

Universidad Diego Portales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
2000

CÁTEDRA DE DERECHO ROMANO
Profesor D. Javier Barrientos Grandon

DERECHO ROMANO Y SUS FUENTES

(Apuntes de clases)

§ 1. *Épocas*: La historia del derecho romano y, en general, la de los derechos occidentales está estrechamente vinculada a sus fuentes de creación pues de ellas deriva el fundamento del carácter vinculante de sus disposiciones, a saber, la *auctoritas* y la *potestas*, que en el caso del derecho romano constituyen uno de los criterios diferenciadores de dos de sus grandes épocas, a saber, la Clásica y la Postclásica.

La Época Clásica del derecho romano abarcó el último siglo de la república y los dos primeros siglos del Imperio (130 a.C.-230 d.C.) y estuvo antecedida por una época denominada Arcaica o Preclásica (753 a.C.-130 a.C.).

La Época Postclásica comprendió los últimos dos siglos y medio del Imperio en Occidente, es decir, el período que se acostumbra llamar Dominado o Bajo Imperio (230-476), durante el cual el derecho romano se convirtió en un derecho legislado, esto es, en un derecho fundado en la potestad.

§ 2. *Derechos de juristas*: un derecho puede calificarse como de juristas cuando, tanto los criterios jurídicos conforme a los cuales deben ser resueltos los conflictos, cuanto la validez de tales criterios emana de los juristas, quienes, por lo tanto, además de producir el contenido de las disposiciones, con su elaboración dan existencia válida, vigente y vinculante a dicho contenido.

La validez y vigencia vinculante de un derecho de juristas se funda en la *auctoritas* de los mismos jurisconsultos, vale decir, en su saber socialmente reconocido, que es el que determina el grado de aceptación de sus opiniones.

En los derechos de juristas, por estar cimentados en la autoridad, que por esencia actúa por grados y no en forma unitaria, la vigencia y validez de los criterios jurídicos en casos controvertidos (*ius controversum*) dependerá precisamente del nivel más alto de autoridad reconocida a ciertos juristas, y en aquellos otros en que no exista discrepancias sino acuerdo, será la autoridad de todos los autores la que determine su vigencia como criterio socialmente aceptado (*communis opinio doctorum*).

Así pues, la actividad de los jurisconsultos en un derecho de juristas tiene por único sustento de contenido y validez la propia autoridad, no vinculada al poder y, por lo tanto, se desenvuelve libremente y se expresa sin la necesidad de cumplir requisitos formales, en sus opiniones orales o escritas.

En la historia del derecho no se presentan casos puros de derechos de juristas, sino que se los califica como pertenecientes a los de esta categoría en atención al predominio que alcanzan los juristas como principal fuente de creación del derecho, así en el Derecho Romano Clásico, que es una de las más claras manifestaciones de un derecho de juristas, también se presentaban expresiones del derecho legislado emanado de la potestad pública, tales como las *leges* y los *edicta*¹.

§ 3. *Derechos legislados*: el derecho es legal cuando, al menos, la validez y vigencia vinculante de las disposiciones emana del poder público que es denominado legislador, pues su contenido puede proceder no sólo del propio legislador, sino también de los juristas.

La validez y vigencia vinculante de un derecho legislado se deriva de la *potestas* pública que sanciona formalmente determinado contenido como derecho, es decir, su validez y fuerza vinculante se basan en el poder socialmente reconocido.

En un derecho legislado, las disposiciones que contienen los criterios jurídicos para resolver los conflictos, necesariamente deben expresarse en una forma preestablecida, cumpliendo ciertos requisitos, como su escrituración, promulgación, publicación, etc.

El derecho romano de la Época Postclásica correspondió al modelo de un derecho legislado, pues su principal fuente de creación fue el emperador a través de las diversas formas de constituciones imperiales².

□ 1. DERECHO ROMANO EN LA ÉPOCA ARCAICA O PRECLÁSICA

§ 4. La época clásica del derecho romano fue antecedida por la denominada arcaica, que comprendió el período de la Realeza y gran parte de la República (753 a.C.-130 a.C.), y que en cuanto a las fuentes del derecho se caracterizó, entre otras notas, porque su fuente inicial fueron los *mores maiorum*, luego fijados en la *Ley de las Doce Tablas*, aunque también desempeñaron algún papel como fuentes, las *leges publicae* y la jurisprudencia.

¶ 1.1. MORES MAIORUM Y LEX DUODECIM TABULARUM

¹ KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*, (Traducción Santa Cruz), Madrid, 1955, pp. 247-300; LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 371-567; FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, "El modelo romano de derecho de juristas", en REHJ. I, Valparaíso, 1976, pp. 33-42; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica", en REHJ. VIII, Valparaíso, 1983, pp. 55-69.

² SCHULZ, Franz, *History of Roman legal science*, Oxford University press, London, 1943; GUARINO, Antonio, *L'Esegesi delle fonti del Diritto Romano*, I, Napoli, 1968; D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*⁸, Pamplona, 1991, pp. 43-110; IGLESIAS, Juan, *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, I, Santiago, 1996, pp. 21-71.

§ 5. El derecho romano nació vinculado a los *mores maiorum*, es decir, a las tradiciones de los antepasados relativas a lo que se estimaba como justo, e incluso más, se identificaba con ellos, pues eran el propio contenido del *ius civile* considerado como eterno e inalterable.

Esto significaba que el derecho romano fue en sus orígenes, un derecho no escrito, ni vinculado a la potestad pública, sino que a la autoridad de las tradiciones y costumbres de los mayores.

§ 6. La exclusividad de los *mores maiorum* no escritos terminó al promediar el siglo V a.C. con una fijación de este derecho en la *Ley de las XII Tablas*.

La *Ley de las XII Tablas* fue dictada por dos colegios sucesivos de diez magistrados encargados de legislar (*decenviri legibus scribundis consulari potestate*) entre los años 451 y 449 a.C. Por esta razón se la suele llamar Ley Decenviral.

Según la tradición el primer colegio de decenviros dio las primeras diez leyes y el segundo las restantes. A estas últimas, por contener la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos se las llamaba *iniquas leges*. Las restantes tablas se ocupaban en materias tales como: el procedimiento de las *legis actiones*, actuaciones judiciales y ejecución de las sentencias (I, II, III); *patria potestas* (IV); sucesiones, tutelas y curatelas (V); *dominium*, servidumbres (VI, VII); delitos (VIII, IX); y cosas sagradas (X).

La *Lex Duodecim Tabularum* era considerada como la fuente de todo el derecho: *fons omnis publici privatique iuris*³, y así Pomponio decía que de ella comenzó a fluir el derecho civil: *fluere coepit ius civile*⁴.

El texto íntegro de la *Ley* no ha llegado hasta nosotros y sólo se la conoce fragmentariamente a través de citas y referencias de autores tardíos, pero se han hecho diversos intentos de reconstrucción de su contenido, el primero de los cuales se debió al humanista francés Jacobo Godofredo (1587-1652)⁵.

El derecho recogido en la *Ley de las XII Tablas* se mantuvo durante siglos, incluso sus mismas fórmulas y con similar sintaxis aparecían en textos posteriores. Así, en el caso de la Península Ibérica, en la *Lex Ursonensis*, que es una *lex data* del año 44 a.C., se puede observar la utilización de fórmulas y terminologías de la *Ley decenviral*, por ejemplo en la referencia a la *manus iniectio* con que se inician ambas leyes en su parte destinada a las *legis actiones* (L. XII. III.1 y L.U. 61)⁶.

³ LIVIO, Tito, *Ab urbe condita*, 3.34.6.

⁴ *Digesto*, 1.2.2.6.

⁵ RUIZ CASTELLANOS, Antonio, *Ley de las Doce Tablas. Introducción, edición crítica, traducción, notas e index verborum*, Madrid, 1992.

⁶ D'ORS, Álvaro, *Epigrafía jurídica romana*, Madrid, 1953, p. 174.

¶ 1.2. JURISPRUDENCIA

§ 7. La *Lex Duodecim Tabularum* fue el punto de partida de una activa interpretación jurisprudencial que la superó ampliamente, y que acomodaba sus preceptos a las necesidades y al mismo tiempo aumentaba el orden del *ius*, pues ya se ha dicho que de ella emanó el *ius civile*.

La primera jurisprudencia apareció vinculada al colegio de los pontífices, quienes conocían el *ius* y se ocupaban en su interpretación, tal como lo refería Pomponio, al señalar: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori...Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis, et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est*⁷.

Desde principios del siglo III a.C. se advirtió una progresiva secularización de esta jurisprudencia. Así hacia el año 300 a.C. se sitúa la divulgación por Cneo Flavio, liberto del pontífice Apio Claudio, del llamado *ius Flavianum* que parece fue una colección de fórmulas procesales.

Hacia el año 253 a.C. el primer pontífice máximo de origen plebeyo, Tiberio Coruncanio, habría iniciado la práctica de explicar públicamente a sus discípulos las razones de sus respuestas.

A comienzos del siglo II a.C. se sitúa la labor de Sexto Elio Peto Cato, cónsul en el 198 a.C. y censor en el 194. Pomponio le atribuía tres obras, a saber, una colección de acciones llamada *ius Aelianum*; otra denominada *Tripertita*, en razón de reunir las *Ley de las XII Tablas*, una *interpretatio*, y un formulario de acciones procesales: *quoniam lege XII Tabularum praeposita iungitur interpretatio deinde subtexitur legis actio*; y otros tres libros, cuya autoría era discutida.

Perteneció también a este mismo siglo Porcio Catón Liciniano, que escribió unos comentarios al *ius civile*, y a quien se atribuye la formulación de la llamada *regula Catoniana*, a propósito de la validez de los legados⁸.

¶ 1.3. LEGES PUBLICAE

§ 8. En la época arcaica, además de los *mores maiorum* y de su fijación en la *Ley de las Doce Tablas*, tuvieron algún papel como fuentes del derecho, aunque poco importantes para el *ius*, las *leges*.

La *leges*, en términos generales, eran declaraciones de potestad que vinculaban tanto a quien las daba como a quien las aceptaba. Podía tratarse de una *lex privata*, esto es, la que

⁷ *Digesto*, 1.2.2.5-6.

⁸ GUARINO, Antonio, (n. 2), pp. 127-133.

declaraba quien disponía de lo suyo en un negocio privado, o de una *lex publica*, es decir, la declarada por un magistrado y recibida por los comicios con su autorización.

Quien daba la *lex publica* era un magistrado (*rogatio*) y no el pueblo, que, en los comicios, sólo se limitaba a autorizarla (*iussum*) o a vetarla, mediante el voto con las palabras *uti rogas* (como lo dictas) o *antiqua*.

Esta ley era dictada por el magistrado en los comicios, donde se prestaba la autorización por parte del pueblo para que vinculara a todos los ciudadanos y, era pública, precisamente porque se daba al pueblo y su texto se exponía ante él.

El texto de la ley dictada por el magistrado se denominaba *rogatio* y era antecedido por la indicación del nombre del magistrado que la había dado, el comicio que la había autorizado, la fecha, y la primera unidad comicial y el primer ciudadano que la habían votado (*praescriptio*). Su parte final era una *sanctio* en la cual se declaraba que la *rogatio* no tuviera efecto si vulneraba las leyes juradas en favor de la plebe o el *ius* anterior.

En principio, las *leges* no eran fuentes del *ius*, ni lo modificaban, sólo que ellas podían ser asimiladas por los jurisconsultos y en tal medida, sus datos se incorporaban al *ius* producto de la labor jurisprudencial.

Las leyes públicas normalmente se ocupaban de materias ajenas al *ius*, tales como cuestiones políticas o criminales⁹.

¶ 2. DERECHO ROMANO EN LA ÉPOCA CLÁSICA

§ 9. La época clásica, que correspondió a la de la consolidación del Derecho Romano como un derecho de juristas, se extendió desde el 130 a.C. hasta el 230 d.C. Abarcó el último siglo de la República y el período denominado Alto Imperio. En ella podían distinguirse, a su vez, tres etapas:

- a) Primera época clásica (130-30 a.C.).
- b) Época clásica alta (30 a.C.-130 d.C.).
- c) Época clásica tardía (130-230 d.C.).

La primera época clásica se inició hacia el 130 a.C. con la introducción del *agere per formulam* en virtud de una *Ley Ebuca* que permitió el desarrollo del derecho clásico jurisprudencial y terminó hacia el año 30 a.C. con la generalización del procedimiento formulario, la tecnificación de la jurisprudencia y el paso de la República al Principado.

⁹ SCHULZ, Franz (n. 2), pp. 5-36.

Fue esta una etapa en la que se constituyeron las bases del lenguaje y terminología jurídica romana, en la que se experimentó un gran desarrollo del Edicto del pretor, y en la que aparecieron diversos juristas que la posteridad juzgó como ejemplos.

La época clásica alta, coincidió con el máximo esplendor de la jurisprudencia y finalizó hacia el 130 d.C. con la vinculación de la jurisprudencia al poder imperial, la fijación del Edicto pretorio, la aparición de los *rescripta* imperiales, la consideración de los *senatus consulta* como fuentes del *ius*, y la promoción de la *cognitio extraordinem*.

La época clásica tardía iniciada por los hechos recién descritos vio desplazado el procedimiento formulario por el de la cognición oficial, presenció el fortalecimiento de las constituciones imperiales, la aparición de obras jurisprudenciales de carácter epigonal, y la muerte de los últimos grandes juristas clásicos en tiempos del emperador Severo con lo cual desapareció la jurisprudencia como fuente del *ius*.

¶ 2.1. JURISPRUDENCIA

§ 10. La jurisprudencia fue la gran fuente del derecho romano durante la época clásica y, precisamente, su indiscutida primacía es la que permite caracterizarlo como un derecho de juristas.

El derecho de esta época es tenido como tal derecho de juristas, por la existencia de un estamento de jurisconsultos a quienes la sociedad reconocía la responsabilidad de elaborar el derecho, y no porque tal actuación le hubiera sido atribuida oficialmente por el poder público, sino en razón del saber que les era reconocido. Se vuelve aquí a la distinción básica entre *auctoritas* y *potestas*.

La actividad creadora de los *iusprudentes* se vertía fundamentalmente en el *respondere*, esto es, en las *responsa* que emitían frente a las cuestiones que planteaban casos concretos y, que podían tener diversos destinatarios, a saber, a) los particulares, que consultaban al jurista para adecuar ajustadamente sus reclamaciones procesales o para emplear los formularios negociales apropiados para lograr los efectos queridos; b) las asambleas, para su acertada concreción en las *leges*, *plebiscita*, o *senatusconsulta*; c) los magistrados, para la formación de sus *edicta* o *decreta*; d) los jueces, para la justa decisión de las causas sujetas a su decisión y; e) el Emperador, para la elaboración de *decreta*, *rescripta*, u otras formas de *constitutiones Principis*.

De esta manera, la jurisprudencia se mostraba principalmente como una fuente creadora de criterios sobre lo justo para casos concretos, criterios cimentados en la sola *auctoritas prudentium*, y aquí recuérdese que la *prudentia* es una virtud intelectual. Ello tendía naturalmente al casuismo propio de los derechos jurisprudenciales, donde podían existir *responsa* opuestos o contradictorios (*ius controversum*), supuesto que las fuentes potenciales de producción del *ius* eran tantas como juristas hubiera y tocaba al juez decidir conforme a la

autoridad de sus autores la apropiada al caso concreto, pues las opiniones se pesan y no se cuentan, de modo tal que se seguiría aquel criterio avalado por la más alta *auctoritas* reconocida a un *iurisprudente*.

Pero también había casos en los cuales no existía controversia de opiniones, sino que *communis opinio doctorum*, en cuyo caso la *auctoritas* de todos los juristas que concurrían a formar dicha opinión común era la que fundaba la validez y vigencia vinculante de tales criterios jurisprudenciales de lo justo y que, en palabras del siempre conflictivo Gayo: *vicem legis optinet* (IG.1.7).

Este natural carácter controvertible del derecho romano de juristas, desde el Principado y por decisión imperial intentó ser disminuido, con el reconocimiento oficial de ciertos jurisprudentes a quienes les fue concedido el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, es decir, cuando Augusto decidió que los *responsa* de ciertos jurisconsultos debían darse como emanados de su propia autoridad y, en tal carácter, se restringía la libertad del juez que debía preferir sus opiniones a las de aquellos que no contaban con esta facultad.

Esta intervención imperial en la libre actividad de los juristas se concretó en tiempos de Tiberio y alcanzó su máxima expresión desde Adriano, cuando todos los jurisconsultos de nota formaban parte del *consilium Principis* y estaban precisamente al servicio del Emperador para responder a las consultas que le eran formuladas por medio de la secretaría imperial *a libellis*, respuestas estas que se denominaban *rescripta*¹⁰.

§ 11. En la primera época clásica (130-30 a.C.) surgieron los juristas considerados como fundadores del derecho civil, de quienes diría más tarde Pomponio: *fundaverunt ius civile*, a saber, Manio Manilio, Marco Junio Bruto, y Publio Mucio Escévola, cónsul el año 133 a.C., a cuya familia pertenecieron los también juristas Quinto Mucio Escévola “el augur”, y su hijo Quinto Mucio Escévola “el pontífice”.

Quinto Mucio Escévola, que fue cónsul el año 95 a.C. escribió, con cierta influencia metodológica helénica, la primera exposición sistemática del *ius civile* en 18 libros, que se ocupaban ordenadamente de las siguientes materias: herencia, personas, cosas, y obligaciones. Esta exposición sirvió luego de modelo al *ius civile* de Sabino.

Entre los últimos juristas de la primera época clásica destacaron Cayo Aquilio Galo, pretor el 66 a.C. creador de la fórmula de la *actio doli* y de la llamada estipulación aquiliana, y Servio Sulpicio Rufo († 43 a.C.) autor de un comentario al Edicto pretorio y con quien se inició la formación de las llamadas “escuelas” de juristas.

¹⁰ KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952; KASER, Max, *En torno al método de los juristas romanos*, (Traducción de Miquel), Valladolid, 1964; D'ORS, Álvaro, “Autoridad y potestad”, en *Foro Gallego*, 1969, ahora en sus *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, pp. 93-108; del mismo ““Lex” y “ius” en la experiencia romana de las relaciones entre “auctoritas” y “potestas””, en los citados *Escritos varios...*, pp. 87-92; FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, (n. 2); GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”, en AHDE. L, Madrid, 1980, pp. 850-890.

§ 12. La época clásica alta (30 a.C.-130 d.C.) es llamada precisamente así porque correspondió a la de mayor brillo en la jurisprudencia.

En este tiempo se produjo el inicio de la tendencia a vincular la labor jurisprudencial a la autoridad imperial con la introducción por Augusto del *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, que pretendió unir la autoridad de la jurisprudencia a la propia *auctoritas* del príncipe, al haber dispuesto que las respuestas de los juristas (*responsa*) debían darse en virtud de la autoridad del príncipe, de tal manera que debían entenderse excluidos aquellos juristas a quienes él no había concedido esta facultad de dar respuestas en razón de su autoridad.

Por su importancia, inicia esta época Marco Antistio Labeón, discípulo de Trebacio Testa, y fiel partidario de la República, muerto entre el 10 y el 22 d.C. Entre sus obras destacaron sus *Comentarios al Edicto del pretor*, y su colección de *Responsa*. A él le continuó toda una escuela, entre cuyos seguidores se contaron los Nerva, Próculo, Celso, autor de unos amplios *Digestorum libri XXXIX*, y Neracio. Esta escuela, al parecer, en época postclásica fue denominada “Proculeyana”.

En esta misma época surgió la llamada escuela “Casiana”, por Cayo Casio Longino, discípulo de Masurio Sabino y, por él denominada “Sabiniana”.

Sabino escribió una obra titulada *Libri tres iuris civilis*, que sigue, en parte, el orden del *ius civile* de Quinto Mucio Escévola. Destinaba la primera parte a la herencia, la segunda a las personas, la tercera a las obligaciones, y la cuarta a las cosas. Es claro su influjo en los libros posteriores de *institutiones*, como el de Gayo. También pertenecieron a esta escuela Valente, Tusciano, Javoleno Prisco y su discípulo Salvio Juliano.

Con Salvio Juliano se sitúa el tránsito de la época clásica alta a la tardo-clásica. Nació en África cerca del año 100 y murió después del 175, perteneció al *consilium* del emperador Adriano y fue gobernador de la *Hispania Citerior* entre el 161 y el 166. Escribió unos *Digesta* en 90 libros y a él se debió la fijación del *Edicto Perpetuo* en tiempos de Adriano.

§ 13. En esta época los juristas produjeron una gran cantidad de obras, cuyos géneros jurídico-literarios pueden agruparse en las siguientes formas:

a) Los *Libri Responsorum*, que recogían las respuestas o decisiones que habían dado los juristas a las consultas que les habían sido formuladas, ordenadas siguiendo la disposición del *Edicto* y estructurado cada *responsum* sobre la base de una exposición del hecho, de la consulta y de la respuesta. Ejemplo de ellas fueron las de Cervidio Escévola.

b) Las *Quaestiones*, que se ocupaban en casos prácticos, los más ideales, y normalmente dirigidos a la enseñanza. En ellas se exponía, conforme al orden del *Edicto*, un caso para reunir junto a él otros que se les asemejaban.

c) Los *Digesta* eran amplias colecciones de cuestiones y respuestas formadas con la finalidad de exponer todo el *ius* vigente, que mostraban una cierta tendencia hacia la sistematización. Formalmente constaban de dos partes, la primera, de mayor extensión, destinada a tratar de las materias contenidas en el edicto del pretor, y la segunda, que se ocupaba en las materias ajenas a él, tales como, la sucesión *ab intestato* civil, las principales leyes y senadoconsultos.

d) Los *Commentaria*, que eran extensas exposiciones que se referían principalmente a) al *Edicto (Ad Edictum)*, tanto al del *praetor*, cuanto al *aedilitium curulium*, o al *provinciale*; b) a alguna obra jurisprudencial anterior, tales como los clásicos *Ad Sabinum* y; c) a las principales *leges*, o *senatusconsulta*.

§ 14. La jurisprudencia en la época tardo-clásica (130-230) terminó por ligarse a la burocracia imperial, de la cual formaban parte los más importantes juristas a través del *Consilium Principis* o Cancillería, como asesores al servicio del Emperador.

Los juristas de la época clásica tardía, por su vinculación al gobierno del Imperio en la Cancillería se ocuparon de una diversidad de materias, hasta ese momento ajenas al *ius* en sentido antiguo, tales como las tocantes al gobierno y administración, a la hacienda, etc. Ello amplió el mismo concepto del *ius* y generó una distinción material entre el *ius privatum* y el *publicum*.

Los géneros jurídico-literarios cultivados por estos juristas tardo-clásicos fueron los mismos que los de la época anterior, aunque predominó la tendencia a elaborar amplios *commentaria ad Edictum* y *ad Sabinum*, vale decir al *ius civile*.

Esta jurisprudencia tardo-clásica ha sido muy bien calificada de epigonal, es decir, sus producciones constituyeron la culminación de una larga actividad de los juristas, que intentaron la tarea de asumir los resultados parciales y dispersos de las obras anteriores, unirlos a sus propios aportes y ofrecerlos de forma sistemática que, en cuanto fijaban materiales particulares y desperdigados, se situaban como los necesarios antecedentes para la fijación definitiva del derecho juristas. Tal lugar habrían de ocupar respecto de la fijación en los *Digesta* de Justiniano.

Ejemplo de estas obras epigonales de la última jurisprudencia clásica fueron el gran comentario *ad Edictum* de Pomponio redactado en 150 libros, los de Paulo y Ulpiano; y los *ad Sabinum*, de estos mismos juristas que, en líneas generales recogían el trabajo jurisprudencial anterior.

Aparecieron también en esta época las obras de *regulae*, *definitiones* y *sententiae*, que reunían principios jurídicos abstraídos de los casos concretos.

Igualmente surgieron los libros de *institutiones*, dirigidos a la enseñanza jurídica básica. Entre ellos las de Marciano en el siglo III, conocidas sólo por los fragmentos de ella que se recogieron en el *Digesto*, y las muy conocidas de Gayo, de mediados del siglo II, cuyo fama desde el siglo IV se debió a que fueron adoptadas como libro de texto para el primer curso de derecho en Constantinopla y Berito.

Las *Institutiones* de Gayo ordenaban el *ius civile* en cuatro libros, que trataban de tres grandes materias: personas, cosas, y acciones, organización que tuvo larga y perdurable importancia.

¶ 2.2. EDICTOS

§ 15. También en la época clásica los magistrados tenían su lugar en la producción del derecho a través de los edictos, fundados en su *potestas* y, por lo tanto, no eran considerados fuentes del *ius*, aunque al igual que lo ocurrido con las leyes, sus datos podían ser incorporados a él a través de la labor jurisprudencial.

De los magistrados con facultad de dictar edictos, el de mayor interés fue el pretor, por su intervención en la etapa *in iure* del procedimiento, y bastante menor el de los ediles curules.

El edicto, era un texto que publicaba el pretor en virtud del *ius edicendi* que, en atención al momento en el cual lo dictaba, podía tratarse del *edictum perpetuum* o de *edicta repentina*.

El edicto perpetuo era el que daba al inicio de su magistratura como programa para el ejercicio de su jurisdicción y, por lo tanto duraba todo el año. En él se contenían las fórmulas de las *actiones* procesales, de *exceptiones*, y de otros medios de protección basados en su imperio, tales como *interdicta*, *missiones in possessiones*, *stipulationes praetoriae*, etc.

Este edicto perpetuo, normalmente era elaborado por un jurista que asesoraba al pretor, porque éste, las más de las veces, desconocía el *ius*. En su contenido se podían distinguir: el llamado *edictum translaticium* que no era más que aquella parte del edicto del magistrado anterior que él había reproducido, y trasladado al suyo; y el *edictum novum*, que contenía las novedades o modificaciones en relación con el edicto de su antecesor.

De su lado, los *edicta repentina* eran aquellos dictados en el momento en que alguna necesidad lo exigía para ocuparse de alguna situación no prevista en el edicto perpetuo.

El edicto pretorio constituyó un ordenamiento paralelo al *ius civile*, que en ocasiones lo suplía o corregía, sin alterarlo, supuesto que por sí mismo no era fuente del *ius*. Pero además fue un importante factor de progreso jurídico, pues en él se recogían fórmulas de acciones, no sólo del *ius civile*, sino nuevas acciones pretorias, que podían ser: i) *ficticias*, vale decir, que mediante la introducción de una ficción se extendía una acción civil a un caso originariamente no previsto; ii) *in factum*, esto es, referidas a un hecho y mediante ellas el pretor sancionaba conductas que le

parecían inconvenientes aunque no estuvieran reprimidas por el *ius civile*; iii) *acciones con transposición de personas*, mediante las cuales se operaba una suerte de representación.

El *Edicto* del pretor durante la época clásica aumentó la importancia que ya había tenido desde finales de la época arcaica, aunque paulatinamente su papel de vía apropiada para el progreso jurídico fue ocupado por los senadoconsultos y constituciones imperiales. De otro lado, desde finales de la época tardo clásica prácticamente desapareció el interés de la distinción entre *ius civile* y *ius praetorium*, como se lo comienza a llamar.

Pero el hecho más significativo tocante al edicto del pretor ocurrido en esta época y, que precisamente marcó su término, fue la fijación de su contenido en un texto definitivo elaborado en tiempos de Adriano por el jurista Salvio Juliano, conocido con el nombre de *Edicto Perpetuo* (c.130), y que necesariamente debía ser utilizado por los pretores, sin que pudieran alterarlo.

Según la reconstrucción del *Edicto Perpetuo* realizada por Otto Lenel (1883), constaba él de una parte introductoria que contenía diversos edictos sobre la tramitación de litigios, de otra que recogía las acciones, de una tercera que se ocupaba del derecho pretorio de las herencias y otras materias, de una cuarta sobre la ejecución de las sentencias, y de una final sobre interdictos y estipulaciones pretorias.

La labor de Salvio Juliano no se limitó a establecer un nuevo orden de las cláusulas del *Edicto*, sino que también introdujo otras nuevas, tales como la llamada *nova clausula (Iuliani) de coniugendis cum emancipato liberis eius*.

A partir de esta fijación del texto edictal, parece que ya no se crearon nuevas fórmulas procesales, con lo cual se extinguió la fuerza creadora del derecho pretorio, y tal lugar lo ocupó la cognición oficial.

¶ 2.3. LEGES Y SENATUSCONSULTA

§ 16. Como se ha dicho, la existencia de un derecho de juristas no significa la exclusividad de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino que expresa su predominio respecto de las otras, así en la época clásica también tuvieron su lugar las *leges publicae*, aunque desde el Principado, habían comenzado a perder su significación, y parece que las últimas fueron dadas en tiempos del emperador Claudio.

El papel de las *leges publicae* fue progresivamente asumido por los senadoconsultos, que ahora más que expresar la *auctoritas* del Senado constituían una manifestación de la *potestas* del emperador.

Desde tiempos de Augusto los senadoconsultos, que hasta ese momento sólo eran tenidos como acuerdos basados en la *auctoritas patrum*, comenzaron a cumplir las funciones de las

antiguas *leges*, supuesto que el Senado empezó a desarrollar las actividades legislativas de los comicios.

A partir de esta época el texto del senadoconsulto comenzaba con el nombre del emperador y la fecha y los nombres de los senadores encargados de velar por la exacta transcripción del texto.

De esta manera los senadoconsultos se convirtieron en la principal vía de progreso del derecho privado, pues muchos de ellos se ocupaban de materias tocantes a él.

¶ .3. DERECHO ROMANO EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

§ 17. La época postclásica comprendió el período político llamado Dominado o Bajo Imperio. Comenzó hacia el 230 d.C. con los cerca de 50 años de anarquía política y acabó en Oriente hacia el 530 d.C. con la fijación del Derecho Romano llevada a cabo por Justiniano.

La jurisprudencia cedió su lugar como principal fuente del derecho a la legislación imperial, que incluso, se esforzó en regularla, surgió con suficiente fuerza la costumbre como fuente autónoma, y se desarrolló el derecho romano vulgar, sobre todo en Occidente.

Se pone término, tradicionalmente, a la época postclásica con la obra fijadora de Justiniano, quien en una reacción clasicista intentó restaurar el derecho romano, para lo cual formó una obra que recogía el *ius* y las *leges*, conocida desde la Baja Edad Media, con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

¶ 3.1. CONSTITUCIONES IMPERIALES

§ 18. En esta época la principal fuente del derecho fueron las constituciones imperiales, que acabaron por imponerse a las restantes fuentes jurídicas, para configurar un derecho legislado, en cuanto con el creciente estatismo que condujo al absolutismo del poder imperial, sólo correspondía al emperador la creación del derecho a través de las *leges*, principalmente los *edicta*.

Las resoluciones imperiales comenzaron a denominarse con el nombre general de constituciones imperiales desde la etapa tardo-clásica. Dentro de estas formas de decisiones del Emperador se encontraban las *epistulae*, dirigidas por el Príncipe a consulta de magistrados o funcionarios; los *decreta* que eran verdaderas sentencias judiciales pronunciadas por el emperador al conocer como juez en algún negocio, aunque en su formulación intervenían los juristas del *consilium*; los *edicta*, tal como hacían los magistrados; y los *mandata*, que eran órdenes destinadas a funcionarios.

Junto a estas formas se encontraban los *rescripta* que, en cuanto emanadas del emperador, se las considera genéricamente como constituciones imperiales, aunque eran una manifestación de la jurisprudencia vinculada al poder imperial a través del *consilium* del Príncipe.

Desde tiempos de Diocleciano comenzaron a prevalecer las formas de *rescripta* y *edicta*.

En tiempos de Constantino (306-337), la voluntad del Emperador se constituyó en la fuente exclusiva del derecho, a través de *leges* expedidas por medio de la Cancillería imperial, de carácter general, potestativas y de estilo grandilocuente.

En esta época la tan citada frase de Ulpiano: *quod principi placuit legis habet vigorem*, ya no se entendía como expresión de validez jurídica, sino con un claro sentido de absolutismo legislativo.

§ 19. La creciente importancia de los *rescripta* y de las diversas formas de constituciones imperiales hizo surgir la necesidad de reunirlos en un texto, que se denominó *Codex*.

La voz *codex*, etimológicamente significa “tronco de árbol”, en cuanto la madera era empleada como material de escritura, más tarde esta palabra adquirió una significación de carácter editorial para designar a un conjunto de varias tablillas de madera encerada (*cerae tabulae*) unidas en sus extremos por cordones o anillos metálicos, de modo tal que cada tablilla podía ser leída como una hoja de un libro. Desde fines del siglo I d.C. las tablillas fueron substituidas por cuadernillos de pergamino (*membrana*) que cosidos por uno de sus extremos formaban un *codex membranei*, a la manera de nuestros libros modernos. Desde finales del siglo III el *codex membranei* comenzó a desplazar a las restantes formas editoriales hasta hacerlo por completo, época en la cual la palabra *codex* significaba simplemente libro.

El empleo del *codex* se extendió al ámbito jurídico, lo que influyó en que uniera su significado al de un libro con contenido jurídico y, específicamente, a las colecciones de constituciones imperiales que en esta época se editaron bajo dicho formato¹¹.

Hacia el año 292 un oscuro jurista, Gregoriano, formó el llamado *Codex Gregorianus*, que recogía rescriptos expedidos desde Adriano hasta Diocleciano, dividido en no menos de 14 libros, distribuidos en títulos con un rúbrica indicativa de su contenido. Sólo ha llegado hasta nosotros fragmentariamente a través de obras como la *Lex Romana Burgundionum*, la *Collatio Legum Romanarum et Mosaycarum*, los *Fragmenta Vaticana*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, y el *Breviario de Alarico*.

Un funcionario griego llamado Eugenio Hermogeniano, que trabajaba en Oriente en tiempos de Diocleciano, formó una colección de rescriptos imperiales de los años 293 y 294, que apareció a principios del 295, y que es conocida con el nombre de *Codex Hermogenianus*, que

¹¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codex”, en REHJ. X, Valparaíso, 1985, pp. 107-144.

habría sido revisado por su propio autor durante su permanencia en Roma a principios del siglo IV, momento en el cual habría incorporado algunos rescriptos de los años 295 al 298¹².

Tanto el trabajo de Gregoriano, cuanto el de Hermogeniano, no fueron llamados originariamente con la voz *Codex*, sino que ella fue una denominación tardía.

A diferencia de estas dos obras privadas, Teodosio II promulgó, para la *pars orientalis* del Imperio, el año 438 una colección oficial de *leges* desde Constantino hasta el mismo Teodosio II, y que Valentiniano III extendió para Occidente, que parece ser el primer libro jurídico denominado *Codex*.

Este *Codex Theodosianus*, cuyo texto no ha llegado hasta nosotros, sino a través de obras posteriores como el *Breviario de Alarico* (506) y el *Codex Iustinianus*, y cuyo clásico comentario sigue siendo el del humanista francés Jacobo Godofredo (1665), y reconstruido por Theodor Mommsen (1905), estaba dividido en 16 libros, y estos en títulos con sus correspondientes rúbricas.

En su contenido primaban las constituciones tocantes al *ius publicum*, así el libro I se destinaba a las fuentes del derecho y competencias de los funcionarios imperiales; los libros II al V se ocupaban del derecho privado según el esquema de la primera parte de los *digesta* clásicos; los libros VI y VII trataban de la jerarquía de los funcionarios imperiales de rango superior, de sus privilegios y del derecho de los militares; el libro VIII recogía diversas *leges* tocantes a los funcionarios de grado inferior; el libro IX se refería al derecho penal; los libros X y XI se destinaban a la hacienda; los libros XII al XV trataban la organización de la ciudad y sus diversas corporaciones; y el libro XVI tocaba al ordenamiento de la Iglesia y el derecho eclesiástico¹³.

¶ 3.2. JURISPRUDENCIA

§ 20. La jurisprudencia en la época postclásica (230-530) se caracterizó por la pérdida de su fuerza creadora, su burocratización definitiva, la tendencia a compendiar o resumir obras del período clásico, la formación de obras que reunían *ius* y *leges*, la preocupación de algunos juristas por formar colecciones de constituciones imperiales, y la intervención de la potestad imperial en la limitación de la autoridad de las obras jurisprudenciales.

La tendencia compiladora y compendiadora estuvo representada, entre otras obras, por las *Epitomae iuris* de Hermogeniano, las llamadas *Pauli Sententiae*, el *Liber singularis regularum* o *Epitome Ulpiani*, y el *Epitome Gai*.

¹² CENDERELLI, Aldo, *Ricerche sul "Codex Hermogenianus"*, Milano, 1965. Su recensión por D'ORS, Álvaro en SDHI. XXXIII, Romae, 1967, pp. 443-447.

¹³ ARCHI, Gian Gualberto, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976; VOLTERRA, Edoardo, "Sul contenuto del Codice Teodosiano", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 3ª. serie, XXIII, Milano, 1981, pp. 85-124; LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, Mercedes, "Notas sobre el proyecto codificador de Teodosio II", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75, Madrid, 1989-1990, pp. 466-479.

a) Las *Epitomae iuris* de Hermogeniano eran una colección de fragmentos de jurisprudencia clásica elaborados hacia el año 300, como una suerte de “selecciones” o “lecturas selectas”¹⁴.

b) Las *Pauli Sententiae*, formadas al promediar el siglo III por un autor desconocido que las atribuyó a Paulo, fueron objeto de sucesivas reelaboraciones, cuyo texto sólo ha llegado hasta nosotros a través de obras posteriores que la tuvieron como fuentes, tales como los *Fragmenta Vaticana*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, la *Lex Romana Burgundionum*, y el *Breviario de Alarico*¹⁵.

c) El denominado *Tituli ex corpore Ulpiani*, también llamado *Epitome Ulpiani*, atribuido a Ulpiano, aunque pareciera haberse redactado en el siglo IV, entre los años 320 y 342, resumía el pensamiento de Ulpiano al tratar en una introducción del derecho, y en cinco partes, las personas, propiedad, herencia, obligaciones, y acciones¹⁶.

d) El *Epitome Gai*, conservado en el *Breviario de Alarico*, del que se tratará en otro lugar¹⁷.

e) Entre las obras que reunían *ius* y *leges*, se encontraba la denominada *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, redactada en tiempos de Diocleciano y reelaborada por un autor cristiano de finales del siglo IV o principios del V, en todo caso anterior al 438.

En ella se intentaba comparar algunos textos jurisprudenciales de los autores mencionados en la *Ley de Citas* y ciertas constituciones imperiales tomadas, sobre todo, de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, con pasajes del *Pentateuco*.

En cuanto al *ius* aparecían 37 fragmentos de obras de Paulo, especialmente las *Sententiae* y, en menor medida el *Liber singularis*, y el *Liber responsorum*; veinte fragmentos de escritos de Ulpiano, tomados de los libros VII, VIII y IX *De officio proconsulis*, del *Liber singularis regularum*, y de su *Commentaria ad Edictum*; 8 pasajes extraídos de textos de Papiniano, a saber, de las *Definitionum*, *Responsorum*, y *De adulteris liber singularis*; 2 pasajes de Modestino, de sus *Differentiarum libri IX*; y un texto de Gayo, extraído del libro III de sus *Institutiones*.

¹⁴ LIEBS, Detlef, *Hermogenians “iuris epitomae”*. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964. Su recensión por D’ORS, Álvaro, en SDHI. XXX, Romae, 1964, pp. 422-430.

¹⁵ PAULO, *Sentencias. A su hijo. Libro primero*. Versión de Martha Patricia Irigoyen Troconis, Méjico, UNAM, 1987; PAULO, *Sentencias. A su hijo. Libro segundo*. Traducción, introducción, notas e índice alfabético de Martha Patricia Irigoyen Troconis, Méjico, UNAM, 1994.

¹⁶ GIRARD, Paul Frédéric y SENN, Félix, *Textes de Droit Romain*⁷, I, Paris, 1967, pp. 414-449.

¹⁷ ARCHI, Gian Gualberto, *L’ “Epitome Gai”*. *Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937.

Las *leges* resultaban tomadas del *Código Gregoriano* en número de 8, y del *Código Hermogeniano*, en número de dos, más una constitución de Valentiniano del año 390, que no se recogió en el Teodosiano, quizá añadida posteriormente.

Estaba dividida en libros y cada uno de ellos en breves títulos, los que se inauguraban con un pasaje de la Ley Mosaica, tras los cuales se transcribían los textos romanos.

En el texto conservado se contienen dieciséis títulos del libro primero que, siguiendo los preceptos del *Decálogo*, desde el *No matarás*, trataba de los homicidios, lesiones, adulterios, ladrones, falso testimonio, depósito, incendios, astrólogos, hechiceros y maniqueos, y sucesión legítima¹⁸.

f) Otra obra de este género fueron los llamados *Fragmenta Vaticana*, así denominados por haber sido descubiertos en la Biblioteca Vaticana por el cardenal Ángel Mai en 1821 (Cod. Vat. 5.766), y que contenía fragmentos de obras de Paulo, Ulpiano, Papiniano y de otros juristas tardíos, junto a ciertas constituciones imperiales, preferentemente de Diocleciano, distribuidos en títulos y que habría sido elaborado algo después del 318, aunque tuvo reelaboraciones posteriores¹⁹.

En esta jurisprudencia postclásica se advertían notas de vulgarismo, vale decir, de un proceso de empobrecimiento interno que afectaba el estilo tradicional, tales eran, la tendencia compendiadora y simplificadora que marginaba todo aquello que aparecía complejo o estéril con vistas a la práctica judicial y a la formación básica; la introducción de consideraciones extrajurídicas, tales como las consecuencias económicas y fiscales; y la tendencia moralizante que perseguía soluciones de justicia con olvido de la forma, inclinación reafirmada por el cristianismo, como el predominio de la *voluntas*, el *favor libertatis*, la *humanitas*, y la *aequitas*.

§ 21. La jurisprudencia terminó en esta época por burocratizarse y ligarse a la potestad y autoridad del emperador a través del *consilium Principis*, que había aparecido en el Imperio como un grupo de personas (*amici*) que prestaban su consejo y asesoría al Príncipe.

Adriano dotó al *consilium* de una organización propia e integró en él a los juristas y a los nuevos funcionarios (*praefecti*), desde este momento la jurisprudencia perdió su independencia frente a la *potestas* imperial, más aun cuando los jurisconsultos que formaban parte del *consilium* estaban dotados del *ius respondendi*, cuya concesión ahora resultaba innecesaria.

Precisamente con Adriano aparecieron los *rescripta* que se registraban en el *liber libellorum propositorum*. Los rescriptos eran decisiones del emperador en las cuales se unían, de un lado la tradicional actividad de los *responsa* de los jurisprudentes y de otra, la autoridad del

¹⁸ *Comparación de Leyes Mosaicas y Romanas*, versión de MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena, México, 1994.

¹⁹ GIRARD, Paul Frédéric y SENN, Félix, (n. 16), pp. 472-545; KASER, Max, "Fragmentum Vaticanum I", en *Mnemeion Siro Solazzi*, Napoli, 1964, pp. 224-240.

emperador, pues si bien procedían de los jurisconsultos que elaboraban las respuestas a las consultas que se formulaban al Príncipe, su autoridad ya no era la de ellos, sino la del propio emperador conforme al sistema del *ius respondendi*.

Desde la época tardo-clásica los rescriptos constituyeron la fuente creadora del derecho en lo tocante al procedimiento de la cognición oficial y ya en el postclásico se los consideró como fuentes del antiguo *ius*, hasta que Justiniano los incorporó a las *leges* del *Codex*.

§ 22. De otro lado, la legislación imperial, que se situaba en esta época como la gran fuente del derecho, intervino decididamente en la regulación y restricción de la jurisprudencia, lo que no era más que una manifestación del creciente estatismo y, aun más, la potestad pública decidió conferir formalmente validez a determinadas obras jurisprudenciales, de modo tal que su vigencia y carácter vinculante ya no derivarían de la autoridad de sus autores, sino de la propia potestad legislativa.

En efecto, una constitución de Constantino del año 321 privó de autoridad a ciertas obras discutidas, como las *notae* a Papiniano que se atribuían a Ulpiano y Paulo, y otra del año 327 autorizó el *corpus Pauli*.

De su lado, Valentiniano III el año 426, en la llamada *Ley de Citas*, reiteró la prohibición de las referidas *notae* a Papiniano y dispuso que sólo se podría invocar la autoridad de cinco juristas, a saber, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo. Si existía disparidad de opiniones debía primar el parecer de la mayoría, en caso de igualdad debía preferirse la opinión de Papiniano, y si éste no se había pronunciado quedaba al arbitrio del juez adoptar la decisión.

Esta constitución fue recogida en el *Codex Theodosianus* del año 438 con una importante modificación, pues se prescribía que además de las opiniones de los expresados cinco jurisconsultos se podían invocar las de aquellos que aparecían citados en sus obras, con lo cual la primitiva restricción fue grandemente atenuada.

De este modo la legislación imperial arrebató el último reducto a la jurisprudencia, pues ahora ya no habría derecho alguno válido y vigente en razón de la *auctoritas* de los juristas, sino que las obras de aquellos autores reconocidos por la ley tendrían fuerza vinculante por la propia *potestas* pública.

Igualmente la potestad imperial terminó por invadir la antigua competencia del Senado, pues desde el imperio de Adriano los senadoconsultos tuvieron valor como fuentes del *ius civile* al igual que las *leges*, y su texto era simplemente la *oratio* del emperador leída en el Senado por algún representante suyo, ante la cual a los senadores sólo tocaba aclamar la voluntad del emperador (*adclamatio*).

Así pues, el emperador se convirtió en la fuente exclusiva de la legislación, pues los magistrados ya no dictaban leyes en los comicios y él había traspasado dicha actuación al Senado, que actuaba como un mero aclamador de la voluntad imperial.

¶ 3.3. COSTUMBRE

§ 23. Los juristas de la última época clásica habían reconocido un papel supletorio e integrador a la costumbre de los provinciales. Precisamente a esta costumbre se refería el conocido pasaje de Ulpiano, tomado de su obra *De officio proconsulis*, en el que señalaba que la costumbre inveterada solía ser observada como derecho y ley en aquellos casos que no provenían del derecho escrito: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*²⁰.

En la misma época clásica tardía el derecho imperial reconoció a la costumbre su papel interpretativo de la ley, tal como señalaba una disposición de Severo, en la que se decía que en las ambigüedades originadas de las leyes, la costumbre había de tener fuerza de ley: *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambigüetatibus, quae ex lege proficiscuntur, consuetudinem...vim legis obtinere debet*²¹.

En época postclásica, con la creciente tendencia al absolutismo legislativo que invadía todos los ámbitos de la vida, se produjo un alejamiento entre las prescripciones de la ley y la práctica, debido a lo cual surgió el problema de la contraposición entre un derecho consuetudinario y el de las leyes imperiales, hasta que desde finales del siglo IV se comenzó a considerar a la costumbre con similar valor al de la ley (*pro lege*).

Fue en este momento cuando, sobre la base de la distinción aristotélica entre *lex scripta* y *lex non scripta*, y de considerar que el pueblo podía hacer leyes en forma expresa o en forma tácita, se admitió la idea de la posibilidad de la abrogación de las leyes por el consentimiento tácito del pueblo mediante su desuso (*per desuetudinem*)²².

A ello se refería el tan discutido texto que señalaba que no sin razón la costumbre inveterada era guardada como ley: *Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?. Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*²³.

²⁰ *Digesto*, 1.3.33.

²¹ *Digesto*, 1.3.38.

²² GUZMÁN BRITO, Alejandro, (n. 2), I, p. 64.

²³ *Digesto*, 1.3.32.1.

Finalmente el derecho imperial acabó por aceptar el valor general de la costumbre. Así Constantino declaraba que no era vil la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, aunque no había de ser válida hasta el punto de prevalecer sobre la razón o sobre la ley²⁴, y el emperador León en la segunda mitad del siglo V declaraba que la costumbre aprobada de antiguo y tenazmente observada se asemejaba a las mismas leyes y obligaba, y por ello mandaba que lo que se sabía establecido en oficinas, curias, ciudades, corporaciones o colegios hiciera las veces de ley perpetua²⁵.

De este modo la costumbre se convirtió en la época postclásica en una fuente del derecho autónoma, carácter que no había tenido en las etapas anteriores, supuesto que el tradicionalismo jurídico romano la había integrado plenamente a través de la jurisprudencia. No debe olvidarse además, que en este tiempo la costumbre de los provinciales se mostraba como uno de los elementos más influyentes en el derecho romano.

§ 24. En la época postclásica, tras la concesión general de ciudadanía en tiempos de Antonino Caracalla (212), el derecho romano de juristas que perdía su primacía en la creación del *ius*, frente a la fuerza invasora de la potestad legislativa imperial, se vio fuertemente influido por las costumbres de los provinciales a quienes se les había hecho ciudadanos, quienes las más de las veces no estaban suficientemente romanizados, y como ya este derecho técnico y científico carecía de su vigor motriz, era impotente para poder enfrentar la nueva fuerza de los derechos vivos de las provincias, y entró, sobre todo en Occidente, en un proceso que dio pie a la formación del llamado derecho romano vulgar.

Así pues, en las antiguas provincias occidentales del Imperio, el derecho romano va a mantenerse no en sus formas clásicas, sino en las vulgares, que fueron recogidas en los textos legales dictados por los reyes germánicos en los diversos reinos romano-germánicos que paulatinamente fueron consolidándose en el antiguo suelo imperial.

Ejemplo de estas leyes, llamadas bárbaro-romanas, fueron el *Código de Eurico* (c. 476) y el *Breviario de Alarico* (506) entre los visigodos; el *Edictum Theodorici* (c. 500) entre los ostrogodos; la *Lex Burgundionum* (c. 500) entre los borgoñones; la *Lex Salica* (c. 511) entre los francos sálicos; la *Lex Ripuaria*; la *Lex Alamannorum* (e. 712-725); y la *Lex Baiwariorum* (743/744).

¶ 4. DERECHO ROMANO Y LA OBRA JURÍDICA DE JUSTINIANO

§ 25. En este tiempo la situación del Oriente del Imperio difería de la de Occidente, sobre todo porque allí se dio un activo cultivo académico del derecho, vinculado particularmente a las universidades de Berito y de Constantinopla, donde hubo toda una escuela de profesores de

²⁴ *Codex Iustinianus*, 8.52.2, *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*

²⁵ *Codex Iustinianus*, 8.52.3, *Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet, et quod officii, curiis, civitatibus principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.*

derecho que mantuvo la tradición clásica del derecho romano, al estudiar, no los epítomes o compendios postclásicos, sino las antiguas obras de los jurisconsultos y las constituciones imperiales, lo que dio pie a la formación de cierto derecho profesoral, necesario antecedente de la fijación legislativa de Justiniano.

Entre estos profesores bizantinos se contaron, durante el siglo V, Erocio, Patricio, Domnino, Demóstenes, Eudoxio, y Leoncio, y durante el siglo siguiente: Taleleo, Teófilo, Doroteo y Anatolio.

§ 26. Justiniano, emperador en Oriente (527-565), realizó entre el 528 y el 534 la gran fijación del derecho romano, conocida desde la Baja Edad Media con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

La compilación justiniana constaba de tres obras independientes: una colección de *leges*, denominada *Codex*; una antología jurisprudencial, llamada *Digesta*; y un texto didáctico, denominado *Institutiones*. A ellas se agregó posteriormente una colección de 168 constituciones del propio Justiniano, que por haber sido dictadas con posterioridad al *Codex*, fueron llamadas *Novellae Iustiniani*.

La fijación del derecho romano efectuada por Justiniano, tuvo dos grandes líneas de acción, pues de una parte fijó un derecho legal, cual era el contenido en el *Codex*, y de otra fijó un derecho de juristas, como lo era el *ius* recogido en los *Digesta*.

§ 27. La primera de estas fijaciones fue ordenada por la constitución *Haec quae necesse* del 13 de febrero del 528, que dispuso la formación de un nuevo *codex constitutionum* cuya formación estuvo a cargo de una comisión de diez miembros, entre los que se contaban Triboniano (*magister officiorum*) y Teófilo, profesor de la Universidad de Constantinopla. Este *Codex* fue promulgado por la constitución *Summa rei publicae* el 7 de abril del 529.

El *Codex*, del que se conocen muy escasos fragmentos, se sirvió de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, y muy pronto se hizo patente la necesidad de formar uno nuevo, labor que el propio Justiniano encomendó a una comisión de cinco miembros, entre quienes se hallaban Triboniano y Doroteo, cuyo trabajo fue promulgado como *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*, por la constitución *Cordi nobis* del 16 de noviembre del 534.

Este *Código*, que es el que conocemos, se componía de 12 libros, divididos en títulos debidamente rubricados con indicación de su contenido.

Como toda fijación de un derecho legal, el *Codex Iustiniani* tuvo el carácter de una fijación oficial promovida por el poder público, basada en obras epigonales, como lo habían sido los códigos anteriores, y en el trabajo de los profesores de las escuelas de derecho de Oriente.

§ 28. Después de promulgado el segundo *Código*, Justiniano continuó dictando gran cantidad de nuevas leyes, las más en griego, y muy pocas que interesaban al derecho privado. Se las denominó *Novellae leges*, que aun en vida de Justiniano fueron recopiladas por un profesor de Constantinopla llamado Juliano, en una colección abreviada en latín de 124 de estas *leges*, denominada *Epitome Iuliani*, que fue conocida en Italia durante toda la Edad Media.

En la Baja Edad Media se descubrió en Bolonia otra colección latina que recogía 134 *novellae* dictadas entre el 535 y el 556, conocida con el nombre *Authenticum*, en oposición al *Epitome Iuliani*. En ella se reproducía el texto original de las constituciones latinas y traducciones muy deficientes de las griegas.

Esta última colección reconocida como auténtica por Irnerio en el siglo XII, fue reducida por él a sólo 96 *leges* que fueron consideradas útiles, ordenándolas y glosándolas en nueve *collationes*.

§ 29. La fijación del *ius* fue ordenada por Justiniano a través de la constitución *Deo auctore* del 15 de diciembre del año 530, que mandó formar los *Digesta* a una comisión dirigida por Triboniano e integrada por profesores y funcionarios imperiales, quienes debían compilar la jurisprudencia clásica, autorizándoseles para alterar los textos con el objeto de evitar contradicciones y de sólo recoger el derecho vigente.

Las alteraciones o modificaciones que efectuaron los compiladores justinianeos en los textos jurisprudenciales recogidos en los *Digesta* se denominan interpolaciones, que comenzaron a ser identificadas y estudiadas por los humanistas.

Al parecer los *Digesta* fueron elaborados por comisiones a las que se encargó la revisión y selección de los fragmentos de determinadas obras y juristas, lo que se manifiesta en las cuatro grandes “masas” que se advierten en los *Digesta*, a saber, edictal, sabiniana, papiniana y apendicular.

El trabajo de la comisión acabó en menos de tres años y fue organizado en cincuenta libros, divididos en títulos debidamente rubricados²⁶, que contenían un número variable de fragmentos jurisprudenciales con la indicación del autor y de la obra de la que habían sido tomados.

El número de fragmentos compilados ascendió a 9.142, de los cuales, cerca de dos tercios correspondían a obras de juristas tardo-clásicos y, en particular, los mencionados en la *Ley de Citas*.

Los *Digesta* o *Pandectas* fueron publicados por la constitución *Tanta* el 16 de diciembre del año 533.

²⁶ Salvo los libros XXX, XXXI y XXII que contenían un único título.

§ 30. Así como el *Codex Iustiniani* fue la obra fijadora del derecho legal postclásico, los *Digesta* fueron la obra de fijación del derecho romano de juristas.

Los derechos de juristas llegan a un punto en el cual experimentan la necesidad de su fijación, sobre todo por la diversidad de sus fuentes de producción y su natural carácter controvertible, que aumenta con el paso del tiempo, a medida que proliferan las opiniones hasta volverse inmanejables.

Esta imperiosa necesidad de fijación, viene a ser satisfecha por los propios juristas que elaboran obras epigonales que recogen con pretensiones omnicomprendivas y totalizadoras el trabajo de la jurisprudencia, de suerte tal, que la fijación de un derecho de juristas procede por la propia vía de la autoridad y no de la potestad.

La fijación de un derecho de juristas coincide, pues, con la pérdida de su vigor creativo que conduce a la formación de obras epigonales, que tras su composición se convierten en la expresión misma del derecho, por su aceptación indiscutida en la enseñanza, los tribunales, y la administración, con lo cual pierden su autoridad los textos jurisprudenciales no recogidos en ellas.

Se ha tenido ocasión de apuntar respecto del derecho romano de juristas, que la elaboración de tales epígonos jurisprudenciales correspondió a la jurisprudencia tardo-clásica, en la medida en que sus obras constituyeron la culminación de una larga actividad de los juristas, que intentaron la tarea de asumir los resultados parciales y dispersos de las obras anteriores, unirlos a sus propios aportes y ofrecerlos de forma sistemática que, en cuanto fijaban materiales particulares y desperdigados, se situaban como los necesarios antecedentes para la fijación definitiva del derecho de juristas. Ejemplo de estas obras epigonales de la última jurisprudencia clásica fueron el gran comentario *ad Edictum* de Pomponio redactado en 150 libros, el *Commentarium ad Edictum* de Ulpiano, y el de Paulo, y los *ad Sabinum*, de estos mismos juristas que, en líneas generales fijaban partes del derecho romano clásico²⁷.

Estas obras epigonales, se volvieron en verdaderos textos sacros para la época postclásica, sobre todo en Oriente, donde en las escuelas de Berito y Constantinopla los profesores de derecho mantuvieron viva la tradición del estudio científico del derecho sobre la base de las citadas obras epigonales tardo-clásicas, que de este modo se conservaron y transmitieron, por vía profesoral o magisterial, pues mientras en las escuelas se estudiaban los epígonos jurisprudenciales, en la práctica se preferían epítomes y compendios de tales trabajos.

Fue este derecho magisterial de las escuelas de Oriente el nexo entre la antigua jurisprudencia clásica y Justiniano, y el que permitió la elaboración de los *Digesta*, en la medida en que ellos se construyeron sobre las obras epigonales tardo-clásicas, lo que se refleja en la formación de las respectivas masas de sus libros.

²⁷ Supra § 11.

Así pues, si bien los *Digesta* de Justiniano fueron impulsados por vía de potestad, constituyeron el máximo epígono fijador del derecho romano de juristas, en cuanto formado él mismo sobre la base de los epígonos jurisprudenciales de la última jurisprudencia clásica²⁸.

§ 31. Además de las obras anteriores, Justiniano, ya avanzado el trabajo de los *Digesta*, encomendó a Triboniano y a los profesores Teófilo y Doroteo la formación de un libro de *Institutiones* dirigido a la enseñanza, que fue publicado por la constitución *Imperatoriam maiestatem* el 21 de noviembre del año 533.

Esta obra se basaba principalmente en las *Institutiones* de Gayo, a las que precisamente hubieron de substituir en la enseñanza jurídica como libro de texto del primer curso de derecho y, como ellas, estaban divididas en cuatro libros que trataban el derecho civil conforme a la tripartición de *personae*, *res*, *actiones*.

§ 32. La suerte de la fijación justiniana fue diversa en Oriente y Occidente, pues mientras allí se mantuvo, en líneas generales, hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos el 1453, aquí, a pesar de haber sido promulgadas para Italia por la *Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* el 13 de agosto del año 534, su aplicación fue tan efímera como la propia reincorporación de Italia al Imperio Bizantino.

Mientras el derecho romano se desarrollaba hasta tiempos de Justiniano, también se formaba el Imperio y se incorporaban a él diversos territorios y habitantes a los cuales se extendió la cultura romana y, como parte de ella, su derecho, en un proceso denominado romanización, del cual nos interesa particularmente el de la Península Ibérica.

²⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, pp. 91-96.