

DERECHO Y ACCION. LA DISTINTA CONSIDERACION DEL TEMA EN LA VISION DOGMATICA E HISTORICO- CRITICA DEL DERECHO ROMANO

ITALO MERELLO ARECCO

Universidad Católica de Valparaíso

1. La revisión circunstancial de algunos programas de derecho romano, conforme a los cuales se ciñe su enseñanza en varias universidades iberoamericanas, me indujo a escribir este artículo: ello a raíz de que el tema relativo a las acciones se relega normalmente al último capítulo de la materia. En efecto, de la observación del contexto general de dichos planes de estudio, y la parquedad de puntos que se incluyen dentro de la parte específica de las acciones, me mueve a pensar que este último lugar no sólo es tópico, sino también valorativo. Por ello hablo de una materia relegada.

En el espíritu de tales programas pareciera ir implícita la idea de que nada se compromete en el aprendizaje del derecho romano, si visto previamente los capítulos concernientes a personas, bienes, familia, herencia y obligaciones —de donde supuestamente arrancan los conceptos sustantivos del ramo—, se deja para el final la materia de las acciones, tratada además de manera fragmentaria y superficial, ya que se piensa que es éste un tema puramente adjetivo o instrumental.

* Abreviaturas: RUE = *Revista Universidad del Externado* (Bogotá); RCJ = *Revista de Ciencias Jurídicas* (Valparaíso); REHJ = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso); RChHD = *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago de Chile); AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid); BIDR = *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* (Milano); AUP = *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* (Palermo); SDHI = *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma).

Esta errónea manera de enfocar el ramo deriva inequívocamente de la tentación tan frecuente que suele aquejar a los estudios históricos en general, o histórico-jurídicos en particular, como es la de proyectar esquemas mentales del presente sobre las instituciones pretéritas a fin de explicarlas más cómodamente. Sin contar con que la comodidad significa aquí una atenuación del esfuerzo intelectual, a todas luces incompatible con la naturaleza del oficio universitario, tal visión conlleva el grave riesgo de comprometer la íntima sustancia de las realidades pasadas.

Esquema mental del presente quiere decir aquí derecho del presente, esto es, derecho privado moderno —derecho civil, en un sentido amplio—, de donde a través de él, lo que se acentúa en el estudio del derecho romano es el contenido del *Corpus Iuris Civilis*, como quiera que esta obra constituye el precedente romano del moderno derecho civil. De ahí, que quienes siguen este camino de exposición del derecho romano, ven la justificación de este curso sólo en razón de lo que puede ofrecer como antecedente del derecho civil, aunque el resultado sea ofrecer una visión deteriorada de aquél, vale decir, una visión civilista, con sus categorías y sistemática, y no propiamente romanista del derecho romano. Pienso, en contra de la opinión corriente, que el papel del derecho romano como precedente del moderno, no es la única ni la más importante función que aquél está llamado a tener en los planes de la docencia universitaria, pues acaso puedan cumplir con mayor propiedad dicho rol el estudio de la Glosa de Acursio, las Partidas o incluso el mismo Código de Napoleón, fuentes que para ese fin ofrecen la ventaja de una mayor proximidad en el tiempo con nuestro derecho. Más que proporcionar al jurista actual unos antecedentes de su derecho positivo, el derecho romano sirve para instruirle en una experiencia jurídica sin par, que le habilitará para ver en el derecho a una realidad que excede con creces las mezquinas miras del positivismo.

Al exponer el ramo con una finalidad exclusivamente propedéutica del derecho privado moderno, ocurre que el resto de la primera vida del derecho romano, la que va

desde Justiniano hacia atrás (aquella vinculada a Roma como organismo histórico vivo), se la posterga a un lugar secundario, aun cuando allí se encuentra la gran etapa clásica, que representa su momento más ejemplar y floreciente. Además, fuera de la consideración ya mencionada, sucede que al acentuar el estudio del derecho romano en su epílogo, se le aborda como un bloque sin historia, como alumbramiento de un día, con lo cual, de paso, se encara de modo ahistórico un ramo histórico. No me asiste con esto la peregrina idea de posponer lo jurídico a lo histórico, ya que siempre una disciplina histórico-jurídica, como lo es el derecho romano y la historia del derecho, será un ramo jurídico por su objeto, sino que se trata de enriquecer ese contenido jurídico con el análisis de su desarrollo temporal, análisis que se centrará precisamente en su período de mayor esplendor, pero sin menospreciar tampoco su inicio y final, momentos polares que también merecerán una digna atención. Sobre lo dicho, no se ha de olvidar todavía que el gran edificio del derecho civil no entronca directamente con ese final del derecho romano —el *Corpus Iuris Civilis*—, sino mediatamente con él a través de sus reformulaciones hechas en la segunda vida del derecho romano (aquella separada e independiente del organismo histórico que le dio vida), como lo son el bartolismo, el iusracionalismo y el pandectismo.

Esta manera de exponer el curso de derecho romano ha terminado, en la especie, por separar el estudio del procedimiento judicial del resto de las instituciones, ya que en toda esa línea romanística parental con el derecho civil, se encuentra la nítida diferencia entre derecho sustantivo y adjetivo. O, en el mejor de los casos, el desarrollo científico de esta idea llevó a la autonomía tanto del derecho como de la acción, de donde el estudio de tales categorías se han venido presentando como objeto propio de dos campos jurídicos escindidos —el derecho civil y el derecho procesal—, hecho que condujo a la adjetivación del derecho procesal.

Con todo, pienso que esta manera de presentar el curso, que cabe calificar como dogmática, no es totalmente

estéril, por cuanto conduce al alumno a aprehender nociones importantes de derecho romano y a ver un tipo de entronque con el derecho privado moderno —no el más acertado a mi juicio— que en todo caso resulta aleccionador. Pero, creo también, que por esa vía de exposición el joven estudiante no podrá captar nunca la verdadera *forma mentis* ni la esencia operativa del genio jurídico romano. Por esto, hace ya varios años que en nuestra escuela se sustituyó la visión dogmática por la histórico-crítica, lo que significa estudiar el derecho romano en su propia peripecia existencial a la que va conexas¹. Peripecia existencial en la cual se han presentado todas las vicisitudes que el derecho puede vivir como sustancia histórica: su libre creación científica y su sumisión a la potestad política; su estricta sujeción a la forma y su liberación de solemnidades; su fin seguridad y su objetivo equidad; su restrictivo ámbito de aplicación personal y territorial y su vigencia imperial; su autonomía de elementos extrajurídicos y su sometimiento a dichos factores. De esta forma, la visión histórica del derecho romano permite observar cómo en su larga vida —*ab urbe condita* hasta Justiniano— se han presentado muchos de los problemas que después, y aún hoy, se han vuelto a repetir en la vida del derecho. Si la posición anti-histórica, o más radicalmente antirromanista, común en una generación como la nuestra en que la historia no cuenta con el favor general, nos expresa que en el mundo moderno se dan muchos problemas que Roma no conoció, pienso, a la inversa, que se puede señalar un cúmulo de realidades propias de nuestro tiempo que fueron conocidas y solucionadas por los romanos. Aun, la tradición histórica revela que las categorías jurídicas romanas poseen una suerte de intemporalidad —no por haberlo querido así los juristas ro-

¹ Sobre el enfoque dogmático e histórico-crítico del derecho romano, y las ventajas de esta última visión, vid. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* (Salamanca 1943), p. 21 ss., 36 ss.; SAMPER, *La enseñanza del derecho romano*, en *RUE* 9 (1968) 2, pp. 319-345; GUZMÁN, *Del derecho romano a la teoría general del derecho*, en *RCJ* 2 (1971), pp. 85-106.

manos—, que bajo marcos formales diversos se convierten en útiles para ofrecer solución a nuevas exigencias.

Esta perspectiva de estudio no sólo es consecuente con la *veritas* —la realidad de los hechos—, sino que ella permite, selectivamente, rescatar lo más valioso de la experiencia jurídica romana: su período clásico. Obrar de manera diferente, posponiendo la realidad jurídico-clásica a un lugar secundario, en obsequio de la desvirtuante etapa postclásica por la eventual conexión que ésta pueda tener con el derecho privado moderno, conduce irremisiblemente no sólo a un equívoco histórico-jurídico, sino histórico en general, como es el de dedicar mayor atención a un valor cultural en su momento de ocaso y no de plenitud.

En cambio, y retomando el hilo del artículo, el enfoque histórico-crítico que definiendo, enriquece considerablemente la justificación del ramo: no sólo para servir de antecedente explicativo de las instituciones civiles² —de verdadero antecedente en este caso—, sino de un instrumento formativo, cultural y también crítico.

2. A fin de destacar la relevancia que adquiere el capítulo de las acciones en el derecho romano clásico, precisamente a la inversa de lo que podría postular una visión dogmática del ramo, se tocará, como corolario, el problema de si realmente existió allí la tricotomía derecho objetivo-derecho subjetivo-derecho adjetivo, o, por lo menos, cuál fue el alcance que ella tuvo.

En el derecho romano clásico en el principio era la acción. Esta surge como supuesto de la existencia del derecho, y acaso la característica más notoria de la realidad

² Piénsese que los *Iustiniani Digesta* se nutren preferentemente de la actividad desarrollada por los juristas de la época clásica tardía, en especial de los señalados en la Ley de Citas. Con todo, no es ésta una jurisprudencia creadora, como lo fue la clásico temprana, ni tampoco profundizadora, como la clásico-alta, sino comentadora y recopiladora. Aun, las novedades que la comisión tribonianea introdujo en el material recopilado, lo hizo fundamentalmente por la vía interpolacionista.

jurídica clásica sea la absoluta correspondencia entre acción y derecho, lo cual hace que el *ius* aparezca como una categoría esencialmente judicial. Se puede decir, con cierta propiedad, que la acción es la medida del derecho. Pero, he aquí sólo un cúmulo de afirmaciones que necesitan una explicación a fin de entender el sentido y alcance del problema que me propongo exponer.

Invito al lector a detenerse en la siguiente consideración general, en donde encontrará una ratificación de lo que vengo afirmando: se sabe sobradamente que la etapa clásica constituye el momento de mayor perfección técnica del derecho romano. Este período se inicia en el año 130 a.C. y finaliza el año 230 d.C. ¿Cuál es el elemento común que está presente durante estos 360 años y que da a este período un nivel de alto estilo jurídico? El no es otro que la existencia del procedimiento formulario para ventilar los juicios privados: la época clásica, en consecuencia, nace con el procedimiento formulario y muere junto con él³. Aun, no se debe olvidar, que el procedimiento formulario presupone la mecánica actuante del edicto de los magistrados jurisdiccionales —pretor, en especial—, y éste, a su vez, involucra la relación jurisprudente-pretor, tanto en su génesis como en su operatividad.

La afirmación expuesta demuestra por sí solo el lugar central que el proceso —las acciones— ocupa en el derecho romano clásico, pues es la utilización de una categoría

³ La subclasificación de etapas hechas por la ciencia romanística dentro de esta amplia cronología —clásico-temprana (130 a.C. - 30 a.C.), clásico-alta (30 a.C. - 130 d.C.) y clásico-tardía (130 d.C. - 230 d.C.)— obedece a las diversas vicisitudes sufridas por el procedimiento formulario: su coexistencia con algunas de las acciones de la ley (clásico-temprana), su imposición como único sistema procesal vigente (clásico-alta), y su coexistencia con el naciente sistema procesal extraordinario o de la cognición oficial. En adelante, a partir del año 230 d.C., el procedimiento formulario cede definitivamente ante la generalización de la *cognitio extraordinem*, con lo que se inicia la época posclásica del derecho romano.

eminentemente procesal, no política ni ideológica, la que sirve para configurar dicha realidad⁴.

3. Abordaré el problema de la preeminencia de las acciones en el derecho romano clásico sólo desde un enfoque externo, como lo es el destacar algunas peculiaridades que reviste el sistema de fuentes del derecho: su tipología, relevancia y modalidad funcional de cada una de ellas. Creo, con fundamento, que el análisis desde esta perspectiva se convierte a todas luces en una premisa básica y esencial para quedar asomados —no pretendo otra cosa— sobre el tema en estudio.

Debo advertir, en todo caso, que sin perjuicio de ensayar aquí un esquema personal de desarrollo, no es este un trabajo de investigación, sino más bien de aprovechamiento de sus resultados, por lo que se me dispensará tanto de la falta de análisis de fuentes como de la cita exhaustiva de literatura especializada sobre el tema.

a) A diferencia de lo que ocurre en la sociedad moderna, la ley carece de importancia como fuente del derecho romano clásico. Schulz⁵ ha dicho con precisión, refiriéndose a Roma, que el pueblo del derecho no fue el pueblo de la ley. Todas las figuras que forman el acervo jurídico romano —*proprietas*, *servitutes*, *obligatio*, *hereditas*, etc.— no fueron creaciones legales, ni tampoco de otro acto potestativo, ni aun, en cuanto contenido, del edicto —que tanta importancia tuvo como fuente del derecho romano—, sino jurisprudenciales.

La ley afecta una esfera diversa de aquello que constituye propiamente lo jurídico para la mentalidad clásica. Ella regula la ordenación general de la *civitas*: política, administración pública, hacienda, ejército, etc. Tales mate-

⁴ Para una posición de rechazo a la utilización de categorías políticas para periodificar la historia del derecho romano, vid. D'ORS, *Sulla periodizzazione del diritto romano*, en *Labeo* 10 (1964) 1, pp. 116-120. En igual sentido, Burillo, *The periods of roman law*, en *REHJ* 3 (1978) pp. 13-26.

⁵ SCHULZ, *I principii del diritto romano* (trad. Arangio Ruiz, Firenze 1946), p. 6.

rias no constituyen derecho en la época clásica, ni siquiera derecho público, pues el *ius* dice atinencia con las relaciones inter-individuales y no con lo que afecta al interés general de la *civitas*: el derecho termina donde acaba el interés del jurista —el interés privado—, y nada de aquello, por lo mismo, preocupará al prudente, sino más bien al político.

Con lo dicho, la diferencia entre *ius publicum* y *ius privatum*, tiene un sentido diverso del actual. La distinción entre uno y otro no está en su contenido, que en ambos casos es *ius* —*ius privatum*—, sino en el órgano que lo crea: *publicum*, el elaborado por los órganos políticos del *populus* a través de la ley; *privatum*, el generado por los particulares, ya sean los jurisprudentes mediante sus *responsa* o un simple *privus* por la ley privada⁶.

La aseveración anterior no obsta, sin embargo, a que existieran algunas leyes, muy pocas cuantitativamente, que ordenaran aspectos de *ius*, esto es, que fueran propiamente fuentes del derecho. Pero, ni aun en este caso, la ley

⁶ En cambio, la distinción entre derecho público y derecho privado fundada en la diversidad de contenido, de acuerdo al criterio moderno, encuentra su antecedente en un pasaje de Ulpiano recogido en D. 1.1.1.2.: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem...* Se debe advertir, en todo caso, que dicho texto no refleja con exactitud la realidad clásica, sino la postclásica, época ésta en que la antigua pluralidad de fuentes del derecho ha cedido frente a la unidad: ahora todo el derecho emana del príncipe a través de sus constituciones imperiales (*leges*). A partir de entonces, la diferencia entre *ius publicum* y *privatum* no podía apoyarse en el distinto órgano generante —que ahora era uno solo—, sino en la diversidad de su contenido dispositivo. Por otra parte, ya desde la burocratización de la jurisprudencia, a partir de Adriano, en que aflora la figura del jurista funcionario injertado en la maquinaria de gobierno, fue común que los juristas comenzaran también a mostrar interés por los asuntos públicos, con lo que el campo de su reflexión se extendió a una materia que por largo tiempo se mantuvo al margen de su preocupación. Sobre esta desaprensión de los juristas clásico tempranos sobre los asuntos de la *res pública*, Cicerón —político y orador, no propiamente jurista— se lamenta en *De leg.* 1.4.14 el que ellos no se dediquen a una cosa tan importante como el derecho de la ciudad.

viene a crear derecho, sino a lo más a impedir el mal uso o abuso que se hace de él, procurando restablecer la pureza de una institución que ha sido contaminada: reducir la práctica de desmesura en el monto de intereses (*lex Iulia de pecuniis mutuis*), de donaciones (*lex Cincia*), de legados (*lex Falcidia de legatis*), etc.

b) El derecho romano clásico, en cambio, es un derecho de juristas, vale decir, creado por jurisprudentes a través de sus opiniones⁷, y no como se ha sostenido, por el poder político mediante la ley.

Esta no interferencia del poder público en el campo del derecho, se expresa no sólo en que el contenido material de *ius* no es obra de él, sino en que la actividad del jurista se desenvuelve libre de controles oficiales⁸. Derivan de aquí algunos hechos importantes: i) los juristas carecen de investidura oficial, siendo personajes eminentemente privados, pero que han hecho del *ius* un objeto de aprendizaje y reflexión personal, de donde la posesión de este atributo de conocimiento —que da el saber y no el poder— los convertía, socialmente, no oficialmente, en personas idóneas para responder a consultas jurídicas, ii) al no hallarse los jurisprudentes sujetos a criterios uniformes de justicia impuestos por el poder, existe la posibilidad, como sucede en las teorías de cualquier ciencia, que formularan criterios dispares y hasta aun opuestos frente a un mismo caso o supuesto de hecho. En uno y otro caso, la validez del criterio que se aduce se avala con la *ratio decidendi*, que es el fruto de un íntimo convencimiento personal y no del eventual pragmatismo derivado del interés que el jurista tenga en el litigio, pues no es misión de éste librar la batalla forense, la que es asumida por el *advocatus* o *patro-*

⁷ Sobre el derecho romano como derecho de juristas, vid. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967), pp. 1-78; SCHILLER, *Jurists' Law* (Göttingen 1971), pp. 148-160; FERNÁNDEZ-BARREIRO, *El modelo romano de derecho de juristas*, en *REHJ* 1 (1976), pp. 33-42.

⁸ Acerca del derecho romano y libertad del jurista, vid. D'ORS, *El servicio del derecho romano a la libertad*, en *RChHD* 5 (1969), pp. 9-21.

nus, el que es poseedor de una educación retórica y no propiamente jurídica, y iii) las *responsa* que los juristas puedan ofrecer a sus consultores, carecen por sí solas de impositividad, como quiera que dimanen de un órgano dotado de saber y no de poder, por lo que revisten tan sólo el carácter de un consejo prudente. El derecho romano clásico halla así su fundamentación en la inteligencia del raciocinio, la claridad de la argumentación y no en la *voluntas imperandi*, como la ley. Por eso, el *ius* en su connotación intrínseca surge como un consejo prudente y no como una norma impuesta. Se da la curiosa situación en la época clásica romana, que mientras el derecho emana como un acto no impositivo, la moral, en cambio, se halla sujeta al control potestativo de un magistrado público, el censor. Una profundización sobre este tema, realizado sobre una seria base histórica, acaso pueda traer por consecuencia la revisión a la tradicional diferencia que —al menos con una pretendida validez permanente y universal— se suele hacer entre el derecho y la moral.

Todo derecho de juristas está muy ligado al proceso, y ello, porque a falta de leyes generales que regulen las relaciones jurídico-privadas, la intervención asesora del jurista se manifiesta prácticamente, esto es, ante el planteamiento de un caso concreto, que habitualmente envuelve un supuesto conflictivo, y que actúa, al mismo tiempo, como estímulo a su labor creadora. De hecho, las diferencias entre la respuesta de los jurisprudentes, que se conoce también con el nombre de *sententia* (= opinión) y la sentencia de un juez, son meramente formales.

Encontrar la acción más propicia o sugerir al litigante la fórmula más adecuada para su caso, será, en definitiva, un rol importante del jurista frente a las inquietudes de los particulares; además, en otra función también de índole procesal: asesorar al pretor en la confección del edicto y al juez en el pronunciamiento de la sentencia. El jurista, de esta forma, desarrolla su actividad mediante las respuestas que va dando a quienes recurren a él en busca de consejo jurídico: éste, como tal, no es la expresión de un saber puro, desprovisto de implicancia real, sino que, al

contrario, se trata de un asesoramiento para actuar operativamente ante los problemas derivados de una situación concreta que afecta a la persona que consulta.

La ley, en cambio, como expresión de poder, no requiere ningún tipo de incitación formal externa para ser establecida. Esta diferencia entre la jurisprudencia y la ley es el resultado de los diversos caracteres que reviste la autoridad (saber social y fuente de la jurisprudencia) y la potestad (poder social y fuente de la ley): la autoridad exige la presencia de un estímulo para expresarse, y éste es el caso o supuesto de hecho que preocupa al consultor; la potestad, en cambio, puede dar órdenes sin necesidad de un acicate especial, por cuanto su querer actuante radica en su propia voluntad⁹.

La actividad jurisprudencial en la época clásica es de alguna manera análoga a la doctrina actual, siendo ésta también la más libre y culta de las actividades creadoras del derecho, con la diferencia que por existir hoy un derecho legislado, su posibilidad de vinculatoriedad es inexistente mientras su contenido no sea acogido por el poder y vertido en sus leyes. En cambio, en Roma, la jurisprudencia tiene una vivencia práctica mucho mayor, aun cuando necesita también ser acogida por el poder, ya sea para atribuirle la impositividad de la cual por sí sola carece, como también para establecer un criterio selectivo de entre la variedad de jurisprudentes o sus opiniones. La solución estará aquí en el edicto de los magistrados jurisdiccionales, que luego veremos, y en donde nuevamente se palpa de manera relevante la importancia del proceso.

Cuando el derecho se legaliza —como ocurrió a partir de la época moderna— la doctrina deja de ser práctica, práctica que entonces es ordenada por la providente omini-

⁹ Sustanciales son las diferencias entre *lex* y *ius* en la época romano-clásica: tales se advierten en los órganos generantes (*lex*: potestad pública; *ius*: autoridad jurisprudencial); materia (*lex*: intereses generales de la ciudad; *ius*: intereses particulares); modos de expresión (*lex*: declaración potestativa del magistrado; *ius*: opinión jurisprudencial); eficacia (*lex*: norma impuesta; *ius*: consejo prudente).

comprensividad de la ley, mientras dicha doctrina se refugia en el claustro de su propio saber, se hace profesoral. Así sucedió también en la época postclásica romana, con la conversión del derecho en ordenamiento legal; la obra jurídica de Justiniano —el *Corpus Iuris Civilis*—, se ambienta en la atmósfera de un derecho totalmente legislado, y donde los juristas que intervienen en su elaboración, ya no son representantes de una jurisprudencia práctica, la propia de un derecho de juristas, sino de una jurisprudencia profesoral, la propia de un derecho legalista.

c) El edicto de los magistrados jurisdiccionales, donde el del pretor es el principal, constituye la más destacada fuente del derecho romano clásico. Se trata de una manifestación de la *iurisdictio* y al mismo tiempo el modo cómo ésta se hace operativa ante un litigio. Conceptualmente, tal atributo representa la facultad de indicar potestativamente el derecho —*ius dicere*—, que tiene el magistrado jurisdiccional, conforme al cual el juez resolverá la contienda. La voz *dicere*, tiene en lenguaje clásico, el significado de un decir solemne y formal —oficial—, pues proviene de un órgano público, como lo es el pretor¹⁰.

Sin embargo, es ya un tópico decir que el titular de la *iurisdictio* —el encargado de decir el derecho— no es un técnico en la especie, pues su actividad entronca más con el quehacer militar o político, que con el conocimiento inerte de la ciencia jurídica. Se resuelve esta aporía, expresando que decir el derecho no es lo mismo que generarlo o hacerlo nacer, sino tan sólo manifestarlo instrumentalmente. Al estar el pretor asesorado por el grupo de sus jurisprudentes consejeros, son éstos los que ponen el contenido jurídico al edicto, mientras que aquél proporciona su potestatividad. La *iurisdictio* recibe así el contenido jurídico de la actividad del jurisprudente y su impositividad del poder del magistrado. Así, la actividad del magistrado, dotado de potestad, otorga la fuerza vinculante al material científico elaborado por los que saben, pero que carecen

¹⁰ Vid. D'ORS, *Las declaraciones jurídicas en el derecho romano*, en *AHDE* 3 (1964), p. 566 ss.

del poder necesario para que su ciencia adquiriera la coercibilidad social que en este caso requiere ¹¹.

Fue esta relación jurisprudente-pretor, que se mantuvo viva durante la vigencia del sistema procesal formulario, la que hizo verdaderamente ejemplar al derecho romano clásico.

El contenido del edicto, que es el vaciado del *ius* cualquiera que sea su fuente originaria, no se expresa a través de normas generales y abstractas, al modo de las leyes modernas, sino de fórmulas procesales. Si una ley, por ejemplo —y vale lo mismo para un plebiscito, senadoconsulto o aun una constitución imperial en determinado momento—, contiene un criterio de *ius*, éste no vincula directamente a sus destinatarios, pero sí en cuanto el magistrado jurisdiccional recoja ese criterio en su edicto y lo articule bajo la forma de un recurso procesal. Todas las fuentes del derecho, en consecuencia, son de alguna manera *d e p e n d i e n t e s* *d e l e d i c t o*, o mejor aún, del magistrado jurisdiccional que lo controla ¹².

¹¹ Para el tema de las relaciones entre jurisprudencia y el pretor, vid. mi escrito, *La relación jurisprudente-pretor en la génesis del derecho romano clásico*, *Semana de estudios romanos* 1 (1977), pp. 137-149.

¹² En relación con este tema, cabe también aquí hacer una diferencia entre el *ius civile* y el *ius honorarium*: mientras aquél preexiste al edicto, pues su punto de referencia lejano es el derecho objetivo, principalmente la Ley de las XII Tablas, éste, en cambio, surge del edicto mismo. Sin embargo, el *ius civile* requiere ser recogido por el edicto a fin de que tenga aplicación: el edicto, en consecuencia, actúa como elemento de *s u b s i s t e n c i a* del derecho civil y *e x i s t e n c i a* del derecho honorario. A veces, la excesiva separación que la romanística ha hecho entre *ius civile* y *edictum*, ha sido un motivo que ha impedido valorar a éste como la principal fuente del derecho romano clásico. Pero, la superación del *ius civile* una vez instaurado el *agere per formulas*, y la dependencia de aquél al mecanismo edictal para su subsistencia, se convierten en importantes motivos que inducen a valorar la importancia y real alcance del edicto. Sobre este tópico vid. FUENTESECA, *La necesidad de retornar al estudio del edicto pretorio*, en *AHDE* 39 (1969), p. 472 ss., ahora en *Investigaciones de derecho procesal romano* (Salamanca 1969), p. 86 ss.

4. Varias consecuencias se pueden deducir de todo lo expresado: i) no es la ley, sino el edicto de los magistrados jurisdiccionales, en cuyo contenido interviene la jurisprudencia, la principal fuente del derecho romano clásico; ii) en el edicto, el derecho aparece expresado en *c a t e g o r í a s p r o c e s a l e s*, esto es, acciones y sus respectivas fórmulas para hacerlas valer; iii) el edicto se hace operativo al inicio de un proceso, cuando el magistrado jurisdiccional que tiene su control, concede la respectiva acción; iv) a raíz de lo anterior, no existe en el ordenamiento jurídico romano clásico una norma general y abstracta previa al proceso ni separada de éste, sino que el derecho con arreglo al cual el juez resuelve el litigio se elabora dentro de éste, con la redacción de la respectiva fórmula procesal.

Esta prioridad de la acción respecto del reconocimiento del derecho, hace que lo atingente al proceso no se pueda considerar al modo moderno como derecho adjetivo, sino que las acciones constituyen la médula misma del derecho sustantivo. De ahí que, bajo la vigencia del sistema procesal clásico —*agere per formulas*—, las acciones sean *t í p i c a s*, esto es, que cada relación jurídica disponía de una acción diversa, a la que correspondía también una fórmula distinta.

De acuerdo con lo sostenido, en el derecho romano clásico no se describen las instituciones jurídicas en su consideración objetiva, en cambio, sí en la mecánica de las acciones que la rodea. Dentro de este orden de ideas, cabe señalar que los clásicos no construyeron una doctrina de la propiedad —o herencia, obligaciones, etc.—, sino el sistema de acciones correspondientes: la acción reivindicatoria, publiciana, negatoria, excepción de justo dominio, etc. Sobre ellas la doctrina posterior construyó la noción de propiedad. Todo el sentido y alcance de esta realidad que pretendemos aquí describir, es lo que ha hecho decir a un ilustre romanista —en un tópico muy suyo— que el

derecho romano es un "sistema de acciones posibles"¹³.

Pero, además, la consideración del derecho romano clásico como un sistema de acciones, permite explicar, por otra parte, uno de los principales caracteres que él ofrece al observador moderno, como lo fue su fácil capacidad de adecuación a las nuevas circunstancias. Ello dio nacimiento a la imagen de un derecho vivo, en permanente gerundio, un siendo¹⁴. La acción, en efecto, va conexas a una serie de supuestos que la convierten en una categoría conceptual y operativamente dinámica: libertad del jurista que la configura, renovación del edicto en que se incluye, y discrecionalidad de la potestad pretoria para crear, aun repentinamente, nuevas acciones, o extender el alcance de las existentes, a través de una serie de mecanismos de técnica formularia. De ahí, que la enunciación del derecho en el edicto no se describe bajo la forma de un *ars*, esto es, una ordenación sistemático-racional cerrada, según la imagen de la *téchne* griega, sino de un esquema abierto de soluciones jurídicas que se exponen asistemáticamente y se desarrollan bajo una forma empírico-histórica¹⁵. Por eso,

¹³ D'Ors, (n. 1), p. 58; *Elementos de derecho privado romano* (Pamplona 1960), p. 4, 55.

¹⁴ La fácil adaptabilidad hacia la solución de los nuevos problemas que afloran de la realidad —siempre cambiante y mudadiza— no comprometen la integridad de los valores jurídicos tradicionales, pues éstos se encuentran suficientemente garantizados por el contenido traslaticio de los edictos.

¹⁵ La estructura del edicto, dividida en títulos, rúbricas, cláusulas y fórmulas, revela tan sólo un orden externo, no constitutivo propiamente de un sistema. En general, pareciera poder sostenerse que la entrada de criterios sistemático-racionales no afectan a la génesis del derecho romano-clásico, que sigue siendo de esencia casuística, sino más bien a los ensayos de literatura jurídica, ya sean tratados u obras con finalidad didáctica. El proyecto de Cicerón de reducir todo el derecho civil a una exposición sistemática —*de iure civile in artem redigendo*—, cuyo plan describe en *De oratore*, apunta en la dirección indicada. La opinión jurisprudencial, en efecto, parece ser reacia al empleo de categorías mentales abstractas —principios generales, definiciones, clasifica-

si es muy cierta la pretensión que el derecho ha de estar en contacto con la realidad, cabe señalar que el peligro de apartarse de ella rige principalmente para el derecho legislado y no para el derecho de juristas, como lo fue el romano clásico, que por su propia naturaleza nunca estuvo alejado de la realidad. La adecuación allí se logró no por la intromisión de categorías extrajurídicas, ya retóricas o sociológicas, sino precisamente gracias a ese sistema procesal flexible, el *agere per formulas*, basado en la autoridad de los jurisprudentes y la potestad del magistrado jurisdiccional.

Se podría decir, en consecuencia, que en el derecho romano clásico, la acción ocupa conjuntamente el lugar del derecho objetivo y el derecho subjetivo. Pero, si en el derecho romano clásico no existe una clara separación entre norma, facultad y acción, ello se debe, antes que nada, a la particularidad que revisten las fuentes del derecho, tal como aquí se ha bosquejado.

A una conclusión semejante ha conducido el estudio interno de las fuentes de conocimiento del derecho roma-

ción en géneros y especies, analogías, etc.—, que se avienen más con la mentalidad griega que con la romana, sino que se apoya en el fenómeno particular, real, concreto. Vid. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (trad. Díez-Picazo, Madrid 1964), p. 67 ss. ALVAREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente* (Madrid 1966), p. 107 ss. GARCÍA GARRIDO, *Casuismo y jurisprudencia romana* (Santiago de Compostela 1965), p. 25 ss. KASER, *En torno al método de los juristas romanos* (trad. J. Miquel, Valladolid 1964), p. 15 ss. En este mismo orden de ideas hay que situar también la desaprensión de la jurisprudencia republicana alto clásica para la elaboración de una filosofía del derecho. Ideas sobre esta materia en SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. G. Nocera, Firenze 1968), p. 134 ss., 241 ss. En todo caso, el problema del influjo helénico en la actividad jurisprudencial temprana y alto-clásica, no es un tema pacífico en la ciencia romanística. A favor de ella, LA PIRA, en varios artículos, entre los que cabe señalar por ejemplo, *La génesi del sistema nella giurisprudenza romana*, en *BIDR* 42 (1934), pp. 336-355; STROUX, *Summum ius summa iniuria*, en *AUP* 12 (1929), pp. 647-691; SANTA CRUZ-TEIJEIRO, *Influencias de algunas disciplinas no jurídicas en el derecho romano*, en *AHDE* 27 (1957), pp. 1-56.

no. Sobre la base de esta aseveración cabe preguntarse: ¿si el *ius* no se identifica con normas, ni tampoco con facultades, qué es entonces conceptualmente? Si bien el tema excede con creces al propósito de este artículo, cabe señalar que las conclusiones a que ha llegado la romanística moderna, a través del análisis interno de las fuentes de conocimiento romanas, es que el *ius* equivale a posición o situación justa en que una persona o cosa puede encontrarse¹⁶. A un concepto coincidente, creemos, se puede llegar también por la vía del examen funcional de las fuentes del derecho romano clásico, según se ha pretendido explicar en estas páginas. Piénsese, en conexión con lo dicho, que si la posición de quien recurre al magistrado jurisdiccional se adapta a la descripción edictal, dispondrá de acción, y si esa adecuación además de formal es también material, ganará el litigio.

Fue acaso Villey¹⁷ el primero en impugnar la opinión tradicional en torno al origen romano de la noción de derecho subjetivo, de acuerdo a la conclusión a que llega por el estudio interno de las fuentes, hecho que no lo priva de hacer, aunque al parecer de manera incidental, una referencia al problema desde el punto de vista externo de las fuentes del derecho romano clásico. Dice el autor francés:

¹⁶ Sobre el *ius* como posición justa, vid. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi in mem. di E. Albertario* 2 (1953), pp. 281-299. En igual sentido, GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, en *SDHI* 13-14 (1947-1948), pp. 7-140; *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, en *BIDR* 70 (1967) pp. 227-283. Acerca del *ius* como situación jurídica, estatuto o calidad objetiva, vid. VILLEY, *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo* (trad. A. Guzmán); *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam* (trad. R. Le Roy), ahora en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso 1976) p. 38 s., 163 s.

¹⁷ VILLEY, (n. 16); *Suum ius cuique tribuens* (trad. N. Mobarec); *Las instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo* (trad. F. Bartolucci); *Acerca del sentido de la expresión "ius in re" en el derecho romano clásico* (trad. A. Guzmán); *El "ius in re" del derecho romano clásico al derecho moderno* (trad. N. Mobarec), ahora en *Estudios en torno* (n. 16), pp. 25-148.

“El derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea de derecho subjetivo. Un ciudadano romano no gana su proceso porque tiene derecho, él gana el proceso porque una fórmula determinada se adapta a su situación”¹⁸. Se puede sostener sin rodeos, también desde esta perspectiva, que el *ius* es la situación o posición —digamos justa por el recurso protector que la ampara— en que una persona o cosa puede encontrarse. Así, tanto la abstracta fórmula edictal, como la concreta fórmula del proceso, describen situaciones o posiciones, y no, al modo moderno, normas o facultades.

En realidad, la parte más importante del edicto son las fórmulas de acciones que se incluyen en él —fórmulas edictales—, construidas bajo los supuestos de hipótesis libremente elegidas por el magistrado jurisdiccional, pero cuyo esquema se puede adaptar al nombre y situación concreta de las partes contendientes. Rara vez, sin embargo, existirá plena congruencia entre la fórmula edictal y la fórmula del litigio, pues en ésta se resume la controversia en toda la riqueza de sus pormenores y matices. Por otra parte, la potestad del magistrado jurisdiccional, que es el gran fundamento del *agere per formulas*, puede, discrecionalmente, introducir retoques y alteraciones técnicas en la fórmula del proceso a objeto de dispensar un eficaz amparo a ciertas situaciones de hecho que tiene interés en proteger. Así, la fórmula del litigio, cuya complejidad excede con creces el respectivo modelo de la fórmula edictal, encierra tanto la síntesis selectiva de los hechos invocados por las partes, como los retoques aludidos —transposición de personas, ficciones, etc.—, ambas cosas descritas jurídicamente a través de las respectivas cláusulas de la fórmula: *intentio*, *demonstratio*, *exceptio*, etc.

De este modo, el derecho con arreglo al cual el juez ha de resolver la contienda, se elabora dentro del proceso, y el decisor lo toma de la fórmula que llega a sus manos. Se suele aducir, sin embargo, que al registrar el edicto mo-

¹⁸ VILLEY, *El ius in re* (n. 17), p. 128.

delo de fórmulas está reconociendo la existencia de derechos subjetivos —de facultades previas al proceso— que se ponen en ejercicio con la *datio actionis* del pretor. Frente a esta afirmación, sin embargo, se deben considerar los siguientes hechos: i) la potestad pretoria, hasta la dictación de una ley Cornelia del año 67 a. C., no estaba ni siquiera vinculada a su propio edicto, pudiendo, en consecuencia, denegar el amparo programáticamente prometido; ii.) la concesión de acciones repentinas —acaso la expresión más típica de las acciones *in factum*— protegen situaciones de hecho y no derechos subjetivos previamente reconocidos; iii.) las fórmulas edictales, según aquí se ha expresado, son sólo modelos estereotipados para la redacción de la fórmula del litigio, pero donde la complejidad de ésta excede lejos el contenido de aquélla; iv.) si bien el *ius civile* preexiste al proceso, no se debe olvidar que su posibilidad de ejercicio sólo se da si el pretor lo considera a través del respectivo recurso procesal.

5. La quiebra de la relación jurisprudente-pretor en la génesis del edicto —cuyas causas no corresponde analizar aquí—, y con ella la crisis de esa gran fuente, condujo al desaparecimiento del *agere per formulas*, que tenía precisamente en el edicto su principal apoyo. El hecho se encaja en la profunda alteración que el absolutismo político bajo imperial produjo en el sistema de fuentes del derecho hasta entonces vigente. Ahora, el desmesurado incremento de poder que asume el emperador llevó a un absolutismo legislativo (el príncipe como única fuente orgánica de la ley) y legalista (la ley como única fuente formal del derecho). La ley, en esta forma, que careció de relevancia como fuente del derecho en la época romano clásica, se convierte ahora en la más importante de todas, abriendo paso a un cauce que significó la conversión del derecho como acto de inteligencia al derecho como acto de voluntad.

La voluntad del príncipe al legislar tiende entonces a establecer conatos de derechos subjetivos —y no como en los viejos edictos, recursos procesales—, con lo que hay ahora claramente derecho previo a la acción, antes de ésta: en

un lugar está la ley y en otro el poder jurisdiccional, y no, como en la época clásica, en que era una misma la sede en donde se encontraba identificado el derecho y la acción.

Se insinúan así, de este modo, los supuestos que llevarán mucho más tarde a configurar la noción de derecho subjetivo. Bajo esta nueva realidad, pierde sentido la acción típica, que era tal precisamente por su interna vinculación con el derecho, surgiendo en su lugar un tipo de acción genérica, escindida del derecho, consistente en la facultad de reclamar justicia al poder jurisdiccional. Las acciones entonces, el derecho procesal, pierde su carácter sustantivo, se hace adjetivo: lo prioritario es ahora el derecho —reconocido en un ordenamiento que preexiste al proceso—, de donde la acción emana como un instrumento con una función al servicio de aquél.

6. La idea no romana del derecho subjetivo —repetimos— es la conclusión a que ha llegado, por otra parte, el análisis histórico-crítico interno de las fuentes, el que ha sabido liberarse con éxito de las categorías jurídicas propias del pensamiento moderno. Dicho resultado conduce a remover cierta forma de dogma jurídico, como ha sido, según sostiene Villey,¹⁹ el creer que la tradición jurídica occidental debería su estructura subjetivista al influjo del derecho romano. Creo que es en este plano de ideas, en donde aflora otra de las grandes utilidades de los estudios histórico-jurídicos, como es la de ayudar a sacudir ciertas mistificaciones científicas, que se apoyan muchas veces en ideas aparentemente incommovibles, pero que en definitiva resultan no ser tales a la luz del examen histórico.

El derecho subjetivo, en consecuencia, emerge como una noción netamente histórica, que como tal puede darse o no en el tiempo, y que en el hecho no tiene origen romano, sino que se da a partir de la configuración técnica que de dicho concepto hicieron los juristas del s. XVII. A partir de entonces, la existencia del derecho subjetivo se convierte

¹⁹ VILLEY, *La génesis del derecho subjetivo* (n. 16), p. 160 s.

en una realidad que ha gravitado con fuerza en el derecho posterior, en especial en el derecho codificado —fruto maduro del pensamiento jurídico ilustrado—, y el cual se estructura como un sistema de derechos subjetivos. Agravó la dificultad para remover la idea del derecho subjetivo en Roma, la circunstancia que los juristas del s. XVII nombraron *ius* a dicha realidad, hecho éste que de alguna manera facilitó se extrapolara el nuevo concepto cobijado en esa designación al propio derecho romano.

Al no darse la noción de derecho subjetivo en el derecho romano, surge un nuevo argumento que contribuye a rechazar la objeción hecha a éste en orden a su carácter individualista, y aun a pretender descubrir en él la raíz del individualismo que se pueda achacar al derecho moderno. Condición *sine qua non* del individualismo jurídico es la clara concepción del derecho como facultad, poder descrito jurídicamente, pues con más propiedad son las facultades o poderes que se tiene sobre una cosa o conducta ajena, y no otra entidad, la que puede tener el alcance de una potencia absoluta.