

EL CONCEPTO DE «IUS COMMUNE» EN EL LENGUAJE DE LOS JURISTAS ROMANOS

ALEJANDRO GUZMÁN B.*

Profesor titular en la Universidad Católica de Valparaíso y en la
Universidad de Chile

Miembro de número de la Academia Chilena de la Historia

INTRODUCCIÓN

1. Un estudio moderno, directo y exclusivo acerca de la noción romana de *ius commune* y de lo que parece su correlativo, *ius proprium*, que yo sepa no existe; a lo más se encuentra indicaciones muy generales en los autores, lo cual es inexplicable atendido que algunos conceptos en cierto modo conectados con aquellas nociones, como los de *privilegium* y *ius singulare* sí han merecido alguna atención¹; y más inexplicable aún, si se tiene presente la importancia que la locución *ius commune* alcanzó a partir de los comentaristas medievales hasta la época de las codificaciones y que en alguna medida aún conserva².

El adjetivo *communis-e* se refiere a algo que es compartido por la totalidad de un cierto conjunto, y su antónimo es *proprius-a-um*, que significa aquello perteneciente a algo o a alguien de un modo singular y privativo. Si ambos calificativos se ponen en contacto, lo común es siempre más extenso que lo propio y por eso común también significa lo ordinario, lo normal, lo corriente, lo usual y hasta lo vulgar, frente a lo peculiar o singular. Si la cualidad que se predica como común o propia es considerada desde el punto de vista de su pertenencia, entonces resulta natural que común signifique la pertenencia simultánea por parte de varios, frente a la pertenencia singular por menos; de

* Dirección del autor: 9 Norte 967. Viña del Mar-35. Chile.

¹ ORESTANO, R., *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, en *Annali U. di Macerata* 11 (1937), p. 39 ss.; 12-13 (1939), p. 89 ss.; *Id. Ius singulare e norma singulare*, ahora en *Diritto. Incontri e scontri* (Bologna, 1981), p. 451 ss.; GUARINO, A., *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, ahora en *L'Ordinamento giuridico romano*³ (Jovene, Napoli 1959); AMBROSINO, R., *Ius singulare* (Milano 1940); DE ROBERTIS, F.M., *Generalis, speciale, personalis constitutio. Ius commune, ius singulare, privilegium*, ahora en *Scritti varididiritto romano* (Bari 1987), vol. II, p. 229 ss.; SANTINI, G., *Ius commune-ius generale. I tre sistemi normativi generali: diritto naturale, delle genti e romano (Etá antica e alto medioevo. Canonisti e teologi del XII secolo)*, en *Rivista de Storia del Diritto Italiano* 56 (1983), p. 31ss.

² Vid. GUZMÁN, A., *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, prólogo al libro de BRAVO, B., *Derecho común y derecho propio en Indias* (Santiago de Chile, 1989), p. XI ss.

ahí *communio* para indicar el dominio de varios sobre una misma cosa, la cual es precisamente común; y *proprietas*, para designar el dominio exclusivo de una cosa, aun cuando este término en el época clásica se aplicara no a cualquier dominio singular, sino al resultante de la imposición de un usufructo sobre la cosa.

Las palabras griegas correspondientes son *koinos* e *idios*.

2. En ambos idiomas los términos respectivos pertenecen al lenguaje usual. Pero habían alcanzado una cierta denotación técnica en el vocabulario de la dialéctica, como adjetivos para sustantivos ya técnicos. Así, por ejemplo, Aristóteles³ distinguía los principios comunes (*koinai archai*) de los principios propios (*idiai archai*) de las ciencias, muy vinculados con la diferenciación entre tópicos (lugares) comunes y propios (*topoi koinoi-idioi*). Cicerón afirmaba que la técnica de la definición consistía en la búsqueda de los *communia* de una cosa, para enseguida determinar su *proprium*⁴. En general la contraposición *koinos-idios* suele aparecer en los manuales sistemáticos de diversas ciencias aplicada a diferentes conceptos técnicos⁵.

3. En el vocabulario de los juristas latinos clásicos, sin embargo, encontramos estos términos sin un significado técnico preciso, más allá del proveniente del sentido que ellos ofrecen en el lenguaje ordinario. Así, p.ej., Próculo expone los hechos de un caso consistente en el decurrir de las aguas, primero por un cauce perteneciente a varios, y luego por los distintos cauces de dominio privado, empleando, como no podía ser menos, los términos *rivus communis* y *rivus proprius*⁶. Arrio Menandro distingue en los delitos cometidos por un militar aquellos *delicta propria* de los *delicta communia*, y diferencia su correspondiente *persecutio* también en *propria aut communia*⁷. Gayo, después de distinguir dos tipos de adopción: «*populi auctoritate*» e «*imperio magistratus*», dice que es común a ambos géneros de adopción el que la puedan celebrar aun quienes carezcan de la capacidad de generar, como los eunucos, lo mismo que la discusión acerca de si un *minor natu* puede adoptar a un *maior natu*, pero agrega que es propio de la adopción que se hace con intervención del pueblo (*adrogatio*) el que pasen a la potestad del adoptante no sólo el adoptado sino también la descendencia que previamente estaba en su poder⁸, lo cual no ocurre en el otro tipo.

³ ARIST., Anal. post. 1,2-72 a; 1,7-75a; 1,32-88a; 1,10-76b; 1,7-76a; *Metaph.* 996b 28.

⁴ CIC., Top. VI, 29.

⁵ Vid. FUHRMANN, Manfred, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur geschichte der Wissenschaften in der Antike* (Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen 1960), p. 23s, 32, 38, 141.

⁶ D.8.6.16.

⁷ D.49.16.2. pr.

⁸ Gai. 1,98-107 Cfr. D.1.7.2.

Pomponio dice que el derecho proveniente de la *interpretatio* de los juristas no se denomina como una *propria* parte del derecho, a diferencia de las demás partes del mismo que sí tienen sus *propria nomina*, sino que adopta el *nomen commune* de *ius civile*; más adelante califica a este mismo derecho jurisprudencial de *proprium ius civile*, para distinguirlo del derecho legal, del plebiscitario, del honorario, del senatorio y del imperial⁹ (que en sentido amplio también constituían *ius civile*, es decir, de la *civitas*). Examinando Ulpiano la palabra *familia*, distingue en su acepción de cuerpo de personas, una familia *proprio iure* de otra *communi iure*¹⁰, distinción ésta que no alude a la existencia de un *ius commune* y un *ius proprium* como ordenamientos jurídicos acotados, sino simplemente al vínculo de la agnación, de modo que aquellas expresiones vienen a significar «familia con agnación común» o con agnación propia»; en efecto, la primera se refiere a aquellos agnados entre sí, que sin embargo no dependen actualmente de una única potestad; mientras que la segunda, a aquellos que dependen de una sola.

En otras ocasiones los términos aluden subjetivamente a la pertenencia común o propia de una cosa o un derecho: así en D.46.2.31.1: *facto eius, cum quo commune ius stipulantis est* se refiere a la circunstancia de que entre coestipulantes, el derecho, o sea la situación jurídica de estipulantes (*ius stipulantis*), es común a todos ellos, como es obvio; en D.8.2.27.1: *in iure communi non habeas ius aedificandi* significa que en el derecho de copropiedad no queda incluido el derecho de edificar por cada codueño, sin autorización de los demás copropietarios; por supuesto que el derecho de copropiedad es un *ius commune* por definición. En varios textos *ius proprium* significa tan sólo un derecho privativo original, en oposición a un derecho ajeno o exterior; así, por ejemplo, en D.8.3.17 (Pap. Iust. l const.): *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam deflumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit*.^{10bis} En este texto

⁹ D.1.2.2.5 y D.1.2.2.7. En el célebre texto de Gayo (2 *aureor.*) conservado en D.44.7.1 se distingue las obligaciones que nacen *ex contractu* de las que nacen *ex maleficio*, y finalmente de las que nacen *proprio quodam iure ex variis causarum figuris* («por un cierto derecho propio en virtud de varias figuras de causas»). No es que las obligaciones cuya fuente se encuentra en el contrato o en el delito representen el derecho común, de modo que aquellas originadas en las «varias figuras de causas» constituyen un *ius proprium*; esta última expresión hay que entenderla en relación con Gai.3.88, donde el jurista plantea como *summa divisio* de las obligaciones la dicotomía *aut ex contractu aut ex delicto*, que en Gai. 3.91, sin embargo, pone él mismo en crisis al examinar la *solutio indebiti* que no le parece corresponder exactamente al género de obligaciones *ex contractu (re)*, sin que obviamente pueda considerársela *ex delicto*. Esta crisis aparece resuelta en D.44.7.1 con la creación de la tercera categoría de las *obligationes ex variis causarum figuris* en la que ingresa la *solutio indebiti* conjuntamente con otros tipos; de esta manera, el «derecho propio» de las «varias figuras de causas», entendido en el contexto que acabamos de recordar, viene a significar algo así como «derecho independiente», sui generis respecto del derecho de las obligaciones *ex contractu* y *ex maleficio*.

¹⁰ D.50.16.195.2.

^{10bis} «Los Augustos emperadores Antonio y Veró dispusieron por rescripto que el agua de un río público se debía dividir para regar los campos en proporción, a no ser que alguien demostrara que se le había concedido más por derecho».

el derecho que se opone al *proprium* es el proveniente del rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, según el cual las aguas de un río público deben distribuirse proporcionalmente entre los poseedores de la tierra para regarla; este derecho concedido por el rescripto cesa si alguien tiene un derecho que le otorga mayor proporción: un *ius proprium*.

4. A nosotros nos interesan las fuentes en que aparecen *ius commune* o *ius proprium* para designar no a un derecho considerado como situación subjetiva de pertenencia colectiva o individual, sino como derecho objetivo de mayor o menor aplicación. En tal significación se nos ofrecen de inmediato dos grupos de textos: a) uno en los cuales nuestras expresiones figuran referidas a regímenes jurídicos integrantes del *ius civile* en su más amplia acepción, esto es, como derecho de la *civitas*; dentro de este grupo, a su vez, encontraremos que los textos usan nuestras expresiones con relación al derecho testamentario ordinario frente al especial de los militares, por un lado, o con relación a otros variados regímenes jurídicos, por otro; b) el segundo grupo concierne a los pasajes en que los términos en estudio vienen usados esta vez frente al *ius civile*, también entendido en su más amplia acepción, excediéndolo, para alcanzar derechos suprapositivos o de otros pueblos diferentes al romano. Podríamos resumir este doble punto de vista con que se nos ofrecen las fuentes diciendo que en el primer grupo se trata de una visión endosistemática y en el segundo de una exosistemática. Será conforme con este esquema que habremos de proseguir nuestra investigación.

PARTE I: «IUS COMMUNE» y «IUS CIVILE ROMANORUM»

Así, pues, si nosotros consideramos al *ius civile* en su amplia acepción, de derecho de la *civitas Romana*, observamos que la mayoría de los textos en que figuran nuestras expresiones vienen ella referidas a regímenes jurídicos pertenecientes al mismo; se trata precisamente de la visión endosistemática que decíamos; esos regímenes o son el derecho testamentario o son otros variados aunque la mayoría de los casos pertenecen a aquél; ambos serán estudiados analíticamente según a qué régimen vengan aplicadas las respectivas denominaciones.

I. «IUS COMMUNE» COMO DERECHO ORDINARIO DE TESTAMENTOS FRENTE AL DERECHO PRIVILEGIADO DE TESTAMENTOS PERTENECIENTES AL «IUS MILITARE» O «MILITIAE»

1. *Introducción.* Como es sabido, a partir de un precedente sentado por Julio César, sucesivos emperadores (Tito, Domiciano y Nerva) concedieron a los militares la facultad de otorgar su testamento sin sujeción a las

reglas ordinarias del derecho civil y del edicto, ora por lo respectivo a la forma del acto, ora por lo concerniente a su contenido, siempre que el militar lo otorgara siendo tal, aunque el acto caducaba después de pasado un año desde el licenciamiento honroso; Trajano fijó definitivamente el régimen¹¹. Este régimen testamentario de los militares constituirá un *privilegium*¹², es decir, una regulación sólo válida para una categoría de personas: los militares, distinta, en sentido favorable en este caso, y menos rígida, que la regulación válida para todos los demás ciudadanos. Para referirse a este régimen testamentario privilegiado algunos juristas adoptaron la expresión *ius militare* o *ius militiae*; pero debemos advertir que tal uso no implicaba una congruencia, pues no se trataba de que el derecho militar o de la milicia se agotara en el derecho testamentario de los militares ni, al revés, que éste fuera el único derecho militar o de la milicia existente. Así, p. ej., un texto de Papiniano conecta la figura del peculio castrense con el *ius militare* al declarar que si un padre da en adopción a su hijo militar, no puede privarlo de dicho peculio, porque «el hijo lo tiene en virtud del derecho de la milicia» (*peculium...iure militiae filius tenuit*)¹³. El derecho militar también estaba integrado por un derecho penal especial de los militares, tanto en lo referente a delitos que sólo podían ser cometidos por los soldados, cuanto en la aplicación de privilegios derogatorios del derecho penal general a los militares culpables de delitos comunes¹⁴. Así, pues, el régimen testamentario privilegiado de los militares venía a ser como una sección, por así decir, del integro *ius militare*.

Cuando los juristas querían contraponer dicho régimen testamentario al normal u ordinario entonces solían recurrir a la expresión *ius commune* para designar a este último; con ello, pues, aludían a las reglas de forma y fondo vigentes para el testamento según el derecho civil o pretorio aplicables a todo ciudadano que no fuera militar e, incluso a éstos, si así lo decidía uno de ellos como renunciando al uso de su privilegio.

También debemos advertir, aunque la prueba de esta afirmación queda postergada para más adelante¹⁵, que con este uso los juristas no entendían identificar *ius commune* con el derecho testamentario ordinario o regular, pues dicha expresión la adoptaban también para denotar secciones del derecho civil o pretorio en nada relacionadas con el testamento. En consecuencia, la contraposición *ius commune-ius militare* o *militiae* era esencialmente relativa y dialéctica: los juristas recurrían a ella cuando la naturaleza de la situación examinada exigía una comparación entre ambos regímenes del testamento: el ordinario y el

¹¹ D.29.1.1. pr.

¹² Así viene calificado por ejemplo en D.29.1.24.

¹³ D.49.17.12.

¹⁴ D.49.16.2.pr. Cfr. D.38.12.1.

¹⁵ Vid. infra IV.

militar; si no resultaba necesario comparar, entonces tampoco era necesario hablar de *ius commune*, la cual expresión, por tanto, no aludía a ninguna categoría general y absoluta.

2. Los textos.

a) D.29.1.20 pr. (Iul., 27 dig.):

Tribunus militum si intra dies certos, quam successor eius in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit et ibi decesserit, quoniam desinit militis loco haberi, postquam successor eius in castra venit, ideo communi iure civium Romanorum codicilli eius aestimandi sunt¹⁶.

Se trata de un codicilo otorgado por un tribuno militar todavía permanente en el campamento, sin embargo de ya haber llegado su sucesor en el cargo; Juliano decide que ese codicilo debe juzgarse «según el derecho común de los ciudadanos Romanos» (*communi iure civium Romanorum codicilli eius aestimandi sunt*); con ello el jurista quiere decir que el acto no quedó sujeto a las reglas del privilegio militar sino a las ordinarias o generales del derecho civil y pretorio.

b) D.29.1.25 (Marcell., l. sing. respon.):

Titius priusquam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit et postea cinctus manente eodem defunctus est: quaero, an militis testamentum videatur esse. Marcellus respondit: testamentum quod ante tribunatum fecisset, nisi postea ab eo factum dictum esse probaretur quod valere vellet, ad commune ius pertinet: constitutionibus enim principum non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmantur¹⁷.

Ticio otorgó testamento antes de ser designado tribuno de una legión y murió en servicio. Marcelo declara que el testamento «pertenece

¹⁶ «Si un tribuno militar, cuyo sucesor ya había llegado al campamento, en el cual todavía aquél permanecía, hubiese hecho un codicilo y allí hubiese muerto, ha de entenderse que tal codicilo se rige por el derecho común de los ciudadanos romanos, ya que dejó de tener la condición de militar una vez que su sucesor se incorporó en el campamento».

¹⁷ «Ticio hizo testamento antes de ser hecho tribuno de una legión y luego murió en ese cargo sin haber revocado el testamento: pregunto si se considera a éste como el testamento de un militar. Respondió Marcelo que el testamento que se hizo antes de ser nombrado tribuno es de derecho común, a no ser de probarse que el testador hizo o declaró algo después, con el fin de confirmar el testamento; pues las constituciones imperiales no validan los testamentos de los militares, sino los que fueron hechos por militares».

al derecho común» (*ad commune ius pertinet*) porque fue otorgado antes del nombramiento, y las constituciones imperiales sobre la materia se refieren no simplemente al testamento hecho en cualquier tiempo por un militar actualmente tal, sino al hecho por un militar siendo tal. Evidentemente esta «pertenencia» al derecho común significa que el acto quedó regido por las reglas ordinarias del derecho civil y pretorio sobre la materia.

c) D.28.6.15 (Pap., 6 resp.):

Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit. Intra quattuordecim annos etiam propria bona filius substitutus iure communi capiet, post eam autem aetatem ex privilegio militum patris dumtaxat cum fructibus inventis in hereditate¹⁸.

Un centurión instituyó sustituto para sus hijos (nombrados como herederos de primer grado), para el caso de morir aquellos antes de los 25 años sin descendencia. El caso era anómalo, porque no se trataba ni de una sustitución vulgar (o sea, para el caso que los herederos murieran antes que el testador), ni de una pupilar (para el caso que aquellos murieran antes de los 14 años, pero después que el testador). El jurista dice entonces: si los hijos mueren antes de los 14 años (se entiende que una vez muerto el testador), el sustituto recoge la herencia que había dejado el padre y también los bienes propios del hijo llegados a él por cualquier otra vía; es decir, aplica las reglas de la sustitución pupilar provenientes del derecho civil, las cuales Papiniano invoca con la expresión «derecho común» (*substitutus iure communi capiet*). Si, en cambio, mueren los hijos después de los 14 años y antes de los 25, el sustituto adquiere tan solo los bienes del padre y sus frutos, pero no los demás que aquéllos pudieron ganar en vida, lo cual decide el jurista que es así «en virtud del privilegio de los militares» (*ex privilegio militum*); en efecto, de no mediar tal privilegio, el sustituto nada habría recibido.

d) D.29.1.36.3 (Pap., 6 resp.):

Veteranus moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse maluit. Heredum institutiones ac substitutionem in eodem statu

¹⁸ «Un centurión nombró expresamente un sustituto para sus hijos, por si muriese antes de cumplir los veinticinco años sin dejar descendientes. Si el hijo muere antes de los catorce años, tal sustituto adquirirá, por derecho común, también los bienes propios del hijo; mas, si éste muriese después de tal edad, adquirirá, por privilegio militar, solamente los bienes del padre con los frutos hallados en la herencia».

mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius communem summoverti...¹⁹

Un actual veterano (es decir, ya licenciado del ejército) había hecho su testamento durante su permanencia en la milicia, pero de acuerdo con el derecho común (*testamentum iure communi... factum*); estando por morir lo revocó, prefiriendo fallecer intestado. Papiniano juzgaba así el caso: las instituciones de heredero y las sustituciones del primer testamento debían mantener su valor, pero debía denegarse la reclamación de los legados mediante la excepción de dolo «según el derecho común» (*secundum ius communem*); en otras palabras, daba valor a la nueva voluntad testamentaria sólo por lo relativo a los legados que en una sucesión intestada no pueden tener lugar, y por ello aplicaba a los del primer testamento el derecho común.

e) D.29.1.36.4 (Pap., 6 resp.):

Miles iure communi testatus postea testamentum iure militiae super bonis omnibus factum annum militiae vitae decesserat: prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non reintegrari vires constituit²⁰.

Un militar hizo testamento de acuerdo con el derecho común (*iure communi testatus*), no importa si antes o después del ingreso en la milicia; pero con posterioridad a ese testamento y durante su servicio, otorgó otro, esta vez de acuerdo con «el derecho de la milicia» (*testamentum iure militiae... factum*), sobre todos sus bienes, de modo que el anterior quedó sustituido; este individuo murió después de un año de su licenciamiento, por lo cual el testamento militar caducó. Papiniano dice que el primer testamento no readquiere valor; en consecuencia, este veterano murió intestado.

f) D. 49.17.17.1 (Pap., 2 def.):

Pater a filio milite vel qui militavit heres institutus testamenti causam omisit et castrense peculium possidet: legitimi heredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata praestare. Quod si filius post annum quam militare desierat

¹⁹ «Un veterano, al morir, quiso quedara sin efecto el testamento que había hecho según el derecho común cuando estaba en el servicio, prefiriendo morir intestado. Se admitió que subsistían las instituciones de heredero y las substituciones, pero que, por derecho común, se opusiese la excepción de dolo malo en contra de los que pidieren los legados...».

²⁰ «Un militar que había hecho testamento con arreglo al derecho común, hizo luego otro con arreglo al derecho militar para disponer de todos sus bienes, y después de más de un año de estar licenciado murió; está claro que no se convalida el primer testamento que sin duda perdió eficacia».

*iure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidia retinebitur quarta*²¹.

El texto contiene dos casos, de los cuales no nos interesa el primero. En el segundo se trata de un hijo que murió después de un año de su licenciamiento y de haber hecho testamento «por derecho común» (*iure communi testamento facto*); el padre, que había sido instituido heredero, se beneficia con la *lex Falcidia* y podrá retener la cuarta que aquélla reservaba a los herederos. En el texto se quiere contraponer el régimen civil (común), en el cual rige la mencionada ley, al régimen privilegiado, en el cual la ley no tenía lugar. Debemos entender entonces que el testamento, aunque de derecho común, fue otorgado siendo militar el hijo, de modo que el acto valió como testamento militar durante un año después del licenciamiento, para continuar como común con posterioridad; como fue durante este segundo lapso que murió el hijo, Papiniano aplicaba el derecho común.

g) D.29. 1. 34.1 (Pap., 14 *quaest.*):

*Militia missus intra annum testamentum facere coepit neque perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum: alioquin si valuit iure communi, non esse iure recissum*²².

Se trata de un acto testamentario iniciado siendo militar el testador, pero no terminado ni siquiera dentro del año posterior a su licenciamiento. Papiniano distinguía: si la parte alcanzada a escribir se hizo de acuerdo con el derecho de la milicia (*si iure militiae fuit scriptum*) mientras el otorgante fue militar, entonces no vale el acto porque, se subentendiendo, en definitiva fue un testamento militar que caducó por haber transcurrido un año desde su otorgamiento; si, por el contrario, lo escrito tuvo valor por derecho común (*si valuit iure communi*) entonces el acto no será anulado.

h) D.29.1.38.1 (Paul., 8 *quaest.*):

Miles testamentum fecerat, deinde non ignominiae causa missus rursus cinctus est in alia militia: quaerabatur, an

²¹ «Un padre instituido heredero por su hijo militar, o que lo había sido, ha repudiado el testamento y posee el peculio castrense: a ejemplo del heredero abintestato, tendrá que pagar los legados en la medida del peculio y sin limitación de tiempo. Pero si el hijo murió con un testamento de derecho común un año después de haber dejado el servicio, el padre retendrá una cuarta parte de la herencia en razón de la ley Falcidia».

²² «Un militar empezó a hacer testamento pero no pudo terminarlo dentro del año desde su licenciamiento. Puede decirse que se anula lo que dispuso siendo militar, si es que lo hizo con arreglo al derecho militar; en cambio, si tenía validez con arreglo al derecho común, no se anula por derecho».

testamentum eius quod in militia fecerat, valeret. Quaesivi utrum iure militari an commune iure testatus est. Et si quidem communi iure testatus est, nulla dubitatio est, quin valeat²³.

Un militar hizo testamento durante su servicio, después fue licenciado y más tarde volvió a enrolarse; se preguntó si valía (mejor: cómo valía) el testamento.

Para responder, Paulo indagó si el interesado había testado por derecho militar o por derecho común (*utrum iure militare an commune iure testatus est*). Si testó por derecho común no le cupo duda que el testamento valía; en la parte no copiada del texto, el jurista discute las posibilidades de validez que tuvo el testamento si había sido confeccionado según el derecho militar.

i) D.29. 7. 8. 4 (Paul., 1. *sing. de iur. cod.*):

Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet, nisi si militiae tempore signavit vel quaedam adiecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent²⁴.

Una persona hizo testamento antes de ingresar en la milicia y unos codicilo después de ingresar en ella; se preguntó si el codicilo valía en virtud del derecho militar (*an iure militari valeant codicilli*), teniendo presente que el testamento mismo valía en virtud del derecho común (*quoniam testamentum iure communi valet*). Paulo decidió que el codicilo valía por derecho militar.

j) D. 29.1.3. pr. (Ulp., 2 *Sab.*):

Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit quam testaretur? Pomponius dubitat. Sed cur non in milite

²³ «Un militar hizo testamento, después fue licenciado sin causa deshonrosa, y más tarde se enroló en unidad militar. Se discutía si valió el testamento hecho en la milicia, y yo pregunté si había hecho testamento con arreglo al derecho común o al derecho militar, porque si había hecho un testamento con arreglo al derecho común, no cabe duda de que se validó».

²⁴ «Si un militar hubiera hecho su testamento antes de entrar en el ejército y un codicilo cuando ya estaba en él, se pregunta si el codicilo vale con arreglo al derecho militar, teniendo en cuenta que el testamento vale según el derecho común, salvo si lo selló o añadió en él alguna cosa cuando el testador ya era militar. Ciertamente el codicilo hecho en tiempo de milicia no debe conectarse con el testamento, sino que vale por derecho militar en sí mismo».

diversum probet? neque enim qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendum est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus²⁵.

Un militar quiso otorgar testamento por derecho común y comenzó a hacerlo, pero murió antes de perfeccionar el acto. El problema implícito es éste: si se trata de un testamento de derecho común inexistente, que carece de todo efecto, en consecuencia; o, por el contrario, de un testamento militar existente y plenamente válido; en otras palabras, se trata de saber si hay o no conversión de uno en otro. Pomponio, nos dice Ulpiano, dudaba; pero este último aceptaba la conversión, basándose en que quien quiso testar por derecho común (*qui voluit iure communi testari*) no por eso renuncia de inmediato al beneficio militar, debiendo, entenderse que la elección del tipo testamentario de todos modos implica acogimiento a uno y otro género para evitar casos fortuitos, o sea, nulidades no previstas ni queridas, que afectando a un tipo, no afectan sin embargo al otro.

k) D.29. 1.11. pr. (Ulp., 45 *Sab.*):

Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus: sed utrum iure militari an iure communi, quaeritur. Magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere iure militari ei testandum²⁶.

Se afirma en el texto que los condenados a muerte por delitos militares pueden testar (a diferencia de los condenados capitales ordinarios, que no pueden hacerlo), pero que sólo respecto de sus bienes castrenses; ello ofrece este problema: si el testamento ha de regirse por el derecho militar o por el común (*utrum iure militari an iure communi*). Ulpiano decide que es más verdadero que debe

²⁵ «Si el militar que quería hacer testamento con arreglo al derecho común hubiese fallecido antes de testar, ¿qué ocurre? Pomponio dudaba. Mas, ¿por qué no admite la especialidad de lo militar? Porque quien quiso hacer testamento por derecho común, no por eso renunció sin más al beneficio militar, ni ha de creerse que elige un determinado modo de testar para que sus disposiciones sean impugnables, sino que quiso acogerse a los dos modos de testar para estar a salvo de casos fortuitos...».

²⁶ «Los reos capitales por un delito militar pueden hacer testamento, pero sólo en cuanto a los bienes obtenidos como tales militares. Pero se pregunta si lo harán con arreglo al derecho común o con arreglo al derecho militar. Es más cierto que han de testar con arreglo al derecho militar, ya que, si se les permite hacerlo por condición de militar, es consecuente decir que deben testar conforme con el derecho militar.».

testarse por derecho militar, porque si el derecho de testar se atribuye al condenado en cuanto militar (es un beneficio), resulta consecuente que lo ejerza en cuanto tal.

1) D.28.3.7 (Ulp.,10 Sab.):

Si miles iure civili testamentum fecerit, et primo gradu heredem eum scripserit quem iure militari poterat, secundo eum quem communi iure potest, et post annum missionis decesserit, primus gradus irritus fiet et a secundo incipiet testamentum²⁷.

Un militar hizo testamento por derecho civil, instituyendo heredero a quien podía serlo, pero por derecho militar (se subentiende que no podía por derecho civil), y como sustituto del mismo a uno que podía ser heredero por derecho civil; el testador murió después de cumplido el plazo de caducidad de todo testamento militar (un año desde el licenciamiento); entonces la institución de heredero (que valía por derecho militar) caduca, pero entra a adquirir eficacia la sustitución que era válida por derecho civil.

3. *Conclusión.* Queda entonces demostrado cuando hemos expuesto al comienzo de este capítulo, a saber: que entre juristas como Juliano, Marcelo, Papiniano, Paulo y Ulpiano los términos de comparación entre el régimen ordinario (civil o pretorio) del testamento y sus efectos sucesorios, con el régimen privilegiado del testamento militar y los suyos, aparecen expresados con las locuciones *ius commune* y *ius militare* o *militiae* respectivamente. El último de los pasajes discutidos (D.28.3.7) es particularmente demostrativo, porque ahí figura claramente la equivalencia entre *ius civile* y *ius commune* y la contraposición de ambos con *ius militare*.

Por otro lado, debemos reparar en que el régimen del testamento militar jamás aparece designado aquí con el antónimo de *ius commune*, es decir, con *ius proprium*.

Ya hemos hecho notar, además, que el *ius militare* no se agota en el régimen testamentario privilegiado, porque los juristas también empleaban la locución para otros regímenes distintos del testamentario, pero también aplicable únicamente a los militares. Más adelante veremos que tampoco el *ius commune* se agota en el régimen ordinario de testamentos, porque también aparece utilizado a otros respectos.

²⁷ «Si el militar hubiera hecho testamento con arreglo al derecho civil e instituyese en primer lugar a quien podía hacerlo según el derecho militar y como sustituto a quien le era permitido por derecho común, y muriese un año después del licenciamiento, se hará írrito el primer llamamiento y la validez del testamento comenzará a partir del segundo».

Finalmente es útil dejar sentado en especial, aunque varias veces se ha repetido, que el derecho testamentario de los militares era un *privilegium*, de modo que, como conclusión parcial de este examen, resulta que en esta materia al menos *ius commune* aparece en contrapunto precisamente con un *privilegium*.

Corresponde ahora examinar un par de textos que hacen excepción a la segunda de nuestras conclusiones.

II. EL DERECHO PRIVILEGIADO DEL TESTAMENTO MILITAR COMO «IUS PROPRIUM» EN GAYO

En la contraposición *ius commune-ius militare*, este último, hasta ahora, jamás ha aparecido como *proprium*. Pero hay un texto de Gayo en que ello sí sucede, aunque falte el correlativo *commune*. Se trata de D.29. 1.2 (Gai., 15 *ed. prov.*):

De militis testamento ideo separatim proconsul edidit, quod optime ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari²⁸.

Gayo alude aquí al régimen testamentario privilegiado de los militares, del cual antes nosotros hemos tratado. Mirado el pasaje desde un punto de vista puramente conceptual, no presenta él ningún problema y coincide con la doctrina de los demás juristas, plenamente adaptada a la realidad de la existencia de un régimen testamentario peculiar para los militares. La dificultad surge al examinar el texto desde el punto de vista de su terminología, pues Gayo denomina al régimen privilegiado «derechos propios» o «singulares» (*propria atque singularia iura*). El adjetivo *proprium* en relación con dicho régimen no se encuentra en ningún otro jurista, salvo el caso de las *Pauli Sententiae*, que en seguida veremos²⁹, pero que es mejor atribuir al derecho postclásico. Más grave resulta la situación si nosotros ponemos dicho pasaje de Gayo en contacto con otros del mismo autor que analizaremos después, en donde *ius proprium* asume un significado más técnico y muy preciso, de derecho exclusivo de un pueblo e instituido por sí y para sí mismo, de manera de resultar desconocido por otros pueblos³⁰; evidentemente los militares ni eran un pueblo ni el régimen privilegiado de sus testamentos había sido instituido por ellos.

²⁸ «El procónsul dio normas edictales separadas para el testamento de los militares, porque sabía muy bien que, a tenor de las constituciones imperiales, se observa respecto de sus testamentos unos derechos propios y singulares».

²⁹ Vid. infra III.

³⁰ Vid. infra parte II, I, 1.

Es manifiesto, pues, que este pasaje no pertenece al círculo conceptual de otros del mismo Gayo. Pero ello no basta para dar por interpolada o glosemática la expresión *propria*, pues podemos perfectamente aceptar que aquí Gayo la usó en un sentido totalmente atécnico, como antónimo de un implicado *commune*, ya que es de suponer que él estaba familiarizado con el uso de *ius commune* para aludir al régimen ordinario de los testamentos. Parece que así también debe interpretarse *singularia*, que se nos presenta sin pretensión alguna de tecnicismo y que con *propria* forma una suerte de endiádis apta para describir el carácter peculiar del régimen testamentario militar³¹.

III. «IUS COMMUNE» COMO DERECHO ORDINARIO DE TESTAMENTOS FRENTE AL DERECHO PRIVILEGIADO DEL TESTAMENTO MILITAR COMO «IUS PROPRIUM» EN LAS «PAULI SENTENTIAE»

Absolutamente novedoso es PS.3.4a.3:

Filius familias, qui militavit, de castrensi peculio tam communi quam proprio iure testamentum facere potest³².

La doctrina expuesta por el fragmento parece clásica, atendido que fue Justiniano quien estableció expresamente la contraria, de que el *filius familias* sólo podía testar por derecho común³³. Lo raro del texto es que el derecho militar de testamentos venga calificado como *ius proprium* y expresamente opuesto al derecho común de testamentos; ya hemos visto que también Gayo había denominado *proprium* a ese especial derecho testamentario, pero sin contraponerlo expresamente al derecho común. Teóricamente no hubiera sido imposible que un clásico hubiera hablado de esta manera, atendido que el correlativo de *commune* es justamente *proprium*, y ya sabemos que en su lenguaje *ius commune* habitualmente significa derecho general de testamentos frente al especial de aquel perteneciente a los militares. Pero sería éste el único caso, y atendido a que tal único caso aparece en una fuente de conocida manufactura postclásica, más nos inclinamos por pensar en que el desconocido autor del texto, operando sobre la base de algún fragmento clásico de Paulo en que aparecía la contraposición *ius commune-ius militare*, que por lo demás debió de resumir, reemplazó *militari iure* por *proprio iure*, quizá guiado por afán de simetría.

³¹ Así, pues, no me parece que haya de atribuirse ningún significado especial ni técnico a *iura singularia*, del mismo modo que tampoco *ius singulare* lo posee en Gai. 3.114, donde Gayo, para hacer notar ciertas peculiaridades de la *adstipulatio*, dice que en esta materia se observa un cierto derecho singular (*In hoc autem iure quaedam singulare iure observantur*). En D.44.7.1 (Gai. 2 *aureor*): *aut proprio quaedam iure ex variis causarum figuris*, la expresión *proprium ius* tampoco posee significado técnico (vid. n.9). Se trata de maneras de hablar nada más.

³² «El hijo de familia que fue militar puede hacer testamento respecto de su peculio castrense por derecho tanto común como propio».

³³ Inst.2.11.6; CI.6.22.12.

IV. «IUS COMMUNE» COMO CUALQUIER RÉGIMEN JURÍDICO ORDINARIO FRENTE A OTRO ESPECIAL

1. *Introducción.* Hasta el momento hemos examinado catorce textos en que *ius commune* significa exclusivamente derecho testamentario ordinario en correlación con el derecho testamentario privilegiado de los militares, que en todos los casos viene atribuido simplemente al *ius militare o militiae*, salvo en dos casos en que se lo califica de *proprium*. Estudiaremos ahora un conjunto de diez pasajes en que también figura la primera locución, pero referida esta vez a variados regímenes jurídicos del *ius civile* en su más amplio sentido, sin que en ningún caso, empero, el correlativo especial aparezca designado como *proprium*.

2. *Los Textos.*

a) D.4.4.12 (Gai., 4 *ed. prov.*):

Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summo verit debet: quia scilicet communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur senatus consulti auxilio³⁴.

El texto se refiere a la acción restitutoria, probablemente una acción útil o ficticia³⁵, que se da al acreedor contra el deudor principal, después de haber aquél demandado a la mujer garante de dicho deudor, haber ella opuesto la *exceptio senatus consulti Velleiani* y obtenido, en consecuencia, la absolución. Como la *litis contestatio* extinguió la acción del acreedor de modo de no poder éste demandar al deudor principal, el único remedio era pretorio, precisamente la restitución en su favor; superando éste el efecto extintivo de la *litis contestatio* le permitía accionar ficticiamente contra aquél. El texto dice que se restituye la acción al acreedor contra el deudor por derecho común (*communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur*). Es evidente que la expresión se refiere aquí al derecho del edicto, en virtud del cual se concede la acción restitutoria; pero, ¿a qué se opone? Para entenderlo debemos recordar que el acreedor, según el texto, era un menor (de 25

³⁴ «Si una mujer garantizare la deuda de otro frente a un menor de edad, no se dará a éste la acción en contra de la mujer, sino que, tal como se hace respecto de cualquier otro, le será opuesta la excepción, ya que, por derecho común, la acción le será restituida contra el deudor principal. Esto si el deudor principal es solvente, pues de otro modo la mujer no podrá valerse del auxilio del senadoconsulto.»

³⁵ Vid. D.16.1.8.8 y VALIÑO, E., *Acciones útiles* (Eunsa, Pamplona 1974), p. 29.

años). Ahora bien, todo menor gozaba de una especial protección, que los juristas solían denominar con el término genérico de *auxilium aetatis*, representativo de varios recursos específicos como la *in integrum restitutio* o la *exceptio legis Laetoriae*; recursos que por lo demás venían considerados como un *beneficium aetatis*³⁶, cual si se dijera un privilegio; todo ello en el caso que el menor hubiera sufrido un perjuicio en cualquier relación jurídica de que fuera parte. En consecuencia, cuando el menor a que se refiere el texto demandó a la mujer y ésta se defendió con un *auxilium* también particular de que gozaba, la *exceptio senatusconsulti Velleiani*³⁷, podría pensarse en que el pretor lo protegiera o bien denegando la excepción a la mujer, o bien concediéndole en su contra una *replicatio legis Laetoriae* para enervar la excepción; en ambas situaciones la mujer hubiera quedado en la necesidad de responder al menor. Pero el texto dice otra cosa: que la acción del menor queda excluida por la excepción que favorece a la mujer; y justifica esta solución porque al menor se le concede una acción restitutoria de derecho común; en otras palabras, se lo trata igual que a los demás acreedores y no resulta por ello perjudicado. Ello en definitiva viene a significar que a este menor se le aplica el derecho común de los acreedores y no el derecho especial de los menores, pues aquel es suficiente para proteger sus intereses en el caso. Aparece aquí, pues, la contraposición implícita *ius commune-beneficium*, aunque sea para negar la aplicación de éste último.

b) Gai.3.95a presenta un texto mutilado en el cual, sin embargo, podemos leer todavía las palabras «*muni iure obliga*» que nos hacen pensar en un *communi iure obligari*; en efecto, leemos en el Epit.Gai.2.9.3 una exposición sobre la *dotis dictio* que, en la parte que nos interesa, viene permitida únicamente a tres personas: la esposa, su padre, el deudor de aquélla; y cuya característica es que no requiere de pregunta y respuesta, como la *promissio dotis*, sino únicamente de una declaración unilateral sin previa pregunta. El texto dice que: *aliae vero personae si pro muliere dotem viro promiserint, communi iure obligari debent, id est ut et interrogata respondeant et stipulato promitteant*³⁸. El derecho común, pues, es el concerniente a la *promissio dotis*, es decir, al de la *stipulatio dotis causa*, que efectivamente exigía pregunta y respuesta, de modo que el derecho de la *dotis dictio*, constituido tan solo por la *dictio* unilateral sin previa pregunta, venía a tener carácter especial.

³⁶ D.4.4.1.6; 4.4.42; 34.3.26.

³⁷ También considerada un *beneficium*: D.16.1.24.2; PS. 2.11.2.

³⁸ «Mas si otras personas prometieren una dote al marido por la mujer, deben obligarse por derecho común, esto es, que interrogadas, respondan y estipuladas, prometan».

c) D.46.1.51.4 (Pap., 3 resp.):

Cum inter fideiussores actione divisa quidam post litem contestam solvendo esse desierunt, ea res ad onus eius qui solvendo est non pertinet, nec auxilio defendetur aetatis actor: non enim deceptus videtur iure communi usus³⁹.

Se trata de un caso en que el acreedor demandó *in solidum* a los cofiadores de su crédito y no *pro parte* a cada uno de ellos; éstos invocaron la *epistula Hadriani*, que permitía la división de la deuda entre los cofiadores solventes al momento de la *litis contestatio*; después de ésta, uno de los cofiadores demandados perdió la solvencia que poseía en dicho momento; el texto dice que la cuota o parte que a éste hubiera correspondido pagar no grava al otro que permaneció solvente, de modo que es el acreedor quien debe soportar la pérdida de esa cuota; se entiende que en forma definitiva, pues la acción se extinguió por la *litis contestatio*. Ahora bien, si el acreedor hubiera sido un menor de 25 años, en principio hubiera podido pensarse en una *restitutio in integrum ob aeta tem* en su favor, que superara el efecto extintivo y le permitiera reclamar la cuota del fiador insolvente contra el solvente, mediante una renovación de la acción. Pero el texto dice que esto no es posible porque no parece engañado o defraudado (*deceptus*) «quien usó del derecho común» (*non enim deceptus videtur iure communi usus*). ¿Cuál es aquí el derecho común? No parece otro que el emanado de la *fideiussio*, incluida la división de la deuda entre los cofiadores en virtud de la *epistula Hadriani*⁴⁰, derecho que el menor, al demandar a aquéllos, había usado en el caso. Si Papiniano lo califica de común, fue por contraposición dialéctica al *auxilium (beneficium) aetatis*⁴¹, del cual el menor en teoría hubiera podido valerse y que entonces aparece como un derecho especial; de manera que en definitiva el jurista viene a decir que el supuesto en que el derecho especial tiene lugar (el perjuicio al menor) no puede consistir en la mera aplicación del derecho común⁴², es decir, que la mera aplicación de éste no puede considerarse como caso de perjuicio⁴³. También, pues, está presente aquí la contraposición *ius commune-beneficium*.

³⁹ «Una vez dividida la acción entre los cofiadores, algunos de ellos dejaron de ser solventes después de la litiscontestación: esto ya no afecta a la carga que corresponde al fiador solvente ni debe defenderse al demandante con el auxilio de la edad, pues no parece haber sido engañado quien usa el derecho común».

⁴⁰ Un beneficio según D.46.6.12.

⁴¹ También un beneficio: supra n.36.

⁴² Cfr. D.50.17.116.1: *Non capitur qui ius publicum sequitur* («no sufre engaño quien sigue al derecho público»). D.47.10.13.1: *is qui iure publico utitur non videtur iniuriae faciendae causa hoc facit* («quien usa del derecho público no parece que lo hace para inferir injuria»).

⁴³ CI.2.21.9 (Zeno, a.408): *Non videtur circumscriptus esse minor qui iure sit usus communi*, texto éste que forma parte de una amplia constitución original (CI.5.12.28 y 5.75.6).

d) D.35.1.78.pr. (Pap.,8 resp.):

Cum pupillus aut tutor eius condicionem in personam pupilli conlatam impedit, tam legatis quam libertatis iure communi condicio impleta esse videtur⁴⁴.

El texto dice que si un pupilo heredero, impúber por lo tanto, o su tutor impiden el cumplimiento de una condición que depende del pupilo, la condición de los legados y de las manumisiones se entiende cumplida; y agrega que ello es por derecho común (*iure communi condicio impleta*).

El problema que ofrecían las condiciones potestativas, de que el interesado en que no se cumplieran dejara intencionalmente de cumplirlas, fue resuelto por la jurisprudencia, en efecto, en el sentido de darlas por cumplidas; de acuerdo con D 50.17.161 ello era *ius receptum*: este texto agrega que la solución fue adoptada para las manumisiones, los legados y las instituciones de heredero condicionales, y que a ejemplo de esos casos fue adoptada también para las estipulaciones del mismo género; o sea, se trató de una solución general.

Ahora bien, el texto en examen, que hace aplicación de tal solución, está referido al caso de que el cumplimiento de la condición dependa de un impúber, y entonces cabría preguntarse si dicha solución no podría reconocer una excepción en favor del impúber: ésta es la cuestión implícita en el texto; cuyo autor se inclina (*videtur*) por el derecho común, sin aceptar ninguna especialidad, beneficio o privilegio concerniente a los impúberes, de modo que nuevamente *ius commune* se nos presenta en relación con peculiaridades consistentes en un *beneficium*, aunque sea para negarlas.

e) D.49.14.37 (Pap.,10 resp.):

Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat⁴⁵.

Como es sabido, el fisco gozaba de un privilegio para pagarse de sus créditos contra determinada persona con preferencia a los demás

⁴⁴ «Cuando un pupilo o su tutor impiden que se cumpla la condición dejada al arbitrio del pupilo, la condición del legado o de la manumisión testamentaria por derecho común se tiene como cumplida».

⁴⁵ «Lo que ha sido admitido de que no debe reclamarse una pena a favor del fisco, sino después de haber cobrado los acreedores lo que se les debía, quiere decir que, respecto de esa pena, el fisco no debe prevalerse de su privilegio frente a los acreedores, pero no que el fisco pierda lo que por derecho común es de todos los acreedores».

acreedores del mismo⁴⁶. Este privilegio, empero, no se aplicaba cuando el crédito fiscal tuviera como objeto la reclamación de una pena. Ahora bien, ¿qué alcance tenía esta excepción? Podía entenderse de dos maneras: o bien que, tratándose de penas, el fisco no gozara de preferencia y permaneciera como cualquier otro acreedor, de modo de cobrar todo el crédito si el patrimonio del deudor resultaba suficiente, o a prorrata si no resultaba así; o bien que el crédito penal quedara pospuesto a los créditos de los demás acreedores, de modo que sólo pudiera cobrarse después de haberse pagado íntegramente aquéllos, si algo sobraba, pero también con el riesgo de nada cobrar si nada restara una vez satisfechos dichos acreedores; en tal caso el fisco no sólo no gozaría de preferencias sino que, al revés, hubieran sido los demás acreedores quienes gozarían de una preferencia respecto del fisco. Un texto de Modestino se inclina por esta segunda posibilidad⁴⁷; pero el de Papiniano antes transcrito, por la primera. Tal texto, en efecto, explica en qué sentido debe entenderse aquello de que la pena no debe exigirse «a no ser que los acreedores reciban lo suyo», y dice que eso significa que el fisco no debe ejercer su privilegio de preferencia contra los acreedores, pero no que «el fisco pierda el derecho común de los particulares» (*non ut ius commune privatorum fiscus amittat*): con esta forma de expresarse, Papiniano evidentemente aludía a la situación ordinaria en caso de concurso de acreedores, de concurrir todos ellos en igualdad de condiciones para pagarse totalmente si el patrimonio concursado era suficiente, o a prorrata en caso contrario; en consecuencia, respecto de los créditos penales, el fisco figuraba como un acreedor más, sin privilegio de preferencia, pero con igualdad de derechos que el resto, es decir, se regía por el derecho común.

En este caso el recurso a la expresión *ius commune* se explica precisamente por la existencia de un privilegio en favor del fisco que crea un régimen distinto respecto de los demás acreedores; aparece aquí, en consecuencia, la contraposición *ius commune-privilegium*, aunque sea para explicar que en el caso del texto, no teniendo lugar el privilegio, la situación revierta al derecho común.

f) D.47.10.6 (Paul.,55 ed.):

Quod senatus consultum est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicare. Ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privata tam causam pertinet⁴⁸.

⁴⁶ D.49.14.6.

⁴⁷ D.49.14.17.

⁴⁸ «El cual senadoconsulto es necesario cuando no se indica el nombre de la

El texto se refiere al senadoconsulto mencionado en D. 47.10.5.10 que extendió la pena de la *lex Cornelia de iniuriis* al autor de epigramas difamatorios, permitiendo incoar el juicio incluso si el epigrama no tenía destinatario nombrado. Nuestro texto, pues, viene a decir que si el epigrama fue de aquel tipo, entonces la única vía abierta en favor de la (presunta) víctima era la de iniciar el juicio penal público de la *lex Cornelia* en virtud del senadoconsulto que la extendió al caso; pero que si el epigrama tuvo destinatario nombrado, entonces éste podía entablar tanto la acción pública como la privada de injurias (*actio iniuriarum*) de derecho común (*et iure communi iniuriarum agi poterit*). Está claro, pues, que el *ius commune* invocado aquí es aquél al que dicha acción privada pertenece, es decir, el civil y pretorio; parece también claro que la expresión viene utilizada en oposición al derecho especial del senadoconsulto que permitía el uso de la acción pública en el caso de epigramas.

g) D.38.4.11 (Pap.,14 resp.):

Alimentorum causa libertos filii adtributos filii adsignatos non videri respondi, cum ea ratione libertis consuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum consequantur, salvo iure communi⁴⁹.

La situación es la siguiente: de acuerdo con las reglas ordinarias, el patronato sobre los libertos se transmitía a los *sui heredes* del patrono fallecido, de modo que todos ellos pasaban a ser patronos cuotativos del liberto. Un senadoconsulto *Ostorianum* (41-47 d.C.) permitió al *pater* que tuviera al menos dos hijos en potestad disponer testamentariamente del patronato mediante su asignación total a determinado heredero⁵⁰ (*adsignatio libertorum*). En el texto de Paulo transcrito, el testador había conferido legados de alimentos en favor de cada uno de sus varios libertos, y había atribuido éstos a sus hijos individualmente para efectos del pago de cada legado, evitando así el pago y el cobro por cuotas: ¿era ello una asignación de aquellas que el *sc. Ostorianum* había permitido? El jurista responde que no parece serlo, porque mediante esta atribución el testador tan sólo persiguió

persona contra la que se dirige, pues entonces, como la prueba se hace difícil, quiso el senado que se castigara el acto mediante un juicio público. Por lo demás, si se ha indicado el nombre, puede demandarse también con la acción de injurias por derecho común, y no debe impedirse que un particular ejercite la acción por prejuzgar con ella el juicio público, pues éste pertenece a una causa privada.

⁴⁹ «Respondí que no se entiende que hayan sido asignados a unos hijos aquellos libertos que les fueron atribuidos a causa de la prestación de alimentos, y que el patrono tomó tal determinación en razón de hacerles más fácil la obtención del beneficio, quedando a salvo el derecho común».

⁵⁰ Su texto en D.38.4.1.pr.

facilitar a cada liberto la reclamación de su legado respecto del hijo al cual fue él atribuido; y agrega: «quedando a salvo el derecho común» (*salvo iure communi*). Con tal sentencia, Papiniano quiso decir que permanecían vigentes las reglas originarias sobre la transmisión del patronato cuando no tenía aplicación el derecho especial del *sc. Ostorianum*, como precisamente había ocurrido en el caso, al no poder interpretarse *la adtributio alimentorum causa* como *adsignatio libertorum*; en otras palabras, que todos los hijos pasaban a ser patronos de todos los libertos, sin perjuicio de las obligaciones individuales de pagar los alimentos.

h) D.2.14.7.16 (Ulp. 4 ed.):

Et generaliter quotiens a iure commune remotum est, servari hoc non oportet...⁵¹.

El texto pertenece a un fragmento en que Ulpiano comenta la cláusula edictal *de pactis conventis*; la transcripción de la misma aparece en el párr. 7 del mismo fragmento⁵². Esta cláusula prometía aplicar (mediante excepciones) los pactos que no contuvieran algo contra las leyes, los senadoconsultos y los edictos imperiales, aparte de otros casos de ilicitud (dolo o fraude). En varios lugares nosotros encontramos resumida esta lista de fuentes con recurso a la expresión *ius publicum*, y la cláusula edictal con la fórmula «los pactos no pueden derogar el derecho público», expresión aquella que, en uno de sus significados, efectivamente envolvía a las normas de origen público, que en la época imperial eran las indicadas. Así, p. ej., en D.26. 7.5 .7 el *ius publicum* está representado por la ley de las XII Tablas; en D.27.8.1.9., por un senadoconsulto de Adriano; en D.35.2. 15.1., por *la lex Falcidia*⁵³. Pero en el texto que comentamos no se habla de *ius publicum* sino de *ius commune*. La diferencia de lenguaje se justifica por lo siguiente: el tenor literal del edicto, como acabamos de decir, envolvía únicamente a las normas públicas que ahí se menciona (*ius publicum*); en consecuencia dejaba afuera al derecho civil jurisprudencial y al mismo edicto (derecho pretorio), en circunstancias de que también era posible que un pacto contraviniera a alguno de ambos. Por lo que respecta al derecho civil, a través de D.2.14.28 observamos que ya antes de Ulpiano, en tiempos de Gayo al menos, la cláusula edictal había sido extendida a aquél: *Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non*

⁵¹ «Y en general toda vez que un pacto repugne al derecho común, no debe ser observado...»

⁵² D.2.14.7.7: *Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, servabo* («Aprobaré los pactos convenidos que hayan sido hechos sin dolo malo, ni en contra de las leyes, senadoconsultos y edictos de los emperadores ni en fraude de los mismos»).

⁵³ Vid. también D.50.17.45.1; 2.14.38; Cons.4.3.

habentur; y por D.50.17.27 (Pomp., 16Sab), que lo propio había ocurrido con del edicto: *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam inmutandum est*; de guisa que cuando Ulpiano, a modo de conclusión general (*generaliter*), niega valor en D.2.7.16 a todo pacto contrario al *ius commune*, lo que hacía era recoger una interpretación anterior aceptada, en el sentido de que la cláusula edictal no sólo se refería a las normas públicas expresamente enumeradas, sino a todo derecho, digámoslo con terminología moderna, objetivo.

Mas todavía podría uno preguntarse: ¿Por qué para expresar esa idea amplia recurrió Ulpiano a la expresión *ius commune*? La respuesta podría estar en el hecho de que los pactos vienen a constituir un derecho especial entre las partes, válido sólo para ellas, y que en ese sentido tienen su correlativo en el derecho general, que vale para todos. De este modo, Ulpiano viene a decir que el derecho especial de las partes constituido por un pacto no puede vulnerar el derecho general de los ciudadanos constituido por cualquier fuente.

i) D.17.1.56.pr.(Pap., 3 resp.):

Qui mutuum pecuniam dari mandavit, omissis reo promittendi et pignoris non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimat, distractis quoque pignoris ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationes tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt⁵⁴.

La última parte del texto: *quae dubitationis* etc. está repetida, con una levísima modificación, en D.50.17.81.

Se trata aquí de un mandato de prestar dinero (*mandatum pecuniae credendae*) que deja al mandante en la condición de garante del mutuario frente al mandatario-mutuante. Supuesto que el mutuario dio prendas y fiadores al mandatario-mutuante, el texto establece como principio que este último puede accionar contra el mandante, incluso antes de hacerlo contra los fiadores y de vender las prendas; agrega que dicha acción contra el mandante será también posible después de haber vendido las prendas (se entiende que para cobrar el saldo insoluto), si en el documento (*si litteris*) del mandato así se hubiere dejado establecido; y termina diciendo que «lo insertado en los contratos con el fin de eliminar dudas no infringe el derecho común» (*quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt*). El derecho común

⁵⁴ «El que mandó dar dinero en préstamo puede ser elegido para ser demandado, sin necesidad de demandar antes al fiador ni de vender antes las prendas; y si se dice expresamente en el documento, el acreedor podrá dirigirse contra el mandante incluso después de haberse vendido las prendas, pues lo que se inserta en los contratos con el fin de eliminar dudas no infringe el derecho común».

aquí es el derecho del mandato. De acuerdo con las reglas generales de éste, todo mandatario podía reclamar contra su mandante con la *actio mandati* por el *id quod interest*: ahora bien, si una cláusula referida a la posibilidad de exigir la diferencia (el *interesse*) entre el precio obtenido por la venta de las prendas y el monto del crédito era insertada en el contrato de mandato (que se refleja en el correspondiente documento), esa cláusula lo único que hacía era reforzar el derecho que de todos modos tenía el mandatario, de manera que aparecía como *cautela* destinada a eliminar dudas: es lo que expresa Papiniano con la fórmula antes indicada.

Esta fórmula, sin embargo, parece obvia y no había menester consagrarla tan solemnemente. Pero si nosotros reparamos en que a través de ella también queda establecida la contraposición *ius commune-pactum*⁵⁵, entonces la explicación de dicha fórmula se encuentra precisamente en su conexión con la cláusula edictal *de pactis conventis* que hemos recordado precedentemente, y vale dicha fórmula como regla de que el derecho común protegido por aquella cláusula no se ve dañado por la circunstancia de que se inserte en los contratos un pacto destinado a aclarar dudas.

j) D.17.59.4(Paul.4 resp.):

Creditor pignus vendidit: quaero, an, si evicta sit possessio emptori, regressum creditor ad mandatorem habere possit et an intersit, creditoris iure vendiderit an communi iure promississet. Paulus respondit, si creditor ex pretio pignorum debitum consecutus non sit, mandatorem liberum non videri...⁵⁶.

Se trata aquí de un mandato de prestar dinero (*mandatum pecuniae credendae*), por lo que el mandante asumió la condición de garante del mutuuario frente al mandatario-mutuante. En el caso, el último había recibido prendas del mutuario; no habiendo éste pagado su deuda, el mutuante vendió las prendas, pero su comprador sufrió evicción, por lo cual se pregunta si el mutuante tenía acción de regreso contra el mandante que garantizaba el crédito; y si había diferencia entre que el acreedor hubiera vendido la prenda por derecho de tal (*creditoris iure vendiderit*) tan sólo, o que la hubiera vendido «prometiendo por derecho común» (*an communi iure promississet*). La venta de la prenda

⁵⁵ El texto, en efecto, se refiere a los «pactos insertos» en un contrato: *quae... contractibus inseruntur*, pues en esta frase *quae* es relativo del elidido *pacta*.

⁵⁶ «Un acreedor vendió la prenda. Pregunto si, habiendo sufrido el comprador evicción en la posesión, puede tener el acreedor acción de regreso contra el mandante, y si hace al caso que haya vendido por derecho de acreedor o prometido por derecho común. Paulo respondió que no parece haber quedado liberado el mandante si el acreedor no ha podido cobrar sobre el precio de la prenda lo que se le debía».

por derecho de acreedor significa el ejercicio de la facultad que da el *pactum de vendendo* agregado al negocio prendario, caso en el cual el acreedor vendedor no respondía por evicción; haber prometido por derecho común, en cambio, significaba yuxtaponer a la venta las estipulaciones apropiadas para hacerse responsable el vendedor frente al comprador por la evicción (*stipulationes duplae o habere licere*). Paulo dio una respuesta general: si el acreedor no pudo cobrar con el precio de venta de la prenda lo que se le debía, el mandante no queda liberado (y podrá ser demandado por el mandatario-mutuante). Ahora bien, en el caso propuesto, la única manera de que el acreedor, una vez vendida la prenda, no hubiera podido cobrar su crédito en definitiva, era que hubiese tenido que responder por evicción devolviendo el precio, aumentado por lo demás (por eso el texto habla de «regreso»); y, a su vez, para que esto hubiera sucedido, menestar fuera que el mutuante-vendedor hubiese prometido salvar la evicción, mediante las estipulaciones normales de toda compraventa; es decir, sólo si «prometió por derecho común», mas no si vendió por «derecho de acreedor», porque entonces, como vimos, no respondía de evicción, nada tenía que devolver si aquella se produjo y su crédito habría resultado pagado⁵⁷.

En consecuencia, el texto ofrece la contraposición entre dos regímenes: el derivado de una venta con promesas de saneamiento de la evicción y el derivado de una venta hecha en virtud de ser acreedor prendario el vendedor (que no obliga a dicho saneamiento). El primero es atribuido al *ius commune*, de modo que el *ius creditoris* viene a ser una suerte de derecho especial.

Que esto es así no cabe duda y la contraposición *venditio ex iure creditoris-promissio ex iure commune* parece clara en el contenido que cada expresión envuelve, pues en definitiva se trata de contraponer una venta ordinaria a una venta especial. Sin embargo hay que reconocer la anomalía que ofrece el texto mirado en su conjunto, porque hacia la época de Paulo la autorización para vender la prenda en caso de incumplimiento se consideraba implícita en toda prenda sin necesidad de pacto especial; por otro lado, la responsabilidad por evicción, que también originariamente provenía de las estipulaciones, hacia la misma época estaba considerada implícita en toda venta⁵⁸.

⁵⁷ Lo dice expresamente la parte final del texto, que no hemos copiado, y que parece ser una glosa, sin perjuicio de ser exacta su doctrina.

⁵⁸ En realidad, la acción restitutoria dada al acreedor que no obtiene en el juicio contra la mujer amparada por el *sc. Velleianum*, es un medio, permítaseme decirlo así, para volver al derecho común, ya que en el fondo tiende a eliminar los efectos de un derecho especial como era el de dicho senadoconsulto. La vuelta al derecho común significa dejar al acreedor en la situación de cualquier otro, que puede normalmente cobrar su crédito.

En el caso propuesto por Paulo las estipulaciones fueron efectivamente celebradas (*promisserit*) sin embargo, y nada se nos dice acerca del *pactum de vendendo*, pues el caso parte proponiendo el hecho de que el acreedor vendió la prenda. De todos modos resulta innegable que la venta de una prenda era especial respecto de la venta ordinaria, que en ese sentido el derecho de ésta era común respecto del de la anterior y que la especialidad derivaba de la ausencia de responsabilidad por evicción en el caso de la prenda.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

1. Hemos examinado 13 textos en que *ius commune* sirve para aludir al derecho testamentario ordinario en contraposición con un privilegio testamentario, como era el de los militares; enfrente de aquéllos se nos han presentado 10 textos en que *ius commune* alude a diversos regímenes ordinarios; de estos últimos, uno queda contrapuesto claramente a un privilegio (D.49.14.37: *privilegium fisci*); dos claramente a un *beneficium*, y en ambos casos al mismo (D. 4.4.12 y 46.1.51.4: *beneficium aetatis*); en uno implícitamente se discute el posible otorgamiento de un beneficio (D.35.1.78.pr.: si el dar por cumplidas ciertas condiciones reconocería una excepción en beneficio de los impúberes). Dos textos hacen contrapunto con un régimen especial introducido mediante senadoconsultos (D.38.4.11: senadoconsulto Ostoriano y D.47.10: senadoconsulto que extendió la acción pública de la *lex Cornelia de iniuriis* al caso de epigramas innominados). Dos textos contraponen *ius commune* a *pactum* (D.2.14.7.16 y 17.1.56.pr.). Y finalmente dos textos contraponen *ius commune* a un régimen especial que no constituye privilegio o beneficio ni que reconoce su fuente en alguna norma pública como un senadoconsulto o una ley (Gai.3.95a-Gai.Epit.2.9.3: la *dotis dictio* y D.17.1.59.4: la venta de una prenda).

2. El panorama es desolador; no podemos encontrar ningún denominador común que no sea la contraposición de un régimen ordinario frente a un régimen especial. Sobre esta base, sin embargo, son posibles las siguientes matizaciones:

a) *Ius commune* no significa jamás un ordenamiento completo, discernible e identificable que pueda ponerse en paralelo con los diversos ordenamientos que conoció el derecho romano a través de su historia, por ejemplo, con el *ius civile*, o con el *ius honorarium*, o con el *ius novum*, o con el *ius extraordinarium*, etc. Por el contrario, reciben este calificativo normas o conjuntos de normas—en general regímenes—provenientes de cualesquiera de los diversos ordenamientos, incluso de varios de ellos al mismo tiempo: el derecho común de testamentos estaba integrado, por ejemplo, por el *ius civile* y el *edictum*; la acción pública de las injurias provenía de una *lex publica*; la sanción de los pactos era pretoria; y el derecho común de la *promissio dotis* era civil, etc.

b) En consecuencia, *ius commune* no alude a un tipo de norma, sino a un modo de ser de las normas; de ahí que cualquier tipo de ellas pueda ser calificada de común. Este modo de ser es relativo: se produce como consecuencia de la comparación entre una norma que regula determinada hipótesis de hecho y otra que regula un caso particular de la misma hipótesis, pero en sentido diverso, sin que ello implique derogación general sino especial, para ese caso; en otras palabras, se trata de la contraposición general- especial, en que a la norma general se la suele denominar común, pero que es tal sólo en cuanto exista una especial, sin la cual dicha denominación carece de sentido.

c) Esta relatividad no sólo procede del punto de referencia especial que es necesario para dar por común a una norma, sino también del hecho que la norma común puede ser especial ella misma, si se la compara con otra: por ejemplo, el derecho de la acción restitutoria aparece como común frente al *auxilium aetatis* (D.4.4.12); pero dicha acción vendría a ser especial si la comparamos con la situación en que quedaban los acreedores que no demandan a una mujer que pudiera oponer la *exceptio senatusconsulti Velleiani*, los cuales no disponían de semejante acción.

d) De los 23 textos donde figura *ius commune* que hemos examinado, en 13 la locución aparece referida al derecho testamentario ordinario en contraposición con el privilegiado de los militares, aunque de ese total habría que extraer a PS.3.4a.3, que hemos dado por postclásico y agregar D.29.1.2 en que ese derecho común aparece sólo implícito, desde el momento en que al privilegio se lo llama propio. Si comparamos ese número de 13 frente al de 10 a que se eleva el resto de los textos donde *ius commune* figura con referencia a distintos regímenes generales, la diferencia cuantitativa no es grande y de ese solo hecho ninguna conclusión podía obtenerse. Pero si de este otro hecho que muestran las cifras: que la mayoría de las veces en que aparece *ius commune* está concentrada en una única acepción: derecho testamentario ordinario, frente al resto de las veces en que figura diversificada. Sería posible en consecuencia pensar en esta hipótesis: que el uso de *ius commune* nació precisamente en ese ámbito y que poco a poco se fue relajando. Más aún, podríamos suponer que quien introdujo la expresión fue Juliano: D.29.1.20.pr: *ideo communi iure civium Romanorum codicilli eius aestimandi sunt*. La expresión es solemne y cualquiera creería que detrás de ella se esconde un concepto de alta importancia teórica, cuando no es así; por lo tanto, quizá debamos atribuir esa formulación completa y analítica al hecho de su novedad⁵⁹; una vez aceptada, los juristas posteriores la comprimieron y sintetizaron bajo la forma simple de *ius commune*,

⁵⁹ En efecto, el *ius militare* también se aplicaba a los *cives romani*; la ciudadanía nada tenía que hacer al tema.

en el entendido de que se trataba de un derecho común de los ciudadanos romanos sin necesidad de decirlo expresamente.

e) Pero la locución se vio relajada en su uso. Ya Gayo la utilizó no con referencia al derecho ordinario del testamento sino a otros regímenes también ordinarios (la acción subsidiaria y la *promissio dotis*), y enseguida Papiniano, en quien, por lo demás aparece las más repetidas oportunidades (5 con referencia al derecho ordinario de testamentos y 5 para los demás regímenes); lo propio ocurrió con Paulo (dos y dos) y con Ulpiano (tres y una).

f) Por lo tanto, *ius commune* pudo haber sido una locución técnica con este significado preciso y exacto: derecho ordinario de testamentos en oposición a derecho privilegiado del testamento militar; pero terminó siendo una locución atécnica, aplicable a cualquier derecho que se presentara como ordinario frente a otro que apareciera como especial.

g) Esta final falta de contenido técnico específico explica que la expresión no figure cada vez que se contraponga en las fuentes un derecho ordinario y otro especial. Porque una cosa es la denominación que se dé a un derecho general, y otra que, aparte de la denominación, aquél exista; su existencia es connatural a todo derecho desarrollado y al mismo tiempo casuístico; y sin embargo, en el romano no encontramos la expresión *ius commune* con la frecuencia con que podría esperarse, dada la multiplicidad de veces que los juristas reconocen y conocen regímenes ordinarios frente a regímenes especiales. Hay en efecto en el derecho clásico muchos privilegios y beneficios que lo son frente a un derecho general, que jamás viene llamado común; hay también variados senadoconsultos que establecieron disciplinas particulares frente a las generales, que tampoco aparecen denominadas así; y los casos podrían multiplicarse. En consecuencia, no tuvieron los juristas un término técnico al que acudir más constantemente para sintetizar la posición de generalidad de un régimen, como hubiera podido ocurrir con la expresión *ius commune*.

h) Más aún, esa expresión terminó por perder toda nitidez: nacida por contraposición a un determinado *privilegium* (el militar) pudo haberse extendido, pero siempre, a cualquier privilegio; sin embargo, hemos visto que no ocurrió así, porque *ius commune* implica tanto un derecho general frente a los privilegios, como frente a cualquier derecho especial, fuera cual fuera su proveniencia, aunque no pudiera calificárselo de privilegio.

i) El caso quizás más sorprendente es el de los pactos (D. 2.14.7.16 y 17.1.56.pr.). No puede hablarse ni remotamente de privilegio a propósito de los pactos, pero tampoco de derecho especial en el mismo sentido en que se habla de derecho especial con respecto, por ejemplo, al de los menores de 25 años o del *sc. Ostorianum*, ya que en ambos últimos casos se trata de derechos objetivos oficiales, por un lado, y de validez impersonal, mientras que el derecho que pueda

reconocerse en los pactos es privado y válido para las partes intervinientes. Y sin embargo todo el derecho objetivo e impersonal (sea general o especial) aparece como *ius commune* frente a los pactos. Ciertamente hay un nexo: los pactos generan una *exceptio* capaz de enervar una *intentio*, y en ese sentido como que crean un derecho especial; pero ya se ve que el nexo es débil y lejano, lo cual corrobora el carácter atécnico de la expresión *ius commune*.

j) Este uso atécnico acaso explique que en las fuentes no se lo contraponga a *ius proprium*, como quizá hubiera podido esperarse: el *ius militare* referido a los testamentos no es un *ius proprium*, y así con los demás casos. Como hemos visto, hay dos excepciones: Gayo en D.29.1.2 lo denomina *propria atque singularia iura* y PS.3.4a.3 habla de *ius proprium*; pero también hemos visto que el segundo caso puede considerarse postclásico y como una endíadis sin valor técnico especial el primero.

En síntesis, pues, *ius commune* carece de valor técnico, aunque en las fuentes figura referido especialmente al derecho testamentario ordinario en oposición al derecho testamentario privilegiado de los militares; y cuando aparece ahí es porque se trata de contraponer un régimen jurídico más general frente a otro más especial independiente de que se trate de un privilegio o beneficio; pero no siempre que una contraposición así era posible los juristas recurrían a esa locución. Por su parte, *ius proprium* jamás figura como opuesto a *ius commune*, salvo en un texto post clásico y una vez en Gayo (implícitamente) sin valor técnico tampoco.

En todos los casos, empero, *ius commune* aludía a un régimen jurídico del *ius civile* en sentido amplio: tenía, por tanto, un uso endosistemático.

PARTE II: «IUS COMMUNE» y «IUS PROPRIUM» Frente al «IUS CIVILE ROMANORUM»

Independientemente del significado concreto que asuma la expresión *ius commune*, hasta el momento ella siempre se nos ha presentado alusiva a un determinado régimen jurídico perteneciente al *ius civile* en su más amplia acepción, y algo semejante ocurre con *ius proprium* las escasas veces que figura. He aquí, sin embargo, que ahora se nos ofrece a consideración un grupo de textos que se encuentran inmersos en una atmósfera totalmente distinta, pues en ellos dichas locuciones ya no designan más un acotado régimen jurídico del *ius civile*, sino ordenamientos jurídicos completos, ora de carácter suprapositivo, por así decirlo, ora el *ius civile*, o mejor, los *iura civilia*, considerados como conjunto.

I. EL «IUS GENTIUM» COMO «IUS COMMUNE» FRENTE AL «IUS CIVILE» COMO «IUS PROPRIUM» EN GAYO

Ya hemos visto que Gayo, al igual que otros juristas, conoce el sentido hasta aquí examinado de *ius commune*. Pero en el mismo Gayo encontramos la expresión dotada de un sentido totalmente desconocido por los demás juristas, salvo, como veremos, Ulpiano y, más aun, usada en contraposición con *ius proprium*, también dotada esta locución de un sentido peculiar. El texto fundamental es D.1.1.9 (Gai., 1 *inst.*), que también conocemos directamente a través del Veronés (1,1) aunque su encabezamiento (*omnis populi-quis...*) sea lagunoso y presente ciertas variantes respecto del pasaje transmitido en el Digesto; también aparece él recogido en Inst. Iust.1.2.1.

El texto de D.1.1.9 reza así:

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 civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure gentes utuntur⁶⁰.

1. Gayo no tiene en perspectiva aquí al solo derecho de los romanos sino a los de cada pueblo (*omnes populi*). Pero no se fija él únicamente en los derechos llamémosles positivos de cada pueblo establecidos o creados por ellos, sino también en un derecho suprapositivo dependiente de la razón, aun cuando éste resulte usado por los pueblos y no permanezca en una esfera ideal. De este modo, pues, la observación de lo que ocurre entre los pueblos regidos por leyes y costumbres sugiere a Gayo que ellos en parte se rigen por un derecho suyo propio y en parte por un derecho común a todos los hombres: El derecho que cada pueblo constituye para sí es derecho propio de esa ciudad y se llama derecho civil; por el contrario, el derecho que la razón natural constituye entre todos los hombres es observado únicamente por todos (los pueblos dice el Veronés) y se llama derecho de gentes, como un derecho usado por todas las gentes. El Veronés agrega que el pueblo romano usa en parte un derecho propio y en parte un derecho común a todos los hombres, como consecuencia de las premisas anteriores.

⁶⁰ «Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres, usan un derecho en parte suyo propio y en parte común a todos los hombres. Pues lo que cada pueblo por sí mismo se constituye como derecho, es propio de la misma ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio de la misma ciudad; lo que, en cambio, la razón natural constituye entre todos los hombres, es observado por igual entre todos y se llama derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes».

La verdadera contraposición aquí es derecho de gentes -derecho civil; el primero entendido como un derecho constituido por la razón natural y de observancia uniforme entre todos los hombres, pueblos, ciudades y gentes; el segundo, como un derecho constituido por cada pueblo o ciudad y aunque no dicho expresamente pero sobreentendido, de vigencia circunscrita a ese pueblo o ciudad.

Ahora bien, la mayor o menor extensión de la vigencia de estos dos derechos, lo cual es una consecuencia de la fuente de cada uno, permite decir a Gayo que el de gentes es un derecho común, porque la razón natural (que se supone universal) lo constituye entre todos y todos lo observan; y que el civil es propio, porque es cada pueblo quien lo constituye para sí y sólo él lo observa. Pero como ambos, en definitiva, tiene vigencia, de ahí resulta que el total, por así decir, del derecho de cada pueblo, en parte está integrado por el derecho de gentes común y en parte por el civil propio; lo cual significa, todo el común y todo el propio.

2. La contraposición figura parcialmente también en D.41. 1.1.pr. (Gai., 2 *res cott.*):

Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarumdam iure civile, id est iure proprio civitatis nostrae⁶¹.

Los conceptos son similares a los de D.1.1.9, aunque en el pasaje precedente vengán aplicados a una figura concreta: la adquisición del dominio y falte la expresión derecho común; se habla, en efecto, de adquisición por derecho de gentes, el cual por razón natural es observado uniformemente entre todos los hombres; y de adquisición por derecho civil, esto es, por derecho propio de Roma (*civitatis nostrae*).

Por lo demás, en diversos pasajes de las *Institutiones* Gayo se preocupa de recalcar que determinada figura es de derecho propio de los romanos. Así en 1.55 (D.1.6.3), a propósito de la potestad bajo la cual están los hijos legítimos (*patria potestas*), dice que ello es derecho propio de los ciudadanos romanos; en 1.108, tratando de las personas que están bajo la potestad de la *manus* (*in manu*), dice lo mismo; en 1.119, respecto del modo ritual de adquisición llamado *mancipatio*, también expresa algo similar; y en 2.65 manifiesta que de todo cuanto venía diciendo antes resulta que algunas cosas son enajenadas por derecho natural, como en la tradición, y otras por derecho civil, pues —dice— la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio* son derecho propio de los

⁶¹ «Adquirimos la propiedad de algunas cosas por derecho de gentes, el cual se observa por igual entre todos los hombres en virtud de la razón natural; y de otras por derecho civil, es decir, el propio de nuestra ciudad».

ciudadanos. En 3.93 dice que la obligación nacida de la *sponsio* es *propria civium Romanorum*. En ninguno de estos casos aparece la expresión *ius commune* y en 2.65 hallamos *ius naturale* en vez de *ius gentium*; pero la utilización de *ius naturale* cumple la misma función que la de *ius gentium*; *ius proprium Romanorum*, en cambio, es plenamente congruente con la descripción de D.1.1.9.

II. EL «IUS GENTIUM» Y EL «IUS NATURALE» COMO «IUS COMMUNE» FRENTE AL «IUS CIVILE» COMO «IUS PROPRIUM» EN ULPIANO

En el mismo círculo de ideas encontradas en Gayo se mueven un par de textos de Ulpiano. Ya antes hemos visto que este jurista utiliza la expresión *ius commune* en el sentido de derecho ordinario general para diferenciar dialécticamente alguna figura que escape a la regulación de un derecho así. Pero he aquí que nos encontramos con que en D.1.1.1.3 (1 *inst.*), después de haber afirmado precedentemente el jurista que el derecho privado viene recogido de preceptos naturales, de gentes y civiles, nos dice que el derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, y que tal derecho no es propio del género humano sino de todos los animales; en D.1.1.1.4 explica que el derecho de gentes es el que usan las gentes humanas, el cual fácilmente puede distinguirse del natural, porque éste es común a todos los animales, mientras que el de gentes es tan sólo común a los hombres entre sí; finalmente, en D.1.1.1.6 afirma que el derecho civil es aquel que ni se aparta en todo del natural o del de gentes ni se conforma totalmente con él, de modo que cuando algo se añade al derecho común o se detrae de él se hace un derecho propio, o sea, civil⁶².

El orden ulpiano de ideas es el siguiente: el derecho natural es un derecho común a todos los animales (D.1.1.1.3;1.1.1.4); el derecho de gentes es también común, pero sólo a todos los hombres (D.1. 1.1.4); en consecuencia, tanto el derecho natural como el de gentes son cada

⁶²D.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 mari nascuntur, avium quoque commune est* («El derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales: pues tal derecho no es propio del género humano, sino común de todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, también de las aves»).

D.1.1.1.4: *Ius gentium est quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter ser commune est* («El derecho de gentes es aquel que usan las gentes humanas, el cual fácilmente puede distinguirse del natural, porque éste es común de todos los animales mientras que aquel lo es solamente entre los hombres»).

D.1.1.6: *Ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus* («El derecho civil es aquel que no se aparta en el todo del natural o de gentes ni completamente se adapta a él: de modo que cuando añadimos algo al derecho común o algo le sustraemos, formamos un derecho propio, esto es, civil»).

uno un derecho común (D.I.I.I.6) en su correspondiente ámbito; el derecho civil, por su parte, se forma por añadiduras o subtracciones al derecho natural o al de gentes, o sea, al común, haciéndose así un derecho propio. En síntesis, el derecho natural y el de gentes son derechos comunes, en tanto propio el civil⁶³.

Las diferencias entre el pensamiento de Ulpiano y el de Gayo son ostensibles: éste distinguía entre un derecho de gentes (originado en la razón natural), común al género humano; y el derecho civil, originado en cada pueblo por cada uno de ellos; Ulpiano en cambio distinguía un derecho natural (originado en la naturaleza), común a todos los animales; un derecho de gentes (usado por todos los pueblos), común a todos los hombres; y un derecho civil, propio de cada pueblo. Se ve, pues, que ambos juristas coincidían en cuanto a la idea del derecho propio, pero diferían por lo que al derecho común respecta.

No nos interesa empero estudiar estas diferencias en sí ni el alcance de cada uno de los conceptos involucrados bajo las respectivas locuciones, pues, para nuestros fines, es suficiente verificar que también en Ulpiano se encuentra la contraposición *ius commune-ius proprium* en un plano de ideas que excede el mero derecho de los romanos, ya que se remonta, igual que en Gayo, a los derechos de otros pueblos y a unos derechos suprapositivos.

⁶³ Todavía podría citarse Inst. 1.2.2 e Inst. 1.2.11. En el primero, después de discutirse el significado de *ius civile*, como término general para designar al derecho de cualquier ciudad (*ex unaquaque civitate*), de modo de poderse lícitamente hablar de *ius civile Atheniensium* con referencia a las leyes de Dracon o Solón y de *ius civile Romanorum* en relación con el usado por el pueblo romano, aunque *ius civile* sin más apelativo aluda a este último como por antonomasia, se agrega que el derecho de gentes es común al género humano (*ius autem gentium omni humano generi commune est*); enseguida, se enumera algunas instituciones provenientes del *ius gentium*, a partir de una de las cuales, la cautividad y la servidumbre, se aprovecha para oponer aquél al *ius naturale*, al que dichas instituciones resultan contrarias. En Inst. 1.2.11 se contraponen los *naturalia iura*, que son observados por igual entre todas las gentes, a los derechos que cada ciudad constituye para sí, es decir, los derechos civiles. Se observará, pues, que en Inst. 1.2.2 se menciona al *ius civile* pero no se lo califica de *proprium*, mientras que se denomina *commune* al *ius gentium*; y que en Inst.1.1.11 se alude al *ius naturale* sin llamarlo *commune*, en tanto se trata al concepto de derecho civil sin los apelativos de *civilis* ni *proprium*. Mucho se ha discutido acerca de la atribución de estos pasajes. Para el primero se ha pensado en Ulpiano o en Marciano, o en ambos, en Florentino para la segunda parte, y en Hermogeniano. Para el segundo en Marciano; también se ha creído que se trata de textos muy interpolados e incluso de manufactura justiniana: vid. VOIGT, M., *Das jus naturale, aequum et bonum der Römer* (1856, reimp. Scientia Aalen 1966), vol. 1, p. 566 ss.; FERRINI, C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (1901), ahora en *Opere di Contardo Ferrini* (Hoepli, Milano 1929), vol. II, p. 329 s.; D'ORS, A., *En torno a la definición isidoriana del ius gentium* (1956), ahora en *Papeles del oficio universitario* (Rialp. Madrid 1961), p. 278 ss.

Nada seguro se puede decir, pero es claro que la sustancia de los textos es clásica; y en especial, por lo que a nosotros nos interesa, coincidente con el pensamiento de Gayo y de Ulpiano la calificación de *commune* dada al *ius gentium* en 1.2.2.

También al mismo círculo de ideas gayano-ulpiano pertenece el fragmento llamado Disitheanum, en cuyo párr. 1, después de distinguirse entre derecho civil, natural y de gentes (en lo que puede reconocerse entremedio de las numerosas corrupciones del texto) se habla de un *iustum civile que proprium est Romanorum*.

Cabe, sin embargo, advertir que también en Ulpiano, lo mismo que en Gayo, el empleo de estas expresiones es instrumental y descriptivo: no aluden a la esencia de los derechos natural, de gentes o civil ni a lo que sean en sí mismos, sino al ámbito de su vigencia, y se explican inicialmente esas expresiones por el sentido originario del adjetivo «común», que alude a lo perteneciente a una cierta totalidad, y «propio», a lo que pertenece a una parte menor.

Esta instrumentalidad es más acusada en Ulpiano que en Gayo. Se reparará en la manera flexible con que aquél acude a los respectivos términos en D.I.I.I: tratando del derecho natural, dice que no es propio del género humano sino común a todos los animales, de manera que cuando habla del derecho de gentes bien podría esperarse la afirmación de que éste sí es propio del género humano, en oposición al natural; mas prefirió continuar aplicando el adjetivo común al derecho de gentes, porque, efectivamente, resulta ser tal, aunque se trata de una «comunidad» más restringida: la de los hombres, frente a la más amplia, la de todos los animales; por ello en definitiva el derecho propio viene a ser el civil que es el de aplicación más particular en relación con los ordenamientos superiores. Ulpiano, pues, pese a esta relativa flexibilidad en el uso del lenguaje, tenía un punto de partida firme que era la identificación del derecho de una ciudad con el propio; todo otro derecho más general debía ser considerado común. Esto nos indica que el jurista se hacía eco de una tradición terminológica más o menos asentada, lo cual nos lleva el tema de las fuentes de esta contraposición entre *ius commune* y *ius proprium*.

III. LAS FUENTES DE LA CONTRAPOSICIÓN «IUS COMMUNE-IUS PROPRIUM» COMO CONCEPTOS GENERALES

1. Las ideas de una ley (*nomos*) o de un derecho (*dikaion*) constituidos por la naturaleza (*physis*), frente a aquellos originados por institución social (*nomos politikos* o *dikaion politikon*) pertenecen al pensamiento griego general y estudiar ese tema en este momento no es nuestro objetivo. El uso de calificar como «común» (*koinos*) al menos al *nomos physikos*, en atención a su característica de ser válido para todos los hombres, parece haber surgido en la retórica forense. Desde luego en los oradores encontramos algunas expresiones que no nos deben conducir a engaño, sin embargo, pues tienen un sentido diferente al que su lectura desligada haría creer: así, por ejemplo, con el significado de «proceso civil» encontramos *idiai dikai* en Lisias⁶⁴ (m.360 a.C.) e *idia dike* en Demóstenes⁶⁵ (384-322 a.C.); como «acción privada» figura

⁶⁴ Vid. WOLF, Erik, *Griechischen Rechtsdenken* (V. Klostermann, Frankfurt am Main 1956), vol. III, 2, p.187 n.6.

⁶⁵ WOLF III 2, p.346 n.13. Cfr. p.399s. y IV, 1, p.104 n.4 (Platón).

diken idian en Iseo⁶⁶ (390-243 a.C.); *dike idia* en Demóstenes también tiene el sentido más concreto de «proceso (privado) de indemnización»⁶⁷ y de «imposición de una pena privada»⁶⁸. Pero además en Demóstenes hallamos giros como *hoi koinoi nomoi*⁶⁹ para indicar la totalidad del «orden jurídico común»; también *kata ton koinon hapanton anthropon nomon*⁷⁰ que viene a significar «leyes comunes a todos los hombres». Quizá *idia dike* tenga carácter semi-técnico, y la expresión puede ser vertida libremente como «justicia de derecho privado»; pero también es posible que *koinos nomos*, en cambio, haya sido tan sólo un modo de aludir a la ley natural, atendida una de sus características: la generalidad de su aplicación.

2. No parece casual que, no ya las meras locuciones, sino que una cierta definición o descripción las encontremos en la *Rhetorica* de Aristóteles. En tres pasajes pertenecientes al tema de la oratoria forense distingue él entre una ley propia (*idios nomos*) y una ley común (*koinos nomos*), aunque en cada caso con algún matiz y hasta con cierta contradicción en alguno. Así, Aristóteles entiende por ley propia:

a) a la ley escrita según la cual se rigen los asuntos de cada ciudad⁷¹;

y
b) a la ley que cada uno (cada pueblo) se estatuye para sí mismo, y que puede ser escrita o no escrita⁷².

Por el contrario, llama ley común:

a) a la ley no escrita admitida por todos (los hombres);⁷³ y

b) a la ley no escrita conforme a la naturaleza⁷⁴ que permanece siempre y no cambia nunca⁷⁵. En este último pasaje, a la ley que cambia Aristóteles la llama «escrita» pero no la califica de «propia».

No nos interesa ahora afrontar el problema de la conexión entre ley escrita- no escrita y ley propia, que ofrece cierta perplejidad, como se habrá podido notar, puesto que mientras en *Rhet.*1.10,1368b esta última aparece como «escrita», en *Rhet.*1.13,1373b aparece tanto como «escrita» cuanto como «no escrita»; en *Rhet.*1.15,1375a vuelve a aparecer como «no escrita», aunque no se la denomina «propia»; en todos estos textos, sin embargo, el opuesto es la ley «no-escrita» o «común».

Nos interesa, en cambio, dejar en claro este dato interesante para nuestro tema: en Aristóteles existe una ley (no-escrita) que es según la

⁶⁶ WOLF III 2, p. 215 n.14.

⁶⁷ WOLF III 2, p. 365 n.9.

⁶⁸ WOLF III 2, p. 366 n.13.

⁶⁹ WOLF III 2, p. 346 n.2.

⁷⁰ WOLF III 2, p. 364 n.14.

⁷¹ ARIST., *Rhet.*, I,10-1368b.

⁷² ARIST., *Rhet.*, I,13-1373b.

⁷³ ARIST., *Rhet.*, I,10-1368b. cfr. *Rhet ad Alex I, 4: agraphos kai koinos nomos.*

⁷⁴ ARIST., *Rhet.*, I,13-1373b y I,15-1375a.

⁷⁵ ARIST., I,15-1375a.

naturaleza, que tiene carácter permanente e inmutable y que vale para todos; se trata evidentemente del *nomos physikon*, de la ley natural, que en retórica, sin embargo, viene llamada ley común (*koinos nomos*). Frente a ella existe otra ley, constituida para sí por cada polis, para regir sólo en su interior y que tiene carácter mudable y cambiante: es el *nomos politikos*, que retóricamente recibe el nombre de ley propia (*idios nomos*).

3. Sea de Aristóteles, sea directamente de la práctica retórica, esta terminología fue adoptada por los filósofos de la época helenística: así Zenón de Citio (c.335-c. 264,a.C.) enseñaba, según Diógenes Laercio⁷⁶, que el fin hace vivir convenientemente según la naturaleza de cada cual y de todos, de modo de evitar hacer aquello prohibido por la ley común (*ho nomos ho koinos*), la cual equivale a la recta razón (*ho orthos logos*) que se extiende a todos, incluso a Dios. Una referencia a la ley propia encontramos también en Plutarco⁷⁷ (c. 80 d.C.), aludiendo él a la constitución política defendida por Zenon, la cual tendía a un solo fin: que los hombres no vivieran en ciudades (*poleis*), ni en distritos (*demous*), separados por derechos propios (*idios dikalion*), sino que todos tuvieran a cada hombre por vecino (*demotes*) y ciudadano (*politos*), unidos en una sola vida y en un orden universal (*kosmos*), como una grey que paze junta alimentada con forraje común; Alejandro Magno había convertido este ideal en realidad.

En Epicuro (c.341-270 a.C.), según el mismo Diógenes Laercio⁷⁸, hallamos una distinción que en algo recuerda uno de los aspectos de diferenciación que Aristóteles daba para la *koinos nomos* frente a la *idios nomos*, sólo que aplicada al derecho (*dikaion*): el derecho común (*koinos dikaios*) es un derecho el mismo para todos-dice-; mientras que el derecho propio (*idios dikaios*) no es siempre el mismo según las regiones y las circunstancias.

4. La idea de una ley común pasó a Cicerón, ora conectada con la ley natural, ora con el derecho de gentes, y en ambos casos en oposición al derecho civil. Por ejemplo:

a) En *De offic.* 3, 5, 23 distingue Cicerón la naturaleza, que identifica con el derecho de gentes (*natura, id est ius gentium*), de las leyes de los pueblos con las cuales en cada ciudad fue constituida la *res publica* (*legibus populorum quibus in singulis civitatibus res publica constituitur*).

b) En *De rep.* 1. 17, 27 opone el *ius Quiritium* (denominación arcaica para *ius civile*) al *ius sapientium*, y correlativamente el *civile nexum* a la *communis lex naturae*.

c) En *De harusp. resp.* 14.32 contrapone el *ius civile* a la *lex naturae* que también aparece como *commune ius gentium*.

⁷⁶ DIOG. LAERT., Zeno VII, 88.

⁷⁷ PLUT., *De Alex. Magni fortuna aut virtute* I, 6. Cfr. *De stoic. rep.* XIX; *De Comm. not.* IX, 2.

⁷⁸ DIOG. LAERT., *Epix.* X, 152.

En otros casos *ius commune* figura en Cicerón no ya ligado a la ley de la naturaleza sino al derecho positivo común de los pueblos: en *De offic.* 3.29, 108 prueba la actitud de Régulo, de no traicionar su juramento hecho a los cartagineses de regresar desde Roma, porque él actuaba ante un *iustus et legitimus hostes* contra el cual no sólo había un *ius fetiale* sino también multa *communis iura*, expresión esta última que alude a la comunidad de instituciones jurídicas. Un sentido semejante aparece insinuado en el contemporáneo de Cicerón, Comelio Nepote (94-24 a.C.), que pone en boca de Temístocles un discurso dirigido a los Lacedemonios para justificar la construcción del muro ateniense, justificación que encuentra en la autorización proveniente del *commune ius gentium*⁷⁹.

Un siglo después, Quintiliano (42-118 d.C.) distingue entre las leyes que son por naturaleza (*leges quaeque natura sunt*) dadas para todos, de aquellas propias de los pueblos y constituidas por las naciones (*quaeque propria populis et gentibus constitutae*)⁸⁰. El emperador Marco Aurelio (161-180 d.C.) también recurre a la expresión *nomos koinos* en un pasaje destinado a demostrar silogísticamente la pertenencia de todos los hombres a una ciudad común, a partir de la inteligencia común a todos: si ésta es, en efecto, común, también lo es la razón, por la que se nos dice racionales; si ello es así, entonces también la razón que prescribe hacer u omitir es común; por lo cual es una razón común y, consecuentemente, una ley común, que si nos comprende a todos, nos hace ciudadanos, esto es, partícipes de una ciudadanía común, que es el mundo⁸¹.

5. Como podemos apreciar, el lenguaje es variado: en la mayoría de los casos se habla del *nomos*, la ley; en algunos del *dikaïos*, el derecho; a veces la contraposición es expresa; otras lo es tácita; en ocasiones no hay contraposición sino referencia tan sólo a uno de los extremos; quedaría también por examinar las diferencias de pensamiento filosófico entre los varios autores, escondidas detrás de expresiones similares, sobre todo por lo que respecta al concepto de *physis o natura*. También, sin embargo, hay similitudes; y para nuestros fines es suficiente verificar éstas: sea que se trate del *nomos* sea que del *dikaïos*, se quiere aludir a un principio jurídico originado en la naturaleza (fuere cual fuere la idea que de ésta tenga cada autor), y por ende válido para los hombres sin distinciones; frente a él se encuentra la pluralidad de ordenamientos jurídicos positivos de cada pueblo, válidos, en consecuencia, sólo para los miembros de la correspondiente comunidad.

El primero es *koinos*, el segundo *idios*. En Cicerón la contraposición aparece como *lex o ius commune*, identificado, ora con el *ius naturae* ora con el *ius gentium*, frente al *ius civile*; este último figura como *leges propriae* en Quintiliano.

⁷⁹ CORN. NEPOS, *Themist.* VII, 4.

⁸⁰ QUINT., *Inst. orat.* XII, 2,3.

⁸¹ M. AUREL., *Solil.* IV, 4.

Es evidente para mí que de este ambiente terminológico y conceptual Gayo y Ulpiano han tomado su terminología y conceptos de *ius commune* y *ius proprium*, sin perjuicio de que el contenido de cada cual sea distinto: el *ius gentium* en Gayo, el *ius gentium* y el *ius naturale* en Ulpiano; y que, a su vez, los respectivos conceptos de estos últimos también varíen (*ratio naturalis* en Gayo, *natura* en Ulpiano). Lo que nos interesa destacar es que para ambos hay un cierto derecho que no depende de la institución humana sino de un principio superior (*ratio naturalis-natura*) que es consecuentemente válido para los hombres y que por ello se llama *ius commune*; frente a otro que cada pueblo instituye para sí que se llama *proprium*. Como se trataba de juristas, la distinción tenía el objeto de destacar que ambos derechos de algún modo poseían vigencia real: para Gayo el derecho de todos los pueblos en parte está constituido por el común y en parte por el propio; y para Ulpiano, el derecho propio en parte se conforma con el común y en parte es diferente de él; en síntesis, se trataba de derechos usados, y en consecuencia verificables e invocables. Estas ideas ya estaban presentes en Aristóteles, pues también en él la distinción entre *koinos nomos* e *idios nomos* no tenía un carácter meramente especulativo sino virtualidad argumentativa en la retórica forense, a modo de *topos*. Ciertamente, como hemos observado, los griegos solían hablar más de *nomos* que de *dikaiois* y ello incluso sirvió de modelo para los retóricos latinos como Cicerón o Quintiliano, que también suelen decir *lex*. Los juristas profesionales, en cambio, no podían adoptar este último término, ni emplear las expresiones *lex communis* o *lex propria*, porque aquel sustantivo tenía en el lenguaje jurídico un significado técnico muy preciso: aludía, en efecto, a aquellas normas propuestas por un magistrado al comicio y aprobadas por éste (*lex publica*) y como tal, constituían una parte más bien reducida del *ius civile*; aplicada al derecho de gentes o al natural carecía de todo sentido, pues evidentemente la *lex publica* nada tenía que hacer en esos ámbitos. El término amplio y comprensivo para un jurista profesional, pues, era el de *ius*, y consecuentemente las locuciones *ius commune* y *ius proprium*⁸².

⁸² Por lo demás, la contraposición ley-costumbre (*leges et mores*) con que se abre el pasaje de Gayo (*omnes populi, qui legibus et moribus reguntur*) es también un eco de la antigua distinción griega entre ley escrita (*gegrammenos nomos*) y ley no-escrita (*agraphos nomos*), que en latín no podía traducirse sin incurrir en cierta contradicción, pues una *lex non scripta* carecía de sentido; otra cosa era en el lenguaje de los no juristas.

CONCLUSIÓN GENERAL

Podemos resumir los resultados alcanzados en este estudio a través de las siguientes proposiciones:

a) La expresión *ius commune* figura en las fuentes con dos significados totalmente distintos: por un lado, para denotar cualquier régimen jurídico general en el interior mismo del *ius civile* (en sentido de derecho de la *civitas*) como contrapuesto a un régimen jurídico especial; por otro, para designar un derecho suprapositivo y de validez universal, como el derecho de gentes (en Gayo, que sin embargo concibe el derecho de gentes como racional), o el derecho natural y el de gentes (en Ulpiano).

b) La expresión *ius proprium* no aparece en contraposición con *ius commune* en el primer sentido antes indicado, pero sí en oposición al segundo de los sentidos atribuidos a dicha locución.

c) *Ius commune* en el primer sentido carece de valor técnico, pese a que probablemente nació para significar un concreto y determinado derecho general: el de testamentos, frente a un concreto derecho especial: el del testamento militar. Con el tiempo fue usada como expresión de amplio sentido, apta para indicar cualquier relación de generalidad-especialidad, independientemente del origen de cada régimen, y con ello perdió todo tecnicismo, al punto de que no se la usa siempre que dicha relación aparece.

d) *Ius commune* en el segundo sentido, frente a *ius proprium* fueron la versión romana de algunos juristas como Gayo y Ulpiano, de expresiones griegas, probablemente originadas en el ámbito de la retórica y de la dialéctica, como eran *koinos nomos* (*dikaios*) e *idios nomos* (*dikaios*).

e) Entre el primer sentido de *ius commune* y el segundo no hay más relación que la denotada por el significado del adjetivo «común», pero aplicado a realidades distintas. En particular cabe hacer presente que la expresión jamás significó el derecho romano en su totalidad frente a derechos distintos del romano; éste era más bien *ius civile*. La identificación del derecho romano con el derecho común será obra de los comentaristas medievales.

APÉNDICE

«Ius commune» en la época postclásica

En el lenguaje de las constituciones imperiales de la época postclásica y en el de las *Institutiones* de Justiniano el significado de *ius commune* no varió sensiblemente respecto de aquel adoptado por los juristas clásicos en su versión que hemos llamado endosistemática. Aparte del sentido de derecho de titularidad múltiple, aparece ahí, pues, en el tradicional de derecho testamentario ordinario o general en contraposición al privilegio militar; pero también para designar a variados regímenes generales frente a los especiales. Mención especial, sin embargo, merece CT. 2.1.10 (Arcad. et Honor. a.395 = CI.1.9.8): *Iudaei Romano et communi iure viventes* (CI. om et). La constitución, en síntesis, ordenaba a los judíos «que viven en el derecho romano y común» litigar según las leyes romanas, sin perjuicio de poder someter sus causas a árbitros judíos. Ya hemos visto que si de calificar al derecho romano se trataba, Gayo y Ulpiano lo consideraban *ius civile* y *ius proprium*, no, en consecuencia, *commune*, porque tal era el *ius gentium* (Gayo) o éste y el *ius naturale* (Ulpiano); en el precitado texto, empero, el *ius Romanum* es calificado al mismo tiempo de *commune*. Evidentemente estamos ante un significado distinto, originado en la realidad de la época, de ser el *ius Romanum* un derecho de vigencia universal, es decir, común del imperio, carácter este que la constitución trataba precisamente de reafirmar en relación con los judíos propensos a regirse por su derecho propio, pese a la condición de ciudadanos romanos que tenían. En ese sentido la fórmula tuvo sus precedentes ya en la época del alto imperio: con referencia al derecho (quizá privado) romano, Elio Arístides había hablado de *koinoi nomoi*⁸³ en época precedente a la *constitutio Antoniniana*, y Menandro de Laodicea había empleado expresiones semejantes⁸⁴ con posterioridad a aquélla; pero en ambos casos estos autores tenían a la vista el fenómeno de la difusión imperial del derecho romano en sustitución de los derechos de las *poleis* griegas, hubiera sido por la vía de la concesión de la ciudadanía romana en forma particular a algunas, fuera por la concesión general otorgada por Caracalla; en tales circunstancias, el calificativo de «común» dado al derecho romano resultaba apropiado y ajustado a la realidad, sobretodo en atención al tradicional particularismo de las *poleis* griegas. Con todo, la fórmula no parece haber tenido una particular fortuna ni pasado a constituirse en un concepto técnico aunque no deja de usársela en la legislación

⁸³ E. ARIST., *Orat.* XXVI, 102.

⁸⁴ MENAND., *De div. men.* III, 2. Vid. TALAMANCA, Mario, *Su alcuni passi di Menandro di Laodicea relativi agli effetti della constitutio Antoniniana*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano 1971), vol. V, p. (p.485ss.)

postclásica y justiniana⁸⁵, en el sentido de derecho general. Vale la pena, empero, dejar señalado que siglos después será este concepto, ya con carácter técnico, el que triunfará cuando los comentaristas medievales, superando el pie forzado de la ley *omnes populi* (D.1.1.9), que reserva la denominación de «común» al derecho de gentes, consigan aplicarla al derecho del *Corpus Iuris*, que llegará así a convertirse el *ius commune* por antonomasia⁸⁶.

Recibido: 2.7.90

Aprobado: 24.7.90

⁸⁵ Vid. ARCHI, Gian Gualberto, *La legislazione di Giustiniano e un nuovo vocabolario di questo imperatore*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 42 (1976) p. 9ss.

⁸⁶ Vid, supra n. 2.