



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

Carlos Rodríguez Pastor

PRONTUARIO
DE
DERECHO ROMANO

Segunda Edición
Revisada y anotada

Carlos Rodríguez Pastor

Prontuario de Derecho Romano

 Fondo
EDITORIAL
Universidad **Inca Garcilaso de la Vega**

FICHA TÉCNICA

Título : Prontuario de Derecho Romano (3ra. edición, 2016)
Prontuario de Derecho Romano (2da. edición, 1992)
Prontuario de Derecho Romano (1ra. edición, 1938)
Autor : Carlos Rodríguez Pastor
Serie : Obras escogidas / Derecho
Código : CLA/005-2016
Editorial : Fondo Editorial de la UIGV
Formato : 140 mm x 220 mm 369 pp.
Impresión : Offset y encuadernación en rústica
Soporte : Cubierta : folcote calibre 14
Sobrecubierta : couché de 150 g
Interiores : bond de 75 g
Publicado : Lima, Perú, Julio de 2016
Tiraje : 150 ejemplares
Edición : Primera

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Rector: Luis Cervantes Liñán

Vicerrector Académico: Jorge Lazo Manrique

Vicerrector de Investigación y Posgrado: Juan Carlos Córdova Palacios

Jefe del Fondo Editorial: Fernando Hurtado Ganoza

© Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Av. Arequipa 1841 - Lince

Tel.: 471-1919

Página Web: www.uigv.edu.pe

Fondo Editorial

Jr. Luis N. Sáenz 557 - Jesús María

Tel.: 461-2745 | Anexos: 3712 - 3721

Correo electrónico: fondoeditorial@uigv.edu.pe

Coordinación editorial : Nérida Curazzi Gutiérrez
Cuidado de la edición : Lourdes Abanto Bojórquez
Diseño de carátula y diagramación : Carlos Tello Silva

Revisión del texto : Ricardo Angulo Basombrío
Fotos archivo : Laura Rodríguez Pastor

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-07767

ISBN: 978-612-4050-87-9



Dr. Carlos Rodríguez Pastor

Presentación

La Universidad Inca Garcilaso de la Vega, a través de su Fondo Editorial, tiene la satisfacción de publicar *Prontuario de Derecho Romano* del distinguido y renombrado maestro universitario, doctor Carlos Rodríguez Pastor (1900-1998), quien en el transcurso de varias décadas hasta su avanzada edad, iluminó con su enseñanza este importantísimo curso dictado a numerosas generaciones en las facultades de las principales universidades del país. En sus clases transmitió ejemplarmente la influencia del Derecho Romano en la historia del Derecho y su evolución en las normas jurídicas.

El profesor Rodríguez Pastor tuvo una singular capacidad de síntesis y exposición, no solo admirables, sino también, una inimitable brillantez didáctica que se puede apreciar en este libro de notable alcance académico por el que alcanzó merecido reconocimiento. En palabras del autor: «*Al estudiar el Derecho Romano debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho muerto que se reconstruye, no arbitrariamente, sino de acuerdo con el espíritu y la letra, el genio y el léxico, propios de los romanos. No es el más indicado el método dogmático, que consiste en la exposición sistemática de los principios jurídicos, y el análisis interpretativo de los textos, según las reglas de la crítica. El Derecho Romano debe estudiarse conforme al método histórico, que es la investigación comparada del origen, desarrollo y cambios de las instituciones jurídicas de Roma, en las distintas etapas de su desenvolvimiento*» (p.46).

En esta obra el autor incluye comentarios de ilustres tratadistas que explican y justifican la transformación del Derecho inspirado en el Derecho Romano que constituye el

descubrimiento de las bases clásicas en la formación jurídica contemporánea, fuente y origen del Derecho. Estamos convencidos de que los estudiantes y estudiosos hallarán su vasto saber y lo van a disfrutar.

Por último, queremos agradecer a la señora Laura Rodríguez Pastor Mendoza y familia, por su amable autorización para hacer efectiva esta publicación.

Luis Cervantes Liñán
Rector

Comentarios ilustres e importantes sobre el Derecho Romano

Tras de media centuria transcurrida desde que salió a la luz pública el *Prontuario*, bien vale la pena destacar las opiniones vertidas en torno a su importancia, como aparece de las que se transcriben a continuación, las que a mi juicio sustituyen con ventaja a la más eficiente introducción.

LIZARDO ALZAMORA, que fue Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Rector de la Universidad Mayor de San Marcos, ilustre Diplomático, Ministro de Estado, Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje en el Tribunal de la Haya y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo lo siguiente: «aun cuando se quisiera prescindir del aprendizaje del Derecho Romano, éste quedaría siempre incluido en los estudios necesarios para la formación del jurista, porque las ideas generales que inspiraron su sistematización, en las varias ramas del Derecho, son de origen esencialmente romano».

DANIEL ANTOKOLETZ, profesor de la Universidad de Buenos Aires, ha afirmado que: «el Derecho Romano es el prototipo del Derecho Racional que facilita la señalización de los problemas jurídicos a través de todas sus épocas».

VINCENSO ARANGO RUÍZ, sostiene que: «estudiar el Derecho Romano es conocer la raíz de nuestras insti-

tuciones para obtener un concepto íntimo; sin el cual, no se puede realizar ninguna conclusión jurídica valedera».

R.H. BARROW, ha sostenido que: «Roma se ha inmortalizado porque muchos de los problemas de hoy y de algunas de las soluciones que propuso son peculiarmente modernas».

VÍCTOR ANDRÉS BELAÜNDE, ha sostenido que: «el catolicismo conservó la contribución de Roma a la cultura universal en la obra admirable de su Derecho al que dio una orientación en concordancia con el nuevo concepto del hombre y de su destino; por eso, la más importante y definitiva base del Derecho se realizó bajo el cristianismo».

ANDRÉS BELLO, el más excelente legislador Hispano-Americano propugnó: «como fundamental la enseñanza extensa y profunda de la jurisprudencia romana».

CLODOVEO BEVILACQUA, nació en 1859, juriconsulto brasileño, co-autor del proyecto del Código Civil de dicho país en 1900. Fue miembro del Tribunal de La Haya. «El Derecho Romano, como la filosofía griega, fue producto consciente de la evolución mental humana y desde el fondo de los siglos no cesará de enviar luz para la conciencia y nutrición para quienes meditan sobre las condiciones de vida de la sociedad».

MICHEL BREAL, sostuvo que: «la investigación de los misterios de una lengua arcaica como la latina, ha sobrevivido en el Derecho Romano a través de los siglos».

JACOBO BRYCE, jurista inglés, en su obra: *El Sagrado Imperio Romano*, ha sostenido que: «no hay problema de

jurisprudencia que no trate del Derecho Romano, ni existe un rincón de la ciencia política que no lo haya iluminado».

JOSÉ LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO, en el discurso que pronunció en 1954 al conmemorarse el Centenario del Nacimiento de Francisco García Calderón, afirmó: «que el Derecho Romano luce la gallardía de su creación y un amplio panorama retrospectivo sobre reminiscencias helénicas en la Ley de las XII Tablas, y describe en los plebiscitos el sorprendente sentido jurídico del pueblo para resumir en las «Instituta» y en el Digesto toda la jurisprudencia de aquella época».

PIETRO CALAMANDREI, según él: «una de las causas de la decadencia actual de la profesión de abogado es sin duda alguna el abandono que se ha hecho del Derecho Romano considerado siempre como la mayor riqueza del patrimonio profesional de un jurista».

FRANCESCO CARNELUTTI, según este gran procesalista: «el Derecho Romano es el más exquisitamente jurídico que ha existido gracias a la labor de una jurisprudencia que ha gozado de una excepcional sensibilidad y agudeza».

JUAN DE CHURRUCA, profesor de la Universidad de Deusto, afirmó que: «la presencia del Derecho Romano tiene una triple razón de ser: proporciona al futuro jurista una visión general del cuadro jurídico, explica el origen histórico de muchas instituciones actualmente vigentes y tiene un alto valor formativo al dar a conocer la evolución de un esclarecimiento jurídico que destaca como pocos en dicha disciplina».

PABLO COGIOLO, profesor de la Universidad de Módena, califica al Derecho Romano como «la entidad jurídica más compleja, más poderosa y más conocida».

EDUARDO CUQ, profesor de la Universidad de París, declaró que: «los romanos fijaron a perpetuidad las categorías del pensamiento jurídico».

JOSÉ DE LA RIVA AGÜERO, en su conocida obra: *Por la verdad, la tradición y la patria* ha sostenido que: «la importancia del Derecho Romano para el mundo actual, no consiste sólo en haber sido la fuente y origen del Derecho, pues su autoridad reside en la profunda revolución interna y en la transformación completa que ha hecho sufrir a nuestro pensamiento jurídico».

D' AGUESSEAU, afirma que: «aún no están consumados los grandes destinos de Roma. Ella dominó al mundo por la razón, después de haber dejado de dominarlo por su Imperio».

J. DECLAURILLE, profesor de la Universidad de Toulouse, historiador y jurista francés; quien sostuvo que «Roma fue organizadora de la sociedad de los hombres en general y generadora consciente del Derecho que elaboró en detalle e hizo aparecer sus principios a la plena luz de la reflexión».

AGUSTÍN DÍAZ BAILET, Catedrático de Derecho Romano y Decano de la Universidad de Córdoba. Escribió: «El Derecho Romano se incorporó, mediante el fenómeno de la recepción, al derecho americano actual, volviendo a ser historia y cuerpo jurídico vigente».

LUDWIG ENNECCERUS, profesor de la Universidad de Marburg, ha afirmado que: «la profunda transformación del Derecho se ha inspirado en la ciencia del Derecho Romano, que perdura como arquetipo científico y como escuela de la aplicación del Derecho, producto del genio de los juristas romanos; por lo cual, el descubrimiento de las bases clásicas de este Derecho, ha prestado un servicio excepcional a la cultura jurídica».

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, jurista español, afirma que: «el Derecho Romano es el más valioso instrumento jurídico para la formación del jurista moderno».

JAMES GOLDSCHMIDT, ha sostenido que: «el Derecho Romano ha llegado a ser la base de la jurisprudencia entera porque tal enfoque ha influido decisivamente en la Ciencia Procesal».

ERNEST HAUSER, afirma que: «El Derecho Romano perfeccionado por generaciones de grandes jurisconsultos, enriqueció con sus humanitarias y bien saneadas doctrinas los sistemas legales del mundo occidental».

PAUL JARA, ha sostenido que: «durante más de mil años el Derecho Romano fue el Derecho vivo de caudal siempre creciente y en constante evolución que comprende el más grande proceso de poderío estatal y cultural que el mundo conoce, y gracias a ello, es que el Derecho Romano se alza por encima de la limitación del tiempo para pasar a constituir un Derecho de Ciencia Universal».

P. JORS, ha sostenido que: «El Derecho Romano se alza por encima de las limitaciones del tiempo para pasar a constituir un Derecho de vigencia casi universal».

MAX KASER, profesor de la Universidad de Heidelberg, ha opinado que: «el Derecho Romano se elevó a un alto grado de perfección y logró que fuese en el pensamiento jurídico de la humanidad una indeleble fuerza espiritual que, a través del pueblo romano subsiste en la actualidad».

WOLFGANG KUNKEL, profesor de la Universidad de Gotinga, afirma que: «Roma ha dominado dos veces al mundo: por las armas y por el espíritu. Es así como, Roma significa entre las grandes series históricas, el caso de evolución más típico, claro, lógico, opulento y completo, el más fácilmente escudriñable, el mejor conocido, el más autorizado, imitado e influyente».

SILVIO MEIRA, Presidente de la Asociación Interamericana del Derecho Romano, ha sostenido que: «la Ley de las XII Tablas es la fuente de todo el Derecho Público y Privado».

M. ORTOLAN, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de París que ejerció notable influencia como jurista durante el siglo XIX, ha sostenido que: «la legislación de Justiniano ha regido al mundo y constituye todavía la base de un gran número de las legislaciones europeas».

FRANCISCO MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, ha afirmado que: «Roma influye de manera más directa y sistemática que Grecia en la cultura jurídica y gran parte de las instituciones modernas de ella proceden».

LUIS RECASENS SICHENS, afirma que: «la acogida que el Derecho Romano obtuvo en Alemania, en donde permanece vigente hasta nuestros días, no es un caso ex-

cepcional, pues rara vez un pueblo ha dejado sentir en su desarrollo jurídico la influencia de otros, ya que el mismo Derecho Romano antes de ser recibido en Alemania había asimilado elementos de otros derechos».

FERNANDO REYNOSO, jurista español, declara que: «en las miles de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de mi país, el principio principal aplicable procede del Derecho Romano».

JOSÉ SANTIAGO RODRÍGUEZ, Profesor de la Universidad de Caracas, afirmó que: «el maravilloso tecnicismo de la legislación romana basta para hacerla inmortal, pues formó la lengua del jurisconsulto y la clave que ha servido para elaborar los códigos modernos».

FEDERICO CARLOS SAVIGNY, afirmó que: «la civilización romana ha sido en la antigüedad la más completa, la más sistemática, la más perfecta y la más correcta en sus fórmulas y en su capacidad de difusión, a la caída del Imperio de Occidente, que salvó los elementos más influyentes de la civilización, en los pueblos europeos y en el cristianismo que fue su base moral; por lo que, sigue siendo cristiano en gran proporción».

SÉNECA, LUCIO ANNEO, poeta y escritor español. Murió en Roma en el año 65 d.C. Considerado como uno de los más notables filósofos latinos. El gran escritor refiriéndose al Derecho Romano se expresó así: «Roma osciló entre las armas y las letras; ahí donde triunfó con las armas desarrolló su cultura jurídica» («Ubicumque Tomanus Vicit, Habitat»).

RAMÓN SERRANO SUÑER, jurista y político español, afirmó que: «lo que se pretende con la supresión del estudio del Derecho Romano, en lugar de formar juristas, es crear meros funcionarios encargados de aplicar automáticamente las normas, incapaces de analizarlas, de penetrar en su espíritu y de interpretarlas adecuadamente».

RODOLFO STAMLER, ha afirmado que: los juristas romanos al reflexionar sobre el problema limitado de los casos particulares, dirigieron su pensamiento a la estrella que guía todo derecho, a saber, la realización de la justicia en la vida».

ARMANDO TORRENT, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid. «No hay mejor introducción a los estudios jurídicos que una sólida base romanística sustentada en el Derecho Romano del cual nace el Derecho Privado, esencialmente el Civil y demás especialidades, separadas del tronco común».

Oportet apte cadere, latino sermone exprimere proverbialia.

J. TRUJILLO ARROYO, afirma que: «el Derecho Romano en la época clásica utilizó la filosofía; posteriormente, cautivó los espíritus y sentó sus reales en el campo del derecho y la jurisprudencia».

JORGE USCATESCU, profesor de la Universidad de Rumania, ha afirmado que: «Roma supo construir como ningún otro pueblo su magnífica jurisprudencia que ha sido y sigue siendo, si cabe en el curso de los siglos, modelo arquitectónico y doctrinal imitado por tantos pueblos y juristas modernos».

SABINO VENTURA SILVA, catedrático de la Universidad Autónoma de México. «Como ha sostenido el genial Ihering, el Derecho Romano ha llegado a ser para el mundo moderno como el cristianismo: un auténtico elemento de civilización».

SPENCER VAMPRE, afirmó que: «la legislación romana es un elemento indispensable en la cultura jurídica universal».

RUDOLF VON IHERING, según este autor de la famosa obra: *El Espíritu del Derecho Romano*, formula: «Per Jus Romanum ultra Jus Romanum», fue el lema del Segundo Congreso Interamericano de Derecho Romano reunido en México bajo los auspicios de la Universidad Autónoma de ese país en 1972.

Las opiniones de tratadistas notables, tanto domésticos como foráneos, si no justificasen, al menos explicarían razonablemente la decisión de tomar a su cargo esta nueva edición del *Prontuario de Derecho Romano* que en el fondo conlleva un juicio de valor favorable a dicho libro.

C.R.P.

CONTENIDO

I. Parte General

Prenotandos

Introducción al Derecho Romano

II. Parte Especial

* El Derecho Nacional

(Desde la fundación de Roma hasta la Pretura)

* El Derecho Pretoriano u Honorario

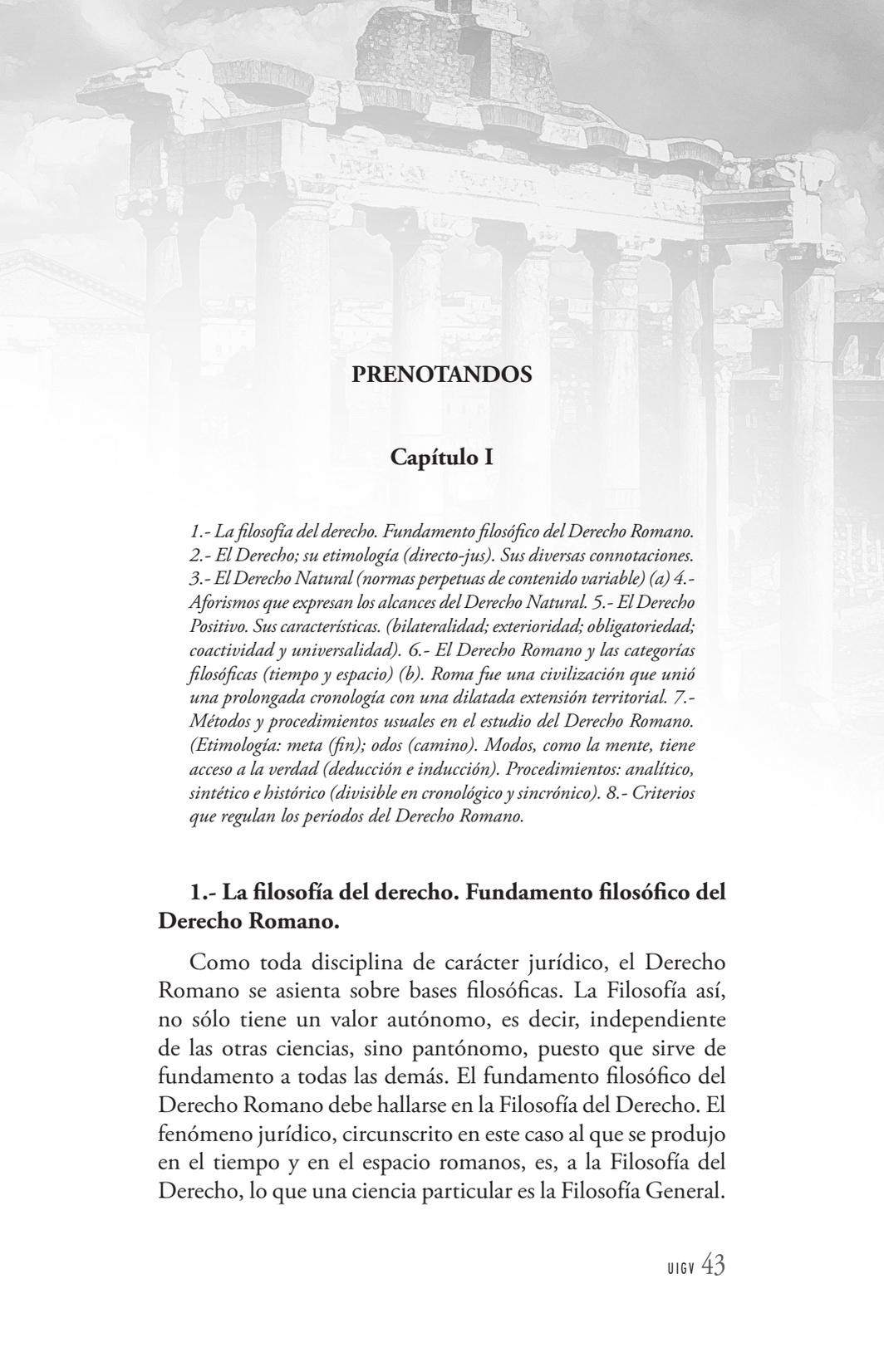
(Desde la Pretura hasta el Imperio)

* El Derecho Imperial

(Desde la época de Domiciano hasta el emperador Adriano)

* El Derecho en la etapa de la Orientalización

III. El Derecho Procesal en Roma



PRENOTANDOS

Capítulo I

1.- *La filosofía del derecho. Fundamento filosófico del Derecho Romano.*
2.- *El Derecho; su etimología (directo-jus). Sus diversas connotaciones.*
3.- *El Derecho Natural (normas perpetuas de contenido variable) (a) 4.- Aforismos que expresan los alcances del Derecho Natural. 5.- El Derecho Positivo. Sus características. (bilateralidad; exterioridad; obligatoriedad; coactividad y universalidad).* 6.- *El Derecho Romano y las categorías filosóficas (tiempo y espacio) (b). Roma fue una civilización que unió una prolongada cronología con una dilatada extensión territorial.* 7.- *Métodos y procedimientos usuales en el estudio del Derecho Romano. (Etimología: meta (fin); odos (camino). Modos, como la mente, tiene acceso a la verdad (deducción e inducción). Procedimientos: analítico, sintético e histórico (divisible en cronológico y sincrónico).* 8.- *Criterios que regulan los periodos del Derecho Romano.*

1.- La filosofía del derecho. Fundamento filosófico del Derecho Romano.

Como toda disciplina de carácter jurídico, el Derecho Romano se asienta sobre bases filosóficas. La Filosofía así, no sólo tiene un valor autónomo, es decir, independiente de las otras ciencias, sino pantónimo, puesto que sirve de fundamento a todas las demás. El fundamento filosófico del Derecho Romano debe hallarse en la Filosofía del Derecho. El fenómeno jurídico, circunscrito en este caso al que se produjo en el tiempo y en el espacio romanos, es, a la Filosofía del Derecho, lo que una ciencia particular es la Filosofía General.

2.- El Derecho; su etimología (directo-jus). Sus diversas connotaciones.

El derecho comprende un conjunto de normas imperativas y reguladoras de la convivencia humana. Tal sentido está invívito en sus posibles etimologías. V.g. *Yu* (raíz Sánscrita que significa ligar, unir), *jussum* (de jubeo, verbo latino que significa mandar), *Júpiter* (padre de los dioses en la Mitología, índice de una voluntad suprema), *Jos* (expresión del Zend-Avesta que significa voluntad divina). Este sentido rectificador y regulador, resalta en las expresiones de los distintos idiomas (derecho, directo; δικαιον; diritto; droit; right, law; recht). Sin pretender expresar exhaustivamente la esencia del derecho, en un sentido prevalentemente objetivo, podría definirse, como la teoría de los principios reguladores de las relaciones sociales.

3.- El Derecho Natural (normas perpetuas de contenido variable) (a).

Teoría de Stammler sobre el «derecho natural de contenido variable». Toda regla supone una unidad de medida, una especie de meridiano normativo y apriorístico. Juvencio Celso, filósofo romano de la época de los Antoninos, definió el derecho como «*ars boni et aequi*» (arte de lo bueno y equitativo). Y el Digesto, recogiendo esta definición, consignó lo siguiente: «*quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur*» (se llama derecho lo que siempre es bueno y equitativo). Este sentido inmutable, perpetuo y universal es el germen del Derecho Natural.

Rodolfo Stammler ha restaurado sobre nuevas bases la teoría del Derecho Natural. Apartándose del relativismo positivista y materialista, atribuye al orden jurídico un substractum racional, absoluto e idealista. Pero supera al propio tiempo al naturalismo rígido, cuyos exponentes clásicos fueron Grocio y Pufendorff, afirmando que el contenido del Derecho Natural es variable. En suma el Derecho Natural ofrece una respuesta unívoca y perpetua pero simultáneamente aplicable a las diversas circunstancias que la realidad social genera.

4.- Aforismos que expresan los alcances del Derecho Natural.

En el Derecho Romano se mencionan los siguientes aforismos: el primero, se atribuye al jurista Juvencio Celso de la época de los Emperadores Trajano y Adriano. Dice así: «*Jus est ars boni et aequi*». El segundo, está contenido en el Digesto bajo la siguiente fórmula: «*Quod semper bonum et aliquam dicitur, jus est*».

5.- El Derecho Positivo. Sus características. (bilateralidad; exterioridad; obligatoriedad; coactividad y universalidad).

Un derecho natural, no traducido en signos expresivos –costumbres y leyes– resultaría insuficiente para la regulación de la convivencia social. Se precisa de fórmulas imperativas, debidamente sancionadas para cada comunidad. Tal es el derecho positivo. Sus normas, denominadas jurídicas, exhibe ciertas características que las distinguen de otras reglas aplicables a las relaciones humanas. Estas notas distintivas son: bilateralidad; exterioridad; obligatoriedad; coactividad y universalidad.

Bilateralidad: quien ejerce la facultad, es el sujeto activo (tiene el derecho), pero su correlato está en el sujeto pasivo (cumple la obligación).

Exterioridad: actúa en función del mundo circundante. De allí el apotegma: «El entendimiento no delinque».

Obligatoriedad: el titular de derecho exige porque le asiste un imperativo ineludible.

Coactividad: el incumplimiento de la obligación conlleva a una sanción (nulidad del acto contrario, pena privativa de la libertad o pago de una multa).

Universalidad: todo aquel que se encuentra en igual situación que el titular del derecho, estaría sujeto a idéntico comportamiento.

6.- El Derecho Romano y las categorías filosóficas (tiempo y espacio) (b). Roma fue una civilización que unió una prolongada cronología con una dilatada extensión territorial.

El Derecho Romano. Su importancia.- El conjunto de normas jurídicas, consuetudinarias y escritas que han regido la convivencia social de Roma, durante las diversas épocas de su existencia, es el Derecho Romano. En una acepción restringida, se llama Derecho Romano al «*Corpus juris civilis*». Su importancia no puede discutirse. En frase de Eduardo Cuq, los romanos fijaron a perpetuidad las categorías del pensamiento jurídico. Roma, pues, creó el Derecho. En contraposición a Grecia, lo que a aquella le faltó de capacidad para el Arte y la Filosofía, le sobró con exceso de aptitud para la Jurisprudencia. Es un derecho muerto, pero valioso. Por la seguridad casi matemática de sus normas; por la perfecta técnica de sus expresiones; por la eficacia del método empleado; por la sabiduría intrínseca de sus principios; por la excelencia de su sistematización; por su hondo sentido filosófico; por las especiales circunstancias históricas en que se desarrolló; por servir de lazo de unión entre las legislaciones de los diversos países; por ser un auxiliar precioso para el conocimiento de la historia, literatura y sociología romanas; por la supervivencia de muchas de sus instituciones hasta nuestros días.

7.- Métodos y procedimientos usuales en el estudio del Derecho Romano. (Etimología: *meta* (fin); *odos* (camino). Modos, como la mente, tiene acceso a la verdad (deducción e inducción). Procedimientos: analítico, sintético e histórico (divisible en cronológico y sincrónico).

Al estudiar el Derecho Romano debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho muerto que se reconstruye, no arbitrariamente, sino de acuerdo con el espíritu y la letra, el genio y el léxico, propios de los romanos. No es el más indicado el método dogmático, que consiste en la exposición sistemática de los principios jurídicos, y el análisis interpre-

tativo de los textos, según las reglas de la crítica. El Derecho Romano debe estudiarse conforme al método histórico, que es la investigación comparada del origen, desarrollo y cambios de las instituciones jurídicas de Roma, en las distintas etapas de su desenvolvimiento. Esto no importa distinguir, como lo han pretendido algunos, una doble evolución en el Derecho Romano: la interna y la externa. El origen de esta división parece estar en Leibnitz. Pero constituye una errónea apreciación del pensamiento leibniziano que se limitó a contraponer lo jurídico y no lo jurídico, sin aplicarla a la historia del derecho mismo.

Dos procedimientos emplea el método histórico: el cronológico y el sincrónico. El primero es monográfico. Estudia separadamente la génesis y evolución en el tiempo de las instituciones jurídicas correspondientes a cada rama del Derecho. El segundo es polimórfico. Estudia en conjunto las instituciones jurídicas dentro de cada uno de los diversos períodos históricos del Derecho. Este segundo procedimiento es el más adecuado. Para que el método histórico resulte eficaz debe ajustarse a los siguientes principios fundamentales:

a) integridad del fenómeno jurídico: costumbre; ley, jurisprudencia, doctrina. **b)** relación del derecho estudiado con los demás fenómenos sociales. **c)** conexión histórica; homogeneidad en el espacio, causalidad en el tiempo; **d)** sentido de comparación con otros derechos. Precisamente, el método histórico, aplicado comparativamente ha destruido la leyenda del romanismo puro. Ha demostrado, sin descartar su base original, que sobre el derecho romano se dejan sentir influencias extranjeras, etruscas, helénicas, egipcias, asirio-caldeas, La Ley de las XII Tablas, la hipoteca, el préstamo a la gruesa, traducen innegables influencias griegas, las que principalmente le infunden un sentido de universalidad y de humanismo. Del derecho egipcio toma disposiciones referentes a la organización social, a la propiedad, a las antiguas acciones de la ley y al matrimonio por «*confarreatio*». La anticresis y el retracto familiar tuvieron un origen caldeo.

8.- Criterios que regulan los períodos del Derecho Romano.

El Derecho Romano puede clasificarse desde varios puntos de vista: el de su forma (consuetudinario y escrito); el de su contenido (Público y Privado, según las «Instituta»; Natural, de Gentes y Civil, según Ulpiano; «*gentium*» y «*civilis*» según Gayo) y el de su evolución histórica, de acuerdo con las diversas épocas o las distintas instituciones que, a través del tiempo, han influido sobre el derecho mismo. Los tratadistas no coinciden al respecto. He aquí algunas de las divisiones más vulgarizadas:

Tres períodos: Monarquía, República e Imperio (Heinecio, Puchta, Lazo).

Tres períodos: Prejustiniano, Justiniano y postjustiniano (Serafini).

Tres períodos: Antiguo (los 4 primeros siglos). Clásico (los 4 siglos siguientes hasta Dioclesiano). Imperial (hasta Justiniano) (Cuq, Antokoletz, Oliveira).

Cuatro períodos: Infancia, adolescencia, madurez y decadencia, que comprenden respectivamente, partiendo de la fundación de la Roma, hasta las XII Tablas, Cicerón, Alejandro Severo y Justiniano (Gibbons).

Cuatro períodos: 1°, hasta las XII Tablas; 2°, hasta el Imperio; 3°, hasta Constantino (según Thezard) o hasta Alejandro Severo (según Petit); 4°, hasta Justiniano.

Cuatro períodos: 1° hasta el establecimiento de la Pretura; 2° hasta Adriano; 3° hasta Dioclesiano; 4° hasta Justiniano. (Van Mayr).

9.- Plan y esquema del Curso.

Parte General (Introducción al estudio del Derecho Romano).

Parte Especial:

1er. Período. La Era del Derecho Nacional (desde la fundación de Roma, hasta la creación de la Pretura).

2do. Período. La Era del Derecho Honorario (hasta el Emperador Adriano).

3er. Período. La Era del Derecho Imperial (hasta el Emperador Dioclesiano).

4to. Período. La Era de la Orientalización del Derecho Romano (hasta Justiniano).

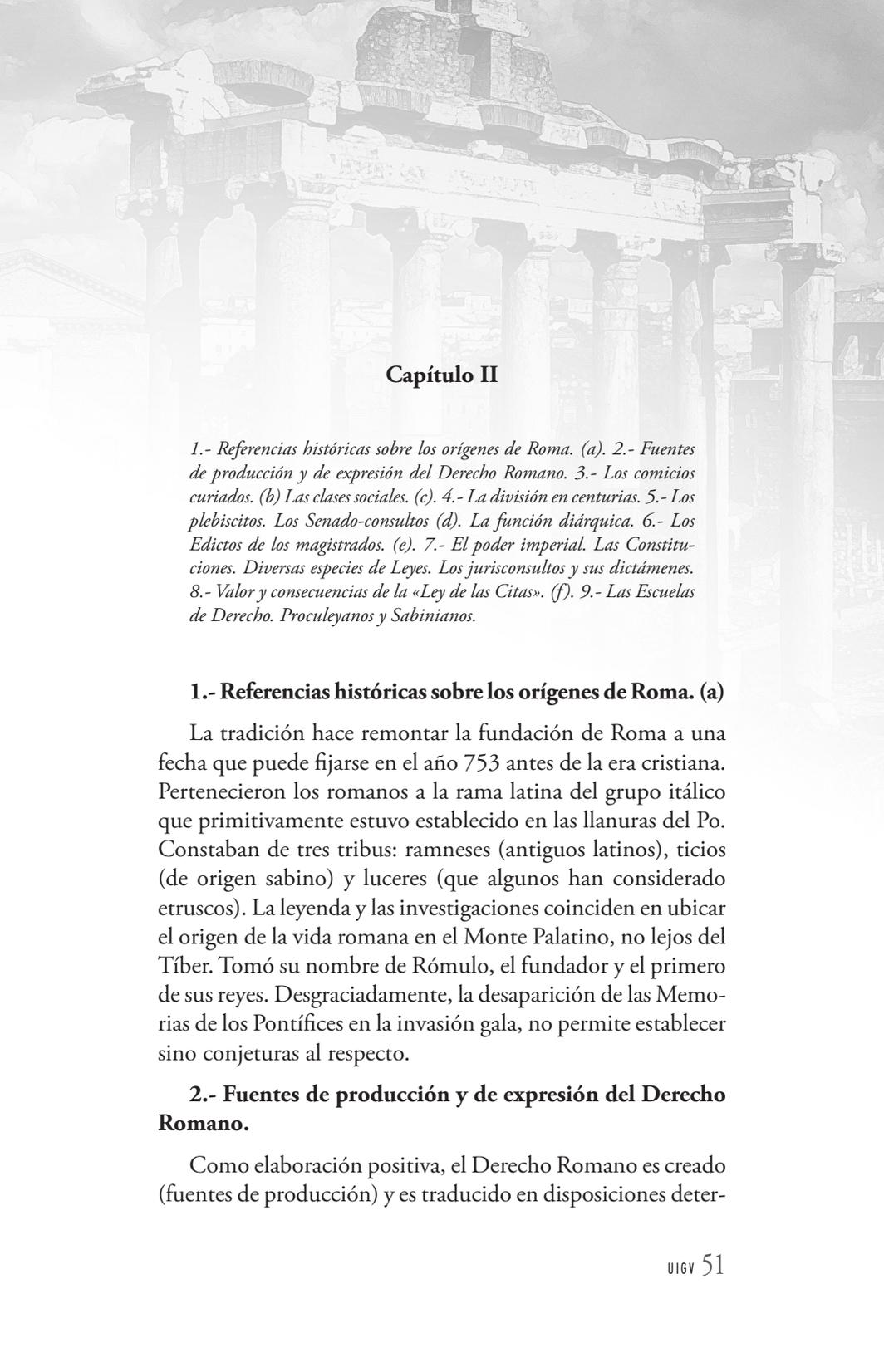
El Derecho Romano se estudiará en cada uno de estos períodos, de acuerdo con el siguiente plan: derecho de personas, derecho de cosas, derecho de obligaciones y derecho de sucesiones.

Por vía de apéndice un capítulo final sobre el Derecho Procesal en Roma.

NOTAS

- (a) En relación con el Derecho Natural, Rodolfo Stamler es el autor de la teoría denominada: «El Derecho Natural, Perpetuo pero de Contenido Variable».
- (b) Las categorías filosóficas, las planteó el tratadista Manuel Kant como «tiempo» y como «espacio», considerando que el tiempo es la medida del movimiento referida a lo anterior y lo posterior. (*mensura motus secundum prius et posterius*). Apartándose del idealismo Kantiano, otros filósofos han definido el espacio como el lugar que ocupan las dimensiones de los objetos exteriores.
- (c) Hay tratadistas que han diversificado las etapas que registra el proceso evolutivo del Derecho Romano en un enfoque distinto. Por eso algunas bibliografías jus-romanistas establecen los siguientes períodos:
 1. Derecho Arcaico (desde la Fundación de Roma hasta la República).
 2. Derecho Pre-Clásico (desde la República hasta el Imperio) (año 27 a.C.).

3. Derecho Clásico (desde que se constituye el Imperio hasta que las legiones consolidan el poder absoluto).
4. Derecho Post-Clásico (desde Dioclesiano hasta la muerte de Justiniano) (año 565 d.C.) y el desarrollo de las Escuelas de Derecho en el medioevo y en el Renacimiento.



Capítulo II

1.- Referencias históricas sobre los orígenes de Roma. (a). 2.- Fuentes de producción y de expresión del Derecho Romano. 3.- Los comicios curiados. (b) Las clases sociales. (c). 4.- La división en centurias. 5.- Los plebiscitos. Los Senado-consultos (d). La función diárquica. 6.- Los Edictos de los magistrados. (e). 7.- El poder imperial. Las Constituciones. Diversas especies de Leyes. Los jurisconsultos y sus dictámenes. 8.- Valor y consecuencias de la «Ley de las Citas». (f). 9.- Las Escuelas de Derecho. Proculyanos y Sabinianos.

1.- Referencias históricas sobre los orígenes de Roma. (a)

La tradición hace remontar la fundación de Roma a una fecha que puede fijarse en el año 753 antes de la era cristiana. Pertencieron los romanos a la rama latina del grupo itálico que primitivamente estuvo establecido en las llanuras del Po. Constaban de tres tribus: ramneses (antiguos latinos), ticios (de origen sabino) y luceres (que algunos han considerado etruscos). La leyenda y las investigaciones coinciden en ubicar el origen de la vida romana en el Monte Palatino, no lejos del Tíber. Tomó su nombre de Rómulo, el fundador y el primero de sus reyes. Desgraciadamente, la desaparición de las Memorias de los Pontífices en la invasión gala, no permite establecer sino conjeturas al respecto.

2.- Fuentes de producción y de expresión del Derecho Romano.

Como elaboración positiva, el Derecho Romano es creado (fuentes de producción) y es traducido en disposiciones deter-

minadas (fuentes de expresión). En cuanto «*jus scriptum*» es la ley (de *legere*, leer). Son varios los órganos creadores (fuentes jurisdiccionales) a los que paralelamente corresponden otros tantos órganos de expresión.

3.- Los comicios curiados. (b) Las clases sociales. (c)

Había en Roma, originariamente, treinta curias. (Etimológicamente, de «*quiris*», lanza sabina, o de *co-viria*, reunión de varones). Constituían una especie de aristocracia que atemperaba la monarquía, substrayéndole su carácter absoluto. Fueron la forma más antigua del poder legislativo. Para la dación de la ley, el Rey verifica la «*rogatio*», especie de iniciativa. Deliberan después los comicios. La decisión se produce por la mayoría de votos de las curias, requiriéndose que 16 curias se inclinasen en el mismo sentido. Cada votante recibía dos tablillas de cera con sendas letras U.R. (*uti-rogas*) A.P. (*antiqua probo*). Las curias estaban compuestas por miembros de la clase social más importante en Roma: el patriciado.

Desde su fundación, Roma aparece dividida en dos órdenes distintas: la de los antiguos pastores y labradores, de origen latino, transformados en patricios; y la de los aventureros y refugiados, de origen sabina, que integran la plebe. Las leyes son producidas únicamente por el patriciado. La plebe no tiene ninguna intervención en la elaboración del derecho.

4.- La división en centurias.

Con Servio Tulio (166 de Roma) se introduce una nueva división administrativa, con sentido plutocrático, fundada, no en razones étnicas, como la distribución curiada, sino en razones económicas: el pago del impuesto y el servicio militar. Se crean 4 tribus según el domicilio y 7 clases según la fortuna. Nace entonces una nueva asamblea: el comicio centuriado, que comprende al pueblo, integrado por patricios y plebeyos.

5.- Los plebiscitos. Los Senado-consultos (d). La función diárquica.

Los plebiscitos.- Al derrumbarse la monarquía (245 de Roma) el Rey es reemplazado por dos magistrados patricios: los cónsules. Esta organización política se llama República. Durante este período se producen graves trastornos sociales. Los plebeyos, excluidos de toda intervención pública y reducidos a la miseria, se exasperan. (Retirada al Monte Sacro). Los patricios transan, y les conceden dos magistrados encargados de proteger los intereses de la plebe. Son los Tribunos, a quienes se otorga la inviolabilidad y el derecho de veto. Los acuerdos de las asambleas de la plebe, convocadas por los Tribunos, son los *plebiscitos*, que en un principio sólo tuvieron fuerza para su clase, pero que concluyen adquiriendo validez para todo el pueblo, en virtud de la Ley Hortencia (467 a.C.). Los Tribunas de la Plebe influyen en el nombramiento de los «decenviros», encargados de la compilación legal más importante del derecho romano antiguo: la Ley de las XII Tablas.

Los senado-consultos.- En sus orígenes el Senado fue una institución meramente consultiva. Compuesto de ancianos, constituyó la magistratura que seguía en dignidad e importancia al Rey. Al principio, estuvo integrada sólo por los patricios (*patres majorum gentium*). Después formaron parte de él, los plebeyos (*patres minorum gentium*). Como función legal, en los primeros tiempos ratifican los acuerdos de los comicios, bajo la forma de «*auctoritas patrum*». Durante la república y el imperio, las decisiones del Senado, o senado-consultas, llegan a adquirir notable importancia legislativa. El mecanismo usual para la votación de un senado-consulta era el siguiente: Preámbulo; *relatio* (texto seguido frecuentemente de un resumen motivado); *deliberatio*. A partir de Dioclesiano, el senado consulta se convierte en un instrumento de la voluntad del Emperador.

6.- Los Edictos de los magistrados. (e)

El edicto era el programa que formulaba el magistrado al hacerse cargo de su función, y en el que indicaba cómo despacharía los asuntos de su competencia. Los edictos más importantes fueron los que pronunciaba el Pretor. Se llamaba edicto perpetuo el que regía durante el año de la Pretura. Aunque sólo obligaba al magistrado que lo había dictado, fue práctica establecida que los sucesores innovasen muy poco. La supervivencia inalterada del edicto, le confirió la calidad de edicto traslaticio. Los edictos de los magistrados se expidieron con tres propósitos: confirmar, suplir y corregir el derecho. Constituyeron así, fuentes jurisdiccionales valiosísimas, al extremo de que, todo un período del Derecho Romano se desarrolló bajo su influencia. (Derecho Honorario). Con la sistematización hecha por Salvio Juliano, en la época del emperador Adriano, decreció el vigor de esta fuente.

7.- El poder imperial. Las Constituciones. Diversas especies de Leyes. Los jurisconsultos y sus dictámenes.

Durante una larga etapa de la evolución del Derecho Romano, el Emperador constituyó una de las fuentes generatrices del derecho, más fecundas e importantes. En la primera época del régimen imperial, se siguió la táctica de mantener la apariencia de la estructura anterior, compartiendo la responsabilidad directiva del Estado entre el Emperador y el Senado (Diarquia). Más tarde el poder imperial crece. Los senadoconsultos ceden su turno a las constituciones imperiales, por las que, los emperadores romanos, en virtud de las diversas magistraturas que ejercían, y de una continua absorción de funciones en sus manos, estatúan reglas de derecho, dentro de un sentido de legislación general, o sobre la condición jurídica de las personas particulares. El término genérico de constitución imperial, cubría varias especies:

- a) *Leges datae*, dictadas por encargo de los comicios o del Senado. Se contraponían a las *leges rogatae*, que se votaban a propuesta de un magistrado.

- b) *Orationes*, propuestas hechas al Senado que éste transformaba en senado-consultos. Con el transcurso del tiempo, la oratio del Emperador constituye el Senado-consulta.
- c) *Edictos*, disposiciones relativas a la forma cómo debía aplicarse el derecho en general. Los pronunciaba el Emperador en virtud de la «Ley Imperial» que le concedía simultáneamente todas las magistraturas.
- d) *Decretos*, fallos, decisiones o resoluciones en primera instancia, o en apelación, como jueces.
- e) *Mandatos*, instrucciones u órdenes de derecho público a los funcionarios del Imperio.
- f) *Rescriptos*, respuestas a las consultas de los magistrados y jueces, sobre puntos de derecho teórico o sobre casos prácticos. Si se redactaban al pie de la consulta misma, se llamaban *subrescriptos*.
- g) *Epístolas*, cartas sobre cuestiones de derecho.
- h) *Leyes generales*, constituciones propiamente dichas. Tuvieron vigor desde Dioclesiano y significaron el predominio de la voluntad imperial sobre todas las demás fuentes.
- i) *Pragmáticas sanciones*, ordenación o sistematización de cierto número de leyes generales.

Los juriconsultos y sus dictámenes.- Las respuestas o dictámenes de los juriconsultos, como fuente de derecho atraviesan en Roma, por una doble etapa; libre o doctrinaria y oficial (*jus publice respondendi*). La primera se fundaba en la confianza que por su capacidad inspiraba el jurisperito. Desde Augusto, las respuestas de algunos de ellos adquieren valor oficial. El Emperador Adriano exige que los juriconsultos estén de acuerdo para que sus dictámenes tengan fuerza de ley.

8.- Valor y consecuencias de la «Ley de las Citas». (f)

Siguiendo una línea de relación inversa, el apogeo del poder imperial coincide con la decadencia del derecho. Las constituciones de los príncipes, cada vez más numerosas, sustituyen a las anteriores fuentes del derecho, casi hasta hacerlas desaparecer. A falta de notables juristas presentes, la aplicación del derecho se nutre del recuerdo de los maestros pretéritos.

Los jueces, resuelven las controversias, repitiendo rutinariamente las opiniones de los maestros antiguos. Pero, como los autores son tantos, los puntos tratados tan diversos, sus opiniones a veces tan contradictorias, la jurisprudencia pierde por completo su unidad. A fin de remediar tal situación, el Emperador Teodosio II expide el año 426 una célebre constitución conocida con el nombre de la *Ley de las citas*. Redujo a cinco las autoridades doctrinarias a que podían recurrir los jueces en la aplicación de la ley. (Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino). En casos de discrepancia, prevalecía la opinión de la mayoría. Desempataba Papiniano. Fue una especie de escuela de difuntos: el «*jus publice respondendi*» otorgado a los muertos. A partir de esta ley, la labor judicial se torna mecánica. No se examina, o se aprecia. Se cuentan las opiniones. Aunque salvó la anarquía, importó una injusticia respecto de otros juristas tan célebres como los favorecidos en la ley, y contribuyó a estancar más el derecho, acentuando su proceso de decadencia.

9.- Las Escuelas de Derecho. Proculeyanos y Sabinianos.

La capacidad de absolver consultas jurídicas, en forma meramente doctrinaria, o en ejercicio del «*jus publice respondendi*», favorece la formación de escuelas de derecho. Dos fueron las más famosas: la de los Proculeyanos, llamada también de los Pegasianos, fundada por Labeón; y la de los Sabinianos, fundada por Capitón, y que también es conocida con el nombre de los Casianos. La primera congregó a juristas alejados del favor imperial, estoicos en Filosofía, caracterizados por la rigidez de

un raciocinio inflexible que les llevaba a aceptar las últimas conclusiones lógicas de sus principios, sin temor de parecer innovadores. La segunda agrupó a jurisconsultos vinculados a la aristocracia imperial, con cuyos favores fueron honrados. Discípulos de la filosofía peripatética, seguían el principio de autoridad, lo mismo en la política que en el derecho, distinguiéndose por la fidelidad a las tradiciones de los juristas que les habían precedido. Estas escuelas no duraron mucho. Hacia el siglo II de la era cristiana, desaparecen por completo. El último sabiniano es tal vez Gayo. Los más célebres juristas posteriores, como Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, no pertenecen a ninguna escuela.

NOTAS

- (a) Como índice de tales hipótesis se menciona la leyenda de que Rómulo y Remo fueron amamantados por una loba (lupa), de donde el vocablo *luperna* y el envilecido «lupanar».
- (b) El término «*curia*», puede también derivar de «*curis*» que era la diosa sabina y de «*co-viria*», agrupación de varones.
- (c) El antagonismo entre patricios y plebeyos influyó poderosamente en la transformación que exhibe el desenvolvimiento del proceso histórico romano. Pero prevaleció la corriente del fortalecimiento de la plebe y debilitación del patriciado. Ej.: La Ley Canuleia que permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos. Los plebiscitos, o sea, lo que se llamó «*concilia plebis*» que a la postre tuvieron fuerza legal sobre los patricios; la Ley Licinia, que facultó a los plebeyos a acceder a la magistratura, (principalmente el consulado y los tribunales de la plebe a raíz de la retirada de los plebeyos al Monte Sacro o El Aventino).
- (d) Inicialmente los Senadores eran designados por los Supremos Magistrados con carácter vitalicio. Poste-

riormente eran nombrados por el Censor y duraban un quinquenio. El Senado concluyó siendo el más valioso elemento en la vida política romana.

- (e) Tuvieron en Roma la calidad de magistrados los Cónsules y los Pretores. Estos prefiriendo a veces el «*bonum et aequum*» ejercieron sus funciones con una especial flexibilidad que les permitió resolver más con arreglo a la equidad que a la Ley; contribuyendo así a la renovación del Derecho.
- (f) Dada la relevancia que en el desenvolvimiento del Derecho Romano tuvo la Ley de las Citas, estimo pertinente referirme a cada uno de los cinco juristas que debieron citarse por los jueces en la expedición de sus sentencias.

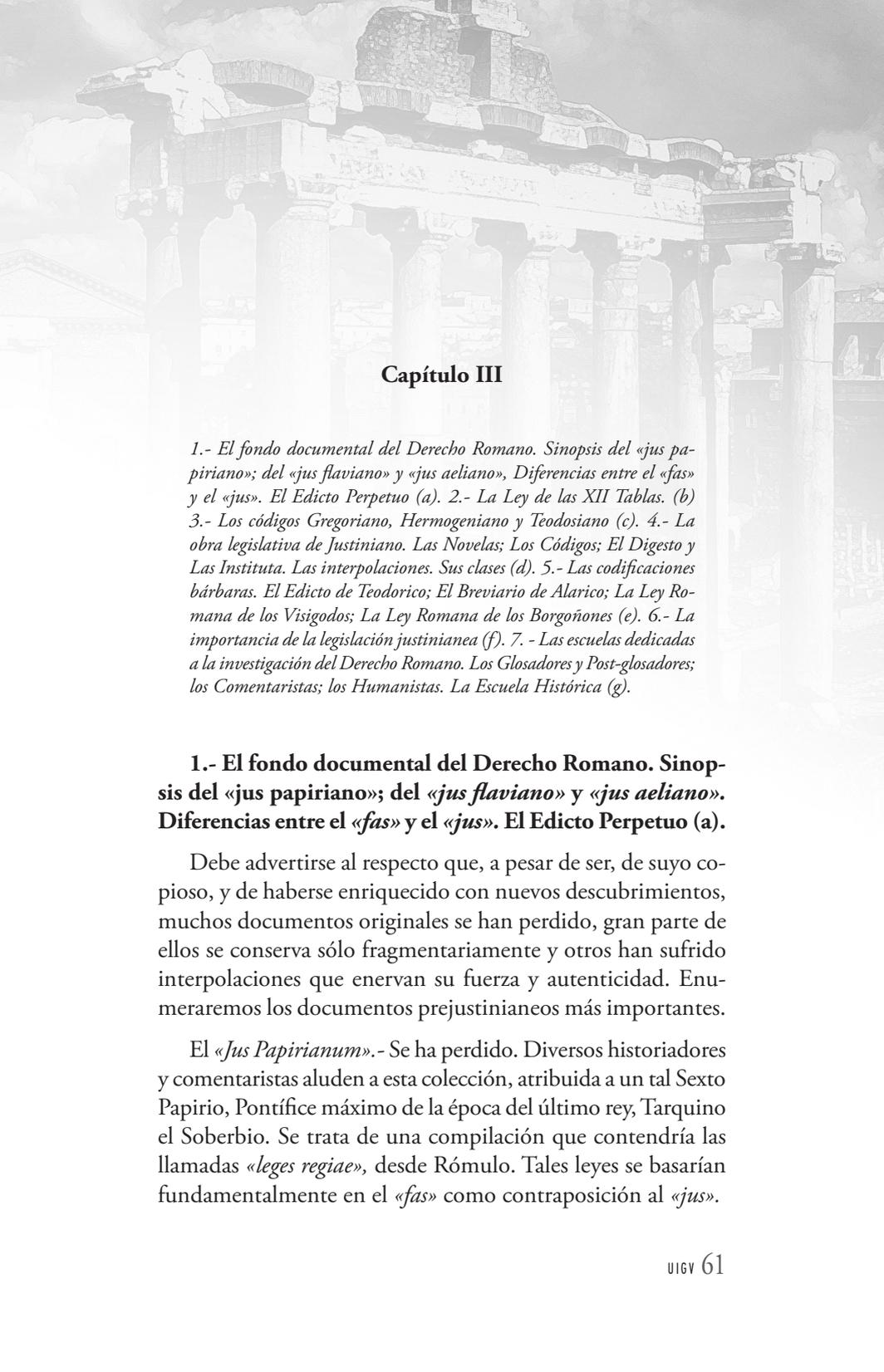
(1) *Ulpiano* (170 d.C.) ejerciendo el cargo de Prefecto del Pretorio, se desempeñó con tanto rigor y respeto por la justicia que sus enemigos lo degollaron en el año 228 d.C. en presencia del Emperador Alejandro Severo que había sido su discípulo. Durante el Gobierno de Caracalla fue «*magister libellorum*». Se distinguió como un compilador prolífico lo que justifica que sus obras fuesen ameritadas a base de los fragmentos insertos en el Digesto.

(2) *Modestino* fue discípulo de Ulpiano. Floreció en la época de Septimio Severo. Graciano lo consideró como un jurisconsulto de alta autoridad. Dominó la lengua griega en la que escribió varios libros. Por su fama Teodosio Segundo lo incluyó entre los cinco juristas cuyas opiniones debían ser aplicadas según la Ley de las Citas.

(3) *Paulo* fue quizás el jurisconsulto más famoso de su época. Perteneció al «*concilium principis*» cargo reputado como la fuente suprema del Derecho y de

la Justicia. Actuó como abogado del Fisco, Asesor de Papiniano y Prefecto del Pretorio. Ulpiano y Modestino lo calificaron como «el corifeo de los juristas legales». (Corifeo era el director del coro en las tragedias griegas). Muchas de sus obras están incorporadas en el Digesto.

- (4) *Gayo* pese a la importancia histórica de este jurisconsulto, se ignora el lugar y las fechas de su nacimiento y de su muerte. Su nombre apareció por vez primera en las Constituciones Imperiales dictadas en el Siglo V. Perteneció a la Escuela Sabiniana y combatió a los proculeyanos. Se dedicó a la docencia, adoptando desde su época la división tripartita en personas, cosas y obligaciones.
- (5) *Papiniano* ha sido el más famoso de los jurisconsultos romanos (140 d.C.). Desempeñó cargos muy importantes durante los reinados de Marco Aurelio y Septimio Severo, de quien se afirma que fue su discípulo. Fungió como Asesor de la Prefectura y del Pretorio. Sus biógrafos destacan la respuesta que dio cuando fue consultado sobre el asesinato de un hijo de Caracalla, perpetrado por su propio hermano. Contestó condenando el crimen; por lo que, fue ajusticiado por orden del mismo Caracalla. Se le calificó como «Príncipe de la Jurisprudencia» lo que explica que Teodosio le incluyese en la Ley de las Citas como dirimente en caso de empate. En 1816 Nieburh descubrió en la Biblioteca Capitular de Verona un palimpsesto que una vez descifrado, dio lugar al renacimiento del estudio del Derecho Romano, movimiento que originó una serie de publicaciones entre las cuales una fue la reedición de las «Instituta» que incorporó en su contenido algunos párrafos de los escritos de Papiniano.



Capítulo III

1.- *El fondo documental del Derecho Romano. Sinopsis del «jus papiriano»; del «jus flaviano» y «jus aeliano», Diferencias entre el «fas» y el «jus». El Edicto Perpetuo (a).* 2.- *La Ley de las XII Tablas. (b)* 3.- *Los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano (c).* 4.- *La obra legislativa de Justiniano. Las Novelas; Los Códigos; El Digesto y Las Instituta. Las interpolaciones. Sus clases (d).* 5.- *Las codificaciones bárbaras. El Edicto de Teodorico; El Breviario de Alarico; La Ley Romana de los Visigodos; La Ley Romana de los Borgoñones (e).* 6.- *La importancia de la legislación justiniana (f).* 7.- *Las escuelas dedicadas a la investigación del Derecho Romano. Los Glosadores y Post-glosadores; los Comentaristas; los Humanistas. La Escuela Histórica (g).*

1.- El fondo documental del Derecho Romano. Sinopsis del «jus papiriano»; del «jus flaviano» y «jus aeliano». Diferencias entre el «fas» y el «jus». El Edicto Perpetuo (a).

Debe advertirse al respecto que, a pesar de ser, de suyo copioso, y de haberse enriquecido con nuevos descubrimientos, muchos documentos originales se han perdido, gran parte de ellos se conserva sólo fragmentariamente y otros han sufrido interpolaciones que enervan su fuerza y autenticidad. Enumeraremos los documentos prejustinianos más importantes.

El «*Jus Papirianum*».- Se ha perdido. Diversos historiadores y comentaristas aluden a esta colección, atribuida a un tal Sexto Papirio, Pontífice máximo de la época del último rey, Tarquino el Soberbio. Se trata de una compilación que contendría las llamadas «*leges regiae*», desde Rómulo. Tales leyes se basarían fundamentalmente en el «*fas*» como contraposición al «*jus*».

El «*Jus Flavianum*». El «*Jus Aelianum*».- Desde antiguo, la interpretación del derecho importó una especie de monopolio exclusivo de los iniciados. Fue algo esotérico. Hasta que Flavio, escriba y liberto, publica indiscretamente las fórmulas procesales y los días fastos, secularizando el derecho. Tal es la colección conocida con el nombre de «*jus flavianum*». Más tarde, el cónsul Sexto Aelio publica una colección «tripertita», reproducción del texto de las XII Tablas, sus comentarios y las fórmulas de las «*legis actiones*». Es el documento llamado «*jus aelianum*».

El Edicto Perpetuo.- Fue inspirado por el Emperador Adriano y redactado por el jurisconsulto Salvio Juliano, presrándole el Senado su aprobaci3n. Esta colecci3n de edictos no ha llegado hasta nosotros sino fragmentariamente, a trav4s de los comentarios de los jurisconsultos.

2.- La Ley de las XII Tablas. (b).

Culmina uno de los episodios de la lucha entre Patricios y Plebeyos. En 292 el Tribunal de la Plebe, Terentilio Arsa, pide el nombramiento de una comisi3n, los decenviros, quienes efectuaron esta compilaci3n. Las tablas originales, seg4n se cree, fueron destruidas por los galos en el saqueo de Roma. Ha habido intentos de reconstrucci3n, como la de Godofredo en 1616, y la de Dirksen a principios del siglo XIX. Las XII Tablas constituyen una especie de estatuto que contenía las m4s antiguas reglas de derecho p4blico y privado, por medio del cual, patricios y plebeyos adquieren conciencia de la unidad jurídica del Estado.

3.- Los c3digos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano (c).

El primero, atribuido a Gregorio, prefecto del Pretorio en la 4poca de Constantino, tuvo car4cter privado. Contiene las constituciones dictadas desde Septimio Severo hasta Dioclesiano. El Hermogeniano, del jurisconsulto Herm3genes, fue un complemento del anterior. Const3 de las constituciones

expedidas, desde Dioclesiano hasta Valentiniano. Y sólo tuvo un valor privado. Una comisión nombrada por el emperador Teodosio II recibió el encargo de completar las codificaciones anteriores. Así se publicó el Código Teodosiano (a. 439). Tuvo valor oficial, y rigió sobre todo en el Imperio de Oriente.

4.- La obra legislativa de Justiniano. Las Novelas; Los Códigos; El Digesto y Las Instituta. Las interpolaciones. Sus clases (d).

La obra más importante y trascendental en materia de codificación fueron los *Códigos de Justiniano*. (527-565). El primer Código, contiene sólo las leyes. Es una colección de constituciones imperiales, desde Adriano hasta el mismo Justiniano. La segunda edición, que es la que ha llegado hasta nosotros (*Codex repetitae praelectionis*), contiene las nuevas constituciones dictadas por dicho Emperador, después de publicada la primera edición. Corresponden, respectivamente, a las siguientes fechas: 529 y 534 d.C. El *Digesto* (del latín *digerere*, poner en orden) contiene, no las leyes como los Códigos, sino el «*jus*», en forma de extractos de las obras de los 39 jurisconsultos más famosos. Constituyó una labor inmensa, porque hubo necesidad de revisar diez mil compendios, y más de tres millones de líneas. La recopilación estuvo a cargo de una comisión que presidió Triboniano. Se conoce también con el nombre de *Pandectas* (del griego, *panticemi*: que lo contiene todo). Las *Instituta* fueron el nombre de un libro elemental que Justiniano mandó elaborar, para facilitar el aprendizaje de los estudiantes de derecho. El carácter monumental del *Digesto*, resume, no sólo del derecho imperial, sino de la obra jurisprudencial y doctrinaria, lo hacía de difícil acceso. Así, las *Instituta* tuvieron una auténtica razón de ser. Las *Novelas* o nuevas constituciones, fueron una colección comprensiva de las 158 constituciones dictadas por el Emperador Justiniano, durante los años que siguieron a la segunda edición del Código.

Las interpolaciones. Sus clases.- Justiniano trató de que en todo caso, su obra tradujese el sentido jurídico imperante

en su tiempo. Esto explica las interpolaciones, llamadas también «tribonianismos» (*Emblemata Triboniani*). Fueron las alteraciones, supresiones y adiciones que sufrieron los textos extractados, a fin de acomodarlos a la realidad jurídica vigente en la época de Justiniano. Para facilitar la labor interpretativa, Grandenwitz ha dividido las interpolaciones en tres clases: extensivas, restrictivas y sustitutivas.

5.- Las codificaciones bárbaras. El Edicto de Teodorico; el Breviario de Alarico; La Ley Romana de los Visigodos; La Ley Romana de los Borgoñones (e).

Las invasiones bárbaras alteraron profundamente la estructura del Imperio. Se produjo entonces un fenómeno similar al de la conquista de Grecia por las legiones. El vencido por la fuerza se impuso al vencedor por el espíritu. Así, los bárbaros dominadores, se dejaron cautivar por propia determinación, y aunque levantaron nuevos reinos sobre las ruinas del Imperio quebrantado, respetaron el derecho de los vencidos, adaptándolo por medio de algunas recopilaciones. Esta supervivencia jurídica importa un doble sistema: la personalidad (*leges barbarae*) y la territorialidad (*leges romanorum*). Las compilaciones bárbaras fueron tres:

1. *El Edicto de Teodorico* (año 500). Estuvo basado en los códigos, gregoriano, hermogeniano y teodosiano. Comprendió algunas constituciones imperiales y fragmentos de sentencias del Jurisconsulto Paulo. Constituyó precisamente una excepción al principio de la personalidad del derecho, pues fue propósito de Teodorico fusionar en una sola nación a romanos y ostrogodos. Por eso, este código rigió para ambos pueblos.
2. *La Ley romana de los Visigodos*. (Año 506). Se conoce con el nombre de Breviario de Alarico. Fue la más importante colección bárbara. Comprendía las leyes (constituciones imperiales tomadas de los códigos

Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano) y el «*jus*» (sobre todo a base de Gayo, Paulo y Papiniano). Su vigor se conservó mucho tiempo, en España y en la parte meridional de Francia. Desapareció bajo la presión de la Escuela de Bolonia para ceder el paso al Código de Justiniano,

3. *La Ley Romana de los Borgoñones*. (año 517). Se publicó bajo el modelo del Breviario de Alarico, por Gondebardo, rey de los Borgoñones. Pero fue cualitativamente inferior. Pronto la desplazaron sucesivamente, la ley de los Visigodos y el Código Justiniano.

6.- La importancia de la legislación justiniana (f).

La obra legislativa de Justiniano se inspiró en un propósito homogéneo e integral. Codificó dando caracteres de perennidad a las «*leges*» y al «*jus*». Confió además fuerza legal a todas sus colecciones, haciendo de ellas, fuentes jurisdiccionales exclusivas. Finalmente, conservó el pensamiento de las mentalidades más notables, frente a la obra destructora del tiempo y de la barbarie.

7.- Las escuelas dedicadas a la investigación del Derecho Romano. Los Glosadores y Post-glosadores; los Comentaristas; los Humanistas. La Escuela Histórica (g).

La obra de Justiniano despertó a través de los siglos una prodigiosa actividad intelectual. La ciencia de las leyes romanas constituye el «*leit motiv*» de numerosas escuelas. Helas aquí, cronológicamente enumeradas.

La Escuela de los Glosadores.- Fundada por Irnerio de Bolonia, se concretó a inquirir el sentido de los textos de las compilaciones de Justiniano, que denominó «*Corpus juris civilis*», comentándolas y añadiendo notas marginales e interlineales. Estas glosas, deficientes muchas veces, por la ignorancia del latín y del griego, sorprenden en cambio por el talento interpretativo de sus autores. Acursio, las reunió bajo

el nombre de «*Glosa Magna*». Los glosadores despertaron la afición por los estudios jurídicos y llevaron las colecciones justinianeas a los más apartados lugares de Europa.

La escuela de los comentaristas o post-glosadores.- Fue una lógica derivación de la glosa. Pero determinó la decadencia de los estudios jurídicos pues se sacrificó el texto en aras de la glosa. Los secuaces de esta escuela, abusaron de la técnica escolástica, por medio de subdivisiones y subdistinciones dialécticas en exceso, aunque a veces ingeniosas y sutiles. Bartolo de Sassoferrato superó los defectos de esta escuela con las excelencias de su ingenio.

La Escuela Humanista.- Originaria de Italia, como el Renacimiento, bajo la inspiración de Andrés Alciato. Pero sus más notables exponentes florecieron en Francia. Su mejor exégeta fue Jacobo Cujás; su principal dogmático, Hugo Donello. La glosa infecunda y el comentario estéril fueron sustituidos por la exégesis penetrante, sobre la base de los aportes filológicos, literarios, culturales e históricos.

La Escuela Histórica.- Como reacción contra el dogmatismo de la clásica teoría del derecho natural, aparece el movimiento que se polariza en la Escuela Histórica, cuyo más notable propulsor fue Carlos Federico Savigny. Importa esta escuela una concepción antirracionalista e historicista. El derecho es un fenómeno de cultura producido por el espíritu nacional o popular. Su fuente primordial es consuetudinaria, la que, mediante un proceso paulatino se transforma en ley. La escuela de los grandes romanistas como Mommsen y Puchta, surgió de esta dirección. Desde entonces comenzó a estudiarse el derecho romano, como un proceso histórico propio y bajo sus características nacionales específicas.

NOTAS

- (a) Las Leyes Regias debieron estar contenidas en la compilación que publicó Papirio, que formaba parte de la esfera religiosa y ritual. El «*jus flaviano*» publicado por

el escriba Flavio en el año 304 a.C. fue una colección de fórmulas monopolizadas por los Pontífices, que incluían los días «fastos» y «nefastos» (Se denomina días nefastos aquellos en que estaban los tribunales cerrados por lo que se prohibía cualquier gestión de orden público), lo que determinó la secularización del Derecho; así como la bifurcación en doble vertiente: el «*fas*» que predominó en la esfera religiosa y el «*jus*» que destacó en el campo jurídico.

- (b) Pese a la enorme importancia de este documento, los críticos han emitido opiniones contradictorias hasta el extremo de negar la intervención de los decenviros, sosteniendo que la promulgó un Magistrado. De todos modos la influencia griega es innegable por los fragmentos que contiene como el talión, la pena de muerte aplicada a infracciones mínimas; la sanción de los delitos de encantamiento y otros ritos arcaicos. La reconstrucción de Dirksen fue en 1824 y sobre la cual Mauricio Voix publicó varios comentarios en 1938.

Pese a la trascendencia que tuvieron las XII Tablas, sólo se conservan fragmentos y comentarios de estos documentos entre los que se mencionan los que efectuó el jurisconsulto Gayo según su contenido, el cual básicamente comprendió lo siguiente:

Primera Tabla:	organización judicial.
Segunda Tabla:	diversas clases de procedimientos.
Tercera Tabla:	ejecución de los deudores insolventes.
Cuarta Tabla:	sobre « <i>patria potestas</i> ».
Quinta Tabla:	sobre las sucesiones.
Sexta Tabla:	sobre la propiedad.

- Séptima Tabla:** sobre las sanciones impuestas a los causantes de daños.
- Octava Tabla:** sobre las relaciones en los casos de vecindad.
- Novena Tabla:** sobre los privilegios de los ciudadanos.
- Décima Tabla:** sobre los juramentos y los sepe-
lios de los difuntos.
- Undécima Tabla:** sobre los plebiscitos y el matri-
monio.
- Duodécima Tabla:** sobre la prenda y el abandono
noxal.

- (c) El Código Gregoriano lleva su nombre por un pretor facultado para revisar los archivos imperiales, lo que permitió publicar las Constituciones hasta Dioclesiano, pero con carácter privado (año 291 a.C.). En cuanto al Código Hermogeniano, un jurista así llamado, siendo funcionario imperial, completó las publicaciones anteriores posiblemente hasta Constantino. De ambas publicaciones sólo se han conservado fragmentos contenidos principalmente en la Ley Romana de los Visigodos y de los Borgoñones. Respecto al Código Teodosiano que lleva el nombre del Emperador Teodosio II de Oriente y Valentiniano III de Occidente. Una comisión oficial recopiló las Constituciones dictadas por los Emperadores, recopilación que, predominó en el Oriente.
- (d) Justiniano fue adoptado por su tío Justino Primero a quien sucedió en el trono. En su obra cabe distinguir varios aspectos fundamentales: los logros materiales que realizó a los monumentos arquitectónicos que construyó como la Iglesia de Santa Sofía, actualmente la Mezquita de Constantinopla; los triunfos militares

que obtuvo, básicamente por su General Belisario, sobre los Persas, los Vándalos, los Ostrogodos y los Visigodos. El ideal que siempre lo inspiró fue la restauración del Imperio Romano, para el que encontró una poderosa ayuda en el Prefecto Juan de Capadocia; y sobre todo su notable e histórica labor legislativa, llevada a cabo más que por él mismo, por sus juristas como Triboniano originariamente «*Magister Officiorum*» y posteriormente «*questor sacri palatii*».

En la biografía de Justiniano, el único hecho censurable, pese a su valiosa actuación, fue haber conseguido que su tío Justino aboliera las leyes que prohibían los matrimonios entre los Senadores y las mujeres dedicadas a la vida artística tal como la actriz Teodora, su esposa, cuyo comportamiento público fue muy tortuoso. (el pórtico de la zona destinada a la prostitución se denominó «*simbolum*»). Justiniano murió en el año 565 d.C. tras su reinado de 39 años.

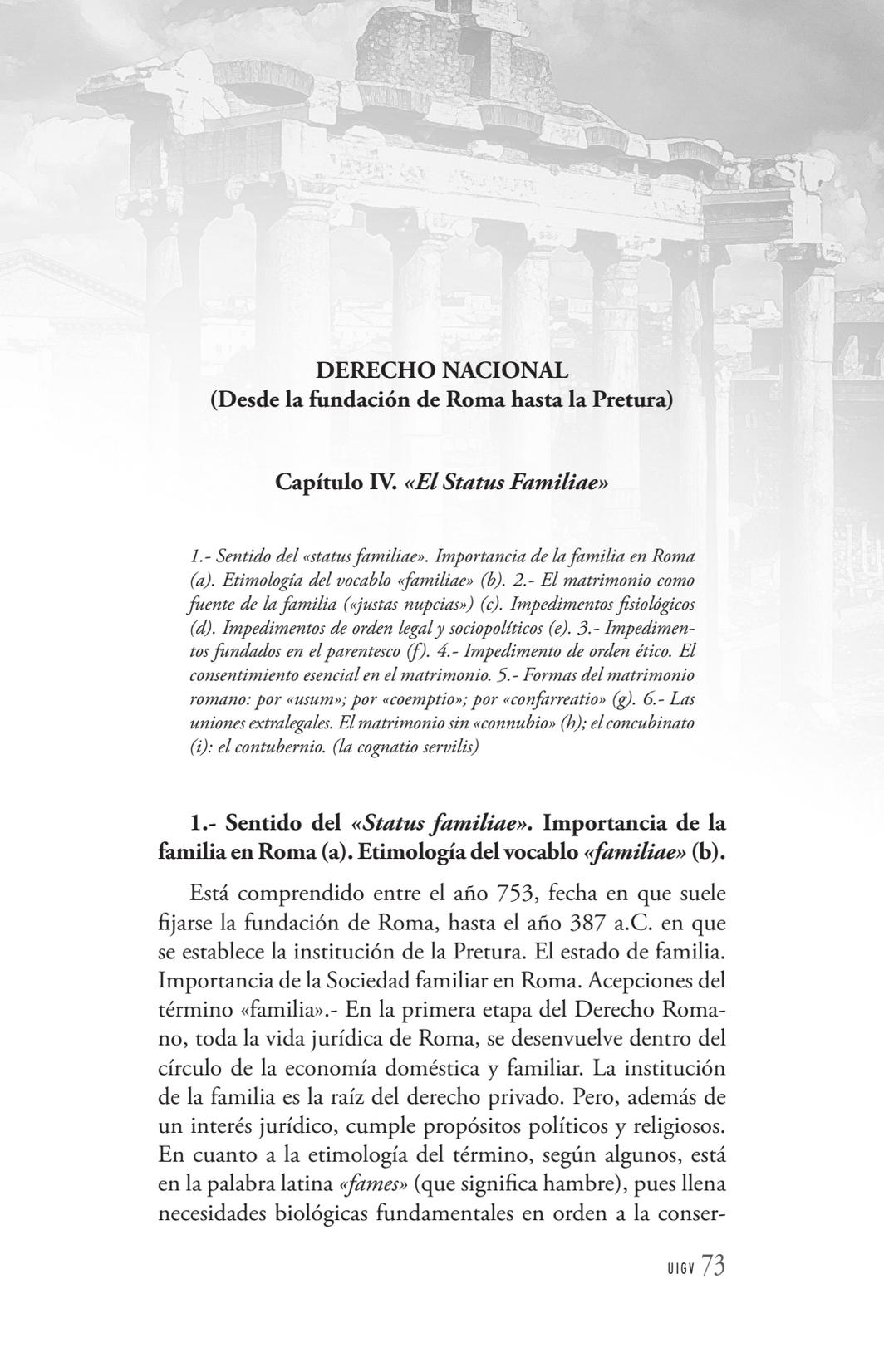
- (e) En Roma el vocablo «bárbaros» se aplicaba a los extranjeros que también eran considerados como «*hostes extranei*». Sin embargo, el propio interés influyó sobre la conveniencia de insertarlos sobre todo en las poblaciones de poca densidad demográfica. Para tal fin, recurrieron a una especie de pactos (*foederi*) fundada en la hospitalidad (*hospitas*) que facultaba a incorporar a los extranjeros con el propósito de cultivar la tierra y servir en el ejército como mercenarios. Llevaban así la doble característica de la vida romana: la agricultura y la guerra, (los romanos fueron sobre todo agricultores y guerreros). Cuando los «*foederi*» perdieron vigencia, los bárbaros recurrieron a la fuerza. Fue así como los Vándalos, estimulados por los Hunos, pasaron el Danubio y en la Batalla de Adrianópolis vencieron a los romanos, en la que murió el Emperador Valente y se asentaron en diversas zonas del Imperio.

- (f) La iniciativa de que el Imperio Romano contase con una obra cuya amplitud diese cabida a lo más relevante de la producción jurídica, escrito por los más famosos jurisconsultos, cristalizó en el nombramiento de una comisión integrada por el «*magister officiorum*» y numerosos profesores, entre los que se mencionan a: Doroteo, Anatolio, Teófilo y Cratino, presididos por Triboniano. La comisión estuvo facultada para eliminar las tautologías y contradicciones de los escritos entonces conocidos y adaptar su contenido a la normativa entonces vigente. Fue así como nació el Digesto o las Pandectas, la más importante legislación dictada bajo la influencia de Justiniano. Como este Emperador ordenó la incineración de las obras escritas por los juristas que habían sido extractadas a fin de que preponderase el Digesto en forma inobjetable, el descubrimiento de los palimpsestos dio lugar a las diversas clases de interpolaciones. (La palabra «*palimpsesto*» deriva del vocablo griego «*palin*» que significa «nuevo»; porque eran antiguos manuscritos borrados artificialmente sobre los cuales se habían escrito nuevos textos).
- (g) Las Escuelas de Derecho no tuvieron gran prestancia en el occidente, pese al valor que alcanzó como fuente jurisgénica por antonomasia en el curso de su proceso estructural. En cambio cuando el Derecho ya había culminado su madurez, continuó enseñándose en los centros didácticos establecidos en la región oriental, de lo que dan testimonio Constantinopla y Beirut. Fue precisamente en el oriente donde el ejercicio de la abogacía y el desempeño de los altos cargos oficiales exigieron una formación especial por lo que, los núcleos didácticos, se dedicaron al estudio de la oratoria y de otras especialidades indispensables en el campo jurídico. Con el movimiento Renacentista la creación de universidades como la de Bolonia en Italia y Salamanca en España, contribuyó al desarro-

llo de nuevas escuelas consagradas a la investigación del Derecho Romano. Entre tales escuelas, la más antigua fue la de los Glosadores, llamada así por la práctica de los comentarios interlineales y marginales en torno a las obras de los más notables juristas. En la Escuela de los Glosadores se destacaron además de Irnerio, su fundador, otros comentaristas como Hugo, Jacebo y Acursio. Tales glosas se dividieron en resúmenes, casos ejemplares y reglas generales como aforismos denominados técnicamente brocardos. Además iniciaron interpretaciones inspiradas en la lógica personal de los integrantes de esta escuela, lo que de algún modo contribuyó a deformar los principios de los juristas clásicos. La Escuela de los Post-glosadores comprendió a los que comentaban lo que habían escrito los Glosadores, distinguiéndose entre ellos Bartolo de Sasoferrato. Cino de Pistoia y Baldo de Ubaldis, entre los siglos XIII y XIV quienes salvaron de algún modo la rutina en la que había caído dicha escuela. Como Glosadores y Post-glosadores, elaboraron sus comentarios en las universidades italianas, prevaleció el sistema que se denominó «*usus italicus*». A modo de reacción apareció la Escuela de los Humanistas, orientación mucho más amplia que tuvo un alcance preferentemente, cultural, iniciando al mismo tiempo las investigaciones epigráficas cuyo centro geográfico fue Francia pero que se extendió a otros países como España (Augustin) y Alemania (Zasius), país en donde nació una corriente hermenéutica en torno al Digesto como si aún estuviese vigente, lo que de algún modo explica la importancia del fenómeno conocido con el nombre de la «recepción».

Sin embargo, la escuela más notable por la trascendencia de sus investigaciones, fue la Histórica, fundada por Federico Carlos Savigny, y teniendo como una figura muy destacada a Teodoro Mommsen, quien

fue un gran jurisconsulto y uno de los más famosos arqueólogos alemanes del siglo XIX, vocación que se desarrolló en él mientras estuvo pensionado en Italia, y dedicado a la epigrafía romana. Fue profesor de Derecho Romano en Zurich y en Berlín, cuyas universidades le encomendaron la dirección del «*Corpus inscriptionum latinarum*». Escribió numerosas obras sobre asuntos de su especialidad pero la que mayor celebridad le proporcionó fue su Historia de Roma.



DERECHO NACIONAL (Desde la fundación de Roma hasta la Pretura)

Capítulo IV. «*El Status Familiae*»

1.- Sentido del «*status familiae*». Importancia de la familia en Roma (a). Etimología del vocablo «*familiae*» (b). 2.- El matrimonio como fuente de la familia («*justas nupcias*») (c). Impedimentos fisiológicos (d). Impedimentos de orden legal y sociopolíticos (e). 3.- Impedimentos fundados en el parentesco (f). 4.- Impedimento de orden ético. El consentimiento esencial en el matrimonio. 5.- Formas del matrimonio romano: por «*usum*»; por «*coemptio*»; por «*confarreatio*» (g). 6.- Las uniones extralegales. El matrimonio sin «*connubio*» (h); el concubinato (i): el *contubernio*. (la *cognatio servilis*)

1.- Sentido del «*Status familiae*». Importancia de la familia en Roma (a). Etimología del vocablo «*familiae*» (b).

Está comprendido entre el año 753, fecha en que suele fijarse la fundación de Roma, hasta el año 387 a.C. en que se establece la institución de la Pretura. El estado de familia. Importancia de la Sociedad familiar en Roma. Acepciones del término «*familia*».- En la primera etapa del Derecho Romano, toda la vida jurídica de Roma, se desenvuelve dentro del círculo de la economía doméstica y familiar. La institución de la familia es la raíz del derecho privado. Pero, además de un interés jurídico, cumple propósitos políticos y religiosos. En cuanto a la etimología del término, según algunos, está en la palabra latina «*fames*» (que significa hambre), pues llena necesidades biológicas fundamentales en orden a la conser-

vacación de la especie y a la subsistencia del individuo. Según otros, deriva de «*famulus*» (que significa siervo) tal vez porque el conjunto de esclavos y siervos formó parte integrante de la familia. Varias son sus acepciones:

- a) conjunto de personas unidas por vínculos consanguíneos;
- b) conjunto de bienes;
- e) totalidad de los esclavos pertenecientes a un mismo «*dominus*»;
- d) conjunto de agnados.

2.- El matrimonio como fuente de la familia («justas nupcias») (c). Impedimentos fisiológicos (d). Impedimentos de orden legal y sociopolíticos (e).

El matrimonio fuente de la familia.- El matrimonio es la unión del varón y de la mujer en una comunidad permanente de vida. El matrimonio monogámico, celebrado entre personas capaces y en legítima forma, recibía el nombre de *justas nupcias*.

Impedimentos del matrimonio en el orden fisiológico.- El «*connubium*» o sea, la capacidad legal para contraer justas nupcias, exige ante todo, aptitud fisiológica. Son pues absolutamente incapaces, los impúberes y los castrados. A la pubertad se llega cuando el varón y la mujer se encuentran físicamente aptos para la procreación que es el propósito primordial del matrimonio, (14 y 12 años, respectivamente). Como la impotencia no siempre es manifiesta, no fue considerada como incapacidad sino como causal de disolución.

Los impedimentos de orden legal respecto de los esclavos, peregrinos y latinos.- Los esclavos carecen de «*connubium*». No son personas sino cosas. Los peregrinos son los extranjeros, oriundos de los países con los que Roma ha celebrado tratados de alianza. También carecían de «*connubium*», prerrogativas de que sólo disfrutaban los ciudadanos romanos. Los latinos eran peregrinos tratados con cierto favor, pero

Si desea continuar leyendo, puede adquirir
el libro en formato físico a través
de nuestra tienda virtual