

Introducción . . . . .	V
I. Preámbulo . . . . .	V
II. El autor . . . . .	VII
III. Los diecinueve libros de respuestas. . . . .	X
IV. Metodología empleada . . . . .	XIII

## INTRODUCCIÓN

### I. PREÁMBULO

Los diecinueve libros de respuestas de Modestino es una colección de las soluciones que dio el jurista a casos reales o imaginarios que fueron puestos a su consideración. Habrá quien piense que fueron problemas peculiares del siglo III, en el que vivió Modestino, del todo diferentes de los que se presentan hoy a la consideración de los juristas. Para quien piense así, esta obra sólo tendría un valor meramente histórico o, dicho con sentido peyorativo, arqueológico. Su lectura informaría de cosas pasadas, que es interesante conocer por curiosidad o por puro afán de erudición, pero no tendría ninguna otra utilidad.

Esa mentalidad que ve en la historia simplemente recuerdos es de lo más antihistórica. La tradición, y especialmente la tradición cultural e intelectual, se rebajan así a una especie de lujo superfluo e inútil, que fácilmente podrá luego ser despreciado por los innovadores que creen tener —vana o maliciosa pretensión— la capacidad de inventar todo de nuevo. Primero se futiliza y empobrece la tradición; después, sin mayor consideración, se rechaza.

No es mi propósito entablar aquí alguna discusión sobre el valor actual de las tradiciones científicas. Sólo quiero prevenir contra una perspectiva superficial de las mismas que diera lugar a que se apreciara la obra que aquí presento como una "joya del pasado". El jurista de hoy reconocerá en las páginas de Modestino un modo de pensar que es básicamente el mismo que él usa para ejercer su profesión. Seguramente, por esta afinidad intelectual, se sentirá más cerca de Modestino que de muchos de sus contemporáneos. Es este valor intelectual el aspecto que quiero resaltar, mediante esta publicación, de la obra de Modestino, y el que, en general, tiene hoy el estudio de la jurisprudencia romana.

Dije que el jurista reconocerá que su modo de pensar al ejercer su profesión es semejante al de Modestino, pero no podría decir lo mismo respecto de su modo de estudiar el derecho. Estamos habituados a concebir al derecho como un conjunto sistemático de leyes, que contiene normas que regulan la conducta humana y, por este

medio, ordenan la vida social. Estudiar derecho equivale hoy a conocer esas normas, tal como están definidas en los códigos e interpretadas por los jueces y autores. El conocimiento abstracto de las normas, independientemente de su relación con una casuística actual, es lo que hoy se llama, en el medio jurídico mexicano, estudiar derecho.

Frente a esto, la obra de Modestino presenta una perspectiva del todo diferente y, puede decirse, novedosa en nuestro ambiente jurídico. No contiene definiciones, reglas generales, divisiones ni clasificaciones. Simplemente presenta casos, los plantea jurídicamente y da la respuesta o solución que proporcionó Modestino, de acuerdo con lo que él entendía que era justo.

La primacía del jurista sobre la ley es la primera enseñanza que pueda deducirse de la lectura, siempre entretenida, de estos casos y respuestas del jurista romano. Y la segunda, no menos importante, es que saber derecho no es saberse los códigos, sino saber dar respuestas a problemas concretos.

La lectura de esta obra casuística puede servir así para reconsiderar nuestro entendimiento de lo jurídico, y revalorar su carácter de ciencia prudencial, esto es, de ciencia práctica orientada al juicio valorativo sobre el obrar humano. La capacidad intelectual por la cual se juzga la conducta humana —se entiende la conducta libre— desde el punto de vista del bien y mal moral se denomina prudencia. La prudencia o juicio, desde la perspectiva de lo justo y lo injusto, es precisamente la jurisprudencia o derecho. En las respuestas de Modestino se ve con la plasticidad y viveza que ofrecen los diferentes casos, cómo actúa la prudencia del jurista.

Privilegiar la concepción del derecho como prudencia de lo justo, respecto de su entendimiento como orden o sistema, es el motivo general o filosófico que me ha impulsado a publicar esta obra. Ahora bien, hay muchas otras obras casuísticas de la jurisprudencia romana, ¿por qué se ha escogido ésta de Modestino? Se hizo en atención a una característica formal. Como es sabido, los libros jurídicos clásicos, al ser reeditados a fines del siglo III, fueron profusa y profundamente alterados por los editores, principalmente con el fin de simplificarlos y hacerlos accesibles a una amplia masa de lectores. Los diecinueve libros de respuestas de Modestino, quizá por haber sido publicados por vez primera precisamente a fines del siglo III y bajo la nueva forma editorial del *codex* o libro, que sustituía al antiguo *volumen* o rollo, o por estar más cerca que los otros libros clásicos

de la mentalidad posclásica, no sufrieron muchos cambios, por lo cual, como podrá comprobarlo el lector, en muchos de sus párrafos se conserva la forma típica de las obras casuísticas, consistente en una relación del caso, su planteamiento o *quaestio* y su solución. Esto, para quien se inicia en la lectura de las obras casuísticas romanas, es una gran ventaja. En otras obras de este tipo es frecuente que sólo se conserve la respuesta o solución del caso, por lo que el lector tiene que imaginarse cuál fue el planteamiento y la relación de hechos. En otras palabras, aunque las respuestas de Modestino no son la mejor obra casuística de la jurisprudencia romana que se nos conserva, sí es la que guarda mejor su forma clásica (Schulz, *History of roman legal science*, Oxford, reimpresión de 1967, p. 241).

## II. EL AUTOR

Herenio Modestino fue el último de los juristas clásicos. Su nombre se nos transmite por las fuentes jurídicas, donde aparece a veces sólo su *cognomen*, *Modestinus*, y a veces junto con su nombre gentilicio, *Herennius*; su *praenomen* no es desconocido.

Muy poco se sabe de su vida y origen. Atendiendo a las fuentes doctrinales y legales que cita en sus obras, así como algunas escasas referencias a su persona (principalmente CJ 3,42,5 del año 239), se puede afirmar que vivió entre fines del siglo II y la primera mitad del siglo III. Fue contemporáneo de Paulo y Ulpiano, y posiblemente discípulo de este último.

Se desconoce su lugar de nacimiento, pero puede conjeturarse fundadamente que vio la luz en alguna provincia oriental, ya que fue el único entre los juristas clásicos que escribió en griego: en algunas de sus obras usa expresiones griegas, por ejemplo en el libro doce de las *Pandectas* (12 *pandectarum*, D 38,10,4,6); en su libro de respuestas (D 31,34,1 y 7, párrafos 59 y 65 de esta edición) hace interpretaciones de fragmentos de testamentos redactados en ese idioma; y hasta escribió una monografía completa en griego, que en la versión latina del *Digesto* lleva el título *De excusationibus libri vi*. Esto hace pensar que su lengua materna fuera el griego y proviniera, por consiguiente, de alguna de las provincias helenísticas de Oriente. De hecho, alguna vez se encuentra en Dalmacia, posiblemente desempeñando algún cargo judicial, desde donde hace una consulta a Ulpiano (D 47,2,52,20).

En vida fue altamente apreciado por sus contemporáneos. Perteneció al orden ecuestre y fue *praefectus vigiliium*; mientras desempeñaba este cargo (entre 226 y 244) participó en la solución de una sonada controversia entre plomeros, *lis fullonum* (Bruns, *Fontes* 362). Fue preceptor del joven emperador Maximiniano, quien murió violentamente en el año 238. El emperador Gordiano, en su rescripto del año 239 (CJ 3,42,5) pondera a Modestino como un jurista de autoridad no despreciable (*non contemnendae auctoritatis*). En el siglo IV el jurista Arcadio Cariso califica elogiosamente una respuesta de Modestino (*bene et optima ratione decrevit*, D 50,4,18,26). Su fama perduraría a lo largo del siglo V, pues los emperadores Teodosio y Valentiniano, en la llamada "ley de citas" del año 426, reconocen su autoridad, junto con la de Paulo, Ulpiano, Papiniano y Gayo.

Se conjetura que fue discípulo de Ulpiano, quien (73 *ad edictum*, D 47,2,52,20) lo llama *studiosus meus*, expresión que bien puede traducirse por "mi discípulo". Por su parte, Modestino llama "ilustre" (en griego) a Ulpiano (2 *excusat.*, D 27,1,2,9; 4,1). Fuera o no discípulo, lo cierto es que Modestino recibió la influencia de Ulpiano y Paulo, a quienes cita repetidas veces a lo largo de sus obras (Ulpiano, por ejemplo, en 1 *excus.*, D 27,1,2,9; 4,1; 5; Paulo en 2 *excus.*, D 27,1,6,5; 10; 19), en ocasiones literalmente (en, por ejemplo, 2 *de excusat.*, D 27,1,6 aunque Lenel *ad h. l.*, sospecha que las citas literales son interpoladas). Esporádicamente hace referencias a juristas republicanos, como Bruto, Q. Mucio Escévola (en 3 *regul.* D 49,15,4) o del principado, como Juliano (en 7 *different.*, D 38,4,8; en 5 *regul.*, D 2,14,34; en 1 *pand.*, D 40,7,27; 9,21), Publicio (en 5 *different.*, D 35,1,51,1), Claudio Saturnino en 4 *de poen.*, D 48,3,14,7), Marcelo (en 7 *different.*, D 38,4,8) y Cervicio Escévola (en 4 *de excus.*, D 27,1,13,2). Por la forma de citar parece un tanto desaprensivo, ya que no suele indicar el libro de los autores que aduce. Únicamente hace esto en tres ocasiones cuando cita a Ulpiano (en 2 *excus.*, D 27,1,6,6 y 6,13; y 6 *de excus.*, D 27,1,15,16). Esto ha dado pie a la conjetura de Krüger (*Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Recht*, 2a. ed., 1912, p. 226 y ss.) de que Modestino sólo manejó directamente las obras de Ulpiano, y acaso también las de Paulo, mientras que las referencias que hace a otros juristas proceden de las obras de estos dos. Brassloff (*Realenzyklopaedie der klassischen Altertumswissenschaft*, s. v. *Herennius*) en cambio, piensa que Modestino pudo tener contacto directo, además de con los escritos de

Paulo y Ulpiano, con los libros *De regulae* de Neracio y Juliano y con las *Pandectae* de este último, así como con alguna obra de Marcelo.

Más abundantes son las citas de la legislación imperial. Con esto muestra Modestino su poco apego al espíritu clásico, que ha hecho que se le considere más que el último jurista clásico, un precursor de los posclásicos. Aduce rescriptos de Augusto, Trajano, Adriano, Antonino Pío, Marco Aurelio y Lucio Vero, Cómodo, Pertinaz, Septimio Severo, Severo y Antonino, Caracala y de Alejandro Severo. (Una relación de los lugares de las obras de Modestino donde se cita la legislación imperial, en Brassloff, *op. cit.* col. 672). El manejo de estas disposiciones hace suponer que Modestino tuvo acceso a los archivos de la cancillería imperial, donde se conservaban los rescriptos, o que dispuso de una colección de ellos, desconocida para nosotros y previa al Código Gregoriano, publicado el año 291, que es la colección de rescriptos más antigua de que tenemos noticia.

Sus obras, como las de todos los juristas clásicos a excepción de Gayo, nos han llegado fragmentadas. Casi todos los restos conservados se encuentran en el *Digesto* y algunos otros en la *Collatio legum romanarum et mosaicarum*. En ambas colecciones, los textos se hallan alterados. Sólo dos fragmentos nos han sido transmitidos por otras vías: un fragmento editado por P. Pithoeus, en el que se discute la validez de un testamento no fechado, y otro conservado en las *differentiae* de San Isidoro, que trata de la distinción entre deportación y relegación.

Sorprende la abundancia de sus obras, y la diversidad de temas, aunque todas fueron destinadas a la práctica judicial o a la enseñanza, es decir son en su mayoría de carácter elemental. Sus obras generales fueron los nueve libros de diferencias o distinciones (*Differentiarum libri ix*), los doce libros de pandectas o colección de casos (*Pandectarum libri xii*), y los diez libros de reglas (*Regularum libri x*). De sus monografías, las más importantes son la escrita en griego, llamada en latín *De excusationibus libri vi*, que pretende construir una teoría general acerca de los cargos (*munera*), lo cual fue un afán típicamente posclásico, que compartió el jurista del siglo iv Arcadio Cariso (D 50,4,18), y los cuatro libros sobre las penas (*De poenis libri iv*). Más reducidas, formadas de un solo libro, fueron las monografías *De differentia dotis*, *De enucleatis casibus* (esto es, de casos difíciles), *De heurematici* (acerca de la jurisprudencia cautelar), *De inofficioso testamento*, *De legatis et fideicommissis*, *De manumissionibus*,

y *De praescriptionibus*. Mención aparte se hará de los diecinueve libros de respuestas (*Responsorum libri xix*).

Respecto de su lenguaje, se ha observado (Kalb, citado por Brassloff, *op. cit.*, col. 674) que es un latín más próximo, en general, al de las constituciones imperiales de los siglos IV y V, que al de Justiniano. Se han notado ciertas peculiaridades, como el uso de los arcaísmos *nequeo* y *proingo*, así como el uso especial de sustantivos, adverbios, pronombres, verbos y conjunciones; pero todas estas especialidades, se reconoce hoy, no son del lenguaje de Modestino, sino de las interpolaciones hechas por los compiladores de Justiniano, o de los párrafos que presentan el caso o la pregunta hecha al jurista (Brassloff, *Wiener Studien XXXIV*, 136 y ss.). Hace falta, por consiguiente, un nuevo estudio sobre el lenguaje de Modestino.

Como signos del estilo posclásico en Modestino se mencionan, en cuanto a la materia, el interés por la doctrina sobre los *munera*, y en cuanto a la forma, la proclividad a hacer distinciones o *differentiae*, así como el apego a colecciones de reglas.

### III. LOS DIECINUEVE LIBROS DE RESPUESTAS

Es esta obra una colección de casos presentados a Modestino con sus correspondientes respuestas. Es una obra que, en cuanto a su forma, es del género de libros casuísticos de época clásica llamados *responsa*, *quaestiones* o *digesta* (estos últimos también llamados *pan-dectae*). La mayoría de los párrafos contiene la presentación del caso o relación de hechos, su planteamiento o *quaestio*, y la respuesta de Modestino, precedida de la frase *Modestinus respondit* o similar. Hay, no obstante, 23 párrafos en esta edición (números 4, 10, 11, 15, 17, 27, 31, 33, 37, 38, 39, 41, 44, 76, 79, 80, 88, 89, 90, 91, 92, 94 y 98, algunos interpolados) que transmiten sólo la respuesta; hay tres (números 18, 83 y 84) en los que no se distingue la relación de hechos del planteamiento de la cuestión, quizá porque no hace falta. Hay uno (número 62), que no advierte que la respuesta es de Modestino, y otro (número 47), que tiene un estilo y tono completamente distinto del casuístico, y que parece ser todo obra de los compiladores justinianos.

Los casos y sus respuestas se presentan agrupados temáticamente, de acuerdo con el orden propio de los libros llamados *digesta*, que consta de dos partes: la primera sigue el orden de materias del edicto del

pretor, y la segunda contiene materias tratadas por diversas leyes y senadoconsultos, agrupadas en una forma tradicional. Los primeros trece libros de las respuestas de Modestino corresponden a la primera parte; los libros 14 a 17 a la segunda; el libro 18 se refiere a cuestiones de derecho fiscal, y el 19 no se sabe sobre qué versaba, porque no se ha conservado ningún fragmento ni noticia acerca de su contenido.

De los diecinueve libros originales, sólo nos quedan 66 fragmentos (que en la presente edición dan 98 párrafos), procedentes todos del *Digesto*. Las materias a que se refieren son: Libro I: sobre el gobierno de la ciudad y la jurisdicción del gobernador. Libro II: los pactos (especialmente el de división de herencia), la gestión de negocios ajenos y la restitución (*in integrum restitutio*) de los menores de veinticinco años. Libro III: el testamento inoficioso, la división de herencia, los préstamos. Libro IV: las prendas. Libro V: la compra-venta, la dote, el reconocimiento de hijos. Libro VI: las tutelas, las demandas contra magistrados. Libro VII: los hurtos. Libro VIII: la posesión de bienes hereditarios (*bonorum possessio*) y los testamentos. Libro IX: los legados. Libros X y XI: los fideicomisos. Libro XII: la controversia sobre libertad, las injurias y la cosa juzgada. Libro XIII: las excepciones y las estipulaciones. Libro XIV: la herencia legítima. Libro XV: la ley Cincia. Libro XVI: sobre la ley Falcidia. Libro XVII: los juicios públicos, principalmente el de falsificación de documentos (*crimen falsi*). Libro XVIII: derecho del fisco, y del Libro XIX se ignora su contenido.

La extensión con que se trata cada materia es desigual y ciertamente caprichosa, pues depende de la suerte que hayan tenido los fragmentos para ser conservados en el *Digesto*. Sin embargo, es notorio que un buen número de fragmentos, equivalentes a 23 párrafos de esta edición (números 58 a 80), es decir casi la cuarta parte del total, se refieren a los fideicomisos y que ocho párrafos más (números 50-57) tratan la materia de legados. Ambas materias estaban estrechamente ligadas, y como sabemos que Modestino escribió una monografía titulada *De legatis et fideicommissis*, de la que no se nos ha conservado fragmento alguno, cabe suponer que el jurista tenía algún interés especial por este tema. La materia que sigue en extensión a estas dos es la tutela, de la cual hay 9 párrafos, y que también fue un tema al que Modestino dedicó una monografía, la escrita en griego sobre las excusas para ser tutor o curador.

En cuanto a sus fuentes, los párrafos que se nos conservan son



prácticamente omisos. Sólo hay un párrafo (28) que cita, bajo la genérica denominación de *veteres* (antiguos), a otros juristas; otro (14) cita un decreto de Marco Aurelio, y dos más (6 y 86) mencionan, sin mayor precisión, algunas constituciones imperiales; en todos los casos la referencia se hace al plantear la cuestión y no en la respuesta de Modestino. Hay uno (81), donde Modestino da como fuente de su respuesta una constitución imperial, pero no precisa más.

A falta de noticias directas y de referencias a otros autores y constituciones imperiales, sólo puede conjeturarse la fecha de composición de la obra. Bajo la suposición, que me parece fundada, de que la respuesta de Modestino al caso de una manumisión fideicomisaria (párrafo 75), se inspiró en un rescripto de Alejandro Severo, recogido en CJ 7,4,8 del año 225, se tiene como probable que la obra fuera redactada después de emitido el rescripto y durante el reinado de este emperador, o sea entre los años 225 y 235. Fue quizá, junto con la monografía *De enucleatis casibus*, una de las últimas obras escritas por Modestino.

Por su contenido, algunas de las respuestas de Modestino reflejan ya el derecho posclásico. Claro que siempre cabe el recurso de decir que todo lo que no es derecho clásico es producto de una interpolación, pero ya la crítica interpolacionista ha superado los extremos a que llegó durante las primeras décadas de este siglo, y admite, en general, que los últimos juristas clásicos hicieron afirmaciones que contradecían el derecho clásico, elaborado en relación con el procedimiento formulario, precisamente porque ellos tenían en mente las exigencias muy particulares del procedimiento cognitorio. En todo caso, la discusión sobre interpolaciones en la obra de Modestino tiene que hacerse sobre cada texto en particular.

Una peculiaridad de las respuestas de Modestino es su interés por casos en que se trata de la apelación de sentencias (párrafos 6, 12, 18, 30, 31, 84, 93, 96 y 97), lo cual sólo puede entenderse en relación al procedimiento cognitorio que, a diferencia del formulario, sí admitía la apelación y contemplaba jueces inferiores y superiores.

Más fuerte es la inclinación por casos (un poco más de la quinta parte del total conservado) donde se discute la interpretación de documentos; la mayor parte son casos de interpretación de testamentos (párrafos 21, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 58, 61, 64, 66, 67, 68, 74, 75, 78, 80 y 93), pero hay otros dos relativos a la interpretación de documentos en los que constaba una garantía prendaria

(párrafos 23 y 26), y otro donde discute acerca de un documento constitutivo de una obligación (párrafo 86). Si bien la interpretación de documentos testamentarios fue una práctica común de la jurisprudencia clásica, también es cierto que el interés por los documentos crece a medida que se va generalizando el procedimiento cognitorio que, como procedimiento escrito, tiende a favorecer la prueba documental, y a medida que se van reconociendo documentos con valor constitutivo.

Claramente posclásicas, aunque también propias del siglo tercero, son las tendencias a confundir la tutela con la curatela, como si fueran una sola institución regida por las mismas reglas, y la de confundir los legados con los fideicomisos. Ambas se manifiestan en este libro de Modestino (párrafos 11, 12, 42 y 72, la primera, y párrafos 54, 59 y 63, la segunda).

#### IV. METODOLOGÍA EMPLEADA

La edición de las respuestas de Modestino que aquí se presenta tiene un objetivo de divulgación entre un público medianamente especializado. Se trata de hacer accesibles a los juristas un texto de la jurisprudencia clásica. Por lo tanto, se ha procurado realizar una edición que, sin mayores pretensiones científicas, sea segura, tenga en cuenta las principales aportaciones de la crítica textual de hoy, y dé al lector elementos para profundizar en la lectura y comprensión de los textos.

La versión latina que aquí se proporciona de los diecinueve libros de respuestas de Modestino es básicamente la que da Lenel en su *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889 (reimp. 1960), col. 740-755, aunque con algunas diferencias formales. La primera es que Lenel coloca como párrafo cada uno de los fragmentos de la obra que se conservan en el *Digesto*. Aquí, en cambio, se coloca como párrafo cada uno de los casos discutidos en la obra, con objeto de permitir al lector una mejor comprensión de los mismos. Como hay fragmentos que contienen más de un caso, resulta que en esta edición el número de párrafos es mayor (98) que en la de Lenel (66). La segunda es que aquí se han cambiado de sede algunos párrafos (7, 84 y 85, correspondientes a los 304, 333 y 334 de Lenel). Y, por último, que aquí se introduce la rúbrica *De re iudicata* (E. XXXVI), que Lenel no da, como propia de los párrafos 84 y

85. En las notas a los párrafos correspondientes se dan las razones de estos cambios.

Cada párrafo va precedido por su número correspondiente, y por la indicación, entre paréntesis, del lugar del *Digesto* de donde procede. En las rúbricas se da, también entre paréntesis, el título, con números romanos, o el párrafo, con números arábigos, del edicto del pretor al que corresponden.

El texto latino se ha tomado íntegramente de la edición de Lenel. Las notas puestas al texto latino tienen como objeto facilitar un mayor entendimiento del texto; contienen conjeturas sobre adiciones, correcciones o supresiones que, en opinión de autores reconocidos, deben hacerse al manuscrito; también dan referencias sobre las interpolaciones de los compiladores del *Digesto* en el texto original de Modestino. Para hacerlas se ha tenido en cuenta principalmente el aparato crítico de Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini, 1870 (reimpr. 1962), también conocida como *editio maior* del *Digesto*, pero considerando también el aparato crítico de la decimosexta edición del *Digesto* de Krüger y Mommsen, revisada por Kunkel (Berolini, 1954), conocida como *editio minor*, y el de Lenel en su *Palingenesia*. Cuando en las notas se hacen referencias a estos autores (Mommsen, Krueger, Lenel) sin más datos, son referencias a las obras citadas arriba. Para las notas sobre interpolaciones se ha hecho uso mesurado del *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (Weimar, 1929), de Mitteis, Levy y Rabel.

La traducción al español se ha hecho tomando como punto de partida la versión española del *Digesto* hecha por Alvaro d'Ors y otros (Pamplona, I 1968, II 1972, III 1975). Entre corchetes agudos < > se colocan palabras que no tienen su equivalente en el texto latino, pero que parece conveniente añadir para aclarar el sentido del texto. Las notas a la versión española tienen como objeto explicar su significado jurídico, así como de sugerir algunos problemas para investigación.