

PRODUCCION DE NORMAS DURANTE EL IMPERIO¹

PROBLEMAS TEÓRICOS E INDAGACIONES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN EN EL TARDO-ANTIGUO

POR LORENZO FASCIONE

El problema de la producción de normas en el Imperio Romano presenta la necesidad de buscar soluciones eficientes frente al caos normativo. Salvando las distancias, algunos planteamientos del profesor Fascione pueden servir de base para un adecuado tratamiento de las fuentes del Derecho en nuestra legislación.

SUMARIO

1. Legislación y codificación en la edad cesariana
2. Los códigos prejustinianos
3. El plan teodosiano
4. El *codex Theodosianus*.
5. El *codex Iustinianus*, la jurisprudencia y los libros Basílicos
6. Estudios actuales sobre la legislación del tardo-antiguo
7. ¿Codificación o bien «deregulation»?

1. LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN EN LA EDAD CESARIANA

Puede parecer extraño hablar de codificación a la edad de Caio Julio César, si no es por un pasaje de Suetonio, sacado de la *Vita Caesaris* (44, 1-4) en que afirma:

«Iam de ornanda instruendaque urbe item de tuendo ampliando que imperio plura ac maiora in dies destinabat: in primis... ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros...»

o sea:

«destinaba cada vez más su tiempo tanto a progresar y a embellecer la ciudad como a mejorar y proteger el imperio: primero que todo ... redactando todo el derecho en forma segura y compilando poquitos libros con lo mejor y lo necesario de la masa inmensa y esparcida de las leyes...».

Se sabe que Suetonio desarrolló sus actividades entre el reino de Trajano y aquel de Adriano, dos emperadores muy ocupados en el cuidado del Estado y, sobre todo el segundo, en el tema de la legislación. Pero ninguno de los dos se recuerda por una obra de codificación: por consiguiente, puede decirse que Suetonio habla de una idea de codificación, es decir, de una necesidad de codificación, no tomada del presente, sino ya concebida y conocida por lo menos entre la república y el comienzo del principado.

¿Qué serían los *paucissimos* libros de César? ¿Y qué significa aquí codificación? La frase de Suetonio indica que el primer objetivo es el orden entre las leyes cuya producción, evidentemente a fines de la república, era incontrolable. Aún la producción de edictos de los pretores necesitaba una reorganización que aclarara los derechos de los ciudadanos y de los extranjeros (*peregrini*) entre el imperio. Por otra parte, se sabe que toda la literatura de la edad augustal entiende la ley y la legislación como el fundamento del Estado duradero y que merece el acuerdo de los súbditos. Es lo que Suetonio indica con *ius civile ad certum modum redigere*, que es una actividad que mira a *tuere et ampliari imperium*.

A pesar de que la idea de un código que ordene y aclare es muy antigua, su realización se llevará a cabo mucho tiempo después.

Si observamos las fuentes del derecho entre finales de la república y lo que Francesco De Martino llama «el imperio clásico» (el principado), hay que precisar que a las leyes republicanas y a los edictos de los pretores se agregan tanto los senadoconsultos y las constituciones imperiales que se hacían tratando todos los argumentos jurídicos desde el segundo siglo antes de J.C. o, más bien, a partir de las obras de interpretación de las XII Tablas (los famosos *Tripertita* de Sexto Elio Peto Cato).

Si ahora nos preguntamos otra vez qué significa codificación, y tenemos presente la necesidad de hacer orden entre las fuentes, empezamos a

Lorenzo Fascione

• Catedrático de la
Universitá degli studi
di Teramo (Italia).

comprender que la cuestión de la codificación se reduce a catalogar leyes para que no se pierdan; o a armonizar todas las fuentes, leyes, edictos, senadoconsultos, constituciones y jurisprudencia, para que se conozca y se utilice todo el derecho producido, a favor de los usuarios, o sea, de todos los ciudadanos y de los otros súbditos. Esta idea de código -es decir de fuentes armonizadas- se realizará muy tarde, sin duda después de que Salvio Juliano compilara definitivamente el texto del edicto del Pretor; de que Gaio escribiera sus *Commentarii libri IV*, llamados comúnmente «Instituciones», después de la muerte de Antonino Pío y, aún después, de las experiencias maduradas con los códigos Gregoriano y Hermogeniano.

2. LOS CÓDIGOS Y PREJUSTINIANEOS

Por lo que sabemos nosotros, los códigos Gregoriano y Hermogeniano tenían como objetivo la práctica judicial, lo que indica que los autores, probablemente juristas privados, hicieron una selección de materiales que nosotros no conocemos, según un criterio que no lograremos conocer por mucho tiempo.

El código Gregoriano fue compilado en Oriente (¿en Nicomedia?), alrededor de los años 292 y 293 d.C. y contenía «rescriptos» desde Septimio Severo (196 d.C.) hasta la época de Diocleciano, pero no se puede excluir que contuviera también

La obra de
codificación
útil tiene que
ofrecer leyes y
jurisprudencia.

«rescriptos» antecedentes del emperador Adriano (117-138 d.C.). Por su parte, el código Hermogeniano constituyó el complemento del otro y comprendía un grupo de «rescriptos» de Diocleciano.

¿Y las otras fuentes? ¿Y qué más, sobre todo, de la jurisprudencia?

Desde el fin de la llamada «jurisprudencia nominada» y el nacimiento de lo que Fritz Schulz llama «período burocrático de la jurisprudencia» -o sea de Diocleciano a Justiniano-, parece que no se escribe más, o mejor, parece que anónimos juristas prefirieran sólo dos géneros de literatura jurídica: *l'epitome*, o sea el compendio, y la recolección mixta de leyes y material jurisprudencial. Podemos así recordar, como ejemplo del primer género, los *Tituli ex corpore Ulpiani*; las *Pauli sententiae* y la *Epitome Gaii*; y del segundo los *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum*

Mosaicarum et Romanarum, llamada *Lex Dei* también, y la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*.

Muchas veces se dice que estas obras son la prueba de la decadencia de la cultura jurídica romana-occidental del bajo imperio. Pero yo creo necesario observar también las exigencias de la práctica, en el sentido que está implícito en las palabras de Suetonio, que recomienda la necesidad de *redigere ius civile ad certum modum* y de reunir lo que está disperso en la *immensa diffusaque legum copia* dentro *paucissimos* libros.

En otras palabras, la enorme masa del material jurídico, de la que podían hacer uso los que emplean el derecho, corría el riesgo de no servir de nada, ya que muchas leyes permanecían desconocidas para la mayoría de los súbditos y que las obras de la jurisprudencia clásica quedaban disponibles sólo para un pequeño círculo de intelectuales, cercanos a las universidades o a la cancillería de corte.

El problema implícito en este contexto se comprende analizando lo que fue el plan de codificación de Teodosio Segundo, tanto entre los años 429 y 435, como entre el 435 y el 438 d.C.

3. EL PLAN TEODOSIANO

La primera y originaria idea de Teodosio II fue ambiciosa. En el año 429, él nombró nueve comisarios para redactar dos distintas colecciones. La primera era destinada sobre todo a la ciencia y tenía que incluir todas las constituciones desde Constantino, puestas en orden según el sistema de los dos códigos anteriores. La segunda recolección, dependía de la primera y era, al contrario, destinada a la práctica y tenía que incluir las constituciones que tenían aún valor, tanto de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, como del nuevo.

La segunda, además, tenía que integrar las leyes con trozos escogidos de la jurisprudencia clásica.

Por lo tanto, la obra que tiene como objetivo la práctica tiene que ser un mixto de leyes y de jurisprudencia, sin el cual no se administra la justicia, tanto si es parte, tanto si es juez. Lo que indica que tanto las colecciones mixtas de leyes y material de la jurisprudencia, de los que hablamos antes, fueron una necesidad del foro, porque la obra de codificación útil tiene que ofrecer a la vez leyes y jurisprudencia.

Muchas causas provocaron la quiebra de la primera idea de codificación oficial y, en el año

435 Teodosio nombró otra comisión de dieciséis miembros que tenían que compilar un solo código, para la práctica y para la ciencia, recogiendo constituciones vigentes y derogadas, con facultad de mudar o adjuntar algo, si parecía necesario, para alejar contradicciones y ambigüedades. Pero este plan también tuvo necesidad, como ya se vio claro, de la jurisprudencia. Es casi seguro que por la falta de sólidos juristas en condición de dominar la masa enorme de obras de jurisprudencia clásica tuvieron que recurrir a la ley de Valentiniano III del año 426 d.C.

Esa ley, llamada aún «ley de las Citas» (C.Th. 1, 4, 3), daba facultad a la utilización en los juicios de las obras de cinco juristas (Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gaio) y de las opiniones de los otros, con tal que fueran citados ahí. Esto fue lo máximo que fue hecho. Aún, si parece poco, es de cualquier modo la confirmación de la necesidad que el código ofrezca al usuario tanto las leyes, como los principios y la interpretación de la jurisprudencia, o sea las reglas generales que emergen de la ciencia jurídica y las que se refieran a casos particulares.

4. EL CODEX THEODOSIANUS

El Código Teodosiano entró en vigor el 15 de febrero del año 438 d. C. en el Imperio Oriental, pero tuvo vigencia recién desde el primero de enero del año 439 d.C. en Roma, ya que fue enviado para que tuviera vigencia, aún en Occidente.

Este código era, pues, una compilación oficial y convertía en oficiales los otros códigos también. Es más, en sustancia convertía en oficial las obras de la jurisprudencia de los cinco juristas de la «ley de las Citas» y las opiniones de los otros citados.⁽²⁾

De nuevo tenemos que preguntarnos cuánto sabemos de los criterios según los cuales los comisarios de Teodosio⁽³⁾, así como los compiladores del Gregoriano y del Hermogeniano, seleccionaron todo el material que se hallaba en la cancellería imperial; mientras el problema de las obras jurisprudenciales se coloca sobre otro plano. En efecto, los cinco juristas representan cinco géneros diferentes de literatura jurídica: Papiniano es la literatura casuística; Paulo y Ulpiano son el máximo desarrollo del comentario al edicto del pretor, o sea, del derecho procesal; Modestino representa la literatura penal y administrativa, y Gaio es el manual del derecho civil. Después de todo, y considerando también las citaciones de los otros juristas, toda la juris-

prudencia estaba ahí citada, pero su aprovechamiento dependía todo de la capacidad y de la sabiduría del usuario.

Entonces podemos hacer otras consideraciones volviendo a Suetonio. Codificar significa hacer orden dentro de una masa enmarañada de fuentes jurídicas. Pero si además de eso la codificación es expresión también de la voluntad del emperador, voluntad ahora exteriorizada mediante un código oficial, se comprende por qué la facultad de usar la jurisprudencia según la ley del año 426, o sea según la norma recogida en el Código Teodosiano, no corresponde a la idea de Estado absoluto que se formó después de Diocleciano, particularmente en el imperio de Bizancio desde Teodosio hasta Justiniano.

Este problema quedará claro en el siglo que comprende el año 439 y al 528 d.C., cuando Justiniano anunció su plan jurídico, o sea, más exactamente, la nueva compilación de las leyes imperiales. La base del nuevo código serán los tres códigos anteriores y las leyes publicadas después. El objetivo de toda la operación es la de *amputare la prolixitas litium*, o sea, disminuir el largo y lento proceso de los juicios. Se comprende así, que el objetivo práctico empuje al emperador a emprender un trabajo que unos ochenta años antes se había manifestado muy improbable. Más que compilar las leyes, el verdadero problema era el qué hacer con las obras de la jurisprudencia.

5. EL CODEX IUSTINIANUS, LA JURISPRUDENCIA Y LOS LIBROS BASÍLICOS

El código Justiniano tuvo valor desde el dieciséis de abril del año 529 y la prontitud con que se terminó el trabajo fue la prueba segura de la sabiduría de los comisarios.

Acantonadas las veleidades científicas, los compiladores quisieron expresar en fórmulas objetivas y generales la norma pura e intentaron una sistematización racional de todo el material. Es ésta, quizá, la razón del éxito que tuvo la selecta personalidad de Triboniano y de sus más importantes colegas (Juan, Teófilo, Doroteo y Esteban) en la compilación también del material jurisprudencial. Se necesitó en efecto un tiempo más que aceptable para elaborar también las obras de la jurisprudencia, y para compilar el Digesto y las Instituciones. En seis años, las tres obras fundamentales de todo el derecho occidental (Código, Digesto e Instituciones) estuvieron listas.

No es éste el momento de indagar sobre el método de trabajo de los comisarios. Más bien

consideremos qué es lo que conocemos de todo el material utilizado de la comisión justiniana y lo que ha significado para aquel material la entrada en vigor de las obras de la compilación. En las zonas orientales del imperio eso significó la aniquilación total de todo lo que no fue incluido en los textos oficiales; mientras en las partes occidentales se salvó algo, gracias al aprovechamiento hecho por los bárbaros para la realización de las leyes romano-bárbaras. ¡Qué lástima y qué desastre!

¿Qué sabemos entonces de los criterios de selección aprovechados por los compiladores? En verdad, muy poco, o sea, lo que podemos comparar entre la compilación y las otras fuentes que se citan o que se refieren a los mismos materiales que surgieron en el mismo contexto histórico y social. Es posible, tal vez, comparar algunas constituciones que aparecen tanto en el código Teodosiano como en el código Justiniano o comparar algunas leyes que están en el código Justiniano y que derivan de el código Gregoriano o Hermogeniano, según se deducen de algunas recolecciones mixtas⁴¹. Los casos en que se compara una ley del código y su texto originario son muy raros. No se llega a comprender cómo los comisarios seleccionaron las leyes, ni cómo extrapolaron del original el texto aprovechado en el código: no sabemos ni el método ni la

¿Qué sabemos
de los criterios
de selección
usados por los
compiladores?

ideología política que guió esta operación.

Es peor, aún, si examinamos las obras bizantinas después de Justiniano y el llamado renacimiento que hubo con la dinastía de los macédones. El *Próquiro* (ó prócheiros nómos) y la *Epanagoge* (*Epanagoge ton nómon*) permanecen siempre sobre un modesto plano

práctico y son sólo el anuncio de la revisión de las antiguas leyes, o sea, la nueva edición de la compilación justiniana. Esta reedición del contenido con distinta división temática de la compilación Justiniana, es la codificación concluida de León Sexto «el Sabio» (886-911 d.C.) y que se indica con sus nombres griegos *Ta basiliká* o *Hexábiblos* o bien *Hexekontábiblos*, o sea «Libros Basílicos» o «Seis Tomos» o bien «Sesenta Libros».

Los libros Basílicos contienen el resumen en griego, trozo por trozo, del material justiniano,

tomado del Digesto, del Código y de las otras leyes siguientes y, en una pequeña parte, de las Instituciones, según el orden del Código Justiniano.

Para nuestro problema, los Basílicos no nos ayudan, porque el resumen ha aumentado las dificultades para conocer los textos originales o, al menos, para intuir sus contenidos con referencia al complejo tejido histórico y social en el que fueron realizados.

Al contrario, el idioma griego para los bizantinos y la comodidad de encontrar todo el material clasificado bajo un título en cada libro fueron la fortuna de esta obra, que terminó con el uso de la compilación justiniana en oriente.

Por lo tanto, entendemos que con esas fuentes no podremos descubrir mucho sobre las ideologías políticas de las compilaciones. Esas fuentes, en cambio, nos hacen entender ahora que código significa libro ordenado de las reglas y de los principios.

6. ESTUDIOS ACTUALES SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL TARDO-ANTIGUO

Para indagar el problema del conocimiento del método y de las ideologías con las que trabajaron los comisarios tanto teodosianos como justinianos se constituyó, bajo el patrocinio de la «Academia Romanística Constantiniana», un grupo de trabajo entre las Universidades de Pavía, Milán, Siena, Perusa, Téryamo y Nápoles. Los colegas tienen como objetivo el de indagar todas las fuentes, desde el fin del imperio clásico hasta el bajo imperio y el comienzo de la edad justiniana para buscar, si es posible, trozos o al menos rastros de las leyes que fueron usadas para la compilación de los códigos.

Fueron ya publicados cinco libros de la colección que fue dedicada a los «Materiali per una palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali». Esos libros incluyen: los autores latinos y griegos cuyas obras serán analizadas en el desarrollo de la investigación; una reimpresión del estudio más importante de Otto Seeck, *Die Zeitfolge del Gesetze Constantins* (o sea: el orden cronológico de la legislación de Constantino); una recolección de textos jurídicos constantinianos desperdigados en las fuentes literarias; la normativa imperial y el derecho romano en las obras de San Ambrosio (*Epistuale*, *De officiis*, *Orationes funebres*) y finalmente la legislación de Valentiniano y Valente. Otras investigaciones se están realizando.

Como decíamos antes, cada vez que entraba en

vigor un nuevo código, eso significaba la destrucción de muchas obras que podían ser útiles para el conocimiento de la realidad en la que trabajaron los compiladores y para conocer los motivos por los cuales ellos eligieron entre las leyes amontonadas en la cancillería imperial⁵¹. Ahora, el único modo para conocer las relaciones entre sociedad y códigos es el de realizar una investigación sistemática como la antes indicada, aunque tenemos pocas esperanzas de encontrar lo que se llaman «textos extravagantes».

7. ¿CODIFICACIÓN O BIEN «DEREGULATION»?

La investigación histórico-jurídica se desarrolla sobre un plano muy diferente de la del derecho positivo y busca reconstruir la norma jurídica y su empleo al interior de una determinada sociedad, en un determinado momento.

Puede, entonces, parecer que el derecho positivo esté lejano de una investigación como la que se presenta aquí, por lo que los positivistas esperan *redigere ius ad modum certum*, como decía Suetonio, o sea simplificar las fuentes y su sistema. Mientras que los juristas que tienen en cuenta el contexto histórico no están satisfechos nunca de lo que logran saber de las fuentes y sus relaciones y de la sociedad cuyas leyes están estudiando.

Pero el problema, como lo he expuesto aquí, es el del aporte que la investigación histórica da a la concepción misma de código.

Primero: no se puede razonar en términos de código si no está claro desde el punto de vista político lo que la sociedad quiere de su ordenamiento jurídico y cuáles intereses entiende tutelar más que otros.

Segundo: para cada sociedad y en cada momento está siempre abierta la cuestión de los principios. El jurista que investiga los problemas, aún con una dimensión histórica, sabe bien que el usuario del ordenamiento quiere un remedio que sea cierto. Y el desarrollo histórico de las codificaciones es, sustancialmente, una carrera hacia la certeza, mediante la destilación de principios.

Tercero: las experiencias maduras en los países que usan códigos y leyes especiales para algunas materias (como el trabajo, los arriendos y otros) señalan cada vez más la necesidad de que exista siempre un principio respecto al cual

relacionar la ley particular. Lo que indica que las leyes especiales llevan de nuevo a una suerte de codificación también si se desarrollan por fuera de un código.

Por lo que me parece recorrer de nuevo el sendero descrito por Suetonio en el pasaje citado al inicio de esta conferencia.

- 1 Exposición realizada el 06 de setiembre de 1993 dentro del Ciclo de Conferencias sobre Derecho Romano organizada por la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La versión final del documento ha sido revisada por Elvira Méndez Chang.
- 2 El Código *Magisterium Vitae*: La segunda parte del programa del 429 no habría sido hecho, es decir, el Código extraído a partir del Código Gregoriano, del Código Hermogeniano y de la *Collectio cunctarum constitutionum* (Colección de todas las constituciones) y de las obras de los juristas clásicos. Este Código debía eliminar los errores, sacar las ambigüedades habría ofrecido una enseñanza de vida.
- 3 Nestario se convirtió en obispo de Constantinopla en el año 428 d.C. y sostuvo que habían dos naturalezas en Cristo, ya que María es madre de Cristo y no es madre de Dios. Esta es una herejía monofísica. Teodosio II convocó por ello al III Concilio Ecueménico de Efeso en el 431 d.C. La obra de codificación iniciada en el 429 se interrumpió. El Concilio declaró la maternidad divina de María y Nestario, acusado de ser un hereje, fue depuesto. En el 435, tenemos la segunda comisión ya sea porque los comisarios o habían muerto, o habían pasado a cumplir otras funciones, o también -como algunos han supuesto- eran nestorianos y, por consiguiente, herejes y fueron condenados.
- 4 Relaciones entre las constituciones imperiales y la jurisprudencia: Teodosio II dió mayor relevancia a las constituciones imperiales, como también hizo Justiniano posteriormente. Los *iura* (trozos de jurisprudencia) habrían integrado los títulos en los cuales precedentemente habían sido ordenadas las *leges* (constituciones imperiales). Los *iura* deberían facilitar la interpretación y el sentido; colmar las lagunas, en especial, en aquellas materias en las cuales tradicionalmente no había producción imperial o ésta era escasa.
- 5 Problemas Fundamentales: La libertad de interpretación es una mina (bomba de tiempo) puesta bajo el concepto de Estado Absoluto. Los emperadores, al menos en la época de Constantino, buscaban afirmar que la ley era completa y no necesitaba de integración. En el caso que hubiesen dudas - dice Constantino - es lícito que los funcionarios y los abogados pregunten sólo al emperador cuál es el estado del Derecho y cuál es la norma que se debe aplicar. Esto aclara cuántos y cuáles eran los miedos de los emperadores:
 - 1) Impedir que se vuelvan a dar aquellas confusiones que habrían llevado a la necesidad de una codificación;
 - 2) Evitar un choque frontal entre los contenidos de las leyes interpretadas y el texto original: resulta evidente que la ley y su interpretación son dos cosas diversas puesto que la primera emana directamente del poder mientras que, por el contrario, la segunda emana del intérprete.