

## DIVISIÓN DEL DERECHO ROMANO

La división que hicieron los romanos del derecho es una división de carácter dogmático pues en la práctica y pese a la codificación no llegó a existir una separación de las ramas del derecho en cuerpos normativos como los que existen en nuestros días; por el contrario, las reglas del Derecho Público están mezcladas con las reglas del Derecho Privado, igual ocurre con las reglas tributarias, las del Derecho de Familias, las del Derecho Penal, la organización del Estado y las funciones de los magistrados.

Si ustedes me preguntan ¿Los romanos tuvieron Derecho Constitucional? yo les diré que no, pero también les diré que las reglas de la constitución del Estado romano estaban contenidas en las diversas disposiciones del jus civile, y expresadas en concreto en el Digesto como en las Instituciones de Justiniano.

Ahora bien, es bastante aceptado entender que no se necesita tener una constitución para que exista el Derecho Constitucional como ocurre actualmente en el caso de Inglaterra, pero además debemos tener presente que el Derecho Constitucional no existió durante el imperio romano ya que su creación data de épocas muy recientes.

Tampoco puede afirmarse, sin caer propiamente en la irresponsabilidad cuando se menciona que entre los romanos existía un Derecho Constitucional porque existían dispositivos legales bajo el nombre de constitución ( **CONSTITUTIONIS** ), y es oportuno aclarar que las constituciones imperiales eran leyes, sentencias y respuestas que emitieron los emperadores por constituir esta una función que les confería la ley romana, de otro lado la palabra constitución como se emplea en el sentido moderno, no deriva del nombre latino "**CONSTITUTIO**" sino de la palabra "**CONSTITUTION**" que en inglés se emplea para expresar la idea de estatuto o se emplea para indicar el fundamento de una organización, y que a diferencia de la acepción no es una ley, sino que es un proyecto de vida, también debemos indicar

que las constituciones como lo entendermos en la actualidad no surge de un mandatario sino que surge del pueblo al que identificamos como poder constituyente en tanto a las leyes surgen del gobernante que representa el poder constituido.

## **1. DIVISION POR EL OBJETO:**

Los romanos hicieron una división del derecho según el objeto al que estaban dirigidas sus normas, para esto establecieron dos grandes grupos: el Derecho Público y el Derecho Privado.

### **1.1. EL DERECHO PUBLICO:**

Al Derecho Público los romanos lo denominaron "***JUS PUBLICUM***"; en el Digesto de Justiniano ( Dig: L1.1.1 ) se recogen las palabras del jurista Ulpiano quien define a esta rama del derecho de la siguiente manera "**Es derecho público el que respecta al estado ( léase situación ) de la república...**"

Esta rama del derecho se refería a la organización del pueblo romano, estaba constituida por normas que regulaban la organización del Estado romano y las relaciones entre el Estado y los particulares. Esta rama del Derecho también se ocupa del "**ordenamiento religioso, de los sacerdotes, y de los magistrados**"

Más adelante encontramos que el Derecho Público está dotado de una característica esencial "**El derecho público no puede ser alterado por los actos de los particulares**"(Dig: L2.14.38) y se le dota de esta inalterabilidad porque contiene reglas que son obligatorias para todas las personas.

## 1.2. EL DERECHO PRIVADO:

El segundo grupo o rama del derecho es el que los romanos denominaron Derecho Privado (**JUS PRIVATUM**), del Digesto extraemos que esta rama del derecho es “ ... el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. ” ( Dig: L 1.1.1.1 )

Esta definición marca la oposición entre el Estado y los particulares, pero la delimitación de la esfera de la aplicación de los principios del Derecho Público y del Derecho Privado no siempre son autónomas, sino que vamos a encontrar a ambas ramas del derecho interrelacionadas con la finalidad de conseguir objetivos sociales efectivos.

El Derecho Privado está pues orientado a regular las relaciones de los particulares, sin embargo la sociedad romana no estaba constituida por igual tipo de personas, esto determinó que el derecho recoja esta realidad social y divide el Derecho Privado en tres grandes partes: El Derecho Natural, el Derecho de Gentes y, el Derecho Civil; sobre el particular el jurista Ulpiano dice “ **El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y, civiles** ” ( Dig: L1.1.1.2 )

### 1.2.1 EL DERECHO NATURAL:

El Derecho Natural recibió el nombre de “**JUS NATURALE**”, se dice que fue Cicerón quien lo introdujo en Roma como una asimilación del pensamiento estoico (LAPIEZA ELLI, Angel E; Op. Cit. Pag. 13) y se define a esta rama del derecho como el conjunto de reglas comunes tanto a los hombres como a los animales y está inspirado en el instinto que nos da la naturaleza; dicho en otras palabras, es el conjunto de reglas que impone la ley natural como son la procreación,

la educación de los hijos, el matrimonio, la presa o botín, Etc.

En el Digesto de Justiniano encontramos que el Jurista Ulpiano nos da el siguiente concepto “ ***Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos, y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho*** ” (Dig: L1.1.1.3)

Bajo el imperio se desarrolló esta concepción dándole connotación de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables porque son conformes con la idea de lo justo. (PETIT, Eugene; **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO** ; Edit. Albatros, Bs.As. 1988, Pag. 30)

El Derecho Natural representó para los romanos todo aquello que es correcto, todo aquello que es conforme a la razón, al lado mejor de la naturaleza humana, a una elevada moralidad, al sentido común práctico y a la convivencia general, es simple y racional frente a lo artificial y arbitrario. (PETIT; Loc. Cit.)

El Derecho Natural expone además una lógica formidable y bastante avanzada para su tiempo. Por ejemplo, para el Derecho Natural todos los hombres son iguales, no importa su condición civil, social ni económica, a esta afirmación podemos arribar de la lectura del Digesto en el cual leemos “ **Por el derecho civil los esclavos no son personas, pero no por el derecho natural, pues, por lo que**

**respecta al derecho datural, todos los hombres son iguales**  
” ( Dig: L50,17,32 ); encontramos que el fundamento de la igualdad moderna no surge de la ley positiva, sino del Derecho Natural del tiempo de los romanos.

La definición anteriormente expuesta nos lleva a concluir además que la esclavitud y toda condición servil es una institución contraria a la naturaleza.

### **1.2.1. EL DERECHO DE GENTES:**

El Derecho de Dentes recibió entre los romanos el nombre de “**JUS GENTIUM**”. De este derecho nos dice Ulpiano que es “**Aquel que usan todos los pueblos humanos, el cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre si**” (Dig: L1.1.1.4)

Gayo en libro Instituciones dice que el Derecho de Gentes no es otra cosa que la razón aplicada a todos los pueblos y se materializaba en los dictámenes del pretor peregrino al regular los conflictos entre los extranjeros que vivían en Roma (PEREGRINI) o entre los ciudadanos (CIVES) y los peregrinos.

En las Instituciones de Gayo también leemos “**Todo pueblo regido por leyes y costumbres se vale en parte de un derecho que le es propio y en parte de un derecho que le es común con el conjunto del género humano. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado él mismo, le es propio y se llama derecho civil, es decir, derecho propio de la ciudad, mientras que el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres es observado**

*de manera semejante en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, es decir derecho que usa todo el género humano. Así como el pueblo romano es regido, en parte, por un derecho que le es propio, en parte por un derecho común a todos los hombres...” ( Inst. I:1 )*

Por este derecho presenta diversas instituciones jurídicas como son el ordenamiento religioso, la patria potestad, la obediencia a la ley, el rechazo a la injusticia, el respeto a la vida, la esclavitud, la manumisión, las guerras, los estados, las propiedades, el comercio, las compra venta, las obligaciones, Etc.

### **1.2.2. EL DERECHO CIVIL:**

El tercer componente del Derecho Privado es el Derecho Civil al que los romanos identificaron como “**JUS CIVILE**”, pues era exclusivo para el uso de los **CIVIS** o ciudadanos de Roma.

Es oportuno señalar que cuando nos referimos a los ciudadanos no nos referimos a todo el pueblo sino solo a los patricios pues la plebe hasta mediados de la República no tuvo acceso a este derecho y se regían por los plebiscitos. Concretamente esto duró hasta la Ley Hortencia.

Se entiende por Derecho Civil al conjunto de leyes que son propias del pueblo romano y cuando nos referimos a la ley debemos entender a diversas manifestaciones legislativas como son ley, a los plebiscitos, a los senadoconsultos, a las constituciones imperiales, a los edictos y a la respuesta de los prudentes.

Para los romanos el Derecho Civil no se aparta en todo del Derecho Natural ni del Derecho de Gentes, pero tampoco se conforma totalmente a él, y las añadiduras que se produjeron en el derecho común vienen a ser también Derecho Civil.

Ulpiano señala que el Derecho Civil es en parte escrito y en parte no escrito ( ***JUS SCRIPTUM – JUS NON SCRIPTUM*** ) ; para el primero se reservó el derecho declarado por la ley o cualquier fuente autoritaria, en tanto que el jus non scriptum no proviene de una fuente autoritaria sino mas bien de la práctica social y de un derecho ideal consignado en la doctrina, de modo que existe un derecho escrito, concretamente existente frente a un derecho no escrito, eterno e ideal ( BODENHEIMER, Edgar; **TEORIA DEL DERECHO**; Edit. Fondo de Cultura Económica, México1990, Pag. 135 – 136 )

## **2. DIVISION DEL DERECHO POR SU ORIGEN:**

Por su origen del Derecho Romano puede dividirse en Derecho Civil y Derecho Honorario.

### **2.1. EL DERECHO CIVIL:**

Más que un concepto dogmático debe entenderse como la denominación de un momento histórico del Derecho Romano; este derecho en realidad involucra a la totalidad del ordenamiento y por el principio de personalidad de las leyes resulta ser un derecho exclusivo de los **CIVIS** o miembros de la comunidad romana. También se le identifica con el nombre de Derecho Quiritario ( ***JUS QUIRITUM*** ) por ser exclusivo de los quirites que era otro de los nombres con que se identificaba a los ciudadanos de roma, aunque algunos historiadores lo usa para referirse exclusivamente a los descendientes de la tribu sabina.

En el Digesto un importante texto que dice: “ ***Es derecho civil el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes*** ” ( Dig:L1.1.7 ) en realidad se trata del ***JUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM***, y para los juristas medioevales se asocia la idea del Derecho Civil a la idea de las normas escritas exclusivas de los ciudadanos de Roma.

Este derecho se caracterizó inicialmente por su rigidez posteriormente con la introducción del Derecho Honorario se enriqueció con las instituciones del Pretor Peregrino.

## **2.2. EL DERECHO HONORARIO:**

Al surgir la naciente República romana no existía más que una sola ley escrita, a saberse la ley de Las XII Tablas, sin embargo los supuestos jurídicos contenidos en ellas resultaban insuficientes para resolver los cada vez más numerosos y variados casos que se presentaban.

Los romanos no conocieron la “separación de poderes” por eso los magistrados a cargo de una jurisdicción establecían reglas para facilitar el cumplimiento de las leyes, a estas reglas se las denominaba ***EDICTOS***, y no eran sino declaraciones orales en las que el pretor anunciaba que criterios iba a adoptar para resolver las cuestiones que le presenten.

Este derecho estuvo enriquecido por la filosofía estoica de los griegos que desarrollaron el Derecho Natural, así los edictos estaban plenos de reglas equitativas y justas llegando a desplazar al Derecho Quiritario, además este nuevo derecho era dinámico en tanto que el Derecho Civil era rígido.

Los pretores no emitían sentencias, sino que estudiaban los casos y proponían la ley aplicable al árbitro o árbitros que resolvían el proceso.

El Derecho Honorario se divide en dos grupos: El Derecho de los Ediles (**JUS EDILIIUM**) integrados por los **EDICTUM EDILIIUM**, y el Derecho Pretorio (**JUS PRAETORIUM**) formado por los edictos de los pretores (**PRAETORIS EDICTUM**); estos a su vez era de dos clases: Los edictos perpetuos (**EDICTUM PERPETUM**) que se publicaba al inicio de cada año y duraba hasta el año siguiente y los **EDICTOS REPENTINOS** emitidos para casos imprevistos.

Este derecho tuvo vigencia durante toda la República y el Principado; los edictos fueron abolidos junto con las magistraturas bajo el gobierno de Diocleciano (Cayo Aurelio Valerio Diocleciano 284 – 305 d.C.) con lo cual se consolida una nueva época en la historia del Derecho Romano a la que conocemos con el nombre de Absolutismo Monárquico.

El Derecho Honorario o Derecho Pretorio es el generado por la autoridad de los magistrados; Papiniano señala que **“ Es derecho pretorio el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil. El cual se denomina también honorario, habiéndose llamado así por el honor ( o magistratura ) de los pretores ”** ( Dig: L1.1.7 )

El pretor no cambiaba ni suplía la ley existente, pero corregía y suplía sus deficiencias que presentaban las leyes concediendo excepciones para paralizar la acción civil, o se negaba a otorgar una acción en favor de un litigante cuando no se cumplía determinados requisitos, iguales condiciones establecía para otorgar posesiones provisionales.

El Derecho Civil fue exclusivo de los ciudadanos de Roma, pero cuando

estos tenían problemas con los no ciudadanos o cuando los no ciudadanos tenía problemas entre sí tenían que acudir al Pretor Peregrino, de esta manera se enriqueció el Derecho Honorario llegando a desplazar al Derecho Civil, de modo que en los tiempos de Cicerón este se quejaba de que ya no se enseñara a recitar Las XII Tablas.

Para comprender mejor este momento histórico el profesor Arguello señala que “ ***El dualismo de derecho civil y derecho honorario tiene gran importancia en la transformación de los institutos jurídicos del derecho privado, ya que al arbitrar el JUS HONORIUM soluciones acordes con la AEQUITAS, fue eliminando las rudezas de JUS CIVILE, permitiendo así que el derecho romano alcanzara la categoría de sistema jurídico de valor universal*** ” ( ARGUELLO, Luis Rodolfo; Op. Cit. Pag. 12)

### **3. DIVISION DEL DERECHO POR LA FUENTE:**

Los romanos establecieron también una diferencia entre derecho escrito y derecho no escrito. Gayo define al derecho escrito como el derecho declarado por la ley o por cualquier fuente autoritaria, en tanto que el derecho no escrito es el que resulta de fuentes extra estatales o no autoritarias y señala que este derecho puede tener su origen en: hechos, costumbres, conductas o actividades de grupos o individuos que no revisten carácter de órgano específico del ordenamiento legal, pero que son aceptadas como una práctica social a través del tiempo.

En lo que respecta al derecho escrito Gayo señala en su obra denominada Las Instituciones que el derecho escrito está conformado por “***las leyes, los plebiscitos, los senado consultos, las constituciones imperiales, los edictos de quienes tienen derecho de promulgarlos, las respuestas de los prudentes*** ( Inst: I,2 ) y hace una clara alusión a la fuente de la norma legal, que para el criterio romano era considerada ley sin importar el origen o nomenclatura individual del dispositivo legal.

Con relación al derecho no escrito encontramos que el Digesto de Justiniano señala cual es el rol que cumple el derecho no escrito, así como la utilidad que este aporta como fuente del derecho al mencionar que “ **La costumbre constante suele observarse como derecho y como ley en lo no previsto por el derecho Escrito**” (Dig. L1.3.33 ),pero destaca que el uso del derecho no escrito no puede contradecir a la eglea escrita, sino que por el contrario se emplea para suplir los vacios legales. Paulo menciona que este derecho tiene gran autoridad, y que es tan aprobado por la colectividad que no fue necesario ponerlo por escrito, así lo recoge el Digesto de Justiniano. ( Dig. L1.3.36). La costumbre tuvo una significativa importancia para el Derecho Romano llegándose a admitir que la derogación de las leyes no solo se dé por el voto del legislador sino también por el consentimiento de todos o sea por la costumbre, lo cual alude al desuso de la norma legal.

La división del derecho en derecho escrito y derecho no escrito no fue propia del pueblo romano, tiene su origen en la filosofía griega que denominó **NOMOS ENGRAFOS** al derecho escrito, concretamente existente, derecho positivo, frente al **NOMOS AGRAFOS** o derecho no escrito, eterno, ideal.

#### **4. DIVISION DEL DERECHO POR SU ALCANCE:**

También hicieron los romanos una distinción entre lo que son las normas generales o reglas generales a las que llamaron **IUS COMMUNE**, frente al que estaba el **IUS SINGULARE** o reglas que deben ser aplicadas para situaciones puntuales, a esto Paulo lo define como un derecho excepcional “ **Es derecho singular el que, contra el tenor de la razón ( del derecho ) se ha introducido, por la autoridad de los que lo constituyen a causa de alguna utilidad** ” ( Dig. L1.3.16 )

El derecho singular no debe entenderse como una negación a la **RATIO LEGIS** del derecho común sino como una excepción legal aplicable específicamente a ciertas relaciones jurídicas, por ejemplo: El derecho común consagra la donación, el

derecho singular prohíbe la donación entre cónyuges. Esto se introdujo para que no se expoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, movidos por el mutuo amor conyugal, y por la facilidad de hacer tales donaciones ( Dig. L. 24.1.1 )

Otra expresión del derecho singular es aquel que prohíbe a los funcionarios provinciales adquirir bienes o contraer matrimonio con una dama de la provincia donde ejerce su función, en tanto que el derecho común permite a las demás personas contraer matrimonio libremente o adquirir bienes en cualquier latitud.

Dentro de esta concepción el ***IUS SINGULARE*** es una reglamentación de la ley para situaciones específicas en las que se trata de hacer prevalecer el derecho como norma ideal.