

# HISTORIA DEL «REFERIMIENTO LEGISLATIVO», I: DERECHO ROMANO \*

ALEJANDRO GUZMÁN  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad de Chile

## I. INTRODUCCIÓN

1. Se entiende por “referimiento legislativo” (*rl.*) o “referimiento al legislador” (*ral.*) el envío de una cuestión de oscuridad o ambigüedad en la norma, o bien de insuficiencia o laguna en ella, por el juez que conoce del litigio donde tales cuestiones se han presentado, a un órgano de creación o interpretación oficiales del derecho, a fin de que éste provea una solución que enseguida el juez deberá aplicar en su sentencia<sup>1</sup>. Este envío de tales problemas puede ser facultativo, en cuanto se reconoce al juez un arbitrio para decidir entre consultar o resolver por sí mismo (*ral.* o *rl.* facultativo); o bien forzoso, en la medida en que se impone al juez la obligación de consultar (*ral.* o *rl.* obligatorio), lo cual supone una prohibición al tribunal de interpretar o colmar las lagunas por sí mismo.

En la historiografía jurídica es célebre el *ral.* obligatorio establecido en plena revolución francesa por una ley de 24 de agosto de 1790; por lo demás, acerca de él existe ahora una interesante

\* El presente trabajo aparecerá también en los *Studi in onore di Antonio Guarino*.

<sup>1</sup> Cfr. la siguiente definición de MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Paris 1815), t. 11, p. 104, s.v. *Référé au législateur*: *On appelait ainsi autrefois un jugement par lequel, avant de prononcer sur une question qui leur paraissait insoluble, d'après l'ambiguïté ou l'insuffisance de la loi dont elle dérivait, les juges ordonnaient qu'il en serait référé à l'autorité investie du pouvoir législatif*. Esta definición da una idea bastante exacta de la institución, salvo por lo que respecta a la instancia a la cual se “refiere” el problema de oscuridad o laguna, que, como veremos, no necesariamente es la legislativa.

monografía<sup>2</sup>. En ella, sin embargo, apenas se encuentra una descripción de su historia anterior, y la que se encuentra concierne únicamente a los precedentes franceses, reducidos a una ordenanza real de 1667. Es poco sabido, no obstante, que la institución conoció una práctica extendida por diversos países de Europa durante la época moderna e incluso en la medieval; que sus orígenes pueden rastrearse hasta el derecho romano mismo; y que ella ha sido transmitida a las antes mencionadas épocas por Justiniano.

Nuestro propósito es investigar la historia completa del *ral.*, consagrando la primera parte del trabajo precisamente a la antigüedad romana, en que dicha figura presenta un ciclo completo de evolución.

2. El funcionamiento del *ral.* supone un juez perplejo frente a la norma oscura o ambigua, o frente a la ausencia de norma expresa, a consecuencia de lo cual decide enviar la cuestión a consulta, bien porque lo estime conveniente, bien porque se encuentre obligado a ello. Nuestro problema es determinar la naturaleza de la instancia consultada a fin de quedar en condiciones de señalar en qué casos este tipo de consultas constituyen efectivamente un *ral.* y en qué otros no, pues, en efecto, no parece que toda vez cuando un juez consulta sobre oscuridades o lagunas estemos en presencia de aquella figura.

A nuestro juicio, la clave de este problema emana de un análisis acerca de los fines del *ral.* Este se nos aparece como un trámite procesal destinado a proveer remedio para la norma que ofrece, o bien oscuridad o ambigüedad, o bien insuficiencias o lagunas. Ese remedio es, respectivamente, la interpretación y la creación de nuevo derecho. Pero tanto una como otra pueden emanar de órganos o personas, o bien investidas de un poder de vincular a los jueces con sus decisiones, o bien tan sólo investidas de una autoridad capaz de persuadir pero no de obligar. En el primer caso podemos hablar de creación y de interpretación oficiales.

Ahora bien, pareciera que el *ral.* sólo se da cuando un juez puede o debe demandar una interpretación de norma oscura o la creación de una nueva norma integradora de otra lacunosa, a un órgano o persona revestido de potestad para la interpretación o la creación oficiales, esto es, de capacidad para obligar a los jueces con sus decisiones. De lo contrario sólo podemos hablar de

<sup>2</sup> HUFTEAU, Y.-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (Paris 1965).

consultas privadas que consisten en un mero hecho no posible de ser configurado como una institución jurídica.

3. Esta interpretación y creación oficiales no se confunden con la interpretación y la creación legales, si bien las últimas son una especie de las primeras. Sólo en una sociedad en que la ley y el legislador sean los únicos reconocidos como fuentes de derecho obligatorio puede aceptarse una identificación entre ambos conceptos. Para ilustrar la diferencia, consideremos el sencillo ejemplo que nos ofrece la antigua Roma, en donde el pretor y su edicto aparecen como fuentes oficiales de derecho sin que jamás se haya entendido por los romanos que aquél era un legislador y éste una ley<sup>3</sup>. También el emperador, en cierto momento, llegó a ser considerado como intérprete oficial, sin que al mismo tiempo se le reconociera como legislador<sup>4</sup>.

4. Hemos dicho que lo característico de la creación e interpretación oficiales del derecho radica en su poder vinculante. Esta fuerza puede constituirse por cualquiera de estos dos métodos: bien por la atribución constitucional de la misma a las decisiones de un cierto órgano, de modo que si una decisión concreta suya tiene carácter creativo o interpretativo, gozará ella de tal fuerza; bien porque en la cúspide de una jerarquía se instituya un órgano (judicial) con competencia para crear o interpretar derecho, pero, al mismo tiempo, con capacidad para revisar las decisiones de los órganos (judiciales) inferiores. Aunque el órgano superior no pueda pretender vincular a los inferiores con sus decisiones de un modo directo, los vinculará indirectamente, debido a que éstos tenderán a adecuar sus propias resoluciones a los criterios conocidos del superior a fin de prever una eventual revisión y evitarla. En un sistema así, los criterios conocidos de interpretación provenientes del superior jerárquico adquieren fuerza vinculante para los inferiores.

Un *ral.* puede desarrollarse en el interior de ambos sistemas de instauración de instancias oficiales de creación o interpretación. Dentro del primero, si es que el propio ordenamiento considera la

<sup>3</sup> En Gai.1.2-7 se encuentra una exposición concerniente a la fuentes de los *tura populi Romani*. Después de mencionar a la ley, dice que los plebiscitos fueron igualados a ellas y en seguida que los senado-consultos, las constituciones imperiales y las respuestas de los juristas "tienen la situación de una ley" (tienen valor de ley: *legis vicem optinet*); pero al tratar de los edictos magistratuales omite esta referencia a su valor legal. La expresión *lex annua* que usa Cicerón para referirse al edicto (*In Verr.* 2.1.42.109), no es más que un giro retórico.

<sup>4</sup> Vid. *infra* II, 2.

facultad o la obligación de los jueces de dirigirse a la instancia de creación o interpretación oficiales en demanda de remedios para el caso de oscuridad o laguna en las normas. Dentro del segundo, ello se produce de un modo más complejo, en la medida en que se genera la práctica de los jueces inferiores de consultar los casos problemáticos al órgano superior, cuando el problema no hubiera sido solucionado antes, a propósito de un caso similar, a fin de prever la eventualidad de que el criterio del juez inferior no coincida con un desconocido criterio del superior, exponiendo su decisión a una revisión por parte de este último.

Tendremos ocasión de comprobar la efectividad histórica de estos dos métodos para establecer creadores e intérpretes oficiales del derecho y para desarrollar en cada uno de ellos la institución del *ral*.

5. La clave de esta institución, pues, se encuentra en el carácter oficial, esto es, vinculante, de una cierta creación e interpretación del derecho, carácter ese que no se confunde, porque es más amplio, con el legal. Este desfase entre lo legal y lo oficial nos crea de inmediato un problema terminológico.

Hemos, en efecto, hablado de “referimiento legislativo” y “al legislador”; en ambas denominaciones se recalca, precisamente, un aspecto de la institución que acabamos de considerar como no esencial de ella: paradójicamente, el “referimiento legislativo” no es necesario que sea al “legislador” y basta que sea al creador o al intérprete oficiales del derecho.

Pero si el contenido de la expresión ha quedado suficientemente aclarado y delimitado, según creemos haber hecho antes; si la denominación tiene una cierta tradición historiográfica; si resulta difícil y podría ser desorientador introducir un nombre nuevo; si la expresión tradicional se vincula en uno de sus elementos (“referimiento”) a uno de los textos más importantes de la institución en estudio y que ha servido de vehículo trasmisor de la misma hacia las edades media y moderna, como es la constitución *Tanta* del emperador Justiniano<sup>5</sup>; y si a todo lo anterior agregamos que históricamente el *ral*, en la mayoría de los casos, en verdad ha resultado ser un “referimiento al legislador”; entonces, ¿se nos reprochará de incongruencia si continuamos usando la expresión consagrada, para los efectos de dar a entender qué queremos decir con

<sup>5</sup> *Iust. c. Tanta* 21 i.f.: *Si quid... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur.*

ella? Creemos que no y por ello es que la emplearemos a lo largo de este estudio.

6. Ya antes hemos indicado que entre el *ral.* y la interpretación y creación del derecho existe una estrecha conexión, precisamente en cuanto aquella institución viene a constituir un mecanismo destinado a solucionar una ambigüedad jurídica por medio de la interpretación oficial; o una laguna, por medio de un acto oficial de creación colmador de la laguna. Esta estrecha conexión explica que las distintas partes en que hemos dividido nuestro estudio, concernientes en forma directa al *ral.*, vayan precedidas justamente de un examen histórico en torno a las formas de creación e interpretación del derecho en el período de que se trate<sup>6</sup>.

7. Finalmente debo aclarar las convenciones sobre periodificación de la historia del derecho romano que utilizo en el presente estudio<sup>7</sup>.

Entendemos por época clásica aquella que se desenvuelve convencionalmente entre los años 130 AC., fecha aproximada de la promulgación de la *lex Aebutia*, y 230 DC., fecha aproximada de la muerte de Ulpiano. Dentro de este largo arco de tiempo distinguimos un período clásico inicial o republicano, entre el 130 y el 30 AC., fecha última ésta en que concentramos la instauración del principado por Augusto; un período clásico alto, entre el 30 AC. y el 130 DC., en que aproximadamente habría tenido lugar la fijación del edicto perpetuo por orden del emperador Adriano y obra de Salvio Juliano; y un período clásico tardío entre esta última fecha y el 230 DC. Los períodos clásicos alto y tardío podemos incluirlos también bajo la denominación común de período clásico imperial.

Entre el 230 y el 530 DC., corre la época postclásica. Esta última fecha es también una fecha de concentración de los años de labor en torno al *Corpus Iuris Civilis* justiniano. Algunas subdistinciones de períodos que suelen hacerse dentro de la época postclásica no necesitamos usarlas aquí, si bien advierto que he creído conveniente tratar aparte el período justiniano de dicha época.

<sup>6</sup> Como ya he explicado, el presente trabajo constituye la primera parte de una serie destinada al estudio íntegro del *ral.* que también cubrirá en su momento las edades media y moderna. La serie total, en consecuencia, constituirá un trabajo de historia del derecho y es por eso que en ocasiones me permito agregar a esta primera parte algunos datos de sobra conocidos por los romanistas, pero menos conocidos o poco evidentes para los historiadores del derecho.

<sup>7</sup> Ella corresponde, por lo demás, a la de D'Ors, A., *Derecho privado romano*<sup>3</sup> (Pamplona 1977), p. 32 ss.

## II. LA CREACIÓN DEL DERECHO EN LA ÉPOCA CLÁSICA

1. Durante el período clásico inicial o republicano el derecho reconoce una variada tipología de fuentes: la jurisprudencia; el edicto del pretor urbano, por mencionar el más importante de los edictos; la ley pública y los plebiscitos; finalmente, los senadoconsultos, si bien estos últimos lo mismo que la ley pública, han tenido poca o ninguna importancia como fuente de derecho privado, pues su campo normal de acción era el de la *res publica*<sup>8</sup>. Por cuanto respecta a los plebiscitos, tuvieron ellos una función más importante (que por lo demás ya habían desempeñado incluso durante la época arcaica), pero, en todo caso, limitada y que podemos describir así: hubo algunos plebiscitos que regularon en puntos precisos determinadas instituciones del derecho privado (p. ej., la *lex Falcidia*, del año 40 AC., que limitaba a tres cuartos de la herencia el monto de los legados que el testador podía disponer) y otros, menos que los del tipo anterior, que crearon nuevas instituciones, como la *lex Aquilia*, quizá del año 286 AC., que introdujo la responsabilidad por daños. Así, pues, es mejor hablar de “plebiscitos” que actuaron como fuente de derecho privado que “del plebiscito” como fuente de tal.

Las fuentes propias y típicas de ese derecho fueron la jurisprudencia y el edicto pretorio (y edilicio). El precedente judicial ha jugado en esta época un papel restringidísimo<sup>9</sup>, limitado únicamente al desenvolvimiento de una institución muy concreta, como fue la *querella de testamento inofficioso*, pero nulo dentro del procedimiento formulario.

De todas las fuentes que hemos señalado, sólo tuvieron carácter oficial el edicto, la ley pública, los plebiscitos y los senadoconsultos; no así la jurisprudencia, aun cuando esta última, conjuntamente con el edicto, se nos presente como la más importante y eficaz. Ello se explica porque la jurisprudencia no actuaba por la

<sup>8</sup> SCHULZ F., *I principii del diritto romano* (trad. Arangio-Ruiz, Firenze s.d.), p. 5 ss.

<sup>9</sup> Sobre el tema: VISKY, K., *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, en RIDA, 18 (1971), p. 739 ss.; VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976); KASER, M., *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht, en Fest. Fritz Schwind z.65 Geburtstag* (Wien 1978), p. 115; GROSSO, G., *Premesse generali al corso di diritto romano*<sup>4</sup> (Torino 1960), p. 138 n. 5. Un texto en apariencia contradictorio con la afirmación precedente es D.1.3.3.8, pero él, según Kaser, op. cit., p. 129, concierne al derecho provincial, en donde el precedente sí que tuvo un papel importante.

vía de la potestad sino de la autoridad, y las decisiones, respuestas y dictámenes de los juristas particularmente considerados no podían mirarse como obligatorios para los jueces, puesto que éstos podían discriminar la autoridad del jurista emisor en relación con la de otros juristas. En todo caso, volveremos más adelante sobre este tema.

2. Con el establecimiento del principado y el abrirse, en consecuencia, del período clásico alto, este sistema de fuentes sufrió modificaciones sustanciales. El nuevo régimen condujo a la aparición de una nueva fuente que se designa con el nombre genérico de constituciones imperiales, pero que incluía una diversidad de tipos (*edicta, mandata, rescripta, decreta*). Cada una de ellas poseyó una historia particular y surgió en momentos diferentes; pero sobre ello no es menester recordar nada por ahora.

La historia de las fuentes durante el período clásico imperial es la historia de la progresiva atrofia de las fuentes tradicionales y de la consiguiente vigorización de las constituciones.

Las leyes públicas y los plebiscitos, ya a partir de Claudio (41-54 DC.), dejan de ser emitidos; el edicto pretorio fue fijado bajo Adriano (117-138 DC.); y los senadoconsultos hacia la época de Septimio Severo (193-211 DC.) no pasaban de ser una mera formalidad para la entrada en vigor de las *orationes principum*, que los reemplazaron.

Con todo, la jurisprudencia resultó ser la fuente más perviviente e independiente durante el período a que nos referimos, tanto, que ella incluso conoció su más alta expresión precisamente durante la parte de esta época que hemos designado como período clásico alto. Pero ya bajo Augusto sufrió un intento de oficialización a través de la institución del *ius publice respondendi ex auctoritate principis*; a partir de Adriano debió padecer la concurrencia de los rescriptos y decretos; desde ese mismo emperador se vio empujada hacia la burocracia por la entrada de los máximos juristas en la cancillería imperial; y hacia finales de la época también tuvo que enfrentarse con un proceso de fijación y cristalización a través de los grandes comentarios de los juristas epigonales, como Paulo y Ulpiano <sup>10</sup>.

Por lo que respecta al precedente judicial, para estos períodos cabe decir algo similar a lo dicho para el anterior: dentro del pro-

<sup>10</sup> Sobre este último punto me remito a mi libro *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso de Chile 1977), p. 33 ss., 91 ss.

cedimiento formulario él no ha desempeñado ninguna función como fuente de derecho. Las sentencias imperiales o decretos, sin embargo, en cierto modo vinieron a funcionar como precedentes; pero en cuanto a su fuerza resultaron asimilados a la ley<sup>11</sup>, como las demás constituciones imperiales, aun cuando al dictarlos el emperador no actuaba como legislador sino precisamente como juez. Para valorizar de modo exacto la naturaleza de los decretos, debemos atenernos, pues, a la visión romana de los mismos y no a la moderna: para esta última, tales actos pueden aparecer o presentarse como una manifestación de la idea de precedente sentado por el más alto tribunal (el emperador) que vincula a todos los demás; que los decretos vinculaban a los demás tribunales, es cierto; pero los romanos vieron en eso la expresión de un poder normativo y no judicial-con-fuerza-para-sentar-precedentes. En todo caso, volveremos sobre este tema al hablar de los orígenes de la interpretación oficial y de la posibilidad de encontrar ya en esta época las primeras manifestaciones de un *ral*.

### III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DURANTE EL PERÍODO CLÁSICO INICIAL

Durante el período clásico inicial o republicano, la interpretación del derecho fue una actividad al mismo tiempo jurisprudencial, jurisdiccional y judicial.

1. La *interpretatio*<sup>12</sup> correspondía en primer lugar a la jurisprudencia por lo que respecta al *ius civile*, del cual, incluso, se llega a decir en alguna fuente que es aquel: *quod in sola prudentium interpretatione consistit*<sup>13</sup>. Pero es necesario tener presente que "interpretación" significa aquí algo más que aquello significante para un jurista moderno, para el cual aquella palabra envuelve la exégesis textual y lógica de una *littera* dada. Es cierto que la jurisprudencia tuvo su punto de partida histórico en un texto oficial, como fue la *Lex XII Tabularum*<sup>14</sup>; pero es también cierto que en el decurrir de los tiempos, ese monumento fue superado por la misma jurisprudencia y quedó reducido nada más que a servir de punto

<sup>11</sup> Gai.1.5. Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, t. 1<sup>2</sup> (München 1971), p. 209; t. 2<sup>2</sup> (München 1975), p. 38, con lit.

<sup>12</sup> FUHRMANN, M., *Interpretatio. Notizen zur Wortgeschichte*, en *Symptica Franz Wieacker* (Göttingen 1970), p. 80 ss.

<sup>13</sup> D.1.2.2.12.

<sup>14</sup> Cfr. D.1.2.2.6: *lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile*.



ideal de imputación para dar validez y vigencia a un enorme aparato de conceptos, figuras e instituciones en que la ley ni siquiera había pensado, pues todos ellos resultaron del trabajo cauteloso y respondiente, siempre creador, de los juristas, especialmente de aquellos del período clásico republicano. De esta guisa, pues, cuando se dice que el derecho civil "consiste en la sola interpretación de los prudentes", que es la traducción más literal al castellano de la frase latina antes transcrita, se está diciendo propiamente que los juristas son sus creadores, como se aprecia a través de una mejor traducción, cual sería la siguiente: "el derecho civil es aquel que recibe su consistencia (esto es, su consistir, su existencia) de la sola interpretación de los prudentes"; lo cual, por lo demás, es indicado expresamente en otra fuente, donde se habla del *ius, quod . . . venit compositum a prudentibus*<sup>15</sup>.

Este tipo de actividad recibía el nombre de *interpretatio iuris* o *interpretatio prudentium*<sup>16</sup> y la época de su mayor florecimiento coincide con el período clásico inicial o republicano, lo cual no significa que hubiera desaparecido en el período siguiente, el clásico alto.

Frente a las leyes públicas, plebiscitos y senadoconsultos y frente al edicto del pretor, la jurisprudencia también tenía a su cargo una labor de interpretación (*interpretatio legis, senatusconsulti, edicti*), si bien más limitada que frente al *ius civile*. Con todo, esa función distaba mucho de estribar en la mera y estrecha exégesis textual y lógica de los textos oficiales mencionados, pues, partiendo de ellos, los juristas solían remontarse a construcciones propias y operaban con gran libertad para integrar los datos normativos emanados de dichos textos en el sistema total del derecho civil o pretorio, según la clase de fuente que interpretaran<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> D.1.2.1.5.

<sup>16</sup> ARCHI, G. G., *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, en ZSS. rom. Abt. 87 (1970), p. 1 ss. Vid. también: BIONDI, B., *Obbietto e metodo della scienza giuridica romana*, en *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini* (Milano 1943), p. 204 ss.; BETTI, E., *Forma e sostanza della interpretatio prudentium*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Milano 1951), t. 2, p. 101 ss.; SCHILLER, A. A., *Roman Interpretatio and Anglo American Interpretation*, en *An American Experience in Roman Law* (Göttingen 1971), p. 56 ss.

<sup>17</sup> Sobre el tema: BIONDI, B., *Interpretatio prudentium e legislazione*, en BIDR. n. s. 2 (1935), p. 139 ss.; VONGLIS, B., *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique* (Paris 1968); WATSON, A., *Narrow, Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic*, en TRG. 37 (1969), p. 351 ss.; *Limits of Juristic Decision in the Later Roman Republic*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. I: Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republic* (Berlin-New York 1972), t. 2, p. 215 ss.; GAUDEMET, J., *L'interprétation des lois et des actes juridiques*

En todo caso, la diferencia fundamental entre la *interpretatio iuris*, por un lado, y la *interpretatio* de leyes, plebiscitos y senadoconsultos y del edicto, por otro, radicaba fundamentalmente en esto: en que la primera no partía de un dato normativo previo (salvo si contamos las escasas y abiertas disposiciones de la *Lex XII Tab.* y los principios y reglas generalmente admitidos por los juristas, que ellos mismos habían elaborado); mientras que la segunda, por el contrario, precisamente se iniciaba a partir de textos normativos concretos y precisos. Supuesto esto, se comprenderá el porqué de tanta libertad de que gozaba el jurisconsulto en cuanto *interpres iuris*, al punto de consistir su trabajo en verdadera creación; pero también se comprenderá el porqué de aquella dosis de libertad de que disfrutaba en cuanto *interpres legis*, etc., puesto que ambas labores eran momentos del trabajo de una misma persona, quien forzosamente tendía a trasladar los esquemas operativos de una labor a la otra.

El período de mayor florecimiento de la *interpretatio legis*, etc., se dio en el período clásico imperial y no en el anterior debido a la siguiente sencilla razón: durante el período clásico republicano, las leyes, los plebiscitos y los senadoconsultos interesantes para el derecho privado fueron relativamente escasos, ocurriendo lo contrario durante la época clásica imperial, sobre todo por lo que respecta a los senadoconsultos. En todo caso, esta observación debemos tomarla con cautela, pues bien sabido es que algunas muy importantes normas de derecho privado, como la famosa *lex Aquilia*, son de época incluso preclásica. Lo que sucedió es que, debido a su misma antigüedad, las normas de este tipo sufrieron un proceso parecido al que había sufrido la *Lex XII Tab.*, esto es, quedaron de tal modo incorporadas al *ius civile*, que los juristas más modernos tendieron a sobrepasar su texto y a considerar como autónomas las instituciones que esas normas habían creado, tratándolas, en consecuencia, con la misma libertad con que trataban a las instituciones del *ius civile* que no reconocían su fundamento en alguna ley o plebiscito.

---

*dans le monde antique*, en *RIDA*, 17 (1970), p. 235 ss.; BRETONE, M., *Il giuriconsulto interprete della legge*, en *Labeo* 15 (1969), 3, p. 298 ss., ahora en *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli 1971), p. 205 ss.; HAUSMANINGER, H., *Zur Gesetzeinterpretation des Celsus*, en *Studi in onore di G. Grosso* (Torino 1971), t. 5, p. 243 ss. Advierto que no me intereso aquí por entrar en el contenido concreto de la metodología hermenéutica de los juristas romanos ni en los temas concernientes a las raíces (retóricas entre otras) de dicha metodología, temas éstos que hoy día reciben atención notable y sobre los cuales hay otra literatura.

Lo que cabe decir respecto del edicto es parecido a cuanto acabamos de expresar para las leyes, etc. Aunque el período áureo del edicto fue precisamente el clásico republicano, la *interpretatio edicti* resultó más propia del clásico alto; de hecho los primeros comentarios al edicto del pretor provienen de fines del s. I. AC.<sup>18</sup>. Ello quizá puede explicarse por el carácter mismo del edicto pretorio, que a la fluidez y dinamicidad propias de su anualidad, unía que el último siglo de la república fue el período de formación de sus instituciones típicas, siendo claro que un derecho en formación no se presta regularmente al comentario, que en tal caso pronto resulta superado por la misma dinamicidad del texto comentado. Durante el principado el edicto tendió a estabilizarse y fue entonces que pudo surgir una literatura concerniente que aspirara a la permanencia.

2. En segundo lugar, dijimos, la función interpretadora también correspondía al magistrado jurisdiccional. Dada la naturaleza del *imperium* magistratual en que se fundaba la *iurisdictio*, su titular, en especial, el pretor, gozaba de amplísima libertad para la creación de los respectivos recursos procesales en cuyo catálogo consistía su edicto anual. Hasta allí el magistrado jurisdiccional se encontraba aproximadamente en la misma libertad en que se encontraban los juristas frente al *ius civile*; en otras palabras, dicho magistrado aparecía como el creador del *ius honorarium*<sup>19</sup>.

Pero lo mismo que los juristas se veían avocados a la interpretación de leyes, plebiscitos, senadoconsultos y edictos, también el magistrado solía encontrarse con que existían normas de las tres primeras clases antes mencionadas, las cuales, para convertirse en operantes procesalmente, exigían la dotación edictal de ciertos recursos (*actiones, exceptiones, restitutiones in integrum*, etc.). Esta verdadera transformación de leyes, plebiscitos y senadoconsultos en recursos procesales implicaba una previa labor de análisis de los correspondientes textos, para la cual el magistrado ya no gozaba de tanta libertad, en principio, como cuando se trataba de otorgar recursos procesales civiles; pero que recobraba cuando los otorgaba de carácter puramente pretorio, aun cuando el impulso inicial para éstos hubiera estado en las mismas leyes o senadoconsultos. Piénsese, p. ej., en lo relativamente estrecha que resultaba la ac-

<sup>18</sup> SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana* (trad. Nocera, Firenze 1968), p. 166.

<sup>19</sup> BETTI, E., *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, en *Studi di Diritto Processuale in onore di G. Chiovenda* (Padova 1927), p. 67 ss.

ción civil de la *lex Aquilia* con su exigencia de *damnum corpore corpori datum* (relación causal material o física entre el cuerpo del malhechor y la cosa dañada), frente a las acciones *in factum* que, para el mismo delito, no exigían una relación física similar<sup>20</sup>.

Esta interpretación magistratual era realizada de manera abstracta, en el momento de elaborarse el edicto anual; pero también de un modo concreto, en el momento de presentarse el caso ante el tribunal del pretor, quien en la fase *in iure* del procedimiento formulario era soberano para otorgar o denegar la acción o el recurso impetrados con base en estar ellos prometidos en el edicto; o, incluso, para otorgarlos nuevos, es decir, no previstos ahí; todo lo cual también implicaba una labor de interpretación de las normas en que se fundaba el recurso pedido, por parte de ese magistrado.

3. En tercer lugar, decíamos, también cabe reconocer una labor interpretadora al juez, realizada con motivo del pronunciamiento de la sentencia. Por regla general, esta interpretación tenía su punto de partida rígido en la fórmula procesal previamente aprobada por el magistrado, de modo que ella era la que constituía el objeto de la interpretación judicial, en principio. Pero también podía presentársele un campo más vasto, en el cual solía llegar a enfrentarse directamente con el mismo derecho objetivo, cuando la fórmula hacía una remisión genérica a alguna fuente del mismo, como sucedía, p. ej., si en ésta se incluía una excepción basada en alguna ley o senadoconsulto, lo cual exigía al juez la interpretación de la correspondiente norma a que la fórmula se remitía a través de la cláusula correspondiente.

En todo caso, no está de más recordar que en el derecho clásico el precedente judicial ha desempeñado un restringidísimo papel como fuente de derecho<sup>21</sup>; pero ello no quita valor a la observación precedente, de que, limitada al caso de que cada juez conocía, una cierta labor interpretadora le era necesaria, a fin de quedar en condiciones de pronunciar su fallo.

<sup>20</sup> VALLEÑO, E., *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Pamplona 1973), p. 21 ss.

<sup>21</sup> *Supra* II, 1.

## IV. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DURANTE EL PERÍODO CLÁSICO ALTO.

Durante el período clásico alto, en principio no se observan variaciones sustanciales ni en cuanto al contenido ni en cuanto a las instancias de interpretación, respecto del período anterior.

Sin embargo, es necesario verificar que por esta época y ya desde sus inicios, con Augusto, se produce un primer intento de intervención imperial a través de la institución del *ius publice respondendi ex auctoritate principis*<sup>22</sup>, en virtud del cual ciertos juristas elegidos discrecionalmente por el emperador podían dar sus respuestas respaldadas por la *auctoritas* del príncipe. Esto introdujo en el seno de la jurisprudencia una instancia especial de interpretación, en la medida en que el *ius respondendi* discriminaba entre juristas beneficiados y no beneficiados. Si esta reforma imperial acarreo o no consecuencias para nuestro tema, lo veremos después.

## V. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DURANTE EL PERÍODO CLÁSICO TARDÍO.

1. Con el emperador Adriano (117-135 DC.), esto es, a comienzos del período que ahora estudiamos, se introdujo la práctica de dar rescriptos. Formalmente eran ellos respuestas del emperador a consultas jurídicas de particulares y magistrados o funcionarios, equiparables a los antiguos *responsa prudentium*; pero, de hecho, por provenir de quien provenían adquirieron valor oficial. Algo similar debe decirse para los *decreta principum*, formalmente consistentes en sentencias dictadas por el emperador, pero que en razón de su proveniencia, pronto adquirieron valor de fuente vinculante<sup>23</sup>.

En sus orígenes, tanto los *decreta* como los *rescripta* se limitaron a declarar el derecho vigente sin introducirle innovaciones; pero, avanzada ya la época clásica tardía, ambos tipos de constituciones se han convertido, además, en fuentes creadoras de nuevos derechos, de modo que con ocasión de resolver una consulta a través de rescriptos, o un litigio, por medio de decretos, los príncipes

<sup>22</sup> Lit. en KASER, *Das römische Privatrech*<sup>2</sup> (München 1971), t. 1, p. 210 ns. 5 y 7.

<sup>23</sup> ORESTANO, R., *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali* (Torino 1937, reimp. 1962); MAGDELAIN, A., *Auctoritas principis* (Paris, 1947), p. 77 ss.

de esta época han introducido transformaciones en el derecho vigente<sup>24</sup>. En este sentido, pues, la función cumplida por rescriptos y decretos durante el primer momento de su existencia podemos asimilarla relativa y aproximadamente a lo que era la *interpretatio legis* de la jurisprudencia, la cual, aunque operando con más o menos libertad, en final de cuentas tenía carácter declarativo de un texto previo. La función de esas constituciones durante el segundo momento, en cambio, podemos asimilarla a la *interpretatio iuris* de la jurisprudencia, o sea, a una labor creadora e innovativa.

El emperador, pues, llegó a convertirse en una suerte de *interpres legis*, etc., y de un *interpres iuris*, a través de sus rescriptos y decretos. En consecuencia, en ellos debemos ver los orígenes de una forma de interpretación oficial<sup>25</sup> en el derecho romano, esto es, de una interpretación vinculante para jueces y juristas, por estar contenida en un acto dotado de ese valor.

2. Ni la introducción del *ius respondendi* ni la aparición de la práctica de dar rescriptos y decretos fue capaz de abatir totalmente la libertad creadora de los juristas; pero sí pudieron esas reformas circunscribirla, en la medida en que el *ius respondendi* discriminaba entre unos y otros jurisprudentes y de algún modo vinculaba a los favorecidos con ese beneficio hacia las opiniones jurídicas emanadas de los servicios imperiales, precisamente a través de rescriptos y decretos, que entonces los prudentes debían tomar especialmente en cuenta, casi como datos de potestad y no sólo de autoridad, es decir, como expresión de una declaración o interpretación oficiales del derecho.

De este modo, la aparición de la instancia imperial de interpretación no implicó, al mismo tiempo, la desaparición de la instancia jurisprudencial, esto es, no implicó una centralización de la labor interpretativa en manos del emperador. El emperador se erigió en intérprete del derecho, pero no reivindicó ningún monopolio de tal función, pues todavía los juristas conservaron competencia para ese trabajo, sólo que modificada.

La modificación operada hacia fines de la época clásica alta y comienzos de la tardía concernió al alcance de la *interpretatio iuris*. Que todavía los juristas conservaran parcialmente en sus

<sup>24</sup> BRASIELLO, U., *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali*, I: *L'aspetto innovativo-interpretativo*, en *Studi in onore di P. de Francisci* (Milano, 1956), t. 4, p. 473 ss.

<sup>25</sup> Vid. GAUDEMET, J., *L'empereur interprète du droit*, en *Festschrift f. E. Rabel* (Tübingen 1954), t. 2, p. 169 ss. Es también muy importante el libro de PALAZZOLO, N., *Potere imperiali ed organi giurisdizionali nel II secolo DC.* (Milano 1974).

manos la *interpretatio legis*, etc., aun cuando debieron comenzar a compartirla con el príncipe, y con la diferencia entre ambos, de que, mientras la de los juristas quedaba sometida a los cauces de la *auctoritas*, la del emperador quedaba respaldada de inmediato por su *potestas*, eso era innegable. Pero no ocurrió lo propio con la antigua *interpretatio iuris*, entendida como creación de nuevo derecho, que resultó, entonces, modificada en su concepción. El nuevo concepto nos viene transmitido por Juliano, en un pasaje conservado en D.1.3.11 (Iul., 9 *dig.*), que reza así:

Et ideo, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est \*.

En este texto se supone un dato previo a la *interpretatio*: aquello *quae primo constituuntur*, por una ley, un plebiscito, un senadoconsulto o, incluso, por una constitución imperial. El papel de la *interpretatio* (se entiende: *iuris*) no es todavía, sin embargo, únicamente el de develar exegéticamente la *littera* del texto dado, sino, más ampliamente, el de un "*statuere certius*", o sea, el de "fijar, determinar, precisar" más ciertamente el contenido de aquello previamente establecido por alguna fuente<sup>26</sup>. En consecuencia, la *interpretatio* supone unos datos anteriores, pero los supone en un estado, por así decir, bruto, necesitado de elaboración y afinamiento. Claramente se ve, pues, la diferencia que había entre esta *interpretatio (iuris)* así entendida y la antigua *interpretatio iuris*: esta última era esencialmente creativa, sin puntos de partida necesarios, que no fueran, naturalmente, los propios del íntegro sistema jurídico, porque creación no significa extravagancia ni arbitrariedad o capricho; la *interpretatio* que viene explicada en D.1.3.11, en cambio, parte de algo *quae primo constituuntur*, de un *prius* normativo que se impone al intérprete. Sentado ello, no obstante, tal interpretación aún conserva algo de la antigua libertad, porque no es una mera exégesis, sino un *statuere*, que implica, en consecuencia, determinación y decisión<sup>27</sup>.

\* [Y, en consecuencia, aquello que ha sido establecido inicialmente debe ser determinado con mayor certeza mediante la interpretación o mediante una constitución del óptimo príncipe].

<sup>26</sup> En consecuencia, el sentido de este texto no se agota con una referencia a la analogía, aun cuando la comprende. Vid. ARCHI (n. 16), p. 22; BRERONE, M., *Interpretatio e constitutio in D.1.3.11*, en IVRA 24 (1973), I, p. 208 ss., modificando este último los ejemplos de Archi, pero de acuerdo con él en cuanto a la interpretación del pasaje.

<sup>27</sup> Si se quiere, esta reelaboración de los datos primarios de las leyes y constituciones por parte de la jurisprudencia y del emperador venía a coincidir

En el texto se dice que este *statuere* puede ser cumplido no sólo por la *interpretatio* (de los juristas)<sup>28</sup> sino también por constitución imperial. La sustancia de la operación de estatución es la misma en ambos casos, pero la forma y los efectos distintos. Es notable que Juliano no haya dicho “*interpretatione prudentium vel optimi principis*”, sino que haya distinguido, precisamente, entre *interpretatio* y constitución imperial. Ambas estaban llamadas a *statuere certius*; pero la *interpretatio* (*prudentium*) conservó su carácter meramente autoritativo, en tanto la *constitutio principis* (o sea, podemos decir, la *interpretatio* que hacía el emperador a través de una constitución) tenía un carácter potestativo, precisamente por ser constitución imperial.

3. Esta nueva concepción de la *interpretatio iuris* debemos entenderla en el contexto del nuevo planteamiento sobre las fuentes del derecho: la creación de éste, progresivamente, se ha concentrado en manos del príncipe y las demás fuentes del derecho se han ido extinguiendo. Es en este contexto en que debemos situar el nuevo concepto de *interpretatio iuris*: como acabamos de resumir, ella consiste ahora en una integración de datos normativos, aun cuando no se haya transformado en mera exégesis de tales datos. Ello quiere decir que la creación, en el sentido en que aparece en el texto de D.1.2.2.12: *ius civile, quod in sola prudentium interpretatione consistit*, ya no se presenta más como *interpretatio*, sino

---

con la actividad que los primeros juristas habían desarrollado frente a la Ley de las XII Tablas, los cuales también habían partido de ciertos datos legislativos que afinar y desarrollar. Pero había una gran diferencia entre ambas situaciones: pues ni la estructura ni el contenido de la ley decemviral ni el grado de desenvolvimiento del íntegro sistema jurídico de su época podían parangonarse con la clase de contenidos jurídicos establecidos por el cúmulo de leyes y senadoconsultos de la época imperial ni con el grado de extensión y profundidad que había alcanzado el derecho romano de la misma época. Baste recordar el carácter formalístico de las normas de la Ley de las XII Tablas y la pobreza de figuras jurídicas de que adolecía, para comprender que el trabajo de los primeros juristas y de sus sucesores en torno a ella más que desarrollar y afinar unos datos en bruto, consistió propiamente en la creación de nuevas instituciones. Muy otra era la realidad en la época imperial: el derecho romano había llegado a un grado óptimo de desarrollo y las nuevas normas no se limitaban a establecer generalidades o figuras vacías, sino a regular temas o puntos muy concretos y muy concretamente. En consecuencia, el espacio de libertad que dejaban a los juristas era más bien restringido, como para no fomentar una labor de creación; pero, al mismo tiempo, lo suficientemente elástico, como para no circunscribirlos a una mera exégesis textual y permitirles una labor de integración, desarrollo, afinamiento y precisión, que es a lo que Juliano alude cuando dice: *quae primo constituuntur... certius statuendum est*.

<sup>28</sup> CAUDEMET (n. 25), p. 181; VONGLIS (n. 17), p. 102 s. conjeturan que originalmente el texto rezaba en su parte pertinente así: *aut interpretatione <iurisconsulti> aut constitutione...*



como una actividad diferente, que en algunas fuentes aparece designada como *condere ius*<sup>29</sup>. De este modo, *condere ius* (creación del derecho) viene a contraponerse a *interpretatio iuris* (integración del derecho creado), con lo cual esta última, en cierto modo, vino a aproximarse a la *interpretatio legis*, en cuanto ambas formas de interpretación partían de datos preestablecidos, no obstante que la primera pudiera operar más libremente que la segunda. Mirada desde otro punto de vista esta evolución, lo que ocurrió fue un desgajamiento de la creación jurídica sufrida por la *interpretatio*, que antes la incluía, pasando la primera a consistir en una actividad diferente (*condere ius*).

4. Por cuanto respecta a la interpretación jurisdiccional proveniente del pretor recordemos que en torno al año 130 DC., el edicto pretorio fue fijado como *edictum perpetuum*, lo cual implicó sustraer a los pretores la facultad de modificarlo, de modo que, aun cuando formalmente, al inaugurar cada uno de ellos su año en el cargo, promulgaba un edicto, el que debían promulgar era precisamente el edicto fijado sin alteraciones<sup>30</sup>. La posibilidad, por tanto, de que ellos pudieran efectuar una interpretación en el momento de constituir el edicto, y por el hecho mismo de su construcción, quedó eliminada para siempre. Con todo, es evidente que mantuvieron una cierta facultad de interpretación en el momento de aplicar el edicto a las peticiones de las partes, porque toda aplicación del derecho al hecho implica una cierta interpretación de aquél; sólo que la experiencia secular que pesaba sobre el material recogido y fijado en el edicto perpetuo y la influencia imperial<sup>31</sup> eran más que suficientes y poderosas como para determinar los cauces de su aplicación, de guisa que en la práctica los pretores

<sup>29</sup> Gai. 1.7.: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere* [Las respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos a quienes se ha permitido crear el derecho]. Un jurista republicano hubiera dicho quizá: "permissum est iura interpretari", y hubiera dicho lo mismo que quiso decir Gayo.

<sup>30</sup> Expongo aquí la doctrina común sobre el asunto que, como se sabe, ha sido objeto de crítica y contradicción por GUARINO, A., *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto*, en *L'ordinamento giuridico romano*<sup>3</sup> (Napoli 1959), p. 396 ss; *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, *ibid.*, p. 425 ss.; *Note sull'edictum provinciale*, en *IVRA* 20 (1969), p. 163 ss. En contra: DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, en *RIDA* 4 (1950), p. 321 n. 7; BERGER, A., *Note su Salvio Giuliano*, en *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano 1952), t. 1, p. 605, rebatiendo la tesis que Guarino había adelantado en su obra *Salvius Julianus* (Catania 1946); FREZZA, P., *Corso di storia del diritto romano*<sup>3</sup> (Roma 1974), p. 452 n. 35.

<sup>31</sup> PALAZZOLO (n. 25), p. 129, "L'organo giurisdizionale si era ormai ridotto a mero organo di registrazione della volontà imperiale".

seguramente se vieron muy limitados en sus facultades. Más adelante volveremos sobre el edicto.

5. En cuanto a las facultades interpretativas del juez en el procedimiento formulario, es también evidente que él las conservó respecto de la fórmula y el ordenamiento al cual ella se remitía a través de sus diferentes cláusulas. Pero también aquí cabe decir algo similar a lo dicho en relación con el pretor: la enorme experiencia del pasado debía pesar muy grandemente de modo de conducir por cauces preestablecidos la interpretación que debía darse al derecho y a las leyes que esos jueces aplicaban, por lo cual se hallaban también muy limitados en sus facultades concernientes.

6. En verdad, lo que históricamente había sucedido fue lo siguiente: los días del edicto pretorio y del procedimiento formulario tan vinculado a él, habían pasado: aquél dejó de ser una fuente viva y dinámica de derecho y quedó reducido a un texto oficial sin posibilidades de mayores y nuevos desarrollos: su petrificación, en consecuencia, conllevó la petrificación de las facultades interpretativas mismas de que pretores y jueces una vez gozaron.

El lugar que antes ocupaban el edicto y el procedimiento formulario lo ocuparon ahora los rescriptos y decretos y el procedimiento cognitorio o extraordinario. Pero de ello y de su importancia para nuestro tema hablaremos más adelante.

## VI. INEXISTENCIA DE UN "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR" DURANTE LOS PERÍODOS CLÁSICOS INICIAL Y ALTO

En los períodos clásicos de la república y del imperio no se dio en Roma una instancia de interpretación oficial del derecho. Ello hizo imposible la existencia de un consiguiente *ral.*, ni siquiera facultativo, al menos en cuanto respecta a la interpretación. Para entender cabalmente por qué no pudo surgir en estos períodos la interpretación oficial, debemos analizar ciertos factores que explican el fenómeno.

Ya antes hemos indicado que una instancia de creación o de interpretación oficiales puede gestarse o bien por la atribución directa a un órgano de capacidad para crear o interpretar, o bien por el establecimiento en la cúspide de una jerarquía, de un órgano con dichas capacidades y también con la facultad para revisar las decisiones de los jueces inferiores.

1. En la Roma republicana no existió ningún órgano: ni los comicios, ni el senado, ni ningún magistrado, a quien se le reconociera competencia para interpretar con valor generalmente obligatorio y uniforme; en otras palabras, para dictar normas interpretativas de otras normas <sup>32</sup>.

Esto vale incluso para la jurisprudencia. Una cierta uniformidad de interpretación generalmente seguida, era posible que proviniera del seno de la jurisprudencia; pero ello sólo en virtud del principio de autoridad (*auctoritas prudentium*), del funcionamiento de la *communis opinio doctorum*, o bien de la tradición de escuela, especialmente de las célebres de sabinianos y proculeyanos <sup>33</sup>. En la medida en que algunos de estos factores evitaran la controversia sobre algún punto y la heterogeneidad de pareceres <sup>34</sup>, en esa misma medida se producía una cierta uniformidad que permitía la transformación del criterio uniforme en derecho vigente en virtud de su recepción reiterada por pretores y jueces y en definitiva por adentrarse en el uso y la costumbre <sup>35</sup>. Por lo mismo, esta transformación en derecho vigente era un dato muy a posteriori; era el resultado de un proceso algo dilatado, que escapaba al control mismo de los juristas y que se nos presenta dotado de vida propia. Ello impide considerar a la jurisprudencia como instancia de interpretación oficial, porque no era suficiente que un jurista particular diera su parecer, para que ese parecer creara derecho. Aun cuando ese parecer, después de un complejo proceso social, se convirtiera en derecho vigente, no por eso creemos que pueda decirse que ese jurista había sido su intérpre-

<sup>32</sup> GAUDEMET (n. 25) p. 170, para las asambleas comiciales; pero su afirmación es válida para los demás órganos constitucionales. En cuanto al edicto, si bien al confeccionarlo el pretor podía enfrentarse con problemas de interpretación (vid. supra III<sup>2</sup>), cuya solución vertía en el edicto mismo, eso no transformaba el edicto en norma interpretativa de otras normas, pues su fin no era éste, sino aplicar un cierto derecho.

<sup>33</sup> Todo ello a consecuencia del carácter de "derecho de juristas" que tuvo el derecho romano. Sobre ello: KRELLER, H., *Das Problem des Juristenrechts in der römischen Rechtsgeschichte* (Tübingen 1932); STEIN, P., *Regulae iuris* (Edinburgh 1966), p. 26 ss.; LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967), p. 1-78; SCHILLER, A.A., *A Definition of Jurist Law*, en *Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae* (Leyden 1968), t. 1, p. 181 ss.; *Jurist Law*, en *An American Experience in Roman Law* (Göttingen 1971), p. 48 ss.; *The Nature and Significance of Jurist Law*, *ibid.*, p. 199 ss.

<sup>34</sup> SCHWARZ, A.B., *Das strittige Recht der römischen Juristen*, en *Atti Congr. Internaz.* (n. 16), t. 2, p. 121 ss.; Levy-Bruhl, *Dissentiones prudentium*, en *Syntelia V. Arangio-Ruiz* (Napoli 1964), t. 1, p. 532 ss.

<sup>35</sup> GALLO, F., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* (Torino 1971).

te oficial, entre otras cosas, porque el proceso podría no repetirse en su favor.

De esta manera, pues, la posibilidad de que un *ral.* se hubiera desarrollado sobre la base de existir una instancia de interpretación oficial del derecho, quedó cerrada del todo.

2. Pero tampoco fue posible la segunda vía, esto es, la de que las instancias conocidas de interpretación: magistrados, jueces, juristas, en la práctica hubieran tenido que someterse a las interpretaciones de un superior, que por tal razón hubieran adquirido valor auténtico.

El pretor, como también los demás magistrados jurisdiccionales, si bien estaban insertos en una cierta jerarquía (*cursus honorum*), no se hallaban sometidos a un control positivo de parte de los magistrados jerárquicamente superiores, los cuales tan sólo podían vetar (*intercessio*) las decisiones del inferior (en este caso, del pretor o del edil), impidiendo con ello su ejecución. Se trataba, en consecuencia, a lo más de un control negativo, que por su naturaleza resultaba incapaz de obligar a los magistrados jurisdiccionales a obrar en determinado sentido y sólo podía impedirles actuar. Por otra parte, en el terreno de sus atribuciones jurisdiccionales, estos magistrados no estaban sometidos ni al senado ni a los comicios, en el sentido de que no existía un mecanismo que permitiera la revisión de sus decisiones ante tales instancias<sup>36</sup>.

Por cuanto respecta a los jueces, su situación era aun más desvinculada, pues por tratarse de ciudadanos particulares elegidos en cada caso por las partes, simplemente carecían de superior jerárquico, al punto que en esta época ni siquiera se dio la posibilidad de un recurso de apelación. Ciertamente es que sus sentencias podían caer bajo el golpe de una *restitutio in integrum* decretada por el pretor; pero nuevamente aquí estamos en presencia de un control negativo, ya que la *restitutio* lo único que hacía era rescindir el fallo del juez para dar lugar a un nuevo litigio, pero no conducía a su reemplazo inmediato por otra decisión emanada del pretor.

La jurisprudencia, finalmente, por su propia naturaleza era del todo independiente de cualquier poder; su existencia era un hecho que descansaba sobre una serie de supuestos sociales y es-

<sup>36</sup> La *provocatio ad populum* en contra de las condenas capitales y a ciertas multas dictadas por el magistrado era una suerte de apelación al pueblo que no implicaba dependencia ni jerarquía, sin contar su circunscripción a tan sólo la materia penal. Las consultas que los magistrados solían formular ante el Senado tenían carácter político y no jurídico.

pirituales, propios del modo de ser de la sociedad romana, que no había recibido una organización formal; en consecuencia, un control, siquiera negativo, de sus doctrinas, tampoco era posible.

Cada una de estas tres instancias de interpretación del derecho, pues, eran independientes, en el sentido en que se ha explicado, de algún poder superior revisor, por la sencilla razón de que un tal poder no existía, así que tampoco pudo existir una suerte de interpretación indirectamente oficial, que en la práctica vinculase a aquéllas.

Pero aún nos queda por analizar cuál era la situación existente entre estas tres instancias en sus relaciones mutuas. De hecho, tampoco se dio en ese ámbito una dependencia formal que otorgara a las interpretaciones de alguna de tales instancias un valor preeminente por sobre la de las demás, en virtud del mecanismo de la revisión de las decisiones de unas por otra u otras. Ni el pretor se veía subordinado a los jueces y juristas, ni los jueces al pretor y a los juristas, ni éstos a aquéllos o a éste. Por lo mismo, el trabajo de uno no era formalmente revisable por los demás. La consecuencia tenía que ser, nuevamente, que la interpretación dimanante de una instancia no se veía, necesariamente, afectada por la proveniente de las otras. En otras palabras, ni la interpretación jurisdiccional, ni la judicial ni la jurisprudencial tenían carácter oficial para las demás.

De acuerdo con todo lo anterior podrá comprenderse ahora cómo en la Roma republicana no pudo fructificar ninguna práctica que se asemejara al *ral.*, ni siquiera facultativo; o sea, una práctica consistente en remitir una instancia de interpretación a otra, o un juez a ésta, un problema de laguna o de oscuridad de las normas, recabando una solución para adecuar su decisión a la interpretación pedida y dada. No fructificó una práctica así, porque no existió ningún órgano con capacidad para interpretar oficialmente el derecho, al cual los jueces pudieran dirigirse; y porque las decisiones de las instancias de interpretación jurídica que conocemos no corrían ningún riesgo de ver revisadas sus decisiones por otros órganos de que pudiera emanar una interpretación diferente, de modo de verse inducidas de hecho a consultarle antes de decidir, para evitar la realización del riesgo.

3. Debemos, sin embargo, analizar específicamente el lugar ocupado por la jurisprudencia en la administración del derecho por parte de pretores y jueces. Dábase ahí una práctica que conviene analizar si era constitutiva o no de un posible *ral.*

Tanto el pretor como el juez normalmente eran iletrados. El primero solía ser un militar o un político, cuyo paso por la pretura era sólo el escalón de una carrera más amplia y ambiciosa, por lo demás, temporal, ya que, como se sabe, el pretor duraba un año en su cargo. Esto vale también para los demás magistrados jurisdiccionales. El segundo, el juez, era un ciudadano particular elegido por las partes en cada litigio y no era requisito de elegibilidad el ser jurista. De este modo, los únicos a quienes la interpretación se les presentaba como un oficio constante y profesional eran los jurisprudentes.

Como resultado de ello, la asesoría de los juristas a los pretores y a los jueces resultaba más que necesaria, y aparecía como normal que unos y otros se rodeasen de un *consilium* de prudentes, en el cual descansaban para el mejor ejercicio de sus respectivos cargos. De hecho, eran estos juristas quienes insinuaban a los pretores el contenido que debían dar a su edicto y a los jueces, el de su sentencia<sup>37</sup>.

En consecuencia, nos encontramos con que pretores y jueces recurrían a los juristas para consultas de toda clase en el ámbito propio de sus funciones. ¿Es esto un *ral*? Obviamente no, ni siquiera facultativo, a menos que demos al concepto de *ral*. un contenido amplio y elástico, lo cual nos conduciría a ver una manifestación del mismo toda vez que alguien que deba decidir sobre el derecho consulte a otro.

Cierto es que en el caso romano que estamos analizando, la cuestión presenta ribetes especiales: los juristas, al fin y al cabo, eran creadores e intérpretes del derecho en un sistema en que la ley carecía de mayor importancia como fuente de aquél. En consecuencia, podría decirse que cuando pretores y jueces consultaban a los juristas un problema de laguna, o de interpretación, aunque no se tratase de una consulta al legislador o al creador o intérprete oficiales, se trataba de una consulta a los *conditores iuris*, dándose, en consecuencia uno, los supuestos de la institución que por comodidad llamamos *ral*.

Pero no es así. Lo propio del *ral*. es la consulta al creador o al intérprete oficiales del derecho; y los juristas no eran en ningún caso tales. Como ya hemos dicho, el valor de las doctrinas de cada jurista quedaba sometido al principio de autoridad, no al de potestad, y aunque en el seno de la jurisprudencia pudiesen darse interpretaciones y doctrinas prevalecientes, eso era

<sup>37</sup> SCHULZ, *Storia* (n. 18), p. 102 s., 210 ss.

debido al funcionamiento de la *auctoritas* o de la tradición de escuela, no al carácter potestativo o vinculante de tales corrientes. En consecuencia, cuando pretores y jueces acudían a los juristas para consultarles, aunque acudieran a los *conditores iuris*, no estaban acudiendo a ningún intérprete oficial del derecho, que en la Roma republicana, por lo demás, no existía.

4. El establecimiento del *ius respondendi* por Augusto tampoco condujo a la creación de una instancia de interpretación oficial del derecho; en consecuencia, no implicó esa institución la aparición de un *ral*.

El *ius respondendi* producía una suerte de discriminación entre los juristas, al distinguir entre aquéllos dotados del beneficio y aquéllos carentes de él. Su efecto era dar mayor vigor a las doctrinas de los juristas beneficiados por sobre la de los no-beneficiados. Pero como el *ius respondendi* no producía ninguna preeminencia de un jurista sobre otro dentro del conjunto de juristas a los que se les había concedido ese derecho, esto significaba que el tradicional principio de autoridad continuó cumpliendo el mismo papel anterior, dentro del círculo de los juristas beneficiados<sup>38</sup>. Si se quiere, el conjunto de éstos poseían una cierta preeminencia sobre el conjunto de los no-beneficiados; pero ninguno de los primeros en particular podía reclamar para sí alguna preeminencia<sup>39</sup>. En consecuencia, no podemos considerar que el *ius respondendi* introdujo la idea de interpretación oficial en el derecho romano; y, por lo tanto, en vano buscaremos a través de él la insinuación siquiera de un posible *ral*.<sup>40</sup>

## VII. EL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR" DURANTE EL PERÍODO CLÁSICO TARDÍO

Ya hemos visto antes que la interpretación oficial del derecho nació únicamente durante el período clásico tardío. Pero ella no tuvo carácter exclusivo, es decir, no se presentó como única posibilidad de interpretación, pues a su lado todavía subsistió la juris-

<sup>38</sup> Sin entrar en discusiones sobre otros extremos del *ius respondendi* que aquí no interesan, me parece que todo cuanto he dicho se desprende claramente de D. 1.2.2.49.

<sup>39</sup> En otras palabras, dentro del conjunto de juristas beneficiados, podía producirse la controversia que sólo era zanjable mediante los métodos tradicionales: Gai. 1.7.: *si dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi*.

<sup>40</sup> De acuerdo con Suetonio, C. Caligula 3, este emperador habría pretendido prohibir que los jurisconsultos diesen respuestas para reservárselas exclusivamente a sí mismo. De haber prosperado tal proyecto se hubiera entonces generado un verdadero *ral*, obligatorio.

prudencial, aun cuando se hubiera modificado en su diseño, lo mismo que la jurisdiccional del pretor y la judicial, si bien estas últimas con carácter limitadísimo, más por circunstancias históricas que por prescripciones conscientes del ordenamiento político-jurídico.

Ahora bien, interpretación oficial no es sinónimo de "referimiento legislativo" ni necesariamente aquélla conduce a éste, aun cuando un tipo de *ral.*, el obligatorio o forzoso, sí supone la interpretación oficial como exclusiva y excluyente.

Dado lo anterior debemos indagar ahora si durante el período tardío clásico se dio, junto a la nueva forma de interpretación, la figura del *ral.*

1. Enfrentemos en primer lugar el análisis de los *decreta principum* en cuanto en ellos pudiera pretender verse una manifestación del *ral.*

Esta pretensión debemos desecharla de inmediato. Los *decreta* eran sentencias del emperador. Ciertamente a través de ellos, podía aquél interpretar declarativamente el derecho vigente, llenar sus lagunas e, incluso, modificarlo; ciertamente el emperador podía dar sus *decreta* luego de un proceso de segunda instancia, que, en consecuencia, suponía uno anterior de primera seguido ante otro juez; y todavía podía darlos dentro de un proceso que había sido avocado a su tribunal a partir de otro tribunal en el que se había incoado inicialmente. Pero nada de esto es lo constitutivo del *ral.*, pues, por un lado, faltaba en cada caso un envío por el juez o magistrado que conocía un litigio, de un problema de interpretación o de laguna; y por otro, en todos esos casos el emperador resolvía como juez y no como intérprete o creador oficial; y, además, resolvía, no un problema concreto de laguna o de interpretación, sino el litigio entero y completo. Cosa distinta es que los *decreta*, una vez emanados, se consideraran con valor de ley (*constitutiones principum*): esto no es ni remotamente suficiente para tipificar el *ral.* y sólo alcanza para considerar a los *decreta*, según ya hemos indicado antes, como expresión de la idea de interpretación oficial. Esta primera posibilidad, en consecuencia, nos conduce a un resultado negativo.

2. Ya varias veces hemos recordado que en torno al año 130 d.C. el edicto de los pretores fue fijado por orden del emperador Adriano y obra del jurista Salvio Juliano, como *edictum perpetuum*. La nueva obra habría sido aprobada por un senadoconsulto o por una *oratio* imperial, y en el acto de aprobación el emperador habría dispuesto —se dice— que si el *edictum perpetuum* fuere hallado



deficiente para un caso, esto es, si en él se encontrare una laguna, sólo al emperador correspondería colmarla, lo cual necesariamente debía de suponer que el pretor de turno tenía que remitirle el caso lacunoso para que el príncipe se pronunciare.

Los textos fundamentales a este respecto son const. *Tanta* 18 y const. *Dédoken* 18, de Justiniano:

... divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutus est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto posito non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas\*.

... και πρὸς γε Ἀδριανὸς ὁ τῆς εὐοεβοῦς λήξεως, ὅτε τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων χατ' ἕτος ἑκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ τινὶ συνήγγε βιβλίῳ, τὸν χράτιστον Ἰουλιανὸν πρὸς τοῦτο παραλαβὼν χατὰ τον λόγον, ὃν ἐν χουῶ διεξῆλθεν ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ρώμης, αὐτὸ δὴ τοῦτο φησὶν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀναχύψειεν, προσῆχόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀργαῖς τοῦ το πειρᾶ σθαι διαριεῖν και θεραπεύειν χατὰ τὴν ἐχ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀχολουθίαν\*.

Uniformemente ambos pasajes se refieren a las eventuales lagunas en el edicto adriano-juliano (*si quid in edicto posito non invenitur εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀναχύψειεν*) y al modo de colmarlas (*ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes . . . nova instruere - διαριεῖν και θεραπεύειν χατὰ τὴν ἐχ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀχολουθίαν*), todo lo cual, en suma, significa aplicación de la analogía. Pero la uniformidad desaparece en cuanto a la indicación del órgano competente para colmar esas lagunas: mientras la c. *Tanta* se refiere a una *nova auctoritas*, la c. *Dédoken* lo hace al ἀρχαῖς.

Es evidente que esta última constitución pensaba en el pretor; pero, ¿en qué pensaba la c. *Tanta* al hablar de *nova auctoritas*: en el emperador, en el pretor o, incluso, en la *auctoritas prudentium*? Normalmente se entiende esa expresión como alusiva a la *auctoritas imperialis*; pero a la luz de la c. *Dédoken* mejor sería

\* [... El divino Adriano, al redactarse el edicto y en el consecutivo senadoconsulto [aprobatorio del mismo], así lo definió claramente: que si se encontraba algo no previsto en el edicto, la nueva autoridad lo pudiera disponer conforme con las reglas, principios y analogías del edicto].

\* [... Adriano, de consagrada memoria, al compilar en un breve libro las leyes anuales de los pretores, dando a Juliano la dirección de dicha obra, dijo lo mismo en el discurso que pronunció públicamente en la antigua Roma: que si ocurría algo que no estuviera previsto, era conveniente que los magistrados procuraran definirlo conforme a la analogía de lo ya legislado].

entenderla como aludente a una "*auctoritas*" *praetoris*<sup>41</sup>. En todo caso, como se apreciará, el dato es lo suficientemente ambiguo e impreciso como para no permitir la obtención de conclusiones seguras, y no está de más recordar que este tipo de contradicciones entre la *c. Tanta* y la *c. Dédoken*, unidas a otros argumentos, ha servido para negar la realidad histórica del hecho mismo de la fijación del edicto pretorio por Salvio Juliano<sup>42</sup>.

En consecuencia, sólo estamos en condiciones de decir esto: si la expresión *nova auctoritas* de la *c. Tanta* alude a la *auctoritas imperialis* y si la *c. Dédoken* incurrió en un error al haber atribuido al magistrado la competencia para llenar las lagunas halladas en el *edictum perpetuum*; en otras palabras, si la verdad histórica sobre lo ordenado por Adriano fue que dichas lagunas debían ser colmadas por el príncipe, entonces estamos muy claramente en presencia de una manifestación del "referimiento legislativo" bajo su forma obligatoria.

En efecto, se habría dado en la figura descrita por Justiniano al menos uno de los supuestos del *ral.*, a saber, la existencia de lagunas en un ordenamiento, es este caso, en el *edictum perpetuum*; y, además, la atribución de competencia exclusiva para colmar dichas lagunas al emperador, de quien había emanado la fuerza del nuevo edicto, ya que, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo edicto, que se fundaba en el *imperium* del pretor, la fuerza del nuevo *edictum perpetuum* provino de la aprobación imperial.

Cierto es que el otro supuesto de procedencia del *ral.*, esto es, la oscuridad o ambigüedad de la norma que exija su interpretación, no fue contemplado por Adriano, de modo de también reservarse a sí mismo la decisión correspondiente; pero ello no impide ver perfilado un *ral.* en la figura limitada sólo al caso de lagunas.

Ahora bien, tanto la *c. Tanta* como la *c. Dédoken* están de acuerdo en que la colmadura de las eventuales lagunas del edicto perpetuo debía realizarse por analogía con las disposiciones pre-existentes en él.

Ello constituía una importante limitación al poder de decisión del órgano competente, que si hubiera sido el magistrado, habría

<sup>41</sup> ¿Por qué se habla de *nova (auctoritas)*? Quizá fuera necesario pensar en que el texto se encuentra alterado. Si eliminamos el "*hoc*" de la frase "*hoc ad eius regulas*", etc. entonces "*nova*" queda como el complemento directo en acusativo de "*instruere*"; y el texto vendría a querer decir que la autoridad puede formar (*intruere*) *nova* (reglas) *ad regulas, coniecturas et imitationes* (edicti), lo cual tiene mucho sentido. Lit y opiniones en torno a esta expresión: PALAZZOLO (n. 25), p. 28 n. 23.

<sup>42</sup> Vid. supra n. 30.

resultado perfectamente comprensible; pero que no lo es si dicho órgano era efectivamente el emperador. ¿Por qué el emperador no podría proveer a soluciones no basadas en la analogía con las reglas preexistentes en el edicto que se trataba de colmar? Aun cuando en los casos de laguna lo normal es proceder por analogía, ésta no es el único camino de solución, y, en consecuencia, al menos tratándose del emperador como órgano competente para colmar la laguna, esta limitación parece bastante rara. De paso digamos que tal sería un nuevo argumento para pensar en que el conflicto de noticias existente entre la c. *Tanta* y la c. *Dédoken* habría que solucionarlo dando la razón a la c. *Dédoken*, ya que es evidente que la analogía como método para colmar lagunas podía ser impuesto al pretor, pero no que podía autoimponérselo el príncipe<sup>43</sup>.

Como se apreciará, esta primera manifestación histórica de un *ral.* en Roma resulta más que problemática; y desgraciadamente, en el actual estado de nuestras fuentes, nada definitivo podemos afirmar sobre el asunto y todo cuanto digamos de él reviste carácter puramente hipotético y queda condicionado, a su vez, a otras hipótesis.

Para finalizar, digamos que en el caso de que efectivamente la colmadura de lagunas en el *edictum perpetuum* hubiera correspondido al emperador, o sea, en el caso de que estemos ante una manifestación del *ral.* forzoso u obligatorio, él quedó circunscrito únicamente al ámbito en que era menester aplicar el edicto, o sea, a la fase *in iure* del procedimiento formulario y posiblemente también al procedimiento *extra ordinem* en aquellos casos en que el edicto se aplicaba *ad exemplum (secundum formam edicti)*<sup>44</sup> en dicho procedimiento. En consecuencia, este hipotético *ral.* tenía carácter restringido y quedaba libre de él todo el ámbito jurídico no incluido en los límites que acabamos de señalar.

3. Más concluyente resulta el examen de los rescriptos. Un rescripto era dado por el emperador en respuesta a la consulta (*consultatio, relatio*), de un magistrado, que podía ser jurisdiccional, o de un particular (*preces, supplicationes*) quien se encontraba enfrentado a un futuro proceso. En este último caso, el emperador podía limitarse a contestar la consulta del particular me-

<sup>43</sup> Sin embargo, la práctica ya clásica que en seguida analizaremos, de consultar el magistrado al príncipe problemas de lagunas en el edicto, dependería en favor de la reserva para colmar dichas lagunas en favor del emperador.

<sup>44</sup> REYES, F., *Secundum edicti formam. Una aportación al estudio del ius novum*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (1978), p. 67 ss.

diante su rescripto, de modo que el peticionario lo presentara con posterioridad al juez que conociera del litigio; o bien podía designar un juez para que resolviera el asunto, el cual debía atenerse a las instrucciones contenidas en el rescripto que conjuntamente se daba con dicho nombramiento<sup>45</sup>. Esta forma abrió paso posterior a un procedimiento especial, el procedimiento *per rescriptum*.

En todo caso, es digno de advertirse que, al parecer, la posibilidad de suplicar un rescripto imperial durante un proceso pendiente, ya fue obstaculizada en este período; al menos así lo sugieren algunas fuentes<sup>46</sup>.

El rescripto enviado a un particular vinculaba al juez ante quien era presentado, el cual tenía el cometido, entre otros, de verificar que los hechos en que se había basado el rescripto coincidieran con los hechos alegados y probados en el proceso. Si el rescripto había sido dado a petición de un magistrado jurisdiccional y con ocasión de una cuestión litigiosa que conocía como juez, es evidente que también el rescripto lo obligaba en cuanto sus supuestos, de hecho coincidieran con los hechos del proceso.

Ahora bien, ¿podemos ver configurado un *ral.* en el interior de alguna de estas situaciones?

a) Pareciera que no en el caso de los rescriptos dados a petición de particulares: falta en dicha situación la remisión del problema directamente por el juez a un intérprete oficial, ya que el emperador tomaba conocimiento del asunto precisamente por iniciativa del particular interesado; más aún, el rescripto normalmente debía preceder al comienzo del proceso, pues ya hemos dicho que, al parecer, no se admitió impetrarlos durante la pendencia de un litigio. Ciertamente el particular presentaba al juez una decisión imperial que lo vinculaba, pero ello no basta para configurar el *ral.*, y sólo permite ver en la situación el funcionamiento de la interpretación oficial que, como sabemos, no se confunde con el *ral.*

b) Pero, en cambio, cuando el rescripto había sido dado a petición del magistrado o funcionario jurisdiccional con ocasión de un litigio ventilado ante su tribunal, sí que podemos reconocer en tal caso la plena y completa figura de un *ral.* En ese caso se daban efectivamente todos sus supuestos: conocimiento de una causa por un juez, dudas de interpretación o lagunas jurídicas, elevación del

<sup>45</sup> KASER, M., *Das römische zivilprozessrecht* (München 1966), p. 352 s. Para el tema de los rescriptos dados a particulares y a magistrados, tanto en el proceso formulario como en aquel *extra ordinem*: PALAZZOLO (n. 25).

<sup>46</sup> D. 49.5.4; Cl. 1.21.1.

problema al intérprete oficial, respuesta vinculante de éste; y es digno de notarse que ya aquí encontramos un leve precedente del nombre con que históricamente conocemos esta institución, pues antes hemos recordado que el acto de consultar el magistrado al emperador también recibía el nombre de *relatio* (de *refero*).

En todo caso, hay que advertir que este *rel.* tenía carácter sólo facultativo, pues el magistrado o funcionario jurisdiccional en principio no estaba obligado a consultar al príncipe y podía intentar solucionar por otros medios el problema que se le había presentado, es decir, por los medios tradicionales: procediendo a una interpretación autónoma, por sí mismo; o bien consultando a los juristas.

4. En las fuentes se nos ofrecen algunos casos de este tipo de consulta. El primero de ellos nos viene transmitido por D.4.1.7.pr. (Marc., 3 *dig*)<sup>47</sup> en donde se da cuenta de un rescripto de Antonino Pío dirigido al pretor Marcio Avito. Del tenor del rescripto mismo se deduce que los hechos habían sido los siguientes: el pretor mandó llamar a un demandado, citado ante su tribunal por un actor, pero aquél no compareció, a consecuencia de lo cual el magistrado pronunció su decisión. Antes de terminar sus audiencias, sin embargo, se presentó el demandado y al encontrarse con que la causa había sido fallada en su contra, pidió al magistrado una *restitutio in integrum*. Ahora bien, si hubo un rescripto del emperador, había habido una consulta (*relatio*) del magistrado, el cual, ante el problema que se le presentó con la petición de *restitutio in integrum*, no supo qué resolver y prefirió enviar el asunto en consulta al príncipe; éste le respondió que la *rest. in integrum* podía concederse.

El segundo ejemplo aparece en D.4.4.11.2 (Ulp., 11 *ed*)<sup>48</sup>. Ahí se narra que unos adolescentes solicitaron al pretor Etrio Severo

<sup>47</sup> D. 4.1.7. pr. (Marc., 3 *dig*): Divus Antoninus Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam recipit: "Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest". [El divino Antonino Pío dio un rescripto al pretor Marcio Avito con la siguiente decisión respecto al modo de socorrer al que por estar ausente había perdido un litigio: "Aunque las solemnidades no deben alterarse fácilmente, hay que poner remedio cuando la evidente equidad así lo aconseje. Así, si el citado no respondió, y por ello, según la costumbre, se pronunció sentencia, pero se presentó inmediatamente antes de levantar tú la sesión del tribunal, puede considerarse que faltó, no por su culpa, sino por no haber oído bien la voz del pregonero y que por esta razón puede concedérsele la restitución].

<sup>48</sup> D. 4.4.11.2 (Ulp., 11 *ed*): Ex facto quaesitum est: adulescentes quidam acceperant curatorem Salvianum quendam nomine; hic cum curam ad-

la *restitutio in integrum* contra el decreto que había excusado a un curador de dichos adolescentes, alegando éstos que la causa de excusa invocada por el curador no estaba admitida por el derecho. El texto nos dice que, como el pretor dudaba sobre el asunto lo elevó en consulta al emperador Septimio Severo (*Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit*); y agrega que Septimio contestó mediante rescripto, llegado al sucesor de Etrio, el pretor Venidio Quieto, expresando que el asunto no era de competencia de los pretores sino del emperador<sup>49</sup>.

El primero de estos casos parece haber consistido en un problema de laguna en el edicto. La *restitutio in integrum* que el demandado condenado había solicitado al pretor debió de ser la *r.i.i. ob absentiam*, que sólo se concedía en caso de *absentia rei publicae causa*, situación en la cual ese demandado, evidentemente, no se había encontrado. Por otro lado, parecía demasiado estricto mantener la sentencia pronunciada en su contra, en circunstancias de que el demandado en definitiva se había limitado a llegar atrasado. A través del rescripto de Antonino vemos que el emperador, en el

---

ministrasset, beneficio principis urbicam procurationem erat adeptus et apud praetorem se a curam adulescentium excusaverat absentibus eis; adulescentes adierant praetorem desiderantes in integrum adversus eum restitui, quod esset contra constitutiones excusatus. Cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere, quam qui trans mare rei publicae absunt vel hi qui circa principem sunt occupati, ut in consiliarii Menandri Arrii persona est indultum, meruisset autem Salvianus excusationem, adulescentes quasi capti in integrum restitui a praetore desideraverant, Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit, ad quam consultationem successori eius Venidio Quieto recripsit nullas partes esse praetoris, neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque, sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus [Se preguntó sobre el siguiente caso: unos menores tenían como curador a un tal Salvino; habiendo administrado éste la curatela, obtuvo por concesión del príncipe ser nombrado para la administración urbana, y se había excusado ante el pretor de la curatela de los menores en ausencia de éstos; los adolescentes se dirigieron al pretor solicitando contra el curador la restitución total, porque se había excusado contra lo dispuesto en las constituciones, pues no es costumbre que dejen la tutela ya aceptada, excepto aquellos que se ausentan al otro lado del mar por causa pública, o los que están ocupados cerca del príncipe, como se concedió al consejero Menandro Arrio; y habiendo no obstante logrado excusarse Salviano, los menores, alegando haber sido perjudicados, habían solicitado al pretor la restitución total. El pretor Etrio Severo, suscitándole dudas este caso, lo elevó en consulta al emperador Septimio Severo, y a esta consulta contestó él por un rescripto dirigido al sucesor de aquél, Venidio Quieto, que esto no correspondía al pretor, porque ni siquiera se decía que se hubiese contratado con un menor de 25 años, y que por ello habían de intervenir los príncipes y reintegrar a la administración de la curatela aquél que indebidamente había sido excusado por el pretor].

<sup>49</sup> Sobre este texto puede verse mi trabajo: *Cura minorum y excusationes en D. 4.4.11.2*, en prensa para el libro en homenaje al prof. C. Sanfilippo. En Coll. 1.11. 1-3, por otro lado, se nos conserva un texto que no sólo reproduce el rescripto sino que también la *consultatio*.

fondo, introdujo una nueva causa para la *r.i.i.*: no haber oído la citación anunciada de viva voz por el pregonero.

El segundo caso, en cambio, parece ser un caso de mera interpretación del edicto. La cláusula de éste en que se prometía la *r.i.i.* en favor de los menores de 25 años rezaba, en su parte pertinente, así: *Quod cum minore... gestum esse dicitur...*<sup>50</sup>. La excusa pedida al pretor, ¿quedaba incluida en el *gestum* exigido por el edicto? El pretor dudó y el emperador confirmó su duda: *neque enim contractum proponi cum minore*. Puesto que no había habido un *contractum* entre el curador y los menores, la *excusatio* no quedaba incluida en la cláusula edictal sobre *r.i.i. ob aetatem*; por ello el emperador decidió avocar el caso a su propio tribunal.

5. En consecuencia, durante el período tardo-clásico ha surgido en Roma, por vez primera, la institución que llamamos "referimiento al legislador" facultativo, consistente en que un juez remita una duda de interpretación o de laguna del derecho, a un intérprete o creador oficiales para que decida aquélla o colme ésta, mediante una decisión que el juez deberá aplicar al decidir el litigio con cuya ocasión se le presentó el problema consultado.

Este fenómeno, nuevo en el derecho romano, fue consecuencia directa de la aparición en Roma de una instancia de interpretación oficial que antes no existía: el emperador, si bien hay que repetir que no siempre que el emperador cumplía esta función de interpretación lo hacía en conexión con el *ral.*, como cuando emitía decretos o rescriptos dirigidos a particulares.

### VIII. LA CREACIÓN DEL DERECHO EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

Durante la época postclásica<sup>51</sup>, las constituciones imperiales han llegado a convertirse en la única y exclusiva fuente del derecho. Se habla entonces de *leges*, y a partir de Constantino, de *leges generales* para distinguirlas de las particulares (rescriptos y decretos). Esa época vive, además, de la herencia de la anterior: los escritos de la antigua jurisprudencia, especialmente de la tardo clásica, el edicto pretorio fijado, el cúmulo de leyes, plebiscitos y

<sup>50</sup> LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup> (Leipzig 1927. reimp. Aalen 1956), tít. X, párr. 41 (p. 116).

<sup>51</sup> En general: GAUDEMET, J., *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles* (Paris 1957); ARCHI, G.G., *Giustiniano legislatore* (Bologna 1970), p. 11-118; *Teodosio II e la sua codificazione* (Napoli 1976), p. 45 n. No menciono la literatura particular ni la manualística.

senadoconsultos que se han transmitido desde las épocas precedentes, sin que, no obstante, este inmenso material haya recibido nuevos desarrollos, precisamente debido a la inexistencia, ahora, de una jurisprudencia activa y creadora. Por el contrario, la práctica consistirá en deprimir y reducir este material transmitido para verterlo en epítomes, manuales elementales y antologías de fragmentos. Únicamente en las escuelas de oriente se advierte una cierta reacción clasicista de estudio, pero no de creación, frente a dicho material transmitido, la cual, sin embargo, no pudo dar lugar al florecimiento de una nueva jurisprudencia en el sentido clásico de la palabra.

De este modo, pues, y a grandes rasgos, la fisonomía del sistema de fuentes de la época postclásica obedece al esquema de un conjunto de derecho transmitido desde la época clásica, pero, al mismo tiempo, petrificado y que genéricamente se designa como *iura*; y de un derecho nuevo, de creación imperial y legal (*leges*), superpuesto al anterior, a veces modificándolo.

Para emplear una terminología conocida, debemos resumir todo lo anterior, en el aspecto que ahora nos interesa, diciendo que el *condere ius* ha pasado a ser, durante esta época, un monopolio exclusivo y excluyente del emperador.

#### IX. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DURANTE LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

La época clásica había finalizado con el *condere ius* compartido por el emperador y los juristas, si bien, por causas históricas, ejercido más activamente por aquél que por éstos; y también con la *interpretatio (legis, etc. y iuris)* compartida en igual modo por ambos, en donde *interpretatio iuris*, sin embargo, tenía un significado más estricto que en los períodos clásico-republicano y altoclásico. Ya hemos visto que por cuanto respecta al *condere ius*, la época postclásica lo vio transformado en competencia exclusiva y excluyente del emperador. ¿Qué ha sucedido con la interpretación, tanto de las leyes como del derecho, aun entendida aquella última en el sentido más restringido del período tardoclásico? El fenómeno que se produjo en esta época fue similar al producido respecto del *condere ius*, esto es, también la *interpretatio* fue reclamada como una facultad privativa del príncipe. Dicho fenómeno se consumó íntegramente con Justiniano, pero germinó y se desarrolló ya a partir de Constantino (307-337).

1. El primer texto que debemos examinar es CTh. 1.2.3. (Constantino a Septimio Basso p.p., a. 316):



Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialitar exoramus, id observetur: ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis: maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis oporteat et liceat inspicere \*.

a) Consideramos correcta la opinión según la cual esta ley constantiniana debe ser puesta en relación con una del mismo emperador dictada antes y que en colocación la precede en el código<sup>52</sup>; nos referimos a CTh. 1.2.2. (Constantino *ad populum*, a. 315):

Contra ius rescripta non valeant quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura prescribunt, magis sequi iudices debent \*\*.

La ley recogida en CTh. 1.2.3 habla en efecto de "*ante edictum propositum*", como punto de referencia para determinar la validez de los rescriptos imperiales destinados a aminorar el *rigor iuris*. Examinada en sí misma dicha ley, viene a decir: los rescriptos impetrados antes del "*edictum propositum*" mantienen su vigor; pero los producidos ("arrancados" dice el texto y ya veremos qué importancia tiene esa forma de expresarse) después (*postea*) carecen de todo valor, salvo si están de acuerdo con las leyes públicas. Es claro que el fin de esta ley consistía en restar valor a los rescriptos derogatorios para el caso particular, del ordenamiento público. Ahora bien, si la expresión "*edictum propositum*" de CTh. 1.2.3, aludiera a cualquier edicto, entonces esa norma carecería de sentido, porque todo rescripto que no fuera consentáneo con las leyes públicas, necesariamente sería derogatorio de las mismas vigentes al momento de emitirse, sin necesidad de tener que esperar a un edicto posterior, respecto del cual dicho rescripto se-

\* [Cuando se nos ruega especialmente aplacar o suavizar el rigor del derecho, obsérvese lo siguiente: que los rescriptos impetrados ante del edicto propuesto, mantengan su fuerza y que un rescripto posterior no derogue a uno anterior. Pero aquellos que han sido arrancados después, carezcan de toda fuerza, a no ser que se adecuen a las leyes públicas: máxime cuando sólo a nosotros corresponde y es lícito buscar una interpretación entre la equidad y el derecho].

<sup>52</sup> ARCHI, *Giust.* (n. 51), p. 49 s.

\*\* [Los rescriptos contra el derecho no valgan de cualquier modo en que hubieran sido impetrados. Porque los jueces deben seguir más aquello prescrito por el derecho público].

ría "*ante edictum propositum impetratum*", para conocer si él era o no derogatorio. Por lo tanto, CTh. 1.2.3 necesariamente debía de estar pensando en un punto de referencia fijo, de modo que los rescriptos anteriores contrarios al *ius* valieran y no los posteriores. Ese punto calza muy bien con lo que dispone CTh. 1.2.2: ahí se ordena, de un modo general, que todo rescripto contrario al *ius* no valga; y como la norma no distingue épocas, ello quiere decir que la sanción golpeaba incluso a los rescriptos contrarios al *ius* dados con anterioridad a la norma que recoge CTh. 1.2.2. De este modo, la ley de CTh. 1.2.3 se presenta como modificatoria de la anterior y viene a decir: los rescriptos contrarios al *ius* dados con anterioridad a la ley de CTh. 1.2.2, valgan (en esto está la modificación a dicha norma que, vimos, tenía carácter retroactivo); pero los dados (arrancados) con posterioridad a dicha norma, carecen de todo valor, a no ser que se adecuen a las leyes públicas. En otras palabras, CTh. 1.2.3 vino a declarar que CTh. 1.2.2. sólo tenía valor para el futuro, pero no para el pasado.

b) La ley de CTh. 1.2.3 presenta, además, esta otra dificultad. Su frase final: *maxime cum-inspicere* ha sido denunciada como espuria por Solazzi<sup>53</sup>, puesto que sería ilógica. Según él, esa frase se presenta como motivación de la regla de que los rescriptos posteriores no valen si se oponen a las leyes públicas; pero, aparentemente, no existe ninguna relación lógica entre dicha regla y la que se presenta como su motivación. Más aun, de esta última debería desprenderse la regla contraria, pues, si sólo al emperador corresponden el examen y decisión acerca de una interpretación entre el *ius* y la *aequitas*, pareciera entonces que los rescriptos emanados después de un edicto y en contra suya, precisamente por contener una decisión de equidad, debieran tener pleno valor. No se ve por qué, entonces, el emperador, dice Solazzi, habría limitado su poder de modificar los edictos a través de rescriptos.

A nuestro juicio, la contradicción explicada por Solazzi es sólo aparente. La frase en examen implica reservar únicamente al emperador la facultad de decidir sobre una interpretación basada en la equidad y contraria al derecho: si es esto lo que motiva la regla de restar valor a los rescriptos dados (arrancados) con posterioridad a la norma de CTh. 1.2.2, entonces se ha partido del supuesto de que tales rescriptos posteriores contrarios al *ius* y basados en la equidad, en cierto sentido no han salido de la conciencia del emperador, para

<sup>53</sup> SOLAZZI, S., *Ancora glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, ahora en *Scritti di diritto romano* (Napoli 1972), t. 5, p. 43 s.

decirlo así, que es el único a quien corresponde modificar equitativamente el *ius*. En otras palabras, se parte del supuesto de que se trata de rescriptos en cierto modo incompetentes. Este último supuesto va implícito, además, en la forma de expresarse de nuestro texto para referir la aparición de los rescriptos: *quae... sunt elicita*, es decir, "aquellos que... han sido arrancados".

Bien conocidos con los abusos a que había conducido la práctica de dar rescriptos. De hecho, ellos solían ser obtenidos de la burocracia imperial por los particulares a través de sobornos y literalmente "arrancados" al emperador por aquélla<sup>54</sup>; además, en ocasiones implicaban el otorgamiento de privilegios y no constituían una decisión verdaderamente equitativa.

En consecuencia, creemos poder justificar la autenticidad de la frase sospechada por Solazzi, en consideración al ambiente que Constantino tenía a la vista al promulgarla y a los fines que perseguía. El ambiente era el precedentemente descrito; y la finalidad, evitar que los rescriptos fraudulentamente arrancados y contrarios a las leyes, so pretexto de equidad, tuvieran valor frente a las mismas. Para lograr tal finalidad, resultaba inevitable negar valor a todo rescripto contrario a las leyes, sin distinción entre aquellos dados por el emperador con conocimiento de causa y con plena conciencia de lo que hacía y aquellos otros fraudulentamente obtenidos, porque en la práctica era bien difícil un discernimiento, ya que todo rescripto llevaba la suscripción imperial; de modo que, mirada desde el punto de vista de la facultad privativa del emperador de modificar equitativamente el *ius*, esta norma venía a suponer que todo rescripto modificatorio del derecho, en ese sentido, era en realidad arrancado fraudulentamente y, en consecuencia, que propiamente no provenía del conocimiento y auténtica decisión del emperador.

Es cierto entonces que dicha norma conllevaba una autolimitación al poder del príncipe de modificar equitativamente el derecho, como bien vio Solazzi, porque, aun cuando aquél diese un rescripto así, con pleno conocimiento de causa y conscientemente, ese rescripto caía bajo la sanción de invalidez contemplada en CTh. 1.2.3, al no ser posible distinguir si había sido arrancado o no. Pero ello lo único que significa es que Constantino como que anuncia a través de esta constitución, que la única modificación equitativa del *ius* que vale es la producida a través de leyes generales del empe-

<sup>54</sup> KRUEGER, P., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* (München-Leipzig 1912), p. 304.

rador, lo cual no involucra propiamente una limitación del poder imperial, sino una ordenación del mismo.

En consecuencia, aunque sea cierto que la pura exégesis descubre una cierta incongruencia lógica en el interior de CTh. 1.2.3, la realidad histórica de que surgió esa constitución explica esa contradicción; una realidad tan compleja tenía que producir una norma tan atormentada como la que comentamos.

c) Conviene ahora volver a nuestro tema de fondo y analizar el sentido y significado de la doctrina que aparece expuesta en CTh. 1.2.3 por lo que concierne a la interpretación, para lo cual, por lo demás, los anteriores análisis nos han adelantado bastante.

Esta ley constantiniana declara ser privativo del emperador el examen y decisión de una interpretación, dice, interpuesta entre la equidad y el derecho. Es claro que ahí se está pensando en una modificación del *ius* basada en la equidad y, por lo tanto, en la creación de nuevo derecho, por lo cual la *interpretatio* a que alude la constitución podemos asimilarla a la antigua *interpretatio iuris* del derecho clásico republicano, que esencialmente constituía un factor de transformación jurídica en la cual la equidad jugaba un papel de no poca importancia<sup>55</sup>. Pero antes hemos visto que la *interpretatio iuris*, entendida en ese sentido, ya en la época tardo-clásica había dejado de ser considerada como actividad propia del jurista y pasado a formar parte del *condere ius*, propio del príncipe. En consecuencia, reservando Constantino al emperador la modificación equitativa del *ius*, lo cual era uno de los aspectos del *condere ius*, nada dice de nuevo. No obstante ello, hay ahí una novedad, consistente precisamente en que lo haya dicho de modo tan expreso y claro, pues hasta la fecha no parece que los emperadores se hubieran atrevido a afirmar de modo tan tajante y solemne un monopolio que, sin embargo, de hecho hacía bastante tiempo que ya les pertenecía. Con haber sido así, los emperadores de la última época clásica aún tenían frente a sí a una jurisprudencia activa y ello quizá les impidiera dar el paso decisivo de una declaración expresa sobre las potestades exclusivas del emperador en torno a la creación del derecho. En la época postclásica las circunstancias han cambiado y una jurisprudencia semejante era entonces sólo un recuerdo del pasado. Ante ello, nada obstaba a que se reconociera, por así decir, oficialmente, este monopolio imperial.

<sup>55</sup> IGLESIAS, J., *Derecho romano*<sup>6</sup> (Barcelona 1972), p. 91, con la vasta literatura. También: WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, en *Aufstieg* (n. 17), t. II, 15, p. 78 ss.

2. El siguiente texto que nos corresponde examinar es la Novela 4 de los emperadores Valentiniano y Marciano, dirigida al prefecto del pretorio, Paladio, en el año 454, que reza así en la parte del principio que nos interesa:

*Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, et universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur. Si quid vero in isdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri, ut omnis sanctionis removeatur ambiguum et in suam partem iuris dubia derivare litigatorum contentio alterna non possit negotiorum quoque cognitores ac tribunalium praesides apertam definitionem legum secuti suspensis nutantibusque sententiis inter scita incerta non fluctuent. Plana enim et facilis ad pronuntiandum via patet iudici, quotiens non est illud ambiguum, iuxta quod necesse est iudiciaria. Magnificentia tua in causis omnibus terminandis rectum semper tramitem studens tenere iustitiae consulvit clementiam nostram super Constantinianae legis ea parte, in qua aliquid existere videtur ambiguum \*.*

a) Este proemio introduce la exposición de la consulta del prefecto que motivó la constitución, concerniente a ciertas cuestiones sobre una ley de Constantino <sup>56</sup> acerca del matrimonio de los senadores que, luego de dicha exposición, vienen resueltas; ellas no interesan aquí.

Los emperadores se ocupan en este texto del problema relativo a la oscuridad y ambigüedad de las leyes. Comienza él, en efecto, por sentar que las leyes deben ser entendidas por todos, de guisa

\* [Las sacratísimas leyes que circundan las vidas de todos, por todos deben ser entendidas y cuanto está prescrito en ellas debe ser manifiesto, de modo que se evite lo prohibido y se apetezca lo permitido. Pero si en las leyes hubiese sido establecido algo quizás más oscuro, ello debe ser aclarado por la interpretación imperial, de modo que todo lo ambiguo sea removido de las normas y que no se dé origen a dudas en las discusiones de los litigantes, y las partes y los jueces, siguiendo las claras definiciones de la ley, no fluctúen entre principios inciertos, suspendiendo la sentencia o vacilando al pronunciarlas. Una vía llana y fácil, en efecto, se presenta al juez cada vez que las leyes están exentas de ambigüedades, lo cual es muy necesario en lo judicial. Tu magnificencia, que para fallar todas las causas siempre ha tenido en cuenta la rectitud de los trámites y se ha sometido a la justicia, consultó a nuestra clemencia en torno a aquella parte de la ley constantiniana, en la cual parece existir algo ambiguo].

<sup>56</sup> Que figura en CTh. 4.6.3=CI. 5.27.1.

que, conocido lo prescripto en las mismas, cada uno actúe como correspondiente de acuerdo con dichas leyes. En el caso, sin embargo, de que en ellas apareciere algo oscuro, entonces dice resultar necesario que la interpretación imperial lo aclare, de modo que desaparezcan las ambigüedades, se eviten nuevas contiendas y los jueces y abogados sepan a qué atenerse.

Esta constitución, en consecuencia, se refiere a la *interpretatio legis*, al menos en uno de sus aspectos, el de la aclaración de ambigüedades y oscuridades; pero no se refiere a la *interpretatio iuris*.

b) Sentado lo anterior, nuestro problema consiste en saber qué alcance tiene la proclamación contenida en la constitución de ser necesario que la interpretación imperial aclare lo oscuro de las leyes, en cuanto a una de estas dos posibilidades: (i) la interpretación imperial de lo oscuro es sólo un deber del príncipe; (ii) ella constituye una facultad privativa del mismo. En el primer caso no se trataría, como sí en el segundo, de que la interpretación de las leyes oscuras sólo correspondiera al emperador, de modo que toda vez que se presentare un problema de oscuridad legal, la cuestión necesariamente debiera serle sometida a su decisión. Por el contrario, únicamente se trataría de que, habiéndose verificado una tal oscuridad y, por cualquier vía el asunto llegare al conocimiento del príncipe, éste tendría el deber de disipar la duda, a modo de cumplimiento de su función de legislador. Pero en ningún caso el ejercicio de tal deber implicaría que, p. ej., los jueces o los juristas no pudieran ellos interpretar la ley. La única diferencia estaría en que la interpretación imperial tendría carácter oficial y, por tanto, sería válida para todos como una ley más.

En la necesidad de decidir cuál ha sido el pensamiento presente en esta constitución, nosotros nos inclinamos por la primera posibilidad antes expuesta. Los emperadores han declarado que si algo hay de oscuro en las leyes, es necesario que ello sea aclarado por la interpretación imperial; pero no han reivindicado ninguna exclusividad de tal función; la verdad es que callan acerca de esto último. La declaración anterior se presenta en la constitución como una medida providente aprovechando una consulta concreta del prefecto del pretorio, como si quisieran los emperadores decir: "puesto que nos has consultado, es necesario que nosotros nos pronunciemos", lo cual, por lo demás, lo vienen a decir en la parte final del texto antes transcrito (*Magnificentia tua-videtur ambiguum*). Finalmente, baste comparar la manera de expresarse los emperadores Valentíniano y Marciano aquí, con aquella que había tenido Constantino en la const. de CTh. 1.2.3, en donde sí aparece claramente la afirmación

de una exclusividad (*nobis solis*), que aquí en la Nov. 4 no observamos.

Desde tal punto de vista, esta novela no agrega nada nuevo, porque ahí se habla de una función que, en realidad, nadie podía discutir a los emperadores: la de poder interpretar las leyes oscuras; pero la novedad, siempre dentro del mismo punto de vista, que hubiera significado atribuir exclusivamente a los emperadores tal función, ya lo hemos visto, no aparece en la novela.

Desde otro punto de vista, sí que ella presenta algo nuevo, como era precisamente explicitar que el príncipe era órgano de interpretación de la ley, doctrina ésta que, a nuestro conocimiento, antes no había sido declarada *expressis verbis*, aunque de hecho esa función fuera desempeñada por él y nadie se la discutiera. Al mismo tiempo, la constitución, también por vez primera, señala la naturaleza de esta interpretación imperial, esto es, su legalidad (interpretación oficial legal); ello está implícitamente reconocido en el texto cuando se dice que esta interpretación produce el efecto de "remover todo lo ambiguo" de las normas, de evitar futuros litigios debidos a las dudas y de superar la incertidumbre para jueces y abogados, que de ahí en adelante podrían seguir la "*aperta definitio legum*": resulta claro que todos estos efectos sólo podían emanar de una interpretación que revistiera el carácter de una verdadera ley y que este carácter sólo podía provenir, a su vez, de la interpretación dada por el emperador, cuyo instrumento de expresión era precisamente la ley. De hecho no olvidemos que la interpretación que Valentiniano y Marciano dan a las dudas suscitadas por Paladio en su consulta, iban contenidas en una constitución imperial, cuyo proemio es el que acabamos de analizar.

3. El próximo texto proviene de CI. 1.14.11 (León y Zenón, a. 474):

Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis quam sententiae principalis auctoritas \*.

Esta constitución se refiere al *ius novum*. Puesto que hacia la época se considera a la ley como única fuente del *ius*, es claro entonces que *ius novum, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est* viene a querer decir: derecho establecido por las leyes nuevas, que pre-

\* [Cuando surja una duda acerca del derecho nuevo aún no estabilizado por el uso inveterado, es necesaria tanto una sugestión del juez cuanto la autoridad de la opinión imperial].

cisamente por ser tales aún no han tenido la posibilidad de entrar en la costumbre y de asentarse, fijando la práctica su sentido<sup>57</sup>. Dejando a un lado este último aspecto, queda claro, en consecuencia, que nuestra constitución se refiere a las leyes imperiales.

Respecto de ellas, dicha constitución declara ser necesaria una consulta del juez al emperador a través de una *suggestio* y la decisión de éste (*sententiae principalis auctoritas*)<sup>58</sup>, cuando surgiere una duda en torno a las leyes imperiales nuevas (*ius novum*).

Ahora bien, la constitución no habla de *interpretatio*; pero es claro que ella pensaba en problemas de interpretación aparecidos con ocasión de la aplicación del *ius novum* (*dubitatio emergat*); de modo que en definitiva lo que disponía la constitución era que las cuestiones de interpretación de ese derecho incumbían al príncipe previa consulta del juez, por un lado; y que, por otro, tanto esa consulta como la decisión imperial eran necesarias, lo cual significa: obligación del juez de consultar y exclusividad del emperador para resolver.

Si esto era así, claramente se aprecia el avance que significaba esta doctrina frente a la que habían sentado Valentiniano y Marciano en la Nov. 4. Mientras este último texto, como vimos, aún no considera a la interpretación de las leyes como un monopolio imperial, CI. 1.14.11, en cambio, sí lo considera, y en este sentido podemos aproximarlos a la constitución de Constantino en CTh. 1.2.3, que también había declarado ser privativa del príncipe una determinada función.

Pero debemos insistir en el carácter parcial de esta exclusividad afirmada por CI. 1.14.11: la constitución se limita al *ius novum* y calla, en consecuencia, en relación con el *ius vetus*, con el ordenamiento de vieja procedencia. Este último seguía quedando cubierto por lo que disponía la Nov. 4, que en términos generales se refería

<sup>57</sup> Cfr. D. 1.3.37 (Paul., 1 *quaest.*): *optima enim est legum interpretatio consuetudo*, D. 1.3.38 (Call., 1 *quest.*): *Nam imperator noster Severus rescriptit in ambiguitatibus quae ex lege profiscuntur consuetudinem . . . auctoritatem vim legis optinere debere*.

<sup>58</sup> El texto, en efecto, habla de *sententiae principalis auctoritas*: "autoridad de la opinión imperial". En otras palabras, no creemos que *sententia* tenga ahí el sentido de "decisión judicial", sino precisamente de "opinión", "parecer", que teóricamente podía expresarse desde luego a través de una sentencia del emperador (*decretum*), pero también por medio de rescriptos y de *leges generales*. El fin de este texto no era el de indicar la forma por la cual debía manifestarse la opinión del príncipe, sino el de señalar la necesidad de que hubiera una decisión de su *auctoritas*. Más adelante volveremos sobre esto y veremos que la forma de expresarse el príncipe en estos casos debía ser precisamente la *lex generalis*.



a las *sacratissimae leges*, pero de un modo que no implicaba ningún monopolio para el príncipe.

4. Si nosotros hacemos un breve recuento de los resultados a que hemos llegado hasta el momento presente, nos encontramos con lo siguiente: a partir de Constantino se declara expresamente como facultad privativa del emperador, la de modificar el *ius* con base en la equidad, función ésta que aparece denominada *interpretatio*, pero que equivalía a la creación de nuevo derecho. Desde Marciano y Valentiniano se declara al emperador como intérprete legal de las leyes oscuras y ambiguas, si bien no se le atribuye la exclusividad de esta interpretación legal. Con León y Zenón se le considera como único intérprete de las leyes nuevas.

Comparando estas posiciones con las propias de la época clásica, observaremos que todavía, al menos teóricamente, quedaban salvadas del monopolio imperial algunas actividades interpretativas; desde luego la interpretación de las leyes antiguas, pero también la vieja *interpretatio iuris* del período clásico imperial, consistente en la integración del derecho previamente dado; sobre ambos aspectos, ninguno de los textos que hemos analizado había emitido un pronunciamiento. Pero como acabamos de decir, que aún los juristas pudieran pretender desarrollar tales actividades por su cuenta, resultaba acaso teórico, pues de hecho la ausencia de una jurisprudencia creadora, en el sentido clásico de la palabra, era un obstáculo insalvable.

## X. LA CREACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN JUSTINIANO

Hemos asistido paso a paso a los progresos del absolutismo jurídico. Cada uno de sus diversos jalones fueron recogidos por Justiniano, quien, además, produjo la síntesis final que implicaba la definitiva consagración del príncipe como único *conditor et interpret legum*.

1. Veamos, en primer lugar, cómo Justiniano se hizo cargo de los avances de sus antecesores.

a) La constitución de CTh. 1.2.3 fue recogida en CI. 1.14.1. En el primer texto, Constantino había declarado pertenecer sólo al emperador el examen de la interpretación interpuesta entre el derecho y la equidad, pero como motivación incidental de la norma a cuya promulgación se destinaba esa constitución, concerniente a las relaciones entre rescriptos y leyes. Justiniano, de toda la constitución que figura en CTh. 1.2.3, conservó en CI. 1.14.1 la parte final, esto es, precisamente la que atañe a la mencionada facultad imperial

como exclusiva y es así como leemos en el citado lugar del *Codex*: *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*

b) De la larga Nov. 4 de Valentiniano y Marciano, Justiniano únicamente conservó dos fragmentos, uno en CI. 5.5.7, relativo a la decisión de fondo contenida en dicha novela, sobre ciertos aspectos del matrimonio de los senadores; y otro en CI. 1.14.9, que corresponde al principio de la novela y versa sobre la claridad y oscuridad de las leyes y las facultades interpretativas del emperador; pero no lo conservó completo y además lo interpoló. He aquí el texto que figura en el *Codex*:

*Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur. Si quid vero in isdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione pateferi duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.*

Aquí aparece eliminado en consecuencia todo el periodo que va desde *ut omnis sanctionis* en el pr. de la novela hasta el fin; y, por el contrario, figura agregado el párrafo *duritiamque-emendari*.

Este texto, considerado en sí mismo, todavía a nuestro juicio no ha logrado deshacerse del sentido que vimos tenía en la novela primitiva y, por el contrario, la frase interpolada lo acentúa: que las leyes duras deben ser enmendadas por el emperador implica ciertamente una exclusividad, pues nadie sino aquél podía modificar la ley; pero no es este punto el que se quiere afirmar en CI.1.14.9, cuanto que la providencia imperial asume como un deber suyo el producir dichas modificaciones, del mismo modo que lo asume aclarando las leyes oscuras. En suma, considerando en sí mismo este texto, todavía se queda en la idea de que el príncipe debe atender a las súplicas de los jueces y súbditos, otorgándoles modificaciones e interpretaciones, todo ello en cumplimiento de un deber, sin afirmarse que se trate de una facultad privativa.

c) La constitución de León y Zenón fue insertada en CI.1.14.11 y el texto ahí conservado es, por lo demás, el único que ahora conocemos, que no su original independiente. Su inserción en el *Codex* obedeció al mismo impulso a que había obedecido la conservación de los otros que hemos analizado, a saber, recoger todo cuanto los predecesores de Justiniano habían declarado en torno a las facultades de interpretación del príncipe.

2. Justiniano, sin embargo, no sólo se limitó a recibir la herencia de sus antecesores, sino que la desarrolló y llevó hasta sus últimas consecuencias. El texto fundamental suyo se encuentra en CI. 1.14.12 (Iust., a. 529), que copiamos en nota <sup>59</sup>.

a) En dicha constitución podemos distinguir tres aspectos: uno concerniente al valor de los decretos o sentencias del emperador;

<sup>59</sup> Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus. 1. Quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat, cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt? 2. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam escrupulositatem tam risimus quam corrigendam esse censuimus 3. Definimus autem omnes imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet 4. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur et sese non esse idoneus vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurritur et quare ambiguitates iudicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quid legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? 5. Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maniestas imperialis permisit [Si la majestad imperial examinare un litigio con conocimiento de causa y pronunciare sentencia en presencia de las partes, absolutamente todos los jueces de nuestro imperio sepan que eso es ley, no sólo para el litigio en que fue pronunciada, sino también para todos los demás similares 1. Pues, ¿hay algo mayor y más santo que la majestad imperial? ¿y quién estará dominado por tanta soberbia que se atreva a oponerse a la opinión imperial, en circunstancias de que los antiguos autores del derecho declararon abierta y claramente que las constituciones consistentes en un decreto tienen fuerza de ley? 2. Como también esto, sin embargo, encontramos dudado en las antiguas leyes, a saber: cuando la ley ha sido interpretada por el emperador, acaso la interpretación imperial deba recibir fuerza de tal, consideramos tan risible como digna de corrección aquella vana escrupulosidad 3. Así, pues, declaramos que toda interpretación del emperador a las leyes, ya formulada con ocasión de una petición, o en un juicio o de cualquier otro modo, sea tenida por válida e indudable. Pues, si en el presente sólo pertenece al emperador dictar las leyes, también debe ser sólo digno del imperio el interpretarlas 4. Si no fuera así, ¿por qué entonces los jueces de nuestro consistorio, cuando surgen dudas en los litigios y no se hallan idóneos o suficientes para resolverlas, recurren a nosotros con consultas y por qué las ambigüedades de los juicios que nacen de las leyes, reciben nuestra atención, si la interpretación no procediera de nosotros? o ¿quién parecerá ser el más idóneo para resolver los enigmas de las leyes o aclarar las cosas a todos, sino aquel a quien únicamente se la concedido ser el legislador? 5. Removidas, pues, tales ridículas suspicacias, deberá considerarse solamente al emperador tanto el autor como el intérprete de las leyes: nada de esta ley deroga lo establecido para los antiguos autores del derecho, pues esa calidad les fue otorgada por la majestad imperial.]

otro a la interpretación que emana del mismo; y un tercero relativo el *ral*. Por ahora nos ocuparemos de los dos primeros.

En el pr. de la constitución, en efecto, se refiere Justiniano a las sentencias dictadas por el emperador en presencia de las partes y luego de haber conocido el respectivo litigio. En relación con dichas sentencias, las declara con valor de ley, no sólo para el litigio que han resuelto, sino también para otra similar que en el futuro se produjere. En el párr. 1 justifica Justiniano la prescripción antecedente, por un lado, en la santidad de la majestad imperial y, por otro, en la doctrina de los antiguos jurisconsultos (*veteris iuris conditores*), según la cual las constituciones del tipo *decretum* indiscutiblemente tenían valor de ley. Esto por lo que atañe al primer aspecto.

En el párr. 2 plantea Justiniano de un modo general el problema del valor de la interpretación dimanante del emperador, que, por lo demás, dice haber hallado discutido en las antiguas leyes (*in veteribus legibus*), en los siguientes términos: si el emperador ha interpretado la ley, acaso su interpretación deba considerarse como una ley, declarando su intención de disipar tal duda. De acuerdo con ello, en el párr. 3 Justiniano sanciona que la interpretación proveniente del emperador, cualquiera que hubiera sido la ocasión de su pronunciamiento (*quocumque modo factam*) y en especial, si había sido dada a través de un rescripto (*in precibus*) o de un decreto (*in iudiciis*), debía tenerse por *rata et indubitata*. En seguida justifica esta norma sobre la base del actual y exclusivo poder legislativo del emperador (*in praesenti leges condere soli imperatori concessum est*), del cual se deduce que la interpretación de las leyes sólo debe ser digna del imperio (*leges interpretari dignum imperio esse oportet*).

En el párr. 4 Justiniano abunda en sus justificaciones sobre la exclusividad para el emperador de la interpretación de las leyes; pero ahí ya se presenta el tercer aspecto que antes habíamos anunciado, concerniente al *ral*., que trataremos más adelante. Por ahora limitémonos a consignar que entre tales justificaciones, Justiniano vuelve a insistir en que nadie parece ser más idóneo para resolver y aclarar a todos los enigmas de las leyes, que el emperador, único al cual ha sido concedido legislar. Sobre lo que vuelve una vez más en el párr. 5, resumiendo así: deberá estimarse a sólo el emperador tanto como autor cuanto como intérprete de las leyes (*tam conditor quam interpres legum*).

En síntesis, pues, a través de esta constitución Justiniano ha sancionado definitivamente lo siguiente: por un lado, el valor de

ley de los decretos; por otro, el valor de ley de toda interpretación a las leyes dada por el emperador (y en especial, aquélla dada a través de rescriptos y decretos); finalmente, su calidad de único, exclusivo y excluyente *conditor et interpres legum*. Todo lo cual significaba que la única interpretación posible era la legal.

b) Es claro que el contenido de esta constitución abarca todos los puntos que habían sido definidos por las leyes anteriores de Constantino, de Valentiniano y Marciano y de Zenón y León, pues los términos generales y absolutos en que aquella aparece concebida son, en efecto, capaces de cubrir los supuestos previstos por dichas leyes anteriores, a saber: la modificación equitativa del *ius* (operación ésta incluida en el *condere leges*); interpretación de las leyes oscuras; interpretación de las leyes nuevas. Pero, además, la constitución justiniana era capaz de cubrir los supuestos aun no previstos por las de sus antecesores, esto es: la *interpretatio iuris* concebida al modo tardoclásico y la interpretación de las leyes antiguas.

De esta manera, pues, vemos que el fenómeno de acumulación de toda clase de interpretación en las manos del emperador, y la transformación de aquélla en legal ha quedado consumada con Justiniano; y también observamos que ello ha sido una consecuencia de la correspondiente acumulación en sus manos de la facultad de crear derecho, como el propio Justiniano lo proclama de modo reiterado en su constitución, al declarar que: *tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur*.

c) Era consiguiente con la posición reconocida al emperador, que Justiniano intentara evitar hacia el futuro toda concurrencia interpretativa de parte de los juristas y explicar o justificar cómo en el pasado estos últimos habían desarrollado una tan vasta labor de interpretación, de la cual su Digesto era una prueba bien palpable.

Esto último lo hizo recurriendo a la tesis de que si los juriconsultos habían podido crear derecho, ello se había debido a que los emperadores, únicos competentes para tal función, les habían como delegado sus facultades creadoras. En consecuencia, esos juristas no habían actuado con autoridad propia, sino recibida de los príncipes<sup>60</sup>. Además de ello, y como para reafirmar esta tesis, declaró que los escritos de los juristas acogidos en el Digesto

<sup>60</sup> CI.1.14.12.5; c. *Tanta-Dédoken* 20.

debían considerarse como si hubieran sido compuestos por él y dotados de su propia *auctoritas* <sup>61</sup>.

Para el futuro, en cambio, prohibió comentar su Digesto, temeroso de que la libertad de su interpretación condujera a una suerte de confusión del derecho, similar a la producida, según él, en los tiempos antiguos respecto de todo el derecho y, en especial, respecto del *edictum perpetuum*, como consecuencia de similar libertad que entonces poseían los juristas <sup>62</sup>.

Esta prohibición era, como dijimos, una consecuencia estricta del monopolio de interpretación asumido por el emperador.

#### XI. EL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR" FACULTATIVO EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA HASTA JUSTINIANO

Durante la época postclásica, los emperadores han ampliado paulatinamente el campo de sus facultades creativas y de interpretación e históricamente se ha producido la falencia de la jurisprudencia, que era la única que podía disputar al príncipe, como de hecho había sucedido en el período tardoclásico, una cierta comunidad en esa labor. Resultaba inevitable entonces que en la medida de la ampliación de tales facultades del emperador, la práctica de consultarle sobre lagunas y oscuridades o ambigüedades halladas en el derecho vigente también debía de extenderse considerablemente. Esto permite configurar, desde luego, el uso de un *ral.* facultativo; pero desde el instante mismo en que los emperadores han recabado un monopolio de creación e interpretación, en ese mismo momento se ha configurado ya el *ral.* obligatorio.

Analicemos en seguida los pasos de esta evolución.

1. Inicialmente, sin embargo, y a fin de clarificar nuestra senda, digamos que es necesario dejar a un lado el problemático *ral.* concerniente a la integración de lagunas en el *edictum perpetuum*, que si se dio en la época clásica, en los posibles términos que an-

<sup>61</sup> c. *Deo auctore* 4, 6, 7; *Imperatoriam maiestatem* 6; *Tanta-Dédoken* 10, 11.

<sup>62</sup> c. *Deo auctore* 12; *Tanta-Dédoken* 21. Sobre esto; BERGER, A., *The Emperor Justinian's Ban upon Commentaries to the Digesta*, en *BIDR.* 14-15 (1951), p. 124 ss.; *Zu Justinians Verbot der Digestenkommentierung*, en *Labeo* 4 (1958) 1, p. 66 ss.; MARIDAKIS, G. S., *Justinians Verbot der Gesetzeskommentierung*, en *ZSS.rom.* Abt. 73 (1956), p. 369 ss.; PRINGSHEIM, F., *Justinian's Prohibition of Commentaries to the Digest*, en *Gesammelte Abhandlungen* (Heidelberg 1961), t. 2, p. 86 ss.; PESCANI, P., *Sul divieto di Giustiniano a commentari del Digesto*, en *Labeo* 7 (1961) 1, p. 41 ss.; SCHELTEMA, H. J., *Das Kommenterverbot Justinians*, en *TRG.* 45 (1977), p. 307 ss.

tes hemos discutido, evidentemente también se dio en la postclásica, en la medida en que durante esta última el edicto continuó usándose como fuente a la cual recurrir. Debemos dejarlo a un lado, porque para esta época estamos en la misma indigencia de noticias en que estábamos para la clásica.

En seguida, también debemos prescindir de todo examen relativo a los decretos y de los rescriptos dados a petición de particulares, por las mismas razones por las cuales ya antes, para la época clásica, tuvimos que prescindir de ellos: si bien ahora como antes tanto los decretos como los rescriptos continuaron siendo manifestación de interpretación oficial (legal) del emperador, lo mismo que antes, también ahora no han sido ellos manifestación de un *ral.*, por iguales razones a las examinadas en relación con la situación existente en la época clásica.

2. Durante esta última, sin embargo, se había dado un *ral.* facultativo en la figura de la *consultatio o relatio* de magistrados jurisdiccionales al emperador, contestada por éste a través de rescriptos. Fue en este mismo campo en donde el *ral.* se desarrolló durante la época postclásica.

a) En el procedimiento cognitorio postelásico, empero, la *consultatio o relatio* del juez se transformó en un trámite procesal dotado de una precisa reglamentación<sup>63</sup>. Una vez que el juez tuviera totalmente sustanciada la causa, y antes de dictar su sentencia<sup>64</sup>, podía elevar el litigio a conocimiento del emperador en consulta, quien finalmente lo fallaba mediante rescripto. Esta consulta procedía si el juez dudaba en cuanto a la sentencia que debía dar. Es evidente que esta duda tanto podía provenir de una cuestión concerniente a la interpretación de las normas en abstracto, cuanto a su aplicación concreta a los hechos del litigio; pero la circunstancia de que para darse lugar al trámite de la consulta se terminara por exigir la previa y completa substanciación de la causa, indica que la decisión del emperador era propiamente la sentencia decisoria del litigio mismo y no su parecer oficial en relación con algún punto dudoso de derecho. En otras palabras, cuando había consulta del juez al emperador se producía una transformación en la estructura de la instancia, pues el litigio pasaba de ser una causa sustanciada y fallada por un mismo juez a ser una causa sustanciada por un juez y fallada por otro; y esto tanto fue así,

<sup>63</sup> KASER, *RZPR.* (n. 45), p. 501 s.

<sup>64</sup> *Cl.1.21.2.* CTh. 11.30.6.

que incluso con el correr del tiempo la consulta no era decidida por el emperador mismo, sino por un funcionario.

Esta evolución sufrida por la consulta postclásica determinó su alejamiento de la órbita del *ral.* que tuvo en sus orígenes durante el período tardoclásico. Bien cierto es que en ella todavía se dieron algunos de los elementos del *ral.*, a saber: la remisión por el juez al legislador y la decisión de éste. Pero es también cierto que otros elementos esenciales le faltaron, pues lo remitido al emperador en la consulta postclásica no era sólo un concreto problema de interpretación o laguna legal, sino la causa completa; y lo decidido por el emperador no era ese concreto problema de interpretación o laguna legal, sino la causa misma. Esto no es un *ral.*

b) La función que en el período tardoclásico cumplía la *consultatio* o *relatio* del magistrado o juez al emperador, fue cumplida en la época postclásica por lo que en las fuentes aparece designado como *suggestio*<sup>65</sup>. Esta, por lo tanto, fue continuadora de la antigua *consultatio* o *relatio*, pero se diferenciaba del procedimiento postclásico que recibió estos últimos mismos nombres y a que nos hemos referido precedentemente, en que lo remitido al emperador no era la causa ya sustanciada para su fallo por aquél, sino un concreto problema de interpretación o laguna, sobre el cual se pronunciaba el príncipe, de manera que quien efectivamente sentenciaba el litigio no era éste sino el juez, después de recibir el parecer imperial sobre el punto consultado<sup>66</sup>. Esta figura de la *suggestio*, en consecuencia, fue lo que constituyó el *ral.* facultativo postclásico.

3. Examinemos ahora las noticias que se nos han conservado acerca de dicha institución.

a) Quizás sea conveniente comenzar con los testimonios que el propio Justiniano ha dejado estampados en la constitución conservada en CI. 1.14.12., que ya antes hemos examinado latamente. En ese párr. 4, Justiniano argumenta en favor del principio que había sentado en el párr. 3, de ser digno sólo del emperador la interpretación de las leyes. Su argumentación está basada en los hechos, en lo que ocurría en la práctica y entonces se pregunta:

<sup>65</sup> GAUDEMET, *L'empereur* (n. 25), p. 186.

<sup>66</sup> Correctamente KASER, *RZPR.* (n. 45), p. 501 n. 66: "Nicht damit (sc. mit dem Relations-oder Konsultationsverfahren) gleichzusetzen ist die Einholung des kaiserlichen Gutachtens". La "Einholung" a que se refiere Kaser es lo que hemos designado como *suggestio*.



si la mera interpretación de las leyes no procediera del emperador, ¿por qué, entonces, los próceres (esto es, los jueces del *consistorium*<sup>67</sup>) recurren al príncipe por medio de *suggestiones* (*ex suggestionibus*), cuando surge una duda en un litigio (*si dubitatio in litibus oriatur*) y no se consideran ellos idóneos o suficientes para la decisión? Justiniano quiere afirmar que si eso ocurría en la práctica, era porque precisamente la interpretación *a nobis procedit*. Tal es su argumento; pero él no nos interesa en sí mismo y como tal, sino más bien como noticia histórica; y de acuerdo con ella, pues, solía suceder que los jueces remitían al emperador mediante una *suggestio*, la *dubitatio* que surgían en los litigios, para que aquél procediera a su *interpretatio*.

Esta práctica aparece confirmada por varias otras fuentes, que ahora expondremos de modo cronológico.

b) Desde luego se presenta una ley de Teodosio y Valentiniano del año 446, dirigida *ad senatum* y que se nos conserva en CI. 1.14.8. Dicha constitución reza así:

Humanum esse probamus, si quid de cetero in publica vel in privata causa emergerit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tan proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari et si univrsis tam iudicibus quam vobis placuerit, tunc allegata dictari et sic ea denuo collectis omnibus recenseri et, cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensu nostrae serenitatis auctoritate firmetur.

I. Scitote igitur, patres conscripti, non aliter in posterum legem a nostra clementia promulgandam, nisi supra dicta forma fuerit observata . . . \*

<sup>67</sup> KASER, *RZPR.* (n. 45), p. 433.

\* [Creemos conveniente que, si en lo sucesivo apareciere en alguna causa pública o privada la necesidad de dar una norma general faltante en las leyes antiguas, el asunto sea examinado ante todo por los jueces de nuestro consistorio y por vosotros mismos, padres conscriptos, y si a todos esos jueces y a vosotros pluguiere, sea ello reducido a escritura y examinado por todos y con el consentimiento de todos, sea promulgado en nuestro consistorio, de modo que el acuerdo general sea sancionado por nuestra autoridad. 1. Por lo demás, padres conscriptos, sabed que en lo futuro ninguna ley será promulgada por nuestra clemencia, si no se hubiere observado este procedimiento].

En realidad, esta constitución establece un procedimiento de aplicación general para la formación de las leyes imperiales. Pero no deja de ser notable que el texto presuponga casi como normal que la idea de dar nuevas leyes surja con motivo de los procesos judiciales en donde se han verificado la existencia de lagunas jurídicas que dichas nuevas leyes deben colmar (*si quid... in publica vel in privata causa emergerit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat...*). Ello, al mismo tiempo, presupone la denuncia por los jueces, de existir la laguna.

c) En seguida debemos volver a recordar la Nov. 4 de Marciano y Valentiniano del año 454, que antes hemos analizado bajo otros respectos. En su parte final, dicha constitución deja constancia que la magnificencia del prefecto del pretorio, Paladio, a quien la novela iba dirigida, consultó a la clemencia imperial sobre una parte de la ley de Constantino (relativa al matrimonio de los senadores y que se conserva en CTh. 1.6.3=CI. 5.27.1), en la cual parecía existir algo ambiguo (*Magnificentia tua... consuluit clementiam nostram super Constantinianae legis ea parte, in qua aliquid existere videtur ambiguum*); y se recuerda ahí mismo que tal consulta había sido formulada por el prefecto en calidad de juez (*in causis omnibus terminandis...*). En consecuencia, estamos ante un ejemplo muy concreto de *ral.* facultativo, pues resulta claro que la Nov. 4 fue emitida con ocasión de una consulta del prefecto del pretorio, o sea, de un juez, dirigida al emperador, motivada por haberse hallado algo ambiguo en una ley anterior; dicha consulta fue evacuada por el emperador mediante una ley general, en donde, por lo demás, se deja muy en claro que si en las leyes se encontrase algo oscuro era necesario que tal se aclarase por la interpretación imperial (*Si quid vero in isdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri...*).

d) Otro ejemplo nos viene dado por CI. 6.61.5 pr., en donde figura una ley de Teodosio y Valentiniano del año 473, dirigida a Nepote, *magistrum militis* de Dalmacia, cuyo tenor es éste:

Non sine ratione de negotio, quod inter matrem familias, cuius vestra suggestio meminit, et germanum eius vertitur, magnitudo tua diversis legibus ex utraque parte prolatis nostram credidit consulendam esse clementiam, cum mulier diversis iuris lectionibus idem intellegi maritum et spon-

sum niteretur probare, germanus mariti nomen illi soli,  
qui nuptias contraxerit... \*

Según parece, al *magister militum* de Dalmacia se le había presentado a su decisión judicial una cuestión en que tenía importancia la extensión que debía darse al término "marido"; un litigante (una *mater familias*) pretendía que "marido" y "esposo" eran lo mismo, o sea, que un varón ya podía considerarse como "marido" una vez que se hubiera simplemente desposado con una mujer; el otro (el hermano) pretendía, en cambio, que la palabra "marido" sólo era aplicable a quien había contraído nupcias y no, por tanto, al esposo.

La cuestión fue elevada por el *magister militum* a los emperadores por medio de una *suggestio* (*cuius vestra suggestio meminit*) y en la constitución se da a entender que el *magister* había obrado facultativamente y no obedeciendo a un deber de consultar (*nos-tram... c r e d i d i t consulendam esse clementiam*).

En la continuación del texto, que no copiaremos, los emperadores analizan los argumentos en pro de una u otra de las soluciones, que habían esgrimido las partes y que la *suggestio* había consignado (*diversis legibus ex utraque parte prolatis*). En seguida, los príncipes deciden la cuestión siguiendo la opinión del jurista Salvio Juliano.

Como se apreciará, nuevamente estamos aquí en presencia de un claro ejemplo de *ral.* facultativo.

4. Estos ejemplos son suficientes como para permitir formarnos un cuadro general en torno a la práctica del *ral.* facultativo durante la época que estamos estudiando. Sus líneas fundamentales, a saber: presencia de ambigüedades o lagunas en el derecho vigente, remisión del problema al emperador mediante *suggestio*, resolución del problema por el emperador, son muy claras y no hay necesidad de insistir en ellas. Pero sí es necesario llamar la atención acerca del siguiente hecho: que, a diferencia de lo sucedido en el período tardoclásico, en que el emperador resolvía estas dudas a través de rescriptos, en esta época lo hace a través de *leges generales*. Desde luego, el procedimiento general establecido en CI. 1.14.8

\* [No sin razón tu grandeza creyó que debía consultarse a nuestra clemencia acerca del asunto agitado entre la madre de familia, a que se refiere tu consulta, y su hermano, en torno al cual se han presentado diversas leyes por una y otra parte, puesto que la madre, apoyada en diversos argumentos del derecho, pretende que las palabras marido y esposo significarían lo mismo, mientras que el hermano alega que la palabra marido es sólo aplicable al que ya contrajo nupcias...].

era precisamente un procedimiento de formación de este tipo de leyes; la Nov. 4 de Marciano y Valentiniano es ella misma una ley general; y también lo es la constitución conservada en CI. 6.61.5. pr. En otras palabras, los emperadores aprovechan las cuestiones de interpretación y lagunas en el derecho para legislar con carácter general, para dar nuevas leyes, no limitando la solución al caso concreto que se les ha sometido a su decisión. Es esto lo que acaso explique los términos en que aparece concebida la constitución de CI. 1.14.8, la cual, si bien establece el procedimiento para hacer nuevas leyes, cualquiera que haya sido su ocasión, sin embargo, parte de la base de que dichas leyes surgen de lagunas observadas con motivo de litigios públicos o privados. Más claramente aún, la Nov. 4 de Marciano y Valentiniano declara que la interpretación imperial de las leyes está destinada a remover de un modo permanente las oscuridades y ambigüedades respecto de todos, es decir, respecto de todos los jueces y todos los litigantes. En consecuencia, el *ral.* postclásico, a diferencia del clásico, se vincula no ya con la interpretación oficial en general, sino específicamente con la legal y aquella institución ahora sí que se nos presenta en efecto como un verdadero “referimiento al legislador”.

Esto se entiende en el contexto de la política de los emperadores postclásica, de limitar al máximo el valor de los rescriptos en cuanto a su ámbito de validez, circunscribiéndolos a sólo el caso para el cual habían sido dados; y de negarles valor si modificaban el derecho vigente, como ya había hecho Constantino en relación con los rescriptos que lo interpretaban (esto es, lo modificaban) con base en la equidad. En torno a este último punto hay que tener presente que las interpretaciones que los emperadores daban solían basarse precisamente en la equidad, como lo muestran algunos de los ejemplos que antes hemos citado. En consecuencia, resultaba absolutamente congruente con esta política que las interpretaciones que los emperadores emitieran fuesen incluidas en *leges generales* y no en rescriptos.

## XII. EL “REFERIMIENTO AL LEGISLADOR” OBLIGATORIO DURANTE LA ÉPOCA POSTCLÁSICA HASTA JUSTINIANO

Hasta el momento no hemos visto que la práctica del derecho postclásico haya innovado en cuanto a la naturaleza facultativa del *ral.*, que éste tenía en el período tardo clásico. Sin embargo, fue en la época postclásica que nació el *ral.* obligatorio. A priori podemos

decir que en sus orígenes debió de ser bastante circunscrito, porque un *ral.* obligatorio es obviamente incompatible con el facultativo, a menos que aquél se aplique a casos excepcionales.

En efecto, así fue. La primera manifestación de un *ral.* obligatorio la encontramos en la constitución conservada en CI. 1.14.11 (León y Zenón, a. 474), ya conocida por nosotros y que, sin embargo, ahora volvemos a copiar:

Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio indicantis quam sententiae principales autoritas.

Aquí se declara que ciertas dudas surgidas en torno al *ius* (digamos así, por ahora) necesariamente debían ser elevadas al emperador por el juez mediante *suggestio* y solucionadas por aquél con su *sententia*, en donde esta última palabra no creemos que aluda a una sentencia judicial del emperador (*decretum*), sino simplemente a su parecer u opinión, que es el sentido menos técnico de la voz *sententia*. Ciertamente con ello se pasa por silencio la naturaleza del acto de decisión, pues la opinión imperial tanto podía contenerse en una ley general como en un rescripto (o en otros actos); pero, de acuerdo con cuanto hemos dicho en el capítulo anterior, acaso haya que entender que la opinión imperial debía manifestarse a través de leyes. La finalidad de CI. 1.14.11 no era definir la clase de acto que debía emplearse para las interpretaciones imperiales, sino declarar la necesidad de que hubiera una opinión del emperador.

Ahora bien, todo esto es propio de un *ral.* obligatorio, que se diferencia del facultativo en que, precisamente, el juez está forzado a elevar en consulta toda cuestión de interpretación (o laguna) que se le presentare con ocasión del fallo de un litigio de que conociera. El *ral.* configurado en CI.1.14.11, en consecuencia, es obligatorio.

El, sin embargo, no tiene carácter general; y no podía tenerlo, puesto que, como ya antes vimos, a su lado existía y subsistió incluso hasta Justiniano, el *ral.* facultativo.

La especialidad de este *ral.* obligatorio radicaba en la clase de derecho acerca de cuyas dudas se debían consultar al emperador: en efecto, CI.1.14.11 circunscribe esta obligación al *ius novum, quod inveterato usu adhuc non stabilitum est* y no lo extiende, en consecuencia, a todo el derecho. Este carácter excepcional del *ral.*

obligatorio, pues, es el que explica la subsistencia a su lado, del *ral.* facultativo.

Se diría entonces, que la introducción de la obligatoriedad del *ral.* ha sido por vía de ensayo en una zona en que sería más fácilmente tolerable: en la del *ius novum*, o sea, como antes vimos, de las leyes imperiales nuevas. Al fin y al cabo, en torno al *ius vetus*, por un lado, estaba la inmensa literatura de la época clásica, respecto de la cual la "Ley de citas" del año 426 había fijado algunos cánones de discriminación; y en torno a las leyes imperiales menos modernas, por otro, se suponía que el uso y la costumbre había fijado para ellas un cierto sentido generalmente aceptado. De este modo, imponer a esos ámbitos la obligatoriedad del *ral.* hubiera resultado quizá demasiado violento. Pero no lo era tratándose del *ius novum* aún no estabilizado, para el cual faltaba precisamente la adecuación proveniente del uso y una doctrina encauzadora; en consecuencia bien podía establecerse que la interpretación imperial en ese campo procedía con carácter forzoso.

Es necesario, sin embargo, advertir que la transformación del *ral.*, de facultativo en obligatorio, estaba en la mente de los emperadores desde hacía tiempo. Se trata de insinuaciones, no de prescripciones como la prescripción tan clara y firme que vemos en CI.1.14.11. Obsérvese, p. ej., que en la constitución de CI.6.61.5 (a. 473), los emperadores dicen al *magister militum* de Dalmacia que "no sin razón... tu grandeza... creyó que debía consultarse a nuestra clemencia". Ciertamente no es este el lenguaje apropiado para dejar claramente establecido que ese magistrado había obrado en cumplimiento de una obligación; pero es también cierto que en ese lenguaje hay escondida una cierta creencia por parte de los emperadores, de que lo más correcto había sido el consultarles. Algo parecido hay escondido en la Nov. 4, cuando los emperadores firmantes declaran que si algo de oscuro se encuentra en las leyes "ello debe aclararse por la interpretación imperial" a fin de que en el futuro los jueces y litigantes no permanezcan en la incertidumbre.

Pero se trataba, repetimos, de sutiles tendencias y de meras insinuaciones; e incluso podemos agregar que acaso correspondían ellas a la realidad, en cuanto las consultas al emperador debían ser muy frecuentes y normales, al menos en los casos dudosos. En todo caso, lo cierto es que, de un modo claro, institucional, la primera vez que se ha establecido un *ral.* obligatorio fue en el año 474 por León y Zenón para las dudas surgidas en torno al *ius novum* aún no estabilizado.

## XIII. JUSTINIANO Y EL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR" OBLIGATORIO

La generalización del *ral.* obligatorio se debió a Justiniano.

1. Fue con ocasión de la promulgación del Digesto, en la const. *Tanta* 21 i.f., que ese emperador estableció lo siguiente:

Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit, visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari \*.

Este fragmento se refiere a las posibles ambigüedades que se hallaren en el Digesto (*si quid ambiguum fuerit visum*). Pero para valorar el exacto alcance de la norma, es necesario recordar que en la misma const. *Tanta* Justiniano quitó todo valor a los escritos de la jurisprudencia no recogidos en el Digesto, como si dijéramos que derogó esos escritos<sup>68</sup>. De este modo, al hablar él de ambigüedades lo hacía en el entendido de que ellas no podían presentarse en otra obra jurisprudencial que no fuera precisamente en el Digesto, ya que las demás existentes habían quedado exentas de valor, por lo cual, a propósito de ellas, no podía haber cuestión de ambigüedades.

Ahora bien, en el citado párrafo de la const. *Tanta*, Justiniano declara que tales ambigüedades deben ser enviadas por los jueces al emperador (*hoc ad imperiale culmen per iudices referatur*), de modo que éste las "manifieste", esto es, las aclare y resuelva.

Con estos antecedentes, podemos entrar a formular los siguientes comentarios.

En primer lugar, es claro que nos encontramos aquí en presencia del *ral.*, pues se dan en la figura todos los elementos que lo constituyen; pero, y es esto lo más interesante, ese *ral.* tenía carácter obligatorio, como se desprende claramente de los términos en que aparece concebida la disposición, pues ella no deja otra alternativa para la aclaración de ambigüedades que la de remitirlas al príncipe y, además, lo hace de modo conminatorio (*referatur*).

\* [Si, como antes ha quedado dicho, algo pareciera ambiguo, remitase por los jueces a la superioridad imperial y declárese por la autoridad del emperador, único a quien ha sido concedido hacer las leyes e interpretarlas].

<sup>68</sup> c. *Tanta-Dédoken* 19.

En seguida, este *ral*, tiene carácter general respecto de lo que podríamos denominar el derecho jurisprudencial; ya lo hemos indicado: debido a la “derogación” de que había sido objeto la literatura jurídica no recogida en el Digesto, fuera de éste no había más derecho jurisprudencial; en consecuencia, las ambigüedades sólo podían presentarse en él; y como Justiniano se reservó su interpretación, ello quiere decir que se ha reservado la interpretación del único derecho jurisprudencial posible y, al mismo tiempo, de todo el derecho jurisprudencial.

2. El *ral*, construido en const. *Tanta* 21 concierne a las ambigüedades del *ius*; falta, en consecuencia, el concerniente a sus lagunas. Con él se enfrenta Justiniano en la misma const. *Tanta* 18, en los siguientes términos:

Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tali contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere \*.

El texto discurre sobre la base de las lagunas, esto es, de la ausencia de regulación para un caso determinado, lo cual Justiniano plantea sobre la base de la aparición en el futuro de esos casos, porque en otros párrafos de la constitución había pretendido que el Digesto era completo y sin lagunas en relación con lo existente<sup>69</sup>. De ahí entonces que hable de la posibilidad de que “después (se entiende: de la promulgación del Digesto) pudieran emerger negocios aún no anudados por los lazos de las leyes” (*postea emergi negotia, quae adhuc legis laqueis non sunt innodata*). Para ese

\* [Con todo, como las cosas divinas son muy perfectas, pero el derecho humano tiende siempre al progreso por su misma condición y nada contiene que pueda permanecer sin cambio (pues la naturaleza no cesa de producir nuevas formas), no excluimos que puedan surgir nuevos negocios que no estén aun sujetos por los lazos de las leyes. Si tal ocurriese, solicítase el remedio al emperador, pues Dios puso la gracia imperial al frente de las cosas humanas, para poder enmendar y ajustar toda novedad y ordenarlo con las correspondientes medidas y reglas].

<sup>69</sup> c. *Deo auctore* 5; *Tanta-Dédoken* 1.



caso (*si quid igitur tali contigerit*) el texto ordena que se solicite remedio al emperador (*Augustum imploretur remedium*). Lo que sigue del texto indica que el remedio que el emperador debía proveer consistiría en una ley reguladora de esos *nova negotia* no previstos ni regulados en el Digesto, ya que ahí se habla del príncipe puesto por Dios al frente de las cosas humanas para enmendar y ajustar toda novedad y ordenarlas con reglas y medidas competentes, o sea, se habla del príncipe legislador.

Nuevamente, pues, nos encontramos ante un *ral.*, esta vez, concerniente no a las ambigüedades, sino a las lagunas; y nuevamente también ese *ral.* tiene carácter obligatorio, ya que tampoco aquí se deja otra alternativa que el recurso al emperador y también aquí el lenguaje es conminatorio (*Augustum imploretur remedium*). Cierto es que, sin embargo, no se habla en este texto de los jueces como sujetos al deber de remitirse al emperador; pero es obvio que, aun cuando no se los mencione, si la norma era válida para todos, con mayor razón lo era para ellos.

3. En la const. *Cordi* 4, del año 534, con que Justiniano promulgó el (segundo) *Codex Iustinianus (repetitae praelectionis)* vienen supuestos algunos aspectos del *ral.* El texto, en su parte pertinente, después de haber dado al *Codex* fuerza de constitución imperial y de haber prohibido la invocación de constituciones no recogidas en él, dice que ello será así:

... nisi postea varia rerum natura aliquid novum creaverit,  
quod nostra sanctione indigeat.

Hoc etenim nemini dubium est, quod, si quid in posterum  
melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum,  
hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem  
referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur \*.

El texto discurre sobre la base de negocios o hechos, o, en general, situaciones nuevas surgidas con posterioridad al *Codex (aliquid novum)*, para todo lo cual éste carezca de regulación (*quod nostra sanctione indigeat*); en otras palabras, ese texto se basa en el supuesto de lagunas que se presentaren en el *Codex* en el futuro.

\* [... a no ser que después la variada naturaleza de las cosas creare algo nuevo que carezca de una regulación emanada de nosotros. No debe dudarse que, si con posterioridad se encontrare algo mejor que fuere necesario incluir en constituciones imperiales, ello será sancionado por nosotros y reducido a otra compilación, que se llamará *Novelas*].

Si tales novedades futuras resultaren necesitadas de una regulación (*si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutiones necessario sit redigendum*), Justiniano anuncia que procederá a legislar convenientemente (*hoc a nobis et constituatur*) y que sus nuevas leyes serán compiladas en otra colección que denominará *novellae constitutiones* (como, en efecto, sucedió).

El fin de esta norma era dejar en claro que, pese a la prohibición de citar constituciones no recogidas en el *Codex*, las futuras sí podrían citarse, precisamente por ser futuras, las cuales, obviamente, no podrían estar compiladas en el *Codex*.

En consecuencia, aquí no se establece directamente un *ral.*, pero sí se lo supone, pues Justiniano da por sentado que las futuras novedades no reguladas en el *Codex* tendrían que ser reguladas mediante constituciones imperiales, lo cual implicaba que los jueces no podían colmar las lagunas por sí mismos y que deberían solicitar al príncipe la solución.

4. Con Justiniano, pues, quedó definitivamente configurado el *ral.* obligatorio tanto por lo concerniente a las ambigüedades de las leyes como a sus lagunas.

¿Cuál ha sido su fundamento?

El *ral.* obligatorio era en Justiniano una consecuencia de las facultades exclusivas y excluyentes, esto es, privativas, del emperador para interpretar las leyes por cuanto respecta a las ambigüedades; y del monopolio suyo de la creación del derecho a través de la ley, por cuanto respecta a las lagunas. Desde el momento en que la figura del príncipe se ha erigido en único *interpretres* y en único *conditor legum*, resultó nada más que una lógica consecuencia de ello, que si los jueces se encontraban con oscuridades en las leyes o con lagunas en las mismas, no tuvieran otra vía para salir del problema que enviarlo al emperador para que las interpretara o creara una ley nueva colmadora de la laguna.

Si nosotros volvemos a los textos justinianos en que él ha establecido el *ral.*, veremos claramente expresadas tales ideas: en la const. *Tanta* 21 dice que la aclaración de las ambigüedades será formulada por la "*Augusta auctoritas*" única a la cual fue concedido no sólo crear las leyes, sino que también interpretarlas (*cui soli-concessum est leges et condere interpretari*). En la const. *Tanta* 18, por su lado, se dice que debe implorarse remedio al Augusto en caso de lagunas, porque él es el legislador, expresándose esto último a través de un retórico y mayestático período que, en síntesis, viene a decir lo mismo que se dice en *Tanta* 21.

Pero estos supuestos, de ser el emperador el único *interpres* y el único *conditor legum*, a su vez, descansaban sobre un supuesto anterior, de que la única fuente del derecho era la ley imperial y no otra <sup>70</sup>. Con esto el círculo quedaba cerrado: la ley como única, exclusiva y excluyente fuente de derecho, conducía al emperador como único *conditor legum*; lo cual, por un lado, conducía al mismo emperador como único habilitado para colmar sus lagunas, en la medida en que las lagunas requieren de una nueva ley; y, por otro, también al emperador como único *interpres legum*, ya que interpretar la ley en el fondo implica establecer derecho.

Este círculo ya había sido entrevisto por Justiniano con anterioridad a la constitución *Tanta*, en la ley conservada en CI.1.14. 12, en cuyo párr. 3. después de sancionar el valor de ley que debía reconocerse a la *imperialis interpretatio*, funda esa decisión en esto: *Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet: si sólo al emperador corresponde crear la ley, de ello se deduce que sólo a él corresponde interpretarla, porque interpretar la ley es hacer una ley. En la const. Tanta 21 se dice lo mismo, pero de modo apodíctico, no argumentativo: . . . ex auctoritate Augusta manifestetur cui soli concessum est leges et condere et interpretari.*

En consecuencia, con Justiniano la institución que llamamos *ral.* ha madurado definitivamente como un verdadero "referimiento al legislador". Esta transformación de la figura, según vimos, ya se había operado con anterioridad a Justiniano durante la época postclásica; pero lo cierto es que ha sido con él que aquélla ha recibido lo que podíamos denominar su fundamentación teórica explícita.

5. Esta doctrina, sin embargo, ha tenido en Justiniano un cierto *iter* que explica algunas vicisitudes del *ral.* establecido por él.

Primeramente debemos observar que en la const. *Summa*, con que fue promulgado el *Codex* del año 529, no figura ningún *ral.* relativo a ese código. Y en seguida, que, como se sabe, la célebre "Ley de citas" del año 429 tuvo su lugar en la compilación, al mismo tiempo que en la const. *Summa* Justiniano autoriza la alegación de opiniones de los juristas, en la medida en que no contradijeran a las leyes del *Codex* <sup>71</sup>. Todo esto implica que a la fecha de este último, Justiniano aún no había diseñado ningún plan en relación con

<sup>70</sup> Vid. LAURIA, M., *Ius Visione romane e moderne* <sup>2</sup> (Napoli 1962), p. 288 ss. sobre el emperador legislador, con otros textos.

<sup>71</sup> *Iust.*, c. *Summa* 3.

la antigua jurisprudencia y que continuaba reconociendo un valor a sus escritos para la interpretación del derecho<sup>72</sup>; lo cual, a su vez, suponía que la concepción del emperador como único *interpres legum* no había madurado.

La const. conservada en CI. 1.14.12 es casi dos años posterior a la const. *Haec*; y en aquélla vemos a Justiniano erigirse en único *interpres legum*, sin perjuicio de reconocer, al final de la constitución, el valor de los escritos de los antiguos *veteris iuris conditores* en cuanto la majestad imperial les había permitido su labor. Si Justiniano tenía diseñado o no el plan del Digesto no lo sabemos; pero sí es cierto que el lugar que asigna a la jurisprudencia, dentro del sistema de fuentes como delegados del emperador para crear e interpretar derecho, es una consecuencia de su nueva posición de único *conditor et interpres legum*. Este reconocimiento todavía dado a la jurisprudencia impedía el establecimiento del *ral.* obligatorio.

Una vez elaborado el Digesto, "derogada" toda la jurisprudencia no recogida en él, y transformada la recogida en ley imperial, las consecuencias del principio de ser el emperador el único *conditor et interpres legum* pudieron ser obtenidas muy naturalmente: esa consecuencia fue precisamente el *ral.* obligatorio.

En el año 534 se promulgó el segundo *Codex*; y en la const. *Cordi* con que se promulgó, el permiso de citar la jurisprudencia en apoyo de las constituciones contenidas en el código (se entiende: en la medida en que no estuviera ella acogida en el Digesto) ha desaparecido; lo mismo que la "Ley de citas", pues ella ya no figura en el nuevo *Codex*, todo ello como consecuencia del mismo principio de ser el emperador el único intérprete. En la const. *Cordi*, sin embargo, tampoco figura el *ral.* de modo directo, aunque viene ahí presupuesto para las lagunas. ¿Por qué? Es posible que debido a que las constituciones de CI.1.14.1 de Constantino, de CI.1.14.9, de Marciano y Valentiniano, y de CI.1.14.11, de León y de Zenón, puestas en relación con la constitución justiniana del año 529 ahora recogida en CI.1.14.12, todas ellas hayan sido consideradas suficientes para indicar que, siendo el emperador el único intérprete del derecho y su único creador, toda duda hermenéutica y toda laguna presentada a los jueces a propósito del *Codex*, debía ser consultada por ellos al emperador. En otras palabras, el

<sup>72</sup> En efecto, la concepción del Digesto es del año 530: PRINGSHEIM, F., *Die Entstehungszeit des Digestenplanes*, en *Ges. Abh.* (n. 62), t. 2. p. 43 ss.

*ral.* obligatorio respecto del código habría quedado establecido para Justiniano en el interior del código mismo: en CI.1.14.

6. En todo caso, en una constitución del año 541, posterior, en consecuencia, al segundo *Codex*, Justiniano reafirmó la institución del *ral.* obligatorio, esta vez con carácter general. Se trata de la Nov. 113.1.pr., que reza así en su parte pertinente:

Si vero aliqua dubitatio iudici de aliqua fiat lege, nuntiet ad nostram potestatem, et a nobis expectet causae scriptam declarationem aut interpretationem, et secundum eam decidad litem \*.

Esta norma expresa la forma más extensa a que llegó el *ral.* en la historia del derecho romano. Ella discurre sobre la base de una "duda" (*dubitatio*) surgida al juez; y esa expresión es lo bastante amplia como para incluir no sólo las dudas basadas en oscuridades o ambigüedades de la ley que exijan su interpretación, sino también las dudas provenientes de posibles lagunas en ella, que exijan su integración.

Por otro lado, el texto habla de *dubitatio ... de aliqua lege*, y "ley" significa: Instituciones, Digesto, Código y Novelas, lo que más tarde sería llamado *Corpus Iuris*, o sea, para su época, todo el derecho.

El texto reafirma el carácter obligatorio del *ral.*, pues no deja ninguna alternativa al juez y se expresa en términos conminatorios (*nuntiet ad nostram potestatem*); y reafirma también el carácter vinculante de la decisión imperial (*secundum eam decidad litem*). Es claro, además, que aquello sobre lo cual el emperador debía decidir no era sobre el fondo del negocio, sino precisamente sobre la *dubitatio de aliqua lege* (*expectet declarationem aut interpretationem*), que es característico del *ral.*

Con esta novela, pues, Justiniano superó las estratificaciones que poseía el *ral.* en las distintas constituciones anteriores, cada una de las cuales reflejaba un momento distinto del *iter* histórico de la institución antes de Justiniano y bajo él. La Nov. 113 sintetiza y unifica esos diferentes estratos en una sola figura de alcance general.

\* [Pero si al juez surgiere alguna duda acerca de alguna ley, comuníquelo a nuestra potestad y espere de nosotros la declaración o interpretación escrita del caso, y según ellas decida el litigio].

## XIV. LA DEROGACIÓN DEL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR"

El *ral.* alcanzó su momento más perfecto con la Nov. 113, según acabamos de ver; pero tal perfección señaló al mismo tiempo su ruina.

El *ral.* fue prohibido con la Nov. 125 del año 543. Del proemio<sup>73</sup> de esta constitución aprendemos que el emperador actuó movido por las consecuencias nocivas que producían las consultas dirigidas por los jueces al emperador, en cuanto a gastos y dilaciones procesales para los litigantes. No poco debió de influir también el recargo que estas consultas significarían para las oficinas imperiales, con asuntos judiciales de envergadura a veces muy desigual. Debemos tener presente, por lo demás, que los asuntos judiciales llegaban al emperador no sólo por la vía del *ral.* obligatorio, sino también por la vía de la *consultatio* antes de la sentencia; a ellos se sumaban los que podían llegar por la vía de la apelación e incluso de la súplica, teniendo presente que los procesos apelados o suplicados podían ser los mismos que antes habían sido consultados. Evidentemente, pues, la consulta, fuera aquella del *ral.* o bien la normal como trámite que cubría no una cuestión de derecho, sino todo el material litigioso, implicaba duplicaciones que únicamente producían perjuicio a los litigantes y a la burocracia imperial. Fue por ello que dispuso Justiniano en la norma antes citada, lo siguiente:

Iubemus igitur nullum iudicantium quolibet modo vel tempore pro causis apud se propositis nuntiare ad nostram tranquillitatem, sed examinare perfecte causam et quod eis iustum legitimumque videtur decernere... \*.

La norma es lo suficientemente amplia como para comprender tanto al *ral.* como a la *consultatio*, cual trámite formal del proceso. En ella se prohíbe al juez *nuntiare* al emperador las causas sometidas a su conocimiento en cualquier modo que fuere (*quoli-*

<sup>73</sup> Inst., nov. 125. pr.: *Quoniam quidam iudicantium post multa litis certamina et plurima litigantibus facta dispendia in negotiis apud eos motis suggestionibus utuntur ad nostram tranquillitatem, praesenti generali lege haec perspeximus emendare, ne dilationes negotiis ex hoc fiant et aliud rursus principium examinationes accipiant.*

\* [Mandamos que ningún juez, de ningún modo y en ningún tiempo, comunique a nuestra serenidad las causas de que conocieren; por el contrario, ellos deben examinar perfectamente el litigio y resolverlo conforme con lo que les pareciere ajustado al derecho y a la ley].

*bet modo*). De paso observemos que el verbo *nuntiare* usado aquí es el mismo usado en la Nov. 113.1.pr. (*nuntiet*), para describir el acto de remitir las *dubitaciones* al príncipe. Ello es suficiente para estimar que la prohibición intimada a través de esta Nov. 125 cubría también el *ral*. Que además cubría la *consultatio*, aunque ello no nos importe a nosotros, parece ser también verdadero y así lo ha entendido la doctrina<sup>74</sup>.

Prohibido el *ral*., la Novela dispone que los jueces fallen las causas, conforme con lo que les pareciere justo y legítimo; en otras palabras, ella devuelve competencia a los jueces para resolver por sí mismos las oscuridades y ambigüedades en las leyes y para colmar sus lagunas. En la parte siguiente del texto, que no hemos copiado, la novela deja a salvo el recurso de apelación al emperador.

## XV. SÍNTESIS

La síntesis de nuestro trabajo es la siguiente: El *ral*. involucra la facultad o la obligación de los jueces, de remitir a una instancia de creación o de interpretación oficial (no necesariamente legal) del derecho una cuestión de laguna u oscuridad encontrada con ocasión de un litigio de que conocieren, a fin de que la laguna sea colmada o la oscuridad aclarada, y quedar así en condiciones de emitir dicho juez su fallo. Durante los períodos clásicos inicial y alto, el derecho ha conocido una pluralidad de instancias de creación e interpretación del derecho, ninguna dependiente de la otra ni de un poder superior común. Algunas de ellas han sido instancias oficiales de creación, pero ninguna instancia oficial de interpretación. Como consecuencia de esto último y de que, pese a haber habido instancias oficiales de creación, el juez era independiente de ellas, no ha podido fructificar en esos períodos ningún *ral*. En el período tardoclásico ha surgido el emperador como instancia oficial de creación e interpretación del derecho situada en la cúspide de una cierta jerarquía, sin perjuicio de haberse aún mantenido otras, en especial, la jurisprudencia. Pero aquella nueva circunstancia ha permitido la gestación de una práctica de *ral*. facultativo por parte de los magistrados dependientes del emperador, a través de *consultationes* y *relationes* respondidas por el prin-

<sup>74</sup> KASER, M., *RZPR.* (n. 45), p. 502.

cipe mediante rescriptos. No ha habido durante este período un *ral.* obligatorio. Durante la época postclásica, el emperador se erige en instancia única de creación del derecho y progresivamente en instancia única de su interpretación, hasta culminar el proceso con Justiniano. El *ral.* facultativo del último período clásico continúa vigente a través de *suggestiones* de los jueces dependientes del emperador, que son respondidas por este mediante *leges generales*. De este modo, la interpretación del derecho de puramente oficial deviene en legal. En el S.V. surge un especial *ral.* obligatorio concerniente al *ius novum*. Con Justiniano, y su labor en torno a las Instituciones, el Digesto y el Código, todo *ral.* se transforma en obligatorio, pero finalmente en el año 543 la idea misma de esta institución es derogada, recobrando el juez su competencia para interpretar y colmar el derecho por sí mismo.