

## Introducción

1. El argumento . . . . .	25
2. El problema del <i>imperium</i> . . . . .	27
3. Teoría del Estado y filosofía política romanísticas . . . . .	29

# I

## INTRODUCCIÓN

Non v'è alcuna esagerazione nell'affermare che, dopo la Bibbia, nessun libro ha lasciato nella storia dell'umanità una traccia più profonda di quella lasciatavi dal *Corpus iuris civilis*. Molto... è stato scritto sull'impulso dato da Roma alla civiltà... e molto s'è discusso a proposito... [del] "fantasma dell'Impero Romano" il cui regno si estese ben oltre le sponde del Mediterraneo. Ma l'eredità del diritto romano non è un fantasma, bensì una vivente realtà. Essa è presente tanto nel tribunale che nella piazza... e vive non soltanto nella istituzioni ma anche nello stesso linguaggio di tutti i popoli civili.

A. P. d'ENTRÈVES

SUMARIO: 1. *El argumento*. 2. *El problema del imperium*. 3. *Teoría del Estado y filosofía política romanísticas*.

### 1. *El argumento*

La tesis central de este libro es la siguiente: el ideal político de la humanidad es un conjunto de doctrinas cuyos principios, dogmas y objetivos son parte de la tradición jurídica de Occidente<sup>1</sup> y, como tal, herencia de la jurisprudencia romana de la Edad Media, *i.e.*, tal y como fue concebida en Bolonia.

El redescubrimiento de la jurisprudencia en Italia permitió la elaboración del material conceptual de la teoría política. Sus dog-

<sup>1</sup> Ciertamente, mis afirmaciones se limitan al mundo occidental: sin embargo, en lo sucesivo omitiré las expresiones 'Occidente' u 'occidental'.

mas y principios se esparcieron por toda Europa, al igual que las doctrinas jurídicas romanas.

Me propongo explicar, aquí, hasta qué grado las teorías del poder, de la soberanía, etcétera, son una reformulación de los principios y dogmas de la jurisprudencia. Mi intención es resaltar el hecho de que la formación de la teoría política moderna es, en gran medida, una herencia del derecho romano.<sup>2</sup>

Somos *heredes necessarii* del derecho romano. No tuvimos nunca la posibilidad de evitar que el derecho romano fuera elemento primordial en la formación de la civilización moderna. *Semel heres, semper heres* (una vez heredero, siempre heredero) —dice la máxima romana—. No podemos alterar el hecho de que el derecho romano jugara un papel prominentísimo en la formación cultural de Europa.<sup>3</sup>

Es necesario hacer una advertencia: el derecho romano del que nos ocupamos aquí, es el de su “estado final”. Por ‘derecho romano’ entendemos, básicamente, el *Corpus iuris civilis* del cual devino la base del derecho europeo moderno. Si el *Corpus iuris* es más bizantino que romano, si Triboniano hizo bien o mal,<sup>4</sup> es muy tarde para *repudiar* la herencia, aun si ésta se revela *damnosa*. En el siglo XI, Irnerio “aceptó” la herencia en nombre de Europa.<sup>5</sup>

El *Corpus iuris* fue compilado en Oriente después de que había desaparecido el Imperio en Occidente. No fue una supervivencia; fue un *descubrimiento italiano* entusiastamente recibido en toda Europa. Esta compilación fue hecha lejos de Roma. Justiniano reinaba en el Imperio de Oriente donde predominantemente se hablaba griego y del cual él fue el último emperador de lengua latina. Durante los siglos que siguen a su aparición, el *Corpus iuris* era incomprensible en Oriente e inaccesible en Europa.<sup>6</sup> (Estos te-

<sup>2</sup> Con la expresión ‘derecho romano’ nos referimos a la disciplina dogmática así llamada y no a un derecho positivo histórico. (*Vid. supra: Proemium.*)

<sup>3</sup> Cfr., Zulueta, Félix de, “The Science of Law”, en Bailey, C. (ed.), *The Legacy of Rome*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 173-174.

<sup>4</sup> Sobre el particular véase: Honoré, Anthony, *Tribonian*, Londres, Duckworth, 1978, *Apéndice I: The Excepting of Ancient Works for the Digest*, pp. 257 y ss.; Bonini, Roberto, *Introduzione allo studio dell'età Giustinianea*, Bolonia, Patron Editore, 1979, pp. 19-46 y 57-77.

<sup>5</sup> Cfr., Zulueta, F. de, “The Science of Law”, cit., pp. 173 y 174.

<sup>6</sup> Cfr., Stein, P., “Forward”, en Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, Cambridge, Speculum Historiale, 1968 (reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1929), p. vii. “Inclusive el éxito parcial de la legislación de Justiniano debe mucho al hecho de que el propio Justiniano era oriental, asistido por orientales... gobernando un Estado oriental” (Buckland, W.W., *A Text Book of*

mas son ampliamente abordados más adelante en el excuso sobre el Estado Bizantino).

Desconocido en Occidente el *Corpus iuris* empezó a hablar por boca de los juristas desde Bolonia: *The head-quarters of the new secular jurisprudence*.<sup>7</sup>

## 2. *El problema del imperium*<sup>8</sup>

El problema del poder constituye el núcleo de la teoría política. Sus “soluciones” son los ideales persistentes de la filosofía política.<sup>9</sup> Sin embargo, la teoría política sobre el poder (su titular, su alcance, sus límites) no es, tanto en su origen como en su funcionamiento, sino doctrina que nace y se desarrolla con la jurisprudencia romana de la Edad Media.

Los teóricos políticos (sean jurisconsultos, filósofos o teólogos) adaptaron y modificaron los conceptos, distinciones y doctrinas del derecho romano para formular teorías políticas. Los textos del derecho romano gozaron de autoridad indisputable por un largo periodo de la historia. El *Corpus iuris* era considerado la *ratio scripta*. En otro tiempo, con otros pensadores, los escritos de Aristóteles o las Sagradas Escrituras gozaron de una autoridad similar.

Abstracción hecha de algunos antecedentes que comentó en particular (el surgimiento de la doctrina autocrática en Bizancio), en este análisis me circunscribo al periodo que va del 1100 al 1600, durante la época en que emerge y se consolida el *Estado*

*Roman Law from Augustus to Justinian*, [ed. de P. Stein], Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 48). Si Justiniano buscó revivir la jurisprudencia clásica o si pretendió remodelarla bajo la guía de principios orientales —predominantemente griegos—, no lo sabemos con precisión. Sin embargo, “tiene que aceptarse que para entender verdaderamente la trascendencia de Justiniano en el desarrollo de la jurisprudencia, tenemos que verlo como un monarca bizantino, no como romano” (Buckland, W.W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, cit., p. 49). Vid. *infra: Proemium* y el *Excursus III: El Estado Bizantino*.

<sup>7</sup> Zulueta, F. de, “The Science of Law”, cit., pp. 173 y 174.

<sup>8</sup> Para lo que sigue: Barker, E., ‘Introduction’, en Gierke, Otto von, *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800* (versión inglesa debida al mismo profesor E. Barker de gran parte del tomo III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*), Cambridge, Cambridge University Press, 1934.

<sup>9</sup> Estamos conscientes que expresiones como ‘ideales políticos’ u otras similares requieren de ciertas aclaraciones y calificaciones. Esta formulación es menos clara de lo que debería ser. Una formulación más clara requeriría de una mayor elaboración teórica. Esta fórmula pretende simplemente exponer la motivación e idea central y acepta el inevitable costo de falta de precisión.

nacional y en la que se lleva a cabo la *revolución pontificia*. La autoridad del derecho romano en tal periodo es un hecho indiscutible. No es mi intención dar una explicación exhaustiva de cómo fue que esto ocurrió. Todos conocemos que desde el renacimiento del estudio del derecho romano en el siglo XI, hasta el final del XVI, se opera una progresiva penetración del derecho romano en Occidente. Durante tal periodo los tribunales aplicaban un derecho que no era una costumbre inmemorial ni, tampoco, un mandato del poder soberano; era un derecho constituido por la opinión de un jurisconsulto comentando un texto del *corpus justinianeo*. Si esto era sorprendente, lo era más el hecho de que durante dicho periodo los autores recurren persistentemente a la autoridad del derecho romano para respaldar, no sus opiniones jurídicas, sino sus argumentos sobre el poder político. Lo que podría parecer una teoría del Estado era, en realidad, un alegato en favor de un reclamo específico de un Estado; lo que parecía una nueva filosofía del derecho, no era sino un comentario sobre un pasaje del *Corpus iuris civilis*.<sup>10</sup>

De acuerdo con un criterio histórico estricto, el derecho romano fue, sin lugar a dudas, sólo uno: el derecho efectivamente aplicado en Roma. Sin embargo, el hábito persistente de recurrir al *corpus justinianeo* es testimonio de una importante tradición: tener al *Corpus iuris* como fundamento indiscutible del alegato jurídico y del argumento político.

Basta mencionar a cualquier teórico político del periodo mencionado, por ejemplo, Jean Bodin (c 1530-1596), por citar a uno de los más importantes teóricos del Estado nacional, para ver qué tanto dependían, no sólo de la autoridad de los textos romanos, sino también, de la larga línea de autores que, desde los glosadores hasta su tiempo, comentaron y establecieron el sentido de los textos romanos.

La jurisprudencia romana determinó grandemente el nacimiento y evolución del pensamiento político. Dos son, a mi juicio, las más importantes influencias jurídicas que penetran y configuran el pensamiento político: (1) el derecho romano, *i.e.* la jurisprudencia medieval, ya mencionada y (2) la doctrina *moderna* del derecho natural.

<sup>10</sup> Cfr., Gilmore, Myron Piper, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, Nueva York, Russell and Russell, 1967 (reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1941), pp. 3-4.

### 3. Teoría del Estado y filosofía política romanísticas

En la temprana Edad Media la jurisprudencia de Bolonia, Ravena, Padua, Perugia, no fue sólo la ciencia de la aplicación e interpretación del derecho sino, también, la *única* teoría coherente del Estado.<sup>11</sup> De esta manera, la jurisprudencia devino una filosofía del Estado y del Derecho. Aún en los casos en que los juristas en los diferentes reinos romanogermánicos, manejaban derecho “consuetudinario” los comentarios al *corpus iuris civilis* son los usados para ilustrar y explicar los principios del derecho y del Estado.<sup>12</sup>

Las grandes cuestiones políticas: el Imperio, la legitimación del monarca, la Iglesia, etcétera, en suma, el palpitante problema: *cui competit merum imperium?* fue abordado por la jurisprudencia medieval. Los argumentos del debate político de la Edad Media fueron, así, forjados por las manos de los juristas italianos.<sup>13</sup>

La teoría política fue jurisprudencia romanomedieval que trascendió la esfera de la dogmática jurídica y evolucionó como una filosofía del derecho y del Estado.<sup>14</sup>

Esta filosofía del derecho y del Estado se esparció y repercutió por toda Europa, tanto o más que las mismas instituciones jurídicas romanas. De esta forma, la educación y la especulación política en el mundo romanizado seguía el camino de la ciencia jurídica (romana). Cabe decir —siguiendo a Jacob Grim—, erradicar la ju-

<sup>11</sup> La doctrina de la Iglesia y la influencia de la jurisprudencia canónica fue fuertemente importante en este renglón. *Vid infra*.

<sup>12</sup> Esto era cierto incluso en Inglaterra. “Bracton estaba en posibilidad de producir un tratado... que testimonia la influencia de la jurisprudencia romana y de sus exponentes” (Vinogradoff, P., “A note Book of Bracton”, en *The Collected Papers of Paul Vinogradoff I. Historical*, Oxford, Oxford University Press, 1928, p. 297). *Cfr.*, sobre el particular Gütebook, C., *Bracton and his Relation to the Roman Law. Contribution to the History of the Roman Law in the Middle Ages*. Filadelfia, J.B. Lippincott & Co., 1866; Holdsworth, W.S., *A History of English Law*; 3a. ed., Methuen & Co. Ltd., 1923, vol. II, pp. 288 y ss.; McIlwain, C.H. *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1976; Tamayo y Salmorán R., *Introducción al estudio de la constitución*, cit., p. . .

<sup>13</sup> *Cfr.*, Maitland, F.W., “Introduction”, en Gierke, O. von., *Political Theories of the Middle Age* (versión inglesa de los capítulos de *Die publicistischen Lehren des Mittelalters*, del tomo III, de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*), Cambridge, Cambridge University Press, 1900, pp. XI-XV.

<sup>14</sup> “Después de todo existe poca diferencia entre una ‘filosofía del derecho’ y una ‘teoría filosófica del Estado’... la filosofía del derecho puede estrechar la mano con la filosofía política y aunque el iusfilósofo hable de los fines del derecho y el filósofo político hable de los fines del Estado habrá poca diferencia entre ellos”. (Barker, E., “Introduction”, cit., pp. XXVI y XXVIII).

risprudencia romana de la teoría política moderna sería tan imposible como erradicar las palabras latinas de los idiomas modernos.

Que el vocabulario de la teoría del Estado se encuentre impregnado de términos jurídicos, no es más que reflejo, y consecuencia, de un largo proceso histórico que corre paralelo a la historia y evolución del derecho romano en Europa.<sup>15</sup> La teoría del Estado tomó sus conceptos de la jurisprudencia dogmática y fue con ese lenguaje que aprendió a hablar y a decir frases articuladas.<sup>16</sup>

Sobre esta penetrante influencia de la jurisprudencia en la ciencia política y en la teoría del Estado, son muy significativas las palabras del célebre politólogo Ernst Barker:

El estudio del Estado en términos jurídicos convierte a la ciencia política en una genuina disciplina y demanda del estudioso un verdadero entendimiento de la concepción jurídica... La ciencia política que no se encuentra enraizada y fundamentada en tal disciplina se convierte en un conjunto de vaguedades de fácil apreciación.<sup>17</sup>

Me parece importante subrayar que la jurisprudencia romana no sólo proporcionó conceptos y doctrinas de derecho privado. Proporcionó, también, los conceptos con los que se habría de construir la parte fundamental de la dogmática del derecho público. Baste recordar los conceptos de *lex*, *constitutio* y, con ellos, la doctrina del *populus* (y el papel que éste juega en la creación del derecho). Igualmente relevantes fueron los conceptos de *merum imperium* y

<sup>15</sup> En cuanto a este último, véase: Savigny, F.C. von., *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter* 2. Aufl. Heidelberg, Mohr, 1834-1851; Flach, J., *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-Age. Avec textes inédits*, París, L. Larose et Forcel, 1890; Meynial, E. *Roman Law*, en Crump, C.G. y Jacob, E.F., *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, Oxford University Press, 1926; Hazaltine, H.D., "Roman and Canon Law", en *Cambridge Medieval History*, vol. V, 1926; Sherman, C.P., *Roman Law in the Modern World I. History of Roman Law and its Descent into English, French, German, Spanish and other Modern Laws*, Nueva York, Baker, Voorhis & Co., 1937; Calasso, F., *Medio Evo del Diritto I. Le Fonti*, Milán, Dott. A. Guiffré, 1954; Koshaker, P., *Europa und das römischen Recht*; 4a. ed., Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966.

<sup>16</sup> "La ciencia política no debe mucho al vocabulario del derecho inglés" —dice Ernst Barker, refiriéndose a la ciencia política inglesa— y agrega: "sin embargo, se mantiene profundamente endeudada con el derecho de Roma" (Barker, E., "Introduction", cit., p. xxi).

<sup>17</sup> "Introduction", cit., pp. XX-XXI.

*iurisdictio*,<sup>18</sup> conjuntamente con la doctrina de la *lex regia*.<sup>19</sup> Son tan importantes tales conceptos que sin ellos no hubiera nacido, por ejemplo, la teoría de la soberanía.

Que el derecho romano y la jurisprudencia hayan ejercido enorme influencia en la estructuración política de Europa, en la formación de su ideología política, es un hecho indiscutible. Su impacto en las ideas y en la práctica gubernamental no tuvo paralelo. Su peso y su fuerza se debe, sin duda, a que el “derecho romano” era la madura expresión de la más ecuménica de todas las ideas occidentales, simbiosis bizantina de jurisprudencia y tradición romanas, cultura griega y doctrina cristiana.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Muchos textos del derecho romano estaban relacionados con el problema del poder, pero según M.P. Gilmore, ninguno tan directamente como el de *merum imperium*, en especial: “*Imperium aut merum aut mixtum est. merum est imperium habere gladii potestatem... mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest...*” (*D. 2, 1, 3*).

<sup>19</sup> Digesto 1, 4, 1, dice: *Quod principe placuit, leges habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus i.e. et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”. Sobre el particular véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. 34-44 y 100-108; Burdese, A., *Manual de derecho público romano*, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 186-202.

<sup>20</sup> Si el lector ha decidido leer todo el libro, sería conveniente leer el *Excursus III: El Estado Bizantino*, antes de proceder al siguiente capítulo.