

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

GILMORE, Myron Piper, *Argument
from Roman Law in Political
Thought, 1200-1600* 203

posterioridad a la publicación de la obra que reseñamos. En efecto, el control de identidad ha sido legalizado mediante la ley sobre "Seguridad y libertad", del 2 de febrero de 1981, mientras que la detención de extranjeros se encuentra actualmente regulada por la ley del 29 de octubre de 1981.

Por otra parte, agrega el autor, cuando el elemento material del delito previsto por el artículo 14 se ha realizado, la condena del funcionario responsable está lejos de ser automática, dado que no solamente la obediencia al superior jerárquico se admite como excusa absoluta, sino que, además, la jurisprudencia acepta, contrariamente a la tendencia general, que el error de derecho imputable al acusado lo exime de responsabilidad (pp. 32 a 42). Por si fuera poco, ciertos funcionarios han llegado incluso a proponer la despenalización pura y simple de los hechos previstos por el artículo 114 del Código Penal (p. 36).

La segunda parte de la obra que nos ocupa describe las infracciones de los particulares en contra de la libertad individual, centrándose, principalmente, en el análisis de los secuestros con exigencia del pago de rescate. Estos, en opinión del autor, han sido incriminados en forma torpe, mediante la creación de una circunstancia agravante del secuestro (pp. 133 y ss.)

El examen a fondo del ejemplo anterior, conduce al autor a concluir que las jurisdicciones que conocen de los casos de secuestros se contentan con tomar en cuenta el horror que el delito mismo suscita, sin percatarse en lo más mínimo de que, entre las víctimas que se presentan ante ellas, se encuentra comprendida, también, la propia libertad individual.

Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ

GILMORE, Myron Piper, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, Nueva York, Russell and Russell, 1979, 148 pp.

El autor analiza ejemplos de la forma en que los teóricos políticos adaptaron y modificaron distinciones tomadas del derecho romano, tal y como se encontraba en la compilación de Justiniano para la creación de doctrinas políticas. Los ejemplos son escogidos dentro del periodo que va del 1200 al 1600, esto es, durante el periodo en el cual el Estado nacional se convierte en el factor central de la organización política de Europa. Entonces, señala Gilmore, los tribunales aplicaban derecho que no era ni la costumbre inmemorial ni, tampoco, una orde-

nanza del poder soberano. La decisión se fundamenta en la opinión de un jurisconsulto italiano que comentaba el texto de Justineano.

Observa Gilmore que no estamos tan familiarizados con estos autores. Sin embargo, son de enorme importancia para la ciencia política. Basta mencionar los trabajos de Dumoulin, Charondas, Bodin o Loyseau, algunos de los más importantes teóricos políticos del siglo XVI, para ver qué tanto dependían no únicamente de la referencia de los textos romanos sino, también, de la larga línea de autores que desde los glosadores, hasta su propio tiempo, comentaban los textos del derecho romano.

Cualesquiera que hayan sido los motivos que operaron sobre cualquier teórico del Estado, el recurso al derecho romano es un hecho. Por un periodo de más de cuatro siglos muchos teóricos políticos encontraron en las distinciones del derecho romano, conceptos y formas de análisis que hicieron posible la construcción de sus doctrinas sobre el poder público. A este respecto, señala el autor, muchos textos del derecho romano están relacionados con el tema del poder público. Sin embargo, desde su punto de vista, no hay ninguno más relevante que el de *merum imperium* (Gilmore se refiere a *D.1, 21, 1* y *2, 1, 3*).

Gilmore se pregunta: ¿Qué significa para los autores antiguos "*merum imperium*"? Gilmore refiere la vieja controversia entre el maestro Azo y el maestro Lotario sobre la cuestión: *cui competit merum imperium?* (Savigny refiere los incidentes de este debate en su famoso trabajo *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, Heidelberg, 1834-1850, t. IV, pp. 180-183). Lotario resolvió que el *merum imperium* correspondía únicamente al emperador (Enrique VI). El maestro Azo sostuvo que al emperador le correspondía *per excellentiam*, pero que existían otros funcionarios (altos jueces) que también tenían *merum imperium*. Aunque '*merum imperium*' era un concepto del derecho romano y las respuestas dadas a esta cuestión se concentraban en ciertos textos de la compilación justiniana, cuando el emperador plantea la cuestión a Lotario y a Azo, plantea, comenta Gilmore, una cuestión de teoría política contemporánea.

A partir de este momento Gilmore habla del sentido de *merum imperium* en la antigua Roma, pero no explica si éste era el sentido que tenía entre los primeros glosadores. Gilmore simplemente señala que Azo acepta la definición de Ulpiano (*D. 2, 1, 3*) y agrega que para el tiempo de la *Gran Glossa* de Accursio el proceso de redefinición de *Merum imperium* se acentúa. La *Glossa*, dice Gilmore, sigue la opinión de Azo. De acuerdo con la *Glossa* existen cuatro grados de *jurisdictio*: *merum imperium*, *mixtum imperium*, *modica coercitio* y *iuris dictio*. Precisa Gilmore que no es sorprendente el hecho de que la opinión de

Azo haya prevalecido. Su solución era más adaptable al sistema social y a las condiciones políticas de la época.

Gilmore comenta las opiniones de Placentinus y Guilielmus Durandus. Dice Gilmore que la mejor explicación del *merum imperium* tal como era aplicada en el derecho canónico la hace Durandus. Para éste, *Merum imperium* es un cierto tipo de poder supremo por el cual son despachadas las más importantes cuestiones de la jurisdicción.

Comenta Gilmore que las ideas de la *Glossa* y de Durandus fueron completamente reelaboradas por Bartolo y sucesores durante el siglo XIV. Surge entonces, dice Gilmore, la certeza y una teoría definitiva sobre el *merum imperium*. Gilmore comenta con detalle la postura de Bartolo y nos refiere que para éste el *merum imperium* se llama así porque, en primer lugar, es libre: está libremente otorgado al *princeps*: es libre, también, porque no depende de la interposición de una acción; por último, es ejercitado en utilidad pública (en oposición al *mixtum* el cual se ejercita en interés de la utilidad privada).

Para Bártolo, comenta Gilmore, existen seis grados de *merum imperium*: *Maximum*, *Maius*, *Magnum*, *Parvum*, *Minus* y *Minimum*. El *maximum imperium* consiste en la facultad de establecer el derecho en general, el cual pertenece únicamente al *princeps*, al senado y al prefecto pretorio. Observa Gilmore que este ejemplo es suficiente para demostrar la enorme extensión de significado otorgado a *merum imperium* con relación a su significado original. Para Gilmore la explicación de Bártolo es una detallada reformulación de la antigua respuesta de Azo. Gilmore piensa que al dividir las categorías de *imperium* y *iurisdictio* en diferentes grados y asignar a cada uno facultades específicas (tomadas del derecho romano o de la práctica contemporánea), Bártolo establece una jerarquía de órganos en la que cada funcionario puede tener lo que podría llamarse un "derecho de propiedad a su cargo".

Gilmore al comentar la postura de los humanistas, señala que el conflicto entre la escuela bartolista y la humanista fue uno de los factores más importantes en el desarrollo de la teoría política. Bodin y Loyseau encontraron en este debate la fuente de sus doctrinas y conceptos.

Juristas universalmente reconocidos como fundadores de la ciencia del derecho (Budaeus, Alciatus y Zacius y otros) protagonizaron este conflicto. La obra de Budaeus como las de todos los humanistas es, señala Gilmore, crítica y fundamentalmente filológica, Budaeus, como sería el caso de los humanistas posteriores, refiere Gilmore, ataca el trabajo de los "acursianos" y de los "bartolistas": los acusa de ignorar la historia y de escribir muy mal latín. El objetivo humanista consistía en reconstruir filológicamente el texto ayudándose de la historia y de la literatura latina contemporánea de los textos. La opinión de

Budaeus, dice Gilmore, es una temprana afirmación de la posición de un monarca nacional; está muy cerca de la opinión de Lotario. Seguramente, observa Gilmore, era muy difícil sostener, bajo Francisco I, que los magistrados tenían un derecho de propiedad al *imperium*.

En 1518, refiere Gilmore, Andreas Alciatus publica su libro *Paradoxa*. Muchos capítulos de este trabajo son dedicados al *imperium*. El capítulo sexto, del libro segundo, se dedica a la disputa entre Lotario y Azo; capítulo que devendría famoso en todo el curso del siglo XVI. Para Alciatus, refiere Gilmore, es correcta la opinión de Lotario: los magistrados tienen únicamente el *ejercicio* del *merum imperium*, el titular del derecho es el *princeps* quien ha delegado su uso a los magistrados. Esta es la primera ocasión, observa el autor, en que se adapta el concepto del *merum imperium* al poder estatal tal y como comenzaba a surgir en el siglo XVI.

Dice Gilmore que para Alciatus el texto (*D. 1, 21, 1*), se refiere frecuentemente a los magistrados como administradores, lo que prueba que éstos tienen solamente un derecho de administración del poder político. Alciatus sostiene así, que el derecho del magistrado, con respecto al *merum imperium*, es sólo un derecho usufructuario. Gilmore encuentra el problema fundamental que enfrenta Alciatus: si el magistrado no tiene más que un *imperium* delegado ¿de qué manera se diferencia éste de un mandatario extraordinario al cual el príncipe designa en cualquier momento? La respuesta de Alciatus la formula Gilmore así: un magistrado se distingue de un delegado del príncipe en que el primero es, fundamentalmente, el delegado del derecho y, secundariamente, delegado del príncipe; mientras que el delegado del príncipe; es verdaderamente un delegado y, sólo secundariamente, delegado del derecho.

Gilmore señala que Alciatus recurre al derecho, entendiendo por tal la organización normativa y reglamentada del poder público. No existe nada inconsistente, señala Gilmore, si el *merum imperium* es entendido como un poder dentro de la estructura del Estado, en el cual todas las magistraturas son creación del derecho. Dice Gilmore que la vieja cuestión '*¿cui competit merum imperium?*' se convierte, en Alciatus, en la cuestión '*¿a cuáles magistrados otorga el príncipe la *ejercitio* del *merum imperium?*'*

Las facultades del cargo, derivan del cargo más que de la delegación del príncipe. Este énfasis en la continuidad del cargo como distinto de la continuidad de las personas era natural, señala Gilmore, en una época en que la inmovilidad de los magistrados había sido garantizada por el derecho y era un signo de la independencia de la magistratura.

Refiere Gilmore que Alciatus rompe la asociación bartolista entre

merum imperium (maximum) y *facultas legen condendi*; para Alciatus la facultad legislativa no es parte del *imperium*.

Gilmore comenta después la obra de Ulrich Zacius. Dice Gilmore que el deseo de Zacius era circunscribirse únicamente a los textos y no basarse en la autoridad de los doctores. Señala Gilmore que para Zacius el *merum imperium* consiste en la *potestas gladii* e incluye la creación de normas generales tal y como Bártolo sostenía. Dice el autor que para Zacius *imperium* puede significar tres cosas diferentes: 1) la más alta excelencia de un príncipe, 2) el *imperium* de cualquier juez, cuando emite órdenes y 3) la autoridad de juzgar. De esta manera, dice Gilmore, el *imperium* debe entenderse en conformidad con la *naturaleza del título en el cual se encuentra ubicado* (en el Digesto) ¿quién puede dudar que, aquí, *merum imperium* se refiere a la jurisdicción de los jueces? Todos los aspectos del *imperium* que no se refieren a la jurisdicción son eliminados; la creación del derecho, para Zacius, pertenece a la "eminencia" del príncipe, más bien que a su *imperium*. Cuando Zacius se plantea la cuestión de *¿cui competit merum imperium?* es obvio que su respuesta, señala Gilmore, es decisivamente influida por el hecho de haber sido alemán. La constitución del Sacro Imperio Romano lo inducía, más que a sus contemporáneos franceses, a escoger la solución de Azo.

La gran modificación de Zacius, según Gilmore, es la estricta limitación del contenido del *merum imperium*, necesaria para seguir sosteniendo el derecho de los magistrados al *imperium*. Observa Gilmore, que para Zacius la independencia de las magistraturas, se debía al hecho de que sus cargos habían sido establecidos por el derecho, no por el hecho de que pudieran participar del *merum imperium* el cual residía en el príncipe.

Gilmore pasa a comentar la obra de Charles Dumoulin, la cual es especialmente importante en el desarrollo de la doctrina política de la monarquía francesa. Comenta Gilmore que Dumoulin, cuyo objetivo era el reforzamiento de la monarquía, encuentra en la teoría del *imperium* de Alciatus un arma poderosa. Para Dumoulin, refiere Gilmore, las jurisdicciones señoriales constituían un intolerable abuso y debían ser abrogadas.

Gilmore encuentra en Dumoulin la distinción entre tener el título del *imperium* y su jurisdicción y el ejercicio y administración de estas funciones. Para Dumoulin, comenta Gilmore, el rey tiene un *ius proprium* en cuanto a su *imperium*. Sin embargo, es claro que él no es propietario de su reino. La titularidad y posesión del más alto poder público se distingue de la propiedad del objeto sobre el cual tal poder actúa.

Dice Gilmore que al evaluar los logros de los humanistas en el estudio del derecho romano tenemos que recordar que ellos perseguían la realización de un específico objetivo. El trabajo de Dumoulin, por ejemplo, al adaptar a la autoridad constitucional francesa ideas derivadas de los textos romanos representa, ciertamente, uno de los resultados de los estudios humanistas. Sin embargo, en otro sentido Dumoulin se mantiene dentro de la tradición bartolista. Usa la doctrina romana sin distinguir entre los sentidos de la palabra, dados en diferentes textos; aplica la doctrina del derecho romano, sin un "sentido histórico" a la teoría contemporánea. A los humanistas se debe el surgimiento de un "sentido histórico" en los estudios jurídicos, lo que, en cierta forma los hizo más filólogos que juristas. Por ello es fundamentalmente cierto cuando Gilmore afirma que la escuela antibartolista en su forma extrema es menos relevante, o en nada relevante, a la historia de la teoría política. Sus miembros eran primordialmente historiadores y su esfuerzo principal era olvidar el presente, tanto como fuera posible, y tratar de entender la constitución romana histórica.

Otro autor al que se refiere Gilmore es Jean Guillot, para quien el *merum imperium* es un poder único: el poder general de ejecutar sentencias pronunciadas en un tribunal. La escuela bartolista, en general, y Dumoulin, en particular, comenta Gilmore, se propusieron explicar el concepto de *merum imperium* el cual incluye el poder de crear derecho; trataron de explicar y justificar el más alto poder público que, en este periodo, progresivamente se convierte más y más en un poder legislativo en sentido moderno. Guillot, más historiador y filólogo como todos los humanistas, consideraba que los textos romanos no podían tener tan amplio sentido: la palabra *imperium* se refería a la autoridad jurídica de los magistrados. Para Guillot *Imperium* y *Jurisdictio*, comenta Gilmore, son expresiones jurídicas que describen la autoridad del magistrado en el proceso. Por ello, para Guillot la *potestas legis sancienda* no es parte ni del imperio ni de la *Jurisdictio*. Ciertamente, dice Gilmore, es obvio que los textos van mejor con el poder de la magistratura en la nueva organización del Estado que con el poder que empieza a ser llamado "poder soberano". Los humanistas, en general, se concentraron en el significado histórico de los textos. Guillot, apunta Gilmore, fue una clara indicación de la creciente separación entre este tipo de estudio de la ciencia del derecho y de la práctica jurídica

Gilmore refiere una controversia muy significativa; se inicia en 1545 con la aparición, en Toulouse, del comentario de Antoine de Govéa al título de *iurisdictione omnium iudicum*. Govéa, sostiene Gilmore, se para la *iurisdictione* (*officium ius dicentis*) del *imperium*, en virtud del

cual los magistrados actúan sin la organización de un proceso jurisdiccional. Cuenta Gilmore que las conclusiones de Govéa fueron aceptadas y reelaboradas por François le Duaren. Sin embargo fueron inmediatamente contradichas por Equinarius Baro, colega de Duaren en Brujas.

Baro, comenta Gilmore, establece una distinción entre el *officium iudicis* y el *officium iurisdictionis*, i.e. entre el poder discrecional del magistrado y su obligación de aplicar el derecho. (Esta es una tesis muy común entre los juristas ingleses mediante la cual distinguen el argumento jurídico del moral en la decisión jurídica [Cfr. Joseph Raz, *La autoridad del derecho*, capítulo 10].) Baro pensaba que el *officium iudicis* contenía el *imperium*. Para Baro el *imperium*, comenta Gilmore, pertenecía al poder discrecional del magistrado y, por tanto, estaba excluido del *officium iurisdictionis*. Esta tesis es muy importante porque influye en la obra de Jean Bodin. Baro fue el primer profesor de Bodin en Angers. Dice Gilmore que tan pronto aparecieron los trabajos de Baro, Duaren inició el contraataque.

Después Gilmore se ocupa de la obra de Louis Charondas. Charondas comienza, dice Gilmore, con una explicación del origen de la sociedad civil y de la jurisdicción (exactamente como los pensadores del siglo XVIII). Refiere Gilmore la explicación de Charondas sobre la fundación de Roma, el periodo real y la creación de las magistraturas. Para Charondas, observa Gilmore, estos magistrados tienen jurisdicción e *imperium*, pero no *merum imperium*. La jurisdicción, según Charondas, no debe ser interpretada de forma tan extensa que incluya al *imperium* como una de sus especies. Para Charondas, dice Gilmore, *mixtum imperium* y *iurisdictio simplex* son lo mismo. *Imperium* es, en general, el poder de los magistrados por el cual deben ser obedecidos. *Merum imperium*, sin embargo, no tiene nada que ver con el *officium ius dicentis*.

Gilmore comienza el comentario a Cujas con la transcripción de la parte central a su comentario a *D. 1. 2. 3*. Dice Gilmore que este comentario es una explicación completa de la posición anunciada por Duaren y Charondas. Existe al menos una especie de acuerdo con el hecho de que en la historia de la constitución romana el *merum imperium* era el poder penal más alto, reservado al pueblo en los primeros siglos de la República, otorgado, después, a los magistrados, por una ley especial en el tiempo del establecimiento de la *quaestiones perpetuae*.

Gilmore nos habla después del más comprensivo tratado que se haya escrito sobre el tema; fue hecho por el jurisconsulto español Antonio

de Quintanaduegna en 1598. Este monumental tratado es más generoso en concepción que los tratados de la mayoría de los controversialistas (los humanistas que participaron en la discusión sobre *imperium* e.g. Govéa, Duaren, Baro), quienes habían sido motivados por un objetivo puramente histórico.

Gilmore comenta, después, el libro de William Barclay publicado en Angers en 1604 para quien, opina Gilmore, la postura de Bártolo toca la esencia de la controversia. Para Barclay, refiere Gilmore, *imperium*, en general, puede definirse como la facultad de ordenar. Existe un *imperium* absoluto e independiente que pertenece al príncipe en una monarquía, o al pueblo en una democracia, y hay un *imperium* inferior y limitado que pertenece a los magistrados que se encuentran vinculados a decidir de conformidad al derecho. Señala Gilmore que la importancia de esta exposición yace en la claridad con la que la autoridad pública suprema se distingue de la autoridad de los magistrados. El poder de crear el derecho, primera característica del *merum imperium* en Bártolo (*merum imperium maximum*), es separado en Barclay del *officium iudicis*, con el cual no tiene, según él, nada que ver. Con esto, observa Gilmore, el campo de la aplicación de los textos romanos a las condiciones contemporáneas, disminuyó ostensiblemente.

Después analiza el autor la obra de Jean Bodin. Dice Gilmore, que Bodin se mantiene en la línea de pensamiento de Dumoulin. Bodin dependía del derecho romano, aunque no de forma exclusiva. Ciertamente no puede negarse que el primer enfoque del problema sobre la organización pública es realizado examinando la magistratura romana. Dice Gilmore que no nos lamentaremos lo suficiente de que Bodin, en su lecho de muerte, ordenara quemar en su presencia sus tratados: *De iurisdictione et imperio* y *De legis actionibus et decretis et iudicibus*, escritos antes de su *Methodus ad facilem historiarum cognitione*, publicado en 1566. En la exposición sobre Bodin se aprecia que la cuestión *¿cui competit merum imperium?* es tratada de la manera bartolista; como introducción a una más amplia cuestión: la definición de la *suprema autoridad*. Bodin rechaza el dictamen de los humanistas de que los términos de la discusión de *imperium* en el derecho romano tiene que aplicarse a la magistratura romana histórica. Bodin, señala Gilmore, argumenta como Dumoulin: parte de la constitución romana hacia una filosofía general del Estado, para la cual, los textos del derecho romano, se convertían en buenas ilustraciones y argumentos. Bodin usa así la palabra *imperium* para referirse a los más altos poderes en el Estado. En la definición del término *summum imperium* se encuentra la esencia del Estado. Para Bodin, señala Gilmore, era clara la distinción entre el *imperium* de la más alta autoridad y el de

los magistrados. Niega desde el principio, que los magistrados puedan participar del *imperium* usando obviamente '*imperium*' en el mismo sentido en el que, después, usaría la palabra 'soberanía'.

Piensa Gilmore que el romanismo de Bodin lo condujo en un principio a no otorgar importancia al poder de crear el derecho y concedérsela, por el contrario, a la potestad de establecer magistraturas. Comenta el autor que esta concepción del *summum imperium*, como el último poder público, manifiesto en una serie de actos, dentro de los cuales la creación de las magistraturas es el más importante, representa el ideal de Jean Bodin para la monarquía francesa.

Gilmore observa que Bodin distingue entre *legis actio* y *officium iudicis*. Los textos del derecho romano muestran que todo lo que es atribuido por derecho a los magistrados no puede ser delegado. En tales casos, el magistrado es el derecho viviente, representa únicamente la acción del derecho (*legis actio*). Las facultades que caen en esta clasificación no pertenecen al magistrado, más bien pertenecen al derecho.

El razonamiento de Bodin, supone el autor, pareciera implicar que no hubiera una respuesta universal a la cuestión planteada entre maestro Lotario y maestro Azo. La respuesta depende, en primer lugar, de la constitución del Estado y, en segundo, del contenido asignado al *imperium*. Dice Gilmore que Bodin se percató de que en diferentes momentos, diferentes facultades son asignadas al *imperium*. Lo que no quiere decir que no exista un elemento común en los diferentes conceptos de *imperium*. Si un magistrado pronuncia una pena de muerte de conformidad al derecho *que así* lo dispone, entonces no tiene *merum imperium*; pero si la pena de muerte la impone en un caso que es, genuinamente, una cuestión discrecional, entonces posee *merum imperium*. La conclusión para Gilmore es clara: la posesión del *merum imperium* depende de la constitución del Estado en particular.

Para Bodin, dice Gilmore, las facultades que constituyen el *summum imperium* son consideradas, en su relación con la persona del soberano, de forma análoga a la parte del poder del magistrado que es establecida por el derecho. Por tanto, estas facultades del *summum imperium* no son susceptibles de delegación.

Las ideas expuestas en el *Methodus* por Bodin fueron ampliadas y esclarecidas en los *Six Livres de la République*. La más significativa diferencia que encuentra Gilmore es la definición de soberanía en términos de poder de crear el derecho, más que como poder de establecer o crear magistraturas.

Bodin, refiere Gilmore, se pregunta ¿a quién pertenece el cargo o la función?, ¿al Estado?, ¿al soberano?, ¿a aquél que ha sido investido? La respuesta de Bodin es que todas las magistraturas y cargos pertaine-

necen al Estado. El soberano tiene únicamente el derecho de proveer funcionarios. De esta manera, señala Gilmore, Bodin introduce una distinción entre el poder y la función. La función o el cargo, como tal, no puede pertenecer a nadie; es parte de la *organización del Estado*. Sin embargo, el poder o facultad, propio al ejercicio de tal función, puede decirse, que *pertenece a tal función*. Una persona en su capacidad privada no puede poseer un cargo, sin embargo, en su capacidad oficial tiene, durante su oficio, la facultad que está unida al cargo. Gilmore piensa que tal distinción era necesaria para poder compatibilizar las dos tesis que se encontraban detrás: una, la del naciente poder soberano del monarca; la otra, el poder de las magistraturas en la organización constitucional de los Estados.

Al concluir la teoría de la facultad de creación del derecho, Bodin, sostiene Gilmore, se privó de la posibilidad de usar algunas de las viejas restricciones teóricas que se imponían al poder real; no podía apelar a la tradición medieval y sus controles inexistentes. Esto estaba destruido con su formulación del concepto de soberanía.

El último autor del que se ocupa Gilmore es *Charles Loyseau* para quien, comenta el autor, existen dos tipo de *seigneuries*: una, llamada pública, porque se refiere al poder público y únicamente puede ser ejercida por personas públicas, y la privada, la verdadera propiedad y efectivo goce de algo. Para Loyseau, comenta Gilmore, funcionarios del antiguo régimen feudal usurparon una porción del poder público y llegaron a ser *seigneurs de justice*: por ello hubo dos *seigneuries* de carácter público.

Loyseau analiza la cuestión de la conexión entre el cargo y las categorías que ha establecido. Gilmore piensa que el reconocimiento de la propiedad al cargo de los magistrados no podía conciliarse con el concepto de soberanía, a menos que se establecieran ciertas distinciones. Para ello Loyseau utilizó la línea de argumentación que llega a él desde el tiempo de los bartolistas. La exégesis del derecho romano fue, sostiene Gilmore, nuevamente la fuente principal de los argumentos. Los elementos que parecieran contradictorios fueron reconciliados en una doctrina del constitucionalismo.

Para Gilmore, Loyseau sostiene una opinión contraria a la de Bodin. Afirma que, aunque en Roma los funcionarios no eran propietarios de sus cargos, en Francia, eran verdaderos propietarios. Lo fueron desde la ordenanza de Luis XI que declaró que tales funcionarios eran inmuebles. Loyseau, comenta Gilmore, rechaza los argumentos de sus predecesores que sostenían que un funcionario tenía un título comparable al de un usufructuario. Para Loyseau, dice Gilmore, la noción de posesión usufructuaria es aplicable a la posesión de la facultad del

funcionario pero no a su posesión al cargo. Esta posesión, señala Loyseau debe considerarse, no como una propiedad patrimonial o privada, sino únicamente en lo que *propiamente se relacione a la naturaleza del cargo mismo*.

Bodin, señala Gilmore, creía en la relativa estabilidad de los cargos o funciones como parte de la organización del poder público. Esto, dice Gilmore, fue sostenido por Loyseau quien, sin embargo, añadió la noción de la estabilidad de los funcionarios. Esto es, un cuerpo de magistrados con un tipo de propiedad de sus cargos, irremovibles, sirviendo en una capacidad corporativa, asociados con el soberano constituyendo el poder público de Francia .

El hecho más obvio que se aprecia en el trabajo de Gilmore es que idénticos textos y argumentos del derecho romano fueron usados para sostener las teorías políticas más variadas en el periodo de formación del Estado nacional. Por otro lado, como señala Gilmore, no debemos llegar a la conclusión de que el derecho romano fue siempre usado como mera ilustración de ideas y argumentos. Ciertamente así fue en ocasiones. Pero hay que enfatizar la conclusión de que no hay que olvidar que el estudio del derecho romano fue parte integral en la formación de las propias ideas políticas.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

IL MODELO DI GAIO NELLA FORMAZIONE DEL GIURISTA, Atti del Convegno Torinese (4-5 maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano, Milano, Giuffrè, 1981, 421 pp.

Este volumen recoge los diversos trabajos presentados en el Convivio Torinese (mayo 1978), celebrado en honor del profesor Silvio Romano, que versan sobre el valor que pueden tener las *Instituciones* de Gayo para la formación del jurista actual. Es sabido que la característica más notable de las *Instituciones* gayanas consiste en que es la primera obra de carácter isagógico de la literatura jurídica romana. Aunque Gayo parece que fue un jurista desconocido o despreciado por los juristas clásicos, quienes nunca lo citan, su obra ha tenido una gran influencia debido a que informó el texto isagógico de Justiniano, sus *Instituciones*, que han servido como libro elemental para la formación de los juristas durante muchos siglos en aquellos países de tradición romanista. Teniendo en mente la influencia que ha ejercido la obra gayana, por medio de las *Instituciones* justinianeas, resulta interesante el tema de los trabajos que reúne este volumen.