista en Austria, entre 1938 y 1945–, Verdroß huyó de la miseria de aquellos días refugiándose en la filosofía del derecho de la Antigüedad. Fruto de su aislamiento es su libro, desgraciadamente agotado y desconocido fuera de Austria, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, publicado por la editorial Springer, en Viena, el año 1946. En ese libro, refiriéndose al *Protágoras* de Platón (cap. 24, 337c), Verdroß menciona a un contemporáneo de Sócrates, Hippias de Élida, como fundador de una doctrina iusnaturalista, de corte panhelenista, que excluía, por tanto, a los bárbaros.

Sin embargo, es precisamente también en Hippias de Élida en quien se apoya el colega muniqués Dieter Nörr –en su valioso libro *Rechtskritik in der römischen Antike* (editado por la Academia bávara de las Ciencias, 1974)– para fundamentar un "positivismo jurídico de la Antigüedad", que Nörr considera muy extendido. Las aportaciones de Nörr han influido en Klami, que subtitula su escrito *Sacerdotes Iustitiae* "Observaciones acerca del origen del positivismo jurídico romano". De los recensionistas de Nörr, han sido sobre todo Honsell y Waldstein quienes han rechazado la admisión de un positivismo legal en la Antigüedad.

¿Cómo es posible –podemos preguntarnos– que dos prestigiosos estudiosos –Alfred Verdroß y Dieter Nörr– hayan tomado a un único y mismo filósofo como punto de partida del positivismo y del iusnaturalismo, respectivamente? Una explicación superficial no resultaría difícil: Verdroß se habría apoyado exclusivamente en el *Protágoras* platónico, en tanto Nörr, sin olvidarse de éste, habría centrado su atención principalmente en un diálogo entre Sócrates e Hippias, del que nos informa Jenofonte (*Memorabilia* 4, 4, 18).

En el diálogo platónico, Hippias afirma que los que se encontraban presentes ante él eran familiares, conciudadanos y parientes por naturaleza, y no por ley, ya que las cosas son semejantes por naturaleza. Sin embargo, la ley –ese tirano del hombre–

fuerza, en ocasiones, las cosas en contra de la naturaleza. En efecto, no se puede ser un buen positivista legal y ver en la ley un tirano del hombre.

Jenofonte expresa su deseo de reproducir un diálogo entre Sócrates e Hipias acerca de lo justo. En él, es en boca de Sócrates, y no de Hipias, donde aparece la afirmación de que lo legal es lo justo. Además, sería precisamente Hipias el que habría opuesto a Sócrates la objeción de que la ley no puede considerarse como una cosa demasiado seria, puesto que es a menudo modificada por los mismos que la promulgaron.

El hecho de que, en verdad, no podamos conocer la posición de Hipias no procede tan sólo de la diferencia de fuentes y de la intensidad de su consideración. Aquel sofista se jactaba, en efecto, de que nunca decía dos veces lo mismo sobre la misma cosa, a lo que Sócrates replicó que él, en cambio, había dicho siempre lo mismo sobre la misma cosa. Si partimos de las *Memorabilia* de Jenofonte, el pretendido positivismo legal de la Antigüedad tendría su origen más en Sócrates que en Hipias.

En realidad, los autores antiguos planteaban la cuestión de un modo diferente al que hoy emplean los participantes en esta discusión entre iusnaturalistas y positivistas. La cuestión sobre si la pretensión de validez y de cumplimiento de una proposición como norma legal depende de su formulación según unas reglas formales o si han de plantearse también exigencias en cuanto al contenido de la proposición, no fue formulada en la Antigüedad. Las preguntas que se hacían los antiguos eran la de cómo lo justo podía ser conocido y la de si las leyes eran acaso la fuente de conocimiento más excelente.

Aunque tanto de los comentarios de Cicerón como de nuestras fuentes jurídicas se desprende de forma inequívoca la inadmisión de la posición positivista –por lo que Verdroß se aproxima a lo cierto mucho más que Nörr– quisiera formular a continuación esta cuestión desde otra perspectiva, dando prioridad a un nuevo planteamiento. Gracias al programa de ordenador de Linz sobre

fuentes del Derecho Romano, me ha sido posible, sin demasiado esfuerzo, recorrer todos los textos en los que aparece la palabra *ius* o expresiones emparentadas con ella. El resultado de la revisión ha sido que, de una gran cantidad de textos, sin mayores pretensiones teóricas, se confirma que los juristas romanos estaban firmemente convencidos de que el derecho no podía regularlo todo arbitrariamente, sino que existían barreras –límites– contra las que forzosamente se podía chocar. Hoy me gustaría hablarles precisamente de dos de estos límites: la naturaleza y los hechos.

En el título del Digesto sobre las *regulae iuris*, nos encontramos con la siguiente sentencia de Celso (D. 50, 17, 188, 1): *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*.

Por la Palingenesia de Lenel sabemos que Celso estaba tratando de cuestiones sobre la interpretación del testamento. En el *principium* señala que las disposiciones que se contradicen (por ejemplo, un legado de los mismos esclavos tanto a A como a B) no pueden ser válidas. En este contexto, se encuentra el criterio de que ninguna ley puede autorizar lo que es contrario a la *natura rerum*. Cerami, en su libro sobre la definición celsiana de *ius*, mantiene la hipótesis de que, desde el punto de vista de los compiladores justinianos, el texto expresaría la subordinación del derecho positivo al derecho natural. Pero no se trata de eso. El fragmento no alude en absoluto al derecho natural como un orden de rango superior, sino a la naturaleza de las cosas. Esta categoría no era desconocida para los juristas romanos, como traté de demostrar en mi contribución a los *Studi Volterra* (II, p. 113). Lo que sucede es que los romanos no la incorporaron a una metodología, como se hace hoy en día. La sentencia de Celso dice sencillamente que ninguna *lex* puede autorizar algo que se oponga a la naturaleza de las cosas. Es posible que con la palabra *lex* no se estuviera aludiendo aquí a una ley pública, sino a una disposición testamentaria, como *lex dicta*.



La naturaleza como límite del derecho nos la encontramos también en Pomponio, *ad Sabinum*-D 50, 17, 8: *Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*. Como se deduce de Pomponio, D. 38, 8, 5, la regla se refiere a las consecuencias de un cambio de status personal (*capitis deminutio*) en la sucesión abintestato. Quien por *emancipatio* salía de la patria potestad no podía ser llamado en el llamamiento pretorio *unde legitimi*. Sin embargo, como era pariente por cognación, debía ser llamado en el llamamiento *unde cognati*. Pomponio opinaba al respecto que no competía al *ius civile* establecer quién había de ser considerado cognado.

Sobre las diferencias entre la *capitis deminutio* en la agnación y en la cognación trata también un texto de las Instituciones de Gayo (1, 158) y su correspondiente, aunque con algunas variantes, de las Instituciones de Justiniano (1, 15, 3). Salta a la vista que Gayo formula la impotencia de la *civilis ratio* frente a los *naturalia iura* con mayor rotundidad que Justiniano. No es cierto que, como afirma Vandenberg en *Mélanges Wubbe*, el texto de Justiniano sólo contenga, frente al de Gayo, un "fairly irrelevant change of the last word". De modo diferente a Gayo, en Justiniano encontramos antes de "*perimitur*" un "*plerumque*" que lo suaviza. También son atenuantes las palabras de Justiniano "*omnibus modis*" antes de "*commutatur*", y "*utique*" como última palabra.

Que la *civilis ratio* no puede anular los derechos naturales, lo dice también Gayo en un fragmento del libro cuarto *ad edictum provinciale*, que conocemos por D. 4, 5, 8. Emplea prácticamente las mismas palabras que en las Instituciones: *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*. Este texto trata también de las consecuencias de una *capitis deminutio*. Las obligaciones para una *praestatio naturalis*, como la devolución de la dote, no deben verse afectadas por un cambio de status. Para Gayo era decisivo que la *actio rei uxoriae* se refería a aquello que es *bonum et aequum*.

Volvemos a encontrar en Gayo la naturaleza como límite del derecho a propósito del concepto de *furtum manifestum*, es decir, del hurto hecho por ladrón sorprendido en el momento del delito. Leemos en las Instituciones de Gayo (3, 194) que, según escribieron algunos autores, un delito de hurto devenía flagrante (*furtum manifestum*) bien por naturaleza, bien por ley. "Ley" se refiere aquí, evidentemente, a las XII Tablas. Gayo opinaba, sin embargo, que sólo había *furtum manifestum* atendiendo a la naturaleza, ya que una ley no podía hacer que un *fur nec manifestus* se convirtiera en *manifestus*. Al parecer, Gayo se oponía a que en una *quaestio lance licioque*, un ladrón *nec manifestus* fuera cualificado como *manifestus*. Como argumento complementario, señala que una ley no puede convertir en ladrón a alguien que no lo es. Y añadía: quien no es un adúltero o un homicida no puede convertirse en tal por la ley, porque la ley sólo puede acaso disponer que se penalice con el castigo propio de los ladrones, adúlteros u homicidas a alguien que no ha cometido esos delitos.

Las afirmaciones de Gayo son quizás académicas, pero no triviales, ya que parten de los límites claros de las posibilidades de un legislador. Éste puede causar desviaciones en el ámbito de las sanciones pero no puede alterar, en cambio, ni los hechos ni los supuestos de hecho. También en materia de senadoconsultos, Gayo estableció los límites de las posibilidades de configuración del Derecho. Así, respecto al usufructo de dinero y otros bienes de consumo, dice Gayo en el libro 7 *ad edictum provinciale*-D. 7, 5, 2, 1, que el senado no puede alterar la razón natural (*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potest*).

Como es sabido, por su propia naturaleza, el dinero y otras cosas cuyo uso no es posible sin su consumo no podían ser dados en usufructo. Sin embargo, un senadoconsulto de fecha desconocida (Criffò lo sitúa en la época de la dictadura de César) permitió el usufructo sobre dinero. Gayo observa, con razón, que tampoco el Senado puede conseguir que el dinero produzca frutos. Podría, en cambio, crear una regulación, análoga al orden

del usufructo, para la concesión de un derecho de disfrute sobre dinero. Con esta consideración, Gayo cambia el alto rango que, al comienzo de sus Instituciones y según el testimonio de D. 1, 1, 9, concedió a la *ratio naturalis*. Sin embargo, no quisiera calificar a Gayo, como hace Nörr, como teórico "declamador de la dignidad del derecho natural", sobre todo porque a semejante "etiqueta" no le falta un componente despectivo.

En Paulo, libro 7 *ad Sabinum*-D. 47, 2, 16, hallamos una contraposición entre la *constitutio iuris* y la *natura rei*:

Ne cum filio familias pater furti agere possit, non iuris constitutio sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

Para un jurista moderno, la exclusión de la acción de hurto de un padre contra el hijo es resultado de un precepto positivo, de una valoración a la que se podía haber dado un tratamiento distinto. Para nosotros, la apelación de Paulo al impedimento natural resulta exagerada, tanto más cuanto Gayo, D. 25, 2, 2, en un texto que se encuéntra incluido entre otros dos del libro 7 de Paulo *ad Sabinum*, menciona el *honor matrimonii* como fundamento de la desestimación de una *actio furti* contra la esposa. Pero cuando uno se adentra en el mundo conceptual de los juristas de la Antigüedad, se da cuenta de que lo probable es que Paulo haya admitido el rechazo de una acción de hurto contra el hijo de familia más en virtud de un impedimento natural que en virtud de una decisión del legislador, ya que lo determinante para Paulo era la estructura de la comunidad doméstica romana, difícilmente comprensible para nosotros los modernos.

Con un límite del *ius* –del *ius civile* en el sentido de Pomponio, D. 50, 17, 8– topa Paulo en un fragmento sobre las relaciones de posesión entre esposos. El texto al que me refiero ahora centra la atención en un límite del *ius* –distinto al de la naturaleza de las cosas– que, según el pensamiento de los juristas romanos, tenía una gran relevancia: los hechos.

Veamos Paulo, D. 41, 2, 1, 4. El fragmento es uno de los más fuertes apoyos de la concepción que defendía que la *possessio* romana tenía ante todo y sobre todo un carácter fáctico. Con esto se relaciona la afirmación –importante para nuestro análisis– de que el *ius civile* no puede desvirtuar una *res facti*, de que el Derecho no puede abolir los hechos. Se trata de las consecuencias de una *cessio possessionis donationis causa* entre esposos. Se cita primeramente a una mayoría de juristas (*plerique*) en favor de la adquisición por parte de la mujer. La cuestión jurídica, probablemente central, de si la prohibición de donaciones entre cónyuges incluía también cesiones de posesión, queda en segundo plano. Con la confrontación entre derechos y hechos, Paulo ha tocado un tema que, desde Juliano, D. 39, 5, 2, 7 y Celso, D. 24, 1, 47, es recurrente en la jurisprudencia y legislación romanas. Se trata de la distinción entre *ius* y *factum*, y, más concretamente, entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*. Esta distinción cumple una triple función:

- a) sirve para denegar la concesión de un *responsum*, cuando no se trata de una *quaestio iuris* sino solamente de una *quaestio facti*;
- b) sirve también, por el mismo motivo, para denegar la concesión de un rescripto;
- c) sirve para clarificar lo que pertenece al ámbito de las funciones del *iudex*, y que, por tanto, no debe ser *in iure* objeto de discusión.

La delimitación de las posibilidades del *ius* por los hechos aparece también en Marciano, D. 22, 1, 32 pr.:

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpelatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.



Un tal Tulio Balbo había preguntado a Antonino Pío acerca de si alguien –probablemente su deudor– había incurrido en mora. Al parecer, el demandante no recibió contestación ni positiva ni negativa, sino la respuesta de que se trataba de un hecho y no de una cuestión jurídica. Un hecho no puede ser "resuelto" ni por una constitución ni por una consulta a los juristas: *neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse*. Probablemente, el rescripto remitía ya a aquella *examinatio* a cargo del *iudex* de la que habla Marciano.

Naturalmente, la distinción entre *factum* y *ius* ya existía desde largo tiempo. Esto lo muestra la coexistencia de las fórmulas procesales *in ius* e *in factum*. Por el contrario, los testimonios de una más consciente comprensión de la contraposición entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* aparecen por vez primera en los juristas clásicos de la etapa alta. Mencionaré a continuación un texto de Celso y otro de Juliano. Comenzaré por el de Celso, recogido en D. 24, 1, 47:

Utrum negotium uxoris gerens an officio mariti ductus in rem eius impenderit vir, facti, non iuris est quaestio: coniectura eius rei ex modo et ex genere impensae non difficilis est.

La cuestión inicial se refiere a si los gastos que el esposo hacía en favor de la esposa eran donaciones prohibidas entre cónyuges. Celso pretendía distinguir según los tipos de gastos: los gastos en la administración de negocios por el esposo en favor de la esposa no eran para él calificables como donaciones entre cónyuges; los gastos para el cumplimiento de deberes propios de un esposo habían de ser, por el contrario, considerados como donaciones y, por ello, ineficaces. El que un gasto perteneciera a una u otra clase, si no interpreto mal el texto, no era, para Celso, una *quaestio iuris* sino una *quaestio facti*. Quizá, por eso, deniega Celso la concesión de un *responsum*. En todo caso, su postura debía de desembocar en una atribución de funciones al juez. Por

el contrario, se da un *responsum* en el caso planteado por Juliano, D. 39, 5, 2, 7:

Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam: respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

Alguien había donado una cantidad de dinero. El donatario es mencionado, en la edición de Mommsen–Krüger, primero como "Tertius", pero luego como "Titius". En la edición facsímil del *Codex Florentinus* cuidada por Corbino y Santalucia, se lee claramente Titius. Así figura también en la *editio maior* de Mommsen. Pero sigamos adelante. Con el dinero debía ser comprado el esclavo Stichus. Éste, sin embargo, desgraciadamente falleció antes de la celebración del contrato de compra. Se planteó entonces la cuestión de si el donatario podía retener el dinero o si, por el contrario, se podía exigir su devolución *aliqua actione*.

Para un observador moderno, el problema se encuentra en el límite entre los conceptos de "condición" y "fundamento del negocio". Si la compra de Stichus fue puesta como condición para la donación, como parecen indicar las palabras *ea condicione*, entonces, frustrada la condición, la donación no podía mantenerse. La devolución del dinero sería exigible por *condictio*. Si, por el contrario, la condición no fue tan específica, porque Ticio habría recibido la donación en cualquier caso, entonces el donatario podría retener el dinero. Para adentrarse en la peculiaridad de una supresión del fundamento del negocio, los clásicos no disponían del instrumental necesario. Casos típicos de desaparición del fundamento del negocio aparecen ya en la retórica, especialmente en Séneca, pero –como muestra Feenstra

en *Festschrift Daube*— fue el glosador Pillius el primero que ofreció propuestas jurídicas para su solución. El caso de Séneca fue, por cierto, también abordado por Santo Tomás de Aquino, en la *quaestio* 57 de la *secunda secundae*.

Juliano no rechazó la concesión de un *responsum*. Pero tampoco presentó ninguna propuesta clara de solución. Él se apoyó en que se estaba ante una simple cuestión de hecho tratada como si fuera una cuestión de derecho. Esto significa, a mi juicio, que Juliano pensó que debía ser el *iudex* el encargado de esclarecer cuál de las dos posibilidades se había producido de hecho.

En la época posterior a los juristas Celso y Juliano, aumentó considerablemente la aplicación de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*. Por el contrario, Justiniano, en C. 5, 16, 25, 2, abandonó expresamente esa distinción, dando precisamente así testimonio de su clasicismo. Este cambio de época justiniana puede guardar relación con la desaparición de las fases del proceso.

Permítaseme finalizar retornando a la cuestión inicial. Postulados positivistas, de existir, son absolutamente extraños a los juristas romanos. Lo que Ulpiano dice en D. 40, 9, 12, 1 acerca de la obediencia debida a una *lex dura*, no se funda en la idea de que el derecho dependa del arbitrio del legislador, sino que remite a la postura frente a las palabras de una ley, postura que puede encontrarse en el clasicismo temprano y tardío pero no en la etapa alta. El texto era válido para la *lex Iulia de adulteriis*, muy respetada por su severidad.

La *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) prohibía la manumisión de esclavos por la dueña durante los primeros sesenta días posteriores a su divorcio (cfr. Ulpiano, D. 40, 9, 12 y 14; Paulo, D. 40, 9, 13). La finalidad de la disposición era que los esclavos pudieran ser interrogados con tormento cuando la mujer era acusada de adulterio. Se planteó a los juristas la cuestión de si la prohibición debía afectar también a aquellos esclavos cuyas declaraciones apenas fuesen relevantes, por no haber estado

personalmente al servicio de la mujer, sino alejados de ella en el campo o en una provincia. Ulpiano afirmó la ilicitud de la manumisión o venta de esos esclavos remitiéndose al texto legal. Beseler ha observado acertadamente que la decisión de Ulpiano también podía estar fundada en un argumento objetivo, a saber: el adulterio de una dueña se comentaba y difundía rápidamente en todo el servicio. Por eso, quizá se podían recibir también informaciones de esclavos relativamente ajenos a la concreta situación. Pero Ulpiano no emplea ese argumento, sino que se limita a advertir que la cuestión de que se trata, tal cual es, está contemplada en la ley. Si Ulpiano fuese un autor moderno, habría sido tachado probablemente de hipócrita, por no haber aplicado al caso concreto las afirmaciones iusnaturalistas del inicio de sus Instituciones. Pero hay que entender a Ulpiano de otro modo. En él, toda su fundamentación iusnaturalista del Derecho es compatible con un exquisito respeto a la *lex* y con el temor a su interpretación correctora.

Este respeto a las leyes se debe a que éstas no constituían el orden jurídico en su conjunto, sino que eran resultado de decisiones políticas referidas a ámbitos muy restringidos. Con esto que digo, cobra todavía mayor relieve el célebre *dictum* de Celso, D. 1, 3, 17, con el que quiero terminar mi intervención: *Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*.