

LA FORMACION DEL "IUS NOVUM" EN LA EPOCA TARDO-CLASICA

ALVARO D'ORS
Universidad de Navarra

1. Nada más relativo que la novedad. El transcurso indefectible del tiempo pronto convierte en antiguo lo que apareció como nuevo. Con todo, hay momentos históricos, es decir, historiados, en los que el calificativo de "nuevos" quedan perennemente fijados, a pesar del transcurso de los siglos, y hablamos así, por ejemplo, de la Nueva, y aún de la Novísima Recopilación, porque ellas mismas se titulan así, y podemos llamar a América el "Nuevo Continente". Algo parecido ocurre con esto que llamamos el derecho "nuevo", el *ius novum*, en la historia del derecho romano.

Ha tenido el derecho romano, como es notorio, una historia singularmente larga, con alternativas de actualidad y olvido, de prestigio y desprestigio. Como decía Goethe —un conocido símil, que yo mismo he recordado otras veces— el derecho romano se puede comparar al trayecto de un pato, que, de vez en cuando se sumerge en el agua, para reaparecer después con renovada vitalidad. Así, cuando oímos hablar hoy de ciertas actitudes adversas al derecho romano, que propugnan su eliminación de la carrera de derecho —como no hace mucho pretendió hacer el nazismo, que llegó a convertir este propósito en el punto 19 de su programa—, podemos conservar la serenidad, y esperar que la animadversión sea, como en otras ocasiones, más o menos pasajera.

Cuando en esta larga historia del derecho romano, con sus siglos de existencia en la misma Roma antigua y sus siglos de supervivencia de tradición culta, hablamos del *ius novum*, nos referimos a un determinado momento histórico, muy antiguo ya, pero que supuso una novedad que le caracterizó para siempre. Nos referimos, efectivamente, a la aparición de un sistema jurídico que puede fecharse en el último siglo del derecho romano clásico, es decir, entre los empera-

dores Adriano y Alejandro Severo, o, si queremos concretarlo en fechas convencionales, entre el año 130 y el 230 después de Jesucristo.

2. Es verdad que la calificación de *ius novum* para designar ese nuevo derecho se ha generalizado tan sólo en tiempos recientes, principalmente por la poderosa influencia de un gran romanista italiano, siciliano, Salvatore Riccobono. En las mismas fuentes romanas, la expresión *ius novum* aparece, desde luego, pero sin la referencia unívoca que damos hoy a esta expresión, sino relativizada según la época en que aparece usada. Así, el emperador Justiniano, que constituye, como es sabido, el momento final del derecho romano vivido por el Imperio, en el siglo VI, cuando, por lo demás, la misma ciudad de Roma y el Imperio de Occidente llevaban un medio siglo bajo el poder de invasores germánicos, el emperador Justiniano, digo, habla de su propia legislación como creadora de un derecho nuevo, a pesar de la continuidad con el anterior, y hasta de cierto arcaísmo que le caracteriza, e incluso, cuando rectifica sus propias reformas, habla de un derecho "novísimo" que corrige el "nuevo" anteriormente establecido por él. Hay que reconocer, sin embargo, que, a pesar del uso que hace Justiniano del término *ius novum*, no es la pretensión de novedad lo más notorio de su actitud legislativa, pues, en general, ésta se manifiesta mejor como una voluntad de volver a lo antiguo, depurándolo de posteriores deformaciones, y, en ese mismo sentido, como deseo de volver a un derecho natural, entendido ya a la manera cristiana, como ley divina originaria, perturbada por las ineptias de los hombres. Por ello, no correspondería a la realidad el designar la legislación de Justiniano, y mucho menos la compilación de derecho antiguo que presenta el *Corpus Iuris*, como un *ius novum*. La novedad del derecho de Justiniano es todavía relativa, y dentro de la línea del uso que de esa expresión hicieron sus predecesores, no muy distantes, como, por ejemplo, el emperador de Oriente Zenón, durante la corregencia con su hijo León II, medio siglo antes, quienes hablan en algunas de sus leyes de cómo el derecho "nuevo" que no ha sido confirmado por la tradición, requiere la interpretación del mismo emperador, para ser rectamente aplicado.

3. Si de este uso tardío de la expresión *ius novum* pasamos al que aparece en fuentes de época clásica, nos encontramos con dos acepciones muy distintas.

La primera parece provenir del mismo Edicto pretorio —programa de jurisdicción anual, pero luego, como diremos, estabilizado—,

una de cuyas rúbricas se refería a las "novedades" que un pretor pudiera introducir en su jurisdicción, a las que dicha cláusula le sometía, a él y al litigante que de tal novedad hubiera salido beneficiado, cuando alguien en un ulterior litigio en el que ellos aparecieran como demandados, requiriera la observancia del mismo criterio nuevo. A decir verdad, la transmisión del mismo texto edictal en que se establece esta retorsión judicial no está exenta de algunos problemas, que no sería oportuno examinar en este momento, pero, en todo caso, parece que la novedad a que tal cláusula edictal se refiere no es la de las posibles innovaciones que un pretor pudiera haber introducido en su propio edicto anual, que se publicaba al comienzo de su magistratura, sino a las innovaciones decretales, es decir, a las resoluciones que, en un litigio concreto, hubiera podido tomar un pretor. El adjetivo *novum* tenía, así, cierto matiz peyorativo, como suele tenerlo en el Latín literario, por ejemplo, en el de Cicerón, que considera todo lo *novum* como algo insólito y que debe ser recibido con reserva, cuando no como perturbadora ruptura de la sana tradición de los antepasados, de los *mores maiorum*.

Aunque no podemos fechar exactamente cuándo se introdujo el edicto de retorsión que acabamos de mencionar, es lo más probable que no fuera una innovación introducida en el momento de su definitiva codificación, cuando la jurisdicción pretoria, ya decadente, iba a quedar vinculada al texto oficial, sino en una época de mayor creatividad, y quizá en la de máxima creatividad, que coincide con mediados del siglo primero antes de Jesucristo, es decir, la época de Cicerón, asesinado, como es sabido, el año 43 antes de Jesucristo. En todo caso, esta acepción de *ius novum* es muy anterior a la de otra acepción, que es precisamente la que lo identifica con el nuevo derecho imperial al que nos referimos hoy cuando hablamos de *ius novum*. Es precisamente Gayo, no en sus "Instituciones", sino en su comentario *ad edictum provinciale*, quien contrapone en este sentido que decimos el *ius novum* al *ius vetus*.

4. Aunque el título de esa obra de Gayo —*ad edictum provinciale*— pudiera desorientarnos, no se trata de una contraposición entre un antiguo y un nuevo derecho de las provincias en general, o de la concreta provincia oriental en la que Gayo ejercía su modesta enseñanza del derecho, pues jurista de Roma no fue, sino de una contraposición que afecta al derecho de la misma Roma. Porque parece cierto que no existió nunca un edicto para las provincias, ni siquiera un edicto de una de ellas que pudiera compararse con el edicto urbano. Lo más probable es que los libros de comentario *ad edictum*

provinciale, como el de Gayo, tomaran como base el Edicto ya codificado en Roma, un tercio de siglo antes de escribir Gayo tal comentario, y se limitaran a comentar aquellas disposiciones edictales que podían tener aplicación fuera del territorio itálico, adaptándolas a la realidad jurisdiccional de la provincia. Quiere esto decir que Gayo se refería a una novedad dentro del mismo derecho urbano.

5. ¿Cómo entiende Gayo la distinción entre *ius novum* y *ius vetus*? Gayo la establece en consideración a las fuentes de la sucesión hereditaria. En efecto, según él, la herencia se defiende bien por derecho antiguo, es decir, por la ley de las XII Tablas, la vieja legislación decenviral del siglo v antes de Jesucristo, o por el testamento, según se tratara de sucesión intestada o de última voluntad, bien por el "nuevo derecho", en virtud de los senadoconsultos y las constituciones imperiales, que interesaban preferentemente a la sucesión intestada. En esta contraposición que hace Gayo, lo que más puede llamar la atención es que no se tome en consideración el ordenamiento pretorio, que había introducido muchas innovaciones, y muy importantes, respecto a la sucesión hereditaria. Pero esta omisión se explica por el escrúpulo que Gayo podía sentir para llamar "derecho", *ius*, al ordenamiento jurídico introducido por el pretor, ordenamiento que, precisamente por no constituir *ius*, no alteraba el régimen de la herencia, de la *hereditas*, sino que se limitaba a establecer un tipo de derecho posesorio sobre los bienes hereditarios, la *bonorum possessio*, con su propio régimen de protección jurisdiccional, claramente diferenciado de la *hereditatis petitio* del *ius*. Cuando el jurista Paulo, un medio siglo después de Gayo, habla de la herencia deferida por el *ius novum*, que, al ser repudiado por este concepto, puede aceptarse todavía por el *ius vetus*, parece aludir a la misma contraposición, es decir, a la novedad de la herencia deferida conforme a los senadoconsultos y constituciones imperiales, y no al posible llamamiento del derecho pretorio.

Que esta misma contraposición aparezca a la vez en Gayo y en Paulo, referida en ambos autores a la sucesión hereditaria, permite pensar que pertenecía al repertorio conceptual de la jurisprudencia del siglo II después de Jesucristo, pues debemos excluir que Paulo la tomara de Gayo, ya que el provinciano Gayo no fue conocido en Roma hasta el siglo IV, y entonces se hizo un autor muy popular y apreciado al punto de convertirse en la figura preferida del emperador Justiniano y los maestros de su época, que llamaron a Gayo "nuestro querido Gayo" —*Gaius noster*.

Con todo, esta expresión de *ius novum* que pudo ser general en esa época, no aparece documentada más que para el derecho sucesorio, y no sabemos si pudo tener el alcance general que le damos hoy, como referido a todo un ordenamiento jurídico nuevo.

Distinta del *ius novum* es la *nova lex*. Esta otra expresión aparece una sola vez, en Ulpiano, con un matiz ligeramente despectivo, para designar la legislación matrimonial de Augusto, que vino, efectivamente, a perturbar el régimen civil de la sucesión hereditaria, pero luego la usan los compiladores para aludir al nuevo régimen sucesorio introducido por la legislación imperial. En el mismo sentido se habla en el Bajo Imperio de las *novellae leges*, esto es, las posteriores al Código Teodosiano o al de Justiniano.

6. Como ya se ha dicho, fue principalmente Riccobono quien, hace un medio siglo, divulgó la denominación de *ius novum* entre los romanistas, y con un propósito muy concreto o intencionado. Se trataba de llamar la atención de los estudiosos contra la tendencia hipercrítica, que había llegado a su cumbre en aquel momento, y según la cual, todo texto del *Corpus Iuris* que no encajase perfectamente dentro del esquema del derecho clásico, es decir, con los cauces procesales del procedimiento ordinario, resultaba sospechoso de manipulación compilatoria. Había que tener en cuenta —decía contra esto Riccobono— que los juristas clásicos del siglo II y III trataban muchas veces del "nuevo derecho" introducido por los emperadores, tramitado ya por un procedimiento extraordinario, y que tales textos no debían ser censurados como interpolados, sino como puros y genuinos. Como suele suceder en este tipo de reacciones, también en el campo científico se corre siempre el riesgo de caer en el extremo contrario del defecto que se quiere corregir, y, en efecto, la romanística de estos últimos tiempos, sobre todo la de los últimos decenios, parece haber querido renunciar sin razón a la crítica de interpolaciones, cuando es evidente que con tal renuncia metódica se hace imposible un conocimiento exacto del derecho romano clásico, pues es evidente que, no sólo Justiniano mandó alterar los textos para adecuarlos a la época de la Compilación, sino que, ya antes de ese momento, las obras de los juristas clásicos habían sido alteradas más o menos deliberadamente.

Dejando aparte los posibles excesos de la anticrítica a la que las advertencias de Riccobono sobre el *ius novum* contribuyeron poderosamente, es indiscutible que esa llamada de atención de Riccobono es acertada y que puede favorecer una comprensión más ajustada del pensamiento jurídico clásico. En este sentido, los estudios roma-

nísticos actuales han ido proporcionando una serie de resultados que facilitan la más clara determinación de lo que es posible atribuir a ese *ius novum* y de lo que se debe considerar manipulación compilatoria en los textos clásicos.

7. Nuestro actual propósito es sintetizar el conjunto de factores histórico-jurídicos que cooperaron a la formación de este *ius novum* imperial, a partir de Adriano hasta finales de la época clásica. Estos factores son principalmente dos: un cambio en orden al procedimiento y un cambio múltiple en orden a las fuentes del derecho. En efecto, las dos vías por las que las mutaciones históricas, que afectan más directamente a las estructuras constitucionales del derecho político, acaban por transformar también el derecho privado son siempre estas dos: el procedimiento y el sistema de fuentes. De estos dos cambios que podemos observar en la última etapa clásica, el procesal requiere, de todos modos, una explicación más simple que el relativo a las fuentes, pues respecto a éstas los cambios son más complejos, aunque siempre coherentes entre sí.

8. La novedad de procedimiento que hizo posible el *ius novum* fue, como es obvio, la cognición extraordinaria, caracterizada por la desaparición a la vez del juez privado y de la fórmula procesal.

El tema de la formación histórica de la *extraordinaria cognitio* excede con mucho de lo que es oportuno tratar en este momento. Baste recordar que, al mismo tiempo que se generaliza el procedimiento ordinario de fórmula escrita como instrucción para el juicio privado, aparece ya un tipo de cognición directa, en la que el magistrado juzga, reconocida a algunos magistrados distintos del pretor ordinario y para determinadas materias ajenas al derecho civil y al pretorio. El ejemplo más antiguo, de época augústea, es el de los fideicomisos, sobre los cuales se concede una jurisdicción extraordinaria a los cónsules. A lo largo de los dos primeros siglos del imperio, nuevos magistrados y funcionarios de la burocracia imperial fueron atrayendo a su propia cognición un número creciente de causas, pero la gran expansión del nuevo procedimiento en Italia se produjo por la atribución de la jurisdicción en todo el territorio itálico, fuera de la Urbe, a cuatro nuevos magistrados con jurisdicción cognitoria general, es decir, para todo tipo de causas. Esta importante innovación judicial se debe a Adriano, y con un intervalo de suspensión bajo su sucesor Antonino Pío, se confirmó establemente con Marco Aurelio.

Pero hay, al menos en nuestra opinión, un vasto campo en el que la cognición extraordinaria dominó desde un primer momento, que es el de las provincias. En éstas, la jurisdicción estuvo encomendada siempre a los gobernadores que, a diferencia del pretor, daban sentencia, sea directamente, sea por delegación en jueces pedáneos nombrados por ellos. Así, pese a alguna apariencia contraria, no hubo en provincias ni jueces privados ni fórmulas procesales propiamente dichas, es decir, el procedimiento provincial fue siempre cognitorio.

La realidad provincial tuvo muy poca importancia para la proyección del derecho romano clásico, pues éste era exclusivamente urbano. El derecho que se aplicaba en las provincias no interesaba a los juristas de Roma y, por eso mismo, no formaba parte del *ius civile*; ni tampoco del ordenamiento pretorio, ya que también éste era urbano, con vigencia directa para Italia, pero no para las provincias, respecto a las cuales podía servir tan sólo como modelo algo lejano.

Pero la realidad provincial empezó a interesar a los juristas a partir de Adriano, precisamente porque éste intensificó la subordinación de los principales juristas de su época a las necesidades de su gobierno y, desde entonces, la burocratización de la jurisprudencia fue progresiva, hasta el extremo de agotarla, con lo que vino a terminarse el estilo característico del derecho clásico romano.

Era inevitable que estos juristas, que debían atender los problemas jurídicos procedentes de las provincias y relativos al procedimiento cognitorio de los gobernadores, contribuyeron a favorecer el progreso del procedimiento burocrático en la misma Roma. Así, en este período del 130 al 230, puede observarse una expansión de la cognición en detrimento del procedimiento ordinario del pretor urbano, el de la fórmula típica y el juez privado. Este hecho debe considerarse decisivo como factor principal para la formación del *ius novum*. Este nuevo derecho es propiamente el derecho de la cognición oficial encauzado por el impulso del dirigismo imperial, del que depende todo el nuevo sistema procesal. Cómo operaba este dirigismo es ya el tema de las fuentes del derecho que, como hemos dicho, requiere una explicación algo más compleja.

9. Durante siglos, el progreso del derecho romano había venido operando principalmente a través del edicto pretorio. Los juristas creadores del derecho podían incorporar a su materia del *ius* algunos datos introducidos por algunas leyes que podían interesar al *ius*, pero, como es sabido, el derecho romano no es un derecho legal sino

jurisprudencial: las mismas leyes no creaban *ius* si no a través de la recepción jurisprudencial, pues eran los juristas los que hacían el *ius*. Estos mismos juristas, que solían ser muy conservadores y respetuosos con la tradición de los *prudentes* que les habían precedido, tenían un sentido muy vivo de las exigencias actuales y de las reformas que convenía hacer, y para ello se valían de la jurisdicción pretoria. Era en ese terreno de la práctica procesal, en cuyo edicto podía introducirse una novedad con la misma facilidad con que la suprimía el siguiente magistrado, si parecía no haber dado buen resultado, o se repetía y perpetuaba en caso contrario, donde convenía encauzar el progreso jurídico, muchas veces en contradicción con el *ius civile* conservado por los mismos juristas que inspiraban al pretor —persona, de ordinario, lega en derecho— las innovaciones que debía introducir en su jurisdicción. Para el reducido ámbito de un derecho urbano esta forma de progreso era, desde luego, mucho más ágil, efectiva y prudente que la de los derechos legislados, cuyo progreso debe proceder a base de sucesivos ensayos derogatorios, de leyes que reforman leyes.

La mayor creatividad del edicto pretorio es la del siglo anterior al imperio, como hemos dicho, pero el programa jurisdiccional del edicto fue, durante toda la época clásica, el fundamento de todo el derecho, no sólo del estrictamente pretorio, sino también del civil, ya que, en último término, el mismo derecho civil debía ser realizado mediante acciones que el pretor podía dar o denegar según sus propios criterios jurisdiccionales. Sólo que en el siglo II el Edicto debió de estabilizarse, y dejó de presentar anualmente novedades apreciables. Esto facilitó la decisión del emperador Adriano de hacer una edición oficial y definitiva del Edicto pretorio, que encomendó al principal jurista de aquel momento, Salvio Juliano. Este introdujo cierto orden en las disposiciones que se habían ido acumulando en un Edicto recepticio, a lo largo de unos siglos, y también introdujo él mismo alguna novedad, alguna cláusula que aparece como "*nova*". El nuevo texto fue aprobado por el Senado. De este modo, el Edicto dejó de ser un bando anual publicado en una tabla blanqueada con letras negras y rótulos de títulos en rojo, las rúbricas, para convertirse en un libro oficial, invariable, cerrado a todo progreso.

10. Decimos que el Edicto fue aprobado por el Senado, y esto requiere otra explicación de por qué el Senado tuvo esta intervención en la promulgación del Edicto. Porque dar edictos es propio de la potestad de los magistrados, en tanto el Senado no tiene po-

testad, sino sólo autoridad, y se limita a dar consejos, los *senatus consulta*.

En tanto el Senado tuvo un papel realmente influyente en la vida política romana, sus acuerdos no se expresaban más que como consejos dirigidos a los magistrados. Los senadores constituían la más alta autoridad de la República, pero respetaban tanto la potestad de los magistrados, fundada en la majestad del pueblo —*la maiestas populi Romani*—, cuanto la autoridad particular de los jurisprudentes: lo primero se manifiesta en que el Senado no daba leyes ni edictos, que era cosa propia de la potestad de los magistrados y, lo segundo, en que no pretendía hacer derecho, pues la creación del *ius* correspondía a la autoridad privada de los jurisprudentes. Tan solo cuando, en el primer siglo del principado fundado por Augusto, se puso fin a la legislación de los magistrados en unión del pueblo, vino el Senado a asumir una función en cierto modo legislativa, aunque siempre en forma de consejos, los senadoconsultos de siempre. Por eso, a partir del emperador Tiberio vemos al Senado preocuparse por introducir novedades en el campo del derecho; pero sus consejos no tenían un efecto directo en el mismo *ius*, sino que requerían, para tener efectividad, la observancia del pretor mediante los recursos propios de su jurisdicción, que eran principalmente dos: las excepciones procesales, con las que se venía a neutralizar efectos civiles que el Senado deseaba evitar y, por otro lado, acciones con fórmula ficticia para extender los efectos civiles, conforme a lo dispuesto por el Senado, a situaciones no previstas por el *ius civile*. Así, era el pretor quien realizaba prácticamente, en su propio ordenamiento pretorio, los consejos senatoriales que, en cierto modo, habían venido a asumir la desaparecida actividad legislativa de los magistrados populares.

Pero también fue aquí Adriano quien dio un importante giro a esta forma de intervenir el Senado en el campo del *ius*. El cambio tuvo un doble aspecto. El primero es la aceptación de las propuestas del emperador al Senado —los discursos u *orationes* que aquél enviaba para su aprobación por los senadores— como senadoconsultos ya concluidos y directamente aplicables; en efecto, la aprobación senatorial se había convertido en un puro trámite, y era la voluntad del emperador la que directamente imponía la reforma legal formulada en el senadoconsulto. En congruencia con esto, el segundo aspecto del cambio fue que tales senadoconsultos se consideraron fuente directa del *ius*, que no necesitaban para realizarse de la aceptación jurisdiccional del pretor, el cual, por lo demás, había perdido

ya todo poder de iniciativa desde que su Edicto había sido codificado.

De este modo, el senadoconsulto vino a convertirse en una forma de legislar el emperador, y el mismo Edicto codificado por orden de Adriano vino a quedar incorporado a esa voluntad legislativa, al ser, él también, objeto de un senadoconsulto de promulgación.

En el fondo, este trasvase de la actividad legislativa del magistrado popular al emperador a través del Senado era una desviación congruente con la confusión introducida por Augusto entre potestad y autoridad. La presunción del fundador del principado había sido la de gobernar realmente la República, no con potestad, sino con autoridad. De este modo, la autoridad vino a convertirse, de hecho, en una potestad superior a la ordinaria; consecuentemente, la función legislativa, que correspondía a la potestad de los magistrados populares pudo traspasarse a la autoridad del Senado y, luego, dada la sumisión de la autoridad senatorial a la del príncipe, acabó por atribuirse de hecho a éste.

11. Desde Adriano, los emperadores aprovechan esta forma del senadoconsulto para crear *ius* dentro de la misma Roma, y esta manera de legislar perduró hasta los emperadores Severos, es decir, hasta las vísperas del final de la época clásica. Pero mayor importancia que esta vía legislativa a través del Senado, hubo de tener la de una nueva forma imperial de encauzar la jurisdicción de todo el imperio y, especialmente de las provincias, que son los rescriptos. Esta nueva forma fue la fuente principal de crear el *ius novum*. Gayo, como hemos visto, llamaba *ius novum*, en relación con la herencia, al fundado en los senadoconsultos y las constituciones principales; este último término, aunque servía para comprender todo tipo de decisiones imperiales, se refería principalmente a los rescriptos. Si los senadoconsultos eran la nueva fuente del *ius civile* urbano, los rescriptos eran la nueva fuente del derecho aplicable en todo el imperio, y de ahí su gran importancia.

Como en tantos otros aspectos de la constitución del principado, esta innovación de los rescriptos, que aparecen como propia fuente jurídica con Adriano, no carecía de precedentes en la tradición del sistema de fuentes. También aquí se había producido una solapada desviación, del más grande alcance, que fue la de poner al servicio del Emperador la autoridad de los juristas, encauzándola por la vía de la burocracia imperial y, concretamente, el asesoramiento que aquéllos debían rendir en el despacho de consultas dirigidas a la Cancillería imperial.

"*Rescribere*" no quería decir más que contestar una consulta dirigida al emperador. Con los magistrados, sobre todo con los gobernadores de provincia, pero también con los funcionarios y amigos, el Príncipe se comunicaba por carta, pero también contestaba mediante una suscripción al pie del libelo de solicitud las peticiones que le pedían los súbditos de todo el imperio. Se trataba de gracias que la indulgencia del emperador podía conceder, y que no debían servir de precedente. Todavía Trajano, el antecesor de Adriano, había insistido en este carácter excepcional de los rescriptos suscritos en los libelos de sus súbditos, pero Adriano aprovechó precisamente esta práctica de la suscripción de libelos, devueltos siempre a los solicitantes para que éstos hicieran uso o no de la respuesta imperial, como forma de crear precedentes sobre todo para la jurisdicción cognitoria y, de hecho, la mayoría de los libelos procedían de las provincias. Con ese fin, hizo Adriano que una copia de sus rescriptos se conservara en las Termas de Trajano, a disposición del público, de manera que, aparte el uso particular que del rescripto pudiera hacer el destinatario solicitante del mismo, se fuera constituyendo un fondo de criterios jurídicos para la jurisdicción de todo el imperio.

Para este enorme trabajo de resolución de cuestiones, el emperador pudo contar con un consejo asesor de especialistas, los mejores juristas de cada momento, y por eso podemos hablar, como ya hemos hecho, de la burocratización de la jurisprudencia a partir de Adriano. Sólo desde ese momento se puede hablar de los rescriptos imperiales como propia fuente del derecho; las colecciones privadas de rescriptos empiezan con las de Adriano; y el mismo Código de Justiniano, que incorpora los rescriptos al conjunto de la legislación imperial posterior, no ofrece ningún rescripto anterior a Adriano.

12. En verdad, esta actividad de dar rescriptos vino a ser la vía del progreso jurídico a partir de Adriano cuando, como ya hemos dicho, había dejado de serlo el Edicto, ahora codificado; pero esa actividad venía a continuar la de la jurisprudencia privada, creadora del *ius*, que se expresaba también en forma de respuestas a consultas privadas sobre cuestiones del derecho. Puede decirse, pues que la jurisprudencia romana, aunque no se agota en ese momento, vino a ser burocratizada por Adriano.

Ya con Augusto, la independencia de la autoridad privada de los juristas había sufrido una larvada amenaza bajo la apariencia de una distinción concedida por el emperador —como efectivamente empezó a hacer el sucesor Tiberio— a los juristas amigos; una distinción

que daba a las respuestas de los juristas favorecidos una mayor autoridad, pues se venía a considerar que tales respuestas tenían un valor público, como emanadas de la autoridad del mismo Príncipe: es el llamado *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*. Este nuevo régimen de la jurisprudencia imperial no abolía la autoridad privada de los juristas privados, pero sí venía a potenciar la de los juristas amigos del emperador. Fue Adriano quien, también en esto, impuso un giro decisivo a la autoridad de la jurisprudencia, fuente del *ius*. Cuando unos juristas le pidieron la gracia del *ius publice respondendi*, Adriano les dijo que no hacía falta, porque bastaba ya la autoridad particular que cada jurista pudiera tener por su propio prestigio. Pero esto no era, en verdad, una vuelta a la tradición de la libertad republicana, sino una evasiva diplomática del emperador, porque éste, en vez de conceder tal patente, había decidido incorporar a su consejo jurídico a los principales juristas, y bastante distinción era ya el ser asesor de la Cancillería imperial. En este sentido, decimos que la jurisprudencia romana fue burocratizada por Adriano. Aunque los juristas de este último siglo clásico puedan sonar como los más famosos, en verdad, son ya epígonos de la gran jurisprudencia romana, sólo que, por ser los últimos, fueron mejor comprendidos, apreciados y utilizados por los Compiladores de Justiniano y esto les aseguró mayor celebridad para el futuro. Si se nos conservaran las obras completas de todos, podríamos ver fácilmente la superioridad de otros que hoy son más desconocidos, como un Servio Sulpicio Rufo o un Labeón, sobre figuras tan célebres como un Paulo o un Ulpiano, incluso sobre un Papiniano, cuya excepcional inteligencia hemos siempre de reconocer.

13. El provinciano Gayo nos dice en sus "Instituciones" que, según un rescripto de Adriano, la opinión concorde de todos los juristas "tiene fuerza de ley": *legis vicem optinet*. Esta manera de expresarse se resiente de la teoría filosófica griega que considera el *nomos*, traducido por *lex* entre los latinos, como criterio superior de justicia, escrito o no escrito, incluso de pura exigencia racional, como los del derecho natural no-positivo. "Tener fuerza de ley" significaba para Gayo que tal criterio se imponía a los jueces, en tanto éstos no se hallaban vinculados por las opiniones controvertidas, el *ius controversum*. Cuando Justiniano traslada el pasaje gayano a sus propias "Instituciones", no habla ya de opinión concorde, sino de las opiniones de los juristas sin más, pues Justiniano pretendía haber eliminado las controversias de su digesto, y el imponer a los jueces

las opiniones de los juristas debía entenderse como acatamiento de la propia selección imperial.

Que, en la época de Adriano, la opinión común de los juristas pudiera vincular al juez, no puede entenderse sin una explicación más matizada.

En realidad, las opiniones de los juristas no podían vincular a los jueces más que los vinculaban los mismos rescriptos imperiales, que llegaban o no a conocimiento del juez según la voluntad del destinatario de los mismos. Aunque las opiniones jurisprudenciales pudieran conocerse por los libros de los juristas, es claro que los jueces no conocían ordinariamente tales libros, y que, en el mejor de los casos, podían tener noticia de tales opiniones porque los abogados de un litigio las habían alegado. El cerciorarse de la unanimidad o no excedía evidentemente de las posibilidades de un juez, ordinariamente persona no especializada en derecho. En todo caso, podía esperarse que el emperador, en apelación, rectificara las sentencias de los jueces que no habían seguido el criterio unánime de los juristas, así como también las sentencias no-observantes de los rescriptos imperiales, cuyas copias se hallaban archivadas en la Cancillería imperial. Pero, por un lado, este control por apelación al emperador no era constante, y podemos pensar que sólo en una mínima parte las sentencias eran objeto de apelación; por otro, cuando una causa era atraída al juicio del emperador, era lo más probable que éste impusiera su propio criterio, independientemente de que coincidiera con el común sentir de la jurisprudencia.

Lo que Adriano pudo querer decir en el rescripto mencionado por Gayo era más probablemente que el *ius* no controvertido podía ser tomado como modelo por parte de la jurisprudencia cognitoria, que era la encargada de adaptarse a las instrucciones dadas por los emperadores en sus rescriptos, en la medida en que éstos llegaban al conocimiento de los jueces, y no ya para el litigio concreto que motivó el libelo de consulta, sino como precedentes para casos análogos que se presentaran en el futuro.

14. Con esta explicación sobre la política de Adriano en orden al sistema de fuentes podemos alcanzar una noción general acerca del sentido del *ius novum*. Puede resumirse así: en la medida en que el emperador desea introducir reformas en el *ius civile* de la misma Roma, acude a la vía del senadoconsulto; cuando, en cambio, se trata de orientar la jurisdicción cognitoria, sobre todo la de provincias, el emperador suministra nuevos criterios por vía de rescriptos, y orienta a los jueces de la *cognitio*, sobre todo a los gobernadores

provinciales, remitiéndoles al modelo, vigente sólo en el ámbito urbano, que podía ser extendido por analogía, sea del *ius* no controvertido, sea del edicto del pretor: *secundum formam iuris, secundum formam edicti* como se dice expresamente en muchos rescriptos. Esta adecuación a modelos antiguos podía dar la impresión de que los emperadores, en sus rescriptos, no eran innovadores, y que, como se dice en la historia de Marco Aurelio, eran más restauradores que innovadores: *ius autem magis vetus restituit quam novum fecit*. La novedad del *ius novum* imperial estaba, más que en los criterios mismos, en el hecho de aplicarlos en vía de cognición, es decir, fuera de los cauces tradicionales.

Es más: la misma jurisprudencia tardo-clásica, en la medida en que todavía aporta innovaciones como las que antes encauzaba por la jurisdicción pretoria, las introduce ahora, una vez codificado el Edicto, por la vía del procedimiento cognitorio. Porque es difícil imaginar que puedan ya crearse nuevas fórmulas procesales después de aquella fijación definitiva del Edicto. Así, cuando los textos nos hablan de que alguno de estos juristas del último siglo clásico introdujo tal o cual acción, hemos de pensar que se trata siempre de acciones cognitórias y no formularias. De esta suerte, los mismos juristas, no ya como asesores del emperador sino, incluso, como autores particulares contribuyen también a la formación del *ius novum* imperial.

15. La vía de progreso jurídico mediante rescripto, en la que se refunde como aplicación analógica el *ius civile* con el ordenamiento pretorio, fue la seguida por los emperadores de la última época clásica, hasta Alejandro Severo, como hemos dicho, pero también por los posteriores, hasta Diocleciano, en el tránsito del siglo III al IV. Aunque este último emperador cambió totalmente la estructura política y administrativa del imperio romano, no fue, sin embargo, innovador en orden al sistema de las fuentes del derecho, y por eso la revolución en este cambio fue efectivamente la hecha por Constantino, al establecer éste la ley general, dada autocráticamente por él, como la nueva y única fuente del progreso jurídico; en comparación con ella, tanto el Edicto, como las obras de los juristas, como los mismos rescriptos imperiales anteriores adquirieron el valor de libros de autoridad del antiguo derecho romano. Este nuevo tipo de legislación imperial supuso una clara ruptura con la tradición, no un desvío de cauces existentes como había sido el de la política del derecho de Adriano dos siglos anterior. Por esto mismo, aparte la nueva inspiración cristiana que motivó la legislación de Constantino,

podría decirse, como ya decía Amiano Marcelino, que Constantino fue un legislador innovador, revolucionario: *novator turbatorque pris-carum legum et moris antiquitus recepti*.

El precedente más próximo de esta nueva actividad legislativa imperial no debe buscarse en la legislación senatorial ni en los rescriptos, fuentes del *ius novum*, sino mejor en los edictos imperiales, que nunca habían servido como vía habitual del progreso jurídico, sino que se reservaban para fines muy especiales. Pero, al ser una forma de expresión más clara de la potestad imperial en orden al gobierno del Imperio, la nueva legislación autocrática del Bajo Imperio encontró precisamente en ese tipo de constitución imperial, en los *edicta principum*, un modelo mucho más adecuado que en las otras formas del senadoconsulto y del rescripto, las cuales se remontaban a una tradición de autoridad, del Senado y de la jurisprudencia, respectivamente, y no de potestad como la de las leyes populares y los edictos de los antiguos magistrados. De este modo, en fin, el derecho acabó por convertirse en una expresión de la potestad, esto es, de la voluntad del gobernante, cuyo obsequio a la racionalidad se podía manifestar en una previa justificación, en un proemio legal o "arenga", precedente de las modernas "exposiciones de motivos". Si, en la legislación de nuestros días, se tiende a suprimir este tipo de prólogos legales, ello se debe evidentemente a que la ley se considera como simple expresión de voluntad, aunque sea de apariencia democrática, y se ha renunciado definitivamente a la racionalidad propia del saber, es decir, de la autoridad. La *lex*, forma de potestad, ha venido a suplantarse al *ius*, forma de autoridad.