

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL

José Antonio Silva Vallejo*

*Catedrático Principal de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: *I.- El Derecho Procesal en Roma. II.- Interpretación de la ley y del contrato. III.- Interpretación y calificación del contrato. IV.- Naturaleza de las normas de interpretación. V.- Métodos de interpretación. VI.- Reglas de interpretación del contrato en general.*

* Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal, Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Lima, Lambayeque, Piura y La Libertad, Profesor Visitante en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Madrid.

The Science of the Process Law (Summary)

Contemporary science is a product of Roman Law, of the Bolognese School, the Roman-Canon Law and of German, Austrian and Italian thought. Also the Spanish, Argentinean, Brazilian, Uruguayan, Venezuelan and Colombian schools, have made vast contributions to the doctrinarian fundamentation and to the codification of the science of the process, as also, with their great sentences, the judges of the *Common Law*, true creators of Law, «*judge made law*» and specially, the Supreme Court of the United States, with memorable dictums where law has been made and unmade without subordination to her or, as it would be established in the audacious and certain definition which has become classic: «*we leave under a constitution; however the constitution is what judges say it is*»¹.

Inspiring ourselves in the thought of **PAUL KOSCHAKER**² we can affirm that Processal Law is a creation of «Professors Law» (**Professorenrecht**) and of Jurists Law (**Juristen Recht**), in the Romanist tradition of european-continental Law or «Civil Law», as in the evolution of Anglo-American «Common Law».

This way, in the light of history and Comparative Law we will unravel the essence of the process and of its institutions.

Sitting this premise we will analyze the Processal Law in Rome where was in his grater times a Law of jurists. Jurists are those who feel beauty in the solution of a litigious case, resolving peacefully and with static virtuosity what corresponds with rule to justice. And as justice is the supreme virtue we consider that it is very virtuous the technique of juridical interpretation.

The Roman Law has several ways of interpretation: the first one is referred to «Strictu Sensu» Roman Law which, at the beginning, was conceived as the «*ius proprium civium romanorum*».

However, there is also another form of Roman Law that is known by the name of «the Romanist tradition» and which is integrated by the set of schools, of jurists, of teachers and of texts that, developing or making coments on «Strictu Sensu» Roman

¹ **CHARLES EVANS HUGHES**: «La Suprema Corte de Estados Unidos» pag. 7 editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

Law, they project themselves in time and space through the schools, the teachers, the jurists, the codes and the interpretation techniques. And this Romanist tradition has been developed since Byzantine Law to the present time, constituting the axiomatic principles of all the contemporary codification.

Then, under the title of «Romanist tradition» it shall be understand the history of Roman Law and, also, the Romanist bases of the Civil Code and of Processal Codes.

So they go, as we will expose in our following chapters: Byzantine Law, the school of Beirut, the school of Bologna, the school of Cultured jurisprudence, Humanist or elegant jurisprudence, the school of the «*mos geometricus iura docendi*», the Historical school, the school of the Pandect's, which constitutes the «Professors Law» or «Proffesorenrecht» in which was inspired the Science of Processal Law.

² As the great master **PAUL KOSCHAKER** said on pages 300, 301 and passim of his book «Europa y el Derecho Romano» (Spanish translation), editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, when he spoke of a «Professors Law» («Professorenrecht») and on pages 378, 379 and 380, when he sustained that: «the expression «Science of Law» became very used in Germany and all over the world as a result of Savigny's influence»; and when he added that «the whole Science of Law, is no other thing than the History of Law», adding as foot page note that «the golden century of his university and of his teachers was in Germany in the 19th century and that he cannot deny the fact that it was them who made brilliant contributions to the knowledge of those times».

La ciencia contemporánea del Derecho Procesal es un producto del Derecho Romano, de la Escuela de Bolonia, del Derecho Romano Canónico y del pensamiento alemán, austriaco e italiano. También las escuelas española, argentina, brasileña, uruguaya, venezolana y colombiana, han contribuido con notables aportes a la fundamentación doctrinaria y a la codificación de la ciencia del proceso, como también, con sus grandes sentencias, los jueces del *Common Law*, verdaderos creadores del Derecho, «*judge made law*» y, especialmente, la Suprema Corte de los Estados Unidos, con fallos memorables en los que se ha podido hacer la ley y también deshacerla sin subordinarse a ella o, como se estableciera en audaz y certera definición que ha devenido clásica: «*vivimos bajo una Constitución; más la Constitución es lo que los jueces dicen que es*»¹.

Inspirándonos en el pensamiento de **PAUL KOSCHAKER**², podemos afirmar que el Derecho Procesal es una creación del «Derecho Profesoral» (*Professorenrecht*) y del Derecho de Juristas (*Juristen Recht*), tanto en la tradición romanista del Derecho europeo continental o «*Civil Law*», cuanto en la evolución del «*Common Law*» o Derecho Común anglo-norteamericano.

Han sido los maestros europeos quienes con sus libros, sus ensayos, sus conferencias y polémicas publicadas en las grandes revistas que constituyen nuestra fuente primordial de estudio e investigación, quienes han forjado, con su entrañable amor a la ciencia y a la reflexión filosófica e histórica, una rigurosa metodología en el manejo de la heurística y de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales que han hecho de estos maestros - los «*Professorenrecht*» - un luminoso ejemplo de la sabiduría jurídica y un clásico exponente de la investigación científica. Tal era la «*Rechtswissenschaft*»; tal la ciencia alemana del Derecho, tal como la expuso **SAVIGNY** y, con él, su luminosa escuela, la escuela histórica alemana y, tras ella, la escuela de los Pandectistas alemanes, quienes forjaron y desarrollaron los principios, los presupuestos y la metodología de la ciencia del Derecho Procesal.

¹ **CHARLES EVANS HUGHES**: «*La Suprema Corte de Estados Unidos*», pág. 7, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

² Así lo sostuvo el maestro **PAUL KOSCHAKER** en la pág. 300, 301 y *passim*, de su áureo libro «*Europa y el Derecho Romano*», editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, cuando nos hablaba de un «Derecho Profesoral» («*Professorenrecht*») y en la pág. 378, 379 y 380 de su magistral obra, cuando sostenía que: «*la expresión «Ciencia del Derecho» adquirió carta de ciudadanía en Alemania y en todo el mundo, merced al influjo de Savigny*»; y cuando añadía que «*toda la ciencia del Derecho, no es otra cosa que historia del Derecho*», agregando en nota de pie de página que «*el siglo de oro de la Universidad y de sus profesores fue en Alemania el siglo XIX y no puede negarse la brillantez de las aportaciones de éstos en todas las zonas del saber en este siglo*».

Así, pues, a la luz de la historia y del Derecho Comparado vamos a desentrañar la esencia del proceso y de sus instituciones. Estoy de acuerdo con el profesor **ADOLF WACH** cuando sostuvo en su áureo libro *«Manual de de Derecho Procesal Civil»* que *«El derecho es creación histórica; toda dogmática jurídica que trate el derecho por sí solo, independientemente de su historia, no es científica»*³.

Alemania y sus maestros constituyen, pues, o constituyó al menos, hasta el advenimiento de la barbarie nazi, una «metrópoli pedagógica», «un santuario de los intelectuales», una meca de los peregrinos de Oriente y Occidente, cuyos institutos y cuyas universidades legendarias deslumbraron en su época por la perfección de su ciencia, por la brillantez de sus sabios maestros y por la calidad y fervor en la continuidad de la tradición por sus discípulos que hoy día, a tantos años de liquidada la horrorosa hecatombe y en vísperas de la peor conflagración mundial de la historia, compendian la gloriosa tradición de la escuela en «Sumas» que resumen y combinan la sabiduría de su tradición vernácula con la experiencia de sus vidas, forjando la crítica constructiva de nuestra época y esbozando un nuevo mundo por venir a través de las instituciones procesales, síntesis y armonización de saber y de fe.

La escuela alemana del procesalismo científico surgió bajo la inspiración de la escuela histórica y de su filial, la escuela de los Pandectistas alemanes del siglo XIX. Pero, según **WINDSCHEID**, *«Entiéndese por Derecho de Pandectas el Derecho Común alemán de origen romano»*⁴. En consecuencia toda reflexión sobre la Ciencia del Derecho Procesal, debe empezar por la evocación del Derecho Romano y debe continuar con la evocación de la escuela de Bolonia para culminar con la evocación de los grandes maestros alemanes, austriacos e italianos, cuyo pensamiento está consagrado en sus Códigos que sirven de modelo al Derecho Comparado y en sus grandes revistas que sirven de inspiración perenne a la doctrina y a la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

I.- EL DERECHO PROCESAL EN ROMA

1.- EL GENIO ROMANO.- El genio romano se ha manifestado en la organización del Derecho así como el genio griego en la formación del espíritu científico del arte y de la filosofía.

³ **ADOLF WACH**: *«Manual de Derecho Procesal Civil»*, pág. 244, editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1977.

⁴ **BERNHARD WINDSCHEID**: *«Tratado de Derecho de Pandectas»*, Tomo I, pág. 1, parágrafo 1, Bogotá, 1987.

Debemos a Roma la organización del Derecho⁵; así como a los griegos el estudio del arte, de la ciudad y de la filosofía⁶.

Y aún cuando algunos romanistas han sostenido que el Derecho Romano «fue un Derecho eminentemente pragmático y casuista porque tendió exclusivamente a satisfacer las necesidades de la vida» y que «Los jurisconsultos romanos no pretendieron elaborar una ciencia jurídica y poco se cuidaron de reducir a principios el mundo de sus conocimientos». «Ignoraron la filosofía de los valores jurídicos y por ello su labor está despojada de contenido dogmático». «Empíricos geniales», «Casuistas insignes» tales son los calificativos de un notable romanista venezolano en un libro famoso⁷.

Grave error, resultante, acaso de enfrascarse en los textos de la masa papiniana en el Digesto habida cuenta que Papiniano, el más famoso de los jurisconsultos clásicos, dedicó la más importante de sus obras - los «19 Libri Responsorum» a tratar y responder las más variadas cuestiones solucionando brillantemente casos concretos.

Empero, no hay más que abrir el Digesto para encontrarnos desde el Libro I, intitulado «De Iustitia et Iure», «De la Justicia y el Derecho», desde el primer fragmento, se empieza con una definición iusnaturalista del Derecho: «nam ut eleganter Celsus definit, **ius est ars boni et aequi**», «Conviene que el que ha de dedicarse al Derecho conozca primero de dónde proviene la palabra Ius (derecho). Viene de iustitia, porque, según lo definió elegantemente Celso, el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo».

EL CONCEPTO DEL DERECHO EN EL DERECHO ROMANO.- El concepto del Derecho en el Derecho Romano fue entendido pluridimensionalmente: 1) como «*Ius*»; 2) como «*Iustitia*»; 3) como «*Iuris precepta*»; 4) como «*Iurisprudentia*».

⁵ J. DECLAREUIL: «Roma y la Organización del Derecho», vol. 21 de la colección «La Evolución de la Humanidad», Biblioteca de Síntesis Histórica dirigida por HENRY BERR.- 2ª edición, Uteha, México, 1958.

⁶ LEON ROBIN: «El pensamiento griego y los orígenes del espíritu científico», vol. 14 de la colección «La Evolución de la Humanidad», Biblioteca de Síntesis Histórica dirigida por Henry Berr, Uteha, México, 1956.- Cfr. Además: RODOLFO MONDOLFO: «El genio helénico», editorial Colamba, Buenos Aires, 1960; A. JARDE: «La formación del pueblo griego», vol. 11 de la colección citada, véase el Prefacio (Intitulado «El Milagro griego») escrito por Henry Berr a esta obra, en las págs. V a XIII de la edición, Barcelona 1926; asimismo, las palabras de A. JARDE en la Introducción en las págs. 5 a 11.

⁷ HUMBERTO CUENCA: «Proceso Civil Romano», pág. XXVIII, Ejea, Buenos Aires, 1957.

Ya dijimos que Celso definió el Derecho, entendido en sentido de *Ius*, como el arte de lo bueno y lo equitativo. Pero, además, en dicho sentido de *Ius*, Papiniano lo entendió como «*Ius Civile*» y como «*Ius Praetorium*». «Derecho Civil (*ius civile*) es el que dimana de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos» (Fragmento 7, D.I.1).

«*Ius Praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis*» «Derecho Pretoriano es el que introdujeron los pretores para ayudar, suplir o corregir el Derecho Civil» (Fr. 7 D.I.1).

Entendido como «*Iustitia*» el Derecho, fue definido por Ulpiano como la «*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*», esto es como «la voluntad constante y permanente de darle a cada uno lo suyo» (Fragmento 10, Digesto, Libro primero, Título primero).

Entendido como «*iuris*» el Derecho era concebido por **ULPIANO** como una trilogía de preceptos: «vivir honestamente, no dañar a otro y darle a cada uno lo suyo».

Entendido como «*Iurisprudentia*» el Derecho era concebido como la ciencia de lo justo y de lo injusto (Fr. 10, 2, D.I, 1).

Así pues, el significado del Derecho Romano nos precede en el tiempo al elaborar una concepción pluridimensional en la que la técnica de los juristas clásicos superando la visión tridimensional del Derecho planteaba una cuádruple concepción entendida como *ius*, *iustitia*, *iuris*, *iurisprudentia*; tetralogía, ésta, a la que habría que añadir aun, las seis concepciones que, según el profesor **RICCARDO ORESTANO**, encierra el significado del Derecho Romano:

- 1) Como Derecho Histórico, *strictu sensu* considerado;
- 2) Como Tradición Romanista;
- 3) Como Derecho Común;
- 4) Como Derecho Romano actual o «Pandectística»;
- 5) Como Romanística;
- 6) Como Romanismo o aspiración idealista o expresión epónima o metafórica, objeto de apología que sirve para la inspiración política sentimental.

Esta interesantísima concepción hexadimensional del Derecho Romano debe consultarse leyendo dos estudios fundamentales del gran romanista italiano, el maestro **RICCARDO ORESTANO**, quien nació en Palermo el 26 de mayo de 1909 y murió en Roma en 1988. Fue profesor de Derecho Romano en las universidades de Cagliari, Siena, Génova y Roma. En sus clases magistrales nos enseñaba el Derecho Romano a

la luz de la Teoría General del Derecho, de la Historiología, de la Historiografía y de una concepción historicista que se refleja en sus grandes libros que aquí cito y que me han inspirado:

- «*L'appello civile in diritto romano*», segunda edición, Turín, 1953.
- «*Introduzione allo studio del diritto romano*», Società editrice il Mulino, Bologna, 1987. Hermoso y fundamental libro es este bello capolavoro de Orestano, del cual hay una traducción castellana, Madrid, 1998, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998. Traducida en 1997 por Manuel Abellán Velasco.
- «*Diritto Romano*», en «*Novísimo Digesto Italiano*», Volumen V (Cfr.- Dis), p.p 1024 a 1047, editado por la U. T. E. T., Torino, 1960.

II.- EL GENIO ROMANO Y LOS GRANDES JURISTAS

a) El genio romano; b) ¿Quiénes son juristas?.- c) El Derecho de Juristas y el Derecho de Profesores; d) Los grandes romanistas y el Derecho Romano «stricto sensu»; e) La tradición romanista.

a) El genio romano.

El genio romano consistió, esencialmente, en la belleza de la solución de un caso litigioso: Es el genio jurídico. La técnica y la filosofía de los juristas romanos consistió, fundamentalmente, en darle una solución estética, armoniosa y justa a una controversia. Este es el legado inmortal del Derecho Romano.

El encanto peculiar de la jurisprudencia romana consistió en una formidable intuición de todas las dificultades teóricas y prácticas y resolverlas genialmente con una elegante y escultórica frase lapidaria: «*Pacta sunt servanda*», «*Rebus sic stantibus*», «*Jus est ars boni et aequi*»; «*Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*»; «*Secundum alegata et probata iudex iudicet decidere debeat*», «*Nemo iudex sine actore*», «*Onus probandi incumbit qui affirmat non qui negat*», «*Actore non probante reus est absolvendus*», «*Confessio est regina probationum*», etc.

b) ¿Quiénes son juristas?

Y es que el Derecho Romano fué en sus más grandes épocas un Derecho de Juristas. Juristas son quienes sienten la belleza en la solución de un caso litigioso, resolviendo armoniosamente y con virtuosismo estético lo que corresponda

con arreglo a la justicia. Y como la justicia es la virtud suprema, según decía Aristóteles, los Juristas bien pueden ser calificados de virtuosos y bien puede denominarse virtuosismo a la técnica de la interpretación jurídica que consiste en resolver por intuición, por deducción, por inducción o por analogía; según corresponda a la libre investigación jurídica. Grandes juristas fueron los jurisconsultos del Derecho Clásico como Cicerón, Quinto Muscio Scévola, Labeón, Ulpiano, Paulo, Modestino y Papiniano, etc.

Pero el virtuosismo jurídico puede ser obra también de grandes profesores. Grandes profesores fueron Gayo, Teófilo, Cratino, Doroteo, Anatolio, Juliano, etc.

c) El Derecho de Juristas («Juristenrecht») y el Derecho de Profesores («Professorenrecht»).

A la luz de este arco voltaico que irradian los dos grandes polos creadores del Derecho: el Derecho de Juristas y el Derecho de Profesores, uno de los más grandes romanistas del siglo XX, **PAUL KOSCHAKER**,⁸ ha dedicado un áureo libro intitulado: «*Europa y el Derecho Romano*» a tratar el sugestivo binomio en referencia y en sus hermosas páginas nos habla de un «**Juristenrecht**» y de un «**Professorenrecht**», visualizando la historia del Derecho Romano como una historia de catedráticos, de jueces y de abogados, de métodos hermenéuticos, de expedientes didácticos, de praxis jurisprudenciales y de recepciones legislativas, como lo ha

⁸ **PAUL KOSCHAKER** nació el 19 de abril de 1879 en Klagenfurt, Austria y murió el 1 de junio de 1951. Fué un brillante profesor de Historia del Derecho Romano y Derecho Oriental en las Universidades de Innsbruck, Praga, Frankfurt, 1908-1915, Leipzig, 1915-1936, Berlín, 1936-1941, Tübingen, 1941-1946. Fundador de la Historia de la escritura cuneiforme. Fue un notable investigador y escritor de obras dedicadas al Derecho Asirio-Babilónico. Pero, creo que el mayor impacto de su producción científica lo produjo su obra cumbre intitulada «*Europa y el Derecho Romano*», publicada en 1947, traducida al castellano por el profesor José Santa Cruz Teijeiro y publicada por la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, un volumen de 517 páginas, en cuyo Prólogo a la primera edición nos dice que la Génesis de su libro se remonta al otoño de 1938 cuando publicó un estudio titulado «*La crisis del Derecho Romano y de la Ciencia Romanística del Derecho*». «El deseo de redactar unas adiciones a una proyectada traducción italiana de esta obra me ofreció la ocasión para ocuparme de nuevo con los problemas propios del tema que es objeto del citado trabajo». «Hoy, después de la catástrofe de la segunda guerra mundial, que ha costado a Alemania el sacrificio de una buena parte de su historia, la traducción a una lengua cualquiera de la obra de un profesor alemán no puede ofrecer, ciertamente, perspectivas muy halagüeñas». Personalmente, doy mi voto en disidencia al dictum del gran profesor austriaco porque, sostengo, que las más brillantes obras de Derecho se han escrito en alemán.

dicho en hermosa reseña el maestro Calasso en la página 25 de su «Introduzione al Diritto Comune», Milano Giuffrè, 1951.

Así por ejemplo, para precisar la técnica y la filosofía de los juristas romanos, cito entre los grandes historiadores del Derecho Romano a Otto Karlowa,⁹ Paul Krüger,¹⁰ Alfredo Pernice,¹¹ Rudolph Sohm,¹² Paul Jörs,¹³ Wolfgang Kunkel,¹⁴

-
- ⁹ **OTTO KARLOWA.** Profesor en Greifswald y finalmente en Heidelberg. Nació el 11 de febrero de 1836 en Bückeburg y murió en Heidelberg el 4 de enero de 1904. Su obra fundamental se intitula: «*Römische Rechtsgeschichte*»: «*Historia del Derecho Romano*», 1885, 1901.
- ¹⁰ **PAUL KRÜGER:** Nació en Berlín el 20 de marzo de 1840 y murió en Bonn el 11 de mayo de 1926, fue profesor en Marburgo, Innsbruck, Königsberg y Bonn. Escribió con Mommsen una famosísima edición del Digesto y a él se deben las mejores ediciones críticas de las Institutas y del Código de Justiniano. Es célebre su clásico libro «*Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano*», traducción castellana en Madrid por la editorial la España Moderna.
- ¹¹ **LOTHAR ALFRED PERNICE,** «*Marcus Antistio Labeo. Das Römische Privatrecht in erste Jahrhundert der Kaiserzeit*», (Labeón. El Derecho Privado Romano en los primeros siglos del Principado) Vol I 1873, Vol II 1878, Vol III 1892. **PERNICE** (1841-1901), fue un gran profesor de Derecho Romano en las universidades de Halle y de Berlín. Publicó una segunda edición del Vol II, notablemente reelaborada en 1895 y su segunda parte en 1900.
- ¹² **RUDOLPH SÖHM.** Brillante profesor de Derecho Romano, de Historia del Derecho, de Derecho Civil, miembro de la segunda comisión redactora del B.G.B. entre 1890 a 1895, fue también, un notable Canonista y Germanista. Nació en Rostock el 29 de octubre de 1841. Murió en Leipzig el 16 de mayo de 1917. Libre-Docente en Göttingen (1866-1970) y, luego, profesor ordinario en Friburgo (1870), Strasburgo (1872) y en Leipzig (1887- 1917). Citamos, a continuación, una serie de párrafos extractados de sus famosas «Instituciones de Derecho Romano» obra universalmente conocida porque en ella los estudiantes de todo el mundo hemos estudiado el Derecho Romano, acaso porque las «Instituciones» de Söhm, actualizadas y pulidas después de su muerte en 1917 por otros dos grandes maestros que lo sucedieron: Ludwig Mitteis y Leopold Wenger, constituyen la mejor exposición de Derecho Romano expuesta por los más grandes romanistas de la Escuela Alemana. Como ya lo dijera don Wenceslao Roces en el «Prefacio del traductor» a la 17ª edición (1923) de esta obra carismática (traducción castellana Madrid 1936) «el Derecho Romano sirve de guía a los juristas por los caminos de la Historia explicando a la inteligencia moderna una de las epopeyas más fecundas y ejemplares de la historia jurídica del mundo. El estudiante como el ya iniciado, el estudioso, el investigador y el profesional, el civilista y el político que no quieran moverse por tanteos, mecánicamente, han de volver a cada paso los ojos al Derecho de Roma, para buscar en sus luminosos horizontes derroteros perdidos».
- «Otro cometido tiene, al lado de éste y acaso consustanciado con él, el Derecho Romano. Es -nos dice Söhm- el de iniciar el espíritu del estudiante en las teorías y en los conceptos

Otto Lenel,¹⁵ Franz Wieacker¹⁶ y Max Kaser,¹⁷ quienes en sus hermosas evocaciones de Labeón nos han hecho ver cómo este jurista genial «puso claridad y fijeza en la teoría y en la práctica del Derecho, creando una serie de clasificaciones,

fundamentales del Derecho Privado, como indispensable preparación para la inteligencia del Derecho vigente. Y esto. Porque las teorías, principios e instituciones cardinales del Derecho que rige en nuestros códigos; estas instituciones, principios y teorías que forman el armazón de nuestro sistema de Derecho Privado, tienen todas su entronque en el Derecho clásico de Roma, trasvasado al Corpus Iuris Justiniano, y luego, de allí, a las leyes modernas. Así, historia y dogmática, sistema y genealogía, se aúnan de continuo, y sólo quien posea ideas claras sobre el ascendente y el devenir de una institución, de una norma- aun la más leve y elemental-, puede decir que verdaderamente la conoce en sí, y sólo ese acertará a aplicarla sin vacilaciones, certeramente y con la diáfana noción de justicia. Porque la historia, no sólo es maestra del Derecho, más también de justicia. Dentro de la visión general y armónica del sistema, la historia jurídica nos enseña a conocer, por su genealogía, las normas que hoy nos rigen». («Prefacio del traductor», pág. XII y XIII).

- ¹³ **PAUL JÖRS**, Otro nombre glorioso entre los grandes maestros de Derecho Romano en la escuela de los pandectistas alemanes. Discípulo de Windscheid fue profesor en Bonn, Kiel, Giessen y Viena. Nació en Pomerania el 8 de octubre de 1857. Murió en Viena el 26 de setiembre de 1925. Es autor de numerosas voces del Derecho Romano, como por ejemplo la del jurista Labeón, en la «Real Enzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft (Enciclopedia de la Ciencia de la Antigüedad clásica), dirigida por PAULY-WISSOWA-KROLL que se publica en Stuttgart desde 1894. Citamos, a continuación, una serie de párrafos extractados de su formidable «Derecho Privado Romano» edición refundida por WOLFGANG KÜNKEL, profesor en Göttingen, traducción al castellano por el profesor de Derecho Procesal Civil don Leonardo Prieto Castro, editorial Labor, Barcelona, 1936.

- ¹⁴ **WOLFGANG KÜNKEL**, Es otro de los grandes maestros cuyos nombres desfilan raudamente en las grandes universidades del mundo. Nació en Odenwald el 20 de noviembre de 1902. Fue profesor en las universidades de Freiburg im Brisgau, Göttingen, Bonn, Heidelberg y Munich en donde enseñó hasta su muerte. Su refundición del clásico libro de Paul Jörs y su «Historia del Derecho Romano», traducción de la cuarta edición alemana por el profesor Juan Miquel, editorial Ariel, Barcelona, 1973, constituyen una lectura obligada en la Universidad de San Marcos en donde todos lo leemos.

- ¹⁵ **OTTO LENEL**, Nació en Mannheim el 13 de diciembre de 1849 y murió en Freiburg el 7 de febrero de 1935. Con Lenel, Gradenwitz, y Eisele llegamos a la cima de la escuela analítica de las interpolaciones que ha tenido también en Italia figuras destacadas como: Contardo Ferrini, Giovanni Baviera, Hilario Alibrandi, Paolo Frezza, etc. OTTO LENEL escribió en 1883 su clásica obra «Das Ediktum Perpetuum» que es una excelente reconstrucción del edicto del Pretor. Su otra famosa obra principal se intitula: «Palíngenesia Iuris Civilis», escrita en 2 volúmenes en 1889, en la que reconstruyó con singular talento los fragmentos dispersos de las obras de los jurisconsultos clásicos, que estaban esparcidas en las Pandectas y otras fuentes del Derecho Romano.

divisiones y definiciones. De él proceden, por ejemplo, las definiciones del «*dolus malus*», del error excusable, el concepto de pertenencia, etc. y, también, la división de las acciones en reales y personales que aún perdura en la moderna técnica del Derecho Privado. **LABEON**, gran filólogo conocedor profundo de toda la cultura

- ¹⁶ **FRANZ WIEACKER**, Nació en Stargard el 5 de agosto de 1908 y murió en Göttingen en 1994. Romanista, mediocalista, filósofo, teórico general del Derecho y civilista fue profesor en las universidades de Leipzig (1937), Göttingen (1946), Freiburg in Brissgau (1949) y nuevamente en Göttingen donde murió. Ha sido uno de los más grandes profesores y juristas de nuestro tiempo. Fundador de una nueva ciencia romanista que es la «*Textstufenforschung*», tal como la desarrolla en su obra fundamental «*Textstufen klassischer Juristen*», Göttingen, 1960. Es una obra de investigación de las interpolaciones pre-justinianas y de los estratos de los textos de la jurisprudencia clásica. La «*Textstufenforschung*» postula la reconstrucción de los textos originales de la literatura clásica, iluminando la historia de los mismos a través de las vicisitudes sufridas en su transmisión, en su reproducción y difusión. La **historia del texto-Textgeschichte** en sus alternativas o mutaciones puede decirnos algo sobre los cambios habidos en la historia del Derecho. Así sostiene que alrededor del año 300 d. C. toda la literatura clásica conservada pasó por el filtro de una reedición mediante nuevos textos que suplantaron a los volúmenes antiguos de los clásicos y así es como en ese momento se produjeron la inmensa mayoría de las interpolaciones y de las corrupciones de los clásicos hasta la época de la compilación de Justiniano en la que se consagraron las interpolaciones en sentido estricto. Según Wieacker el centro de gravedad de las interpolaciones pre-justinianas debe retrotraerse de la tarda época post-clásica a la fase inicial de la misma, es decir, a la época de Diocleciano e incluso, a épocas anteriores. De allí el interés del profesor WIEACKER para el estudio del Derecho Vulgar o *Vulgarrecht* que lo ha desarrollado brillantemente en dos hermosos estudios: «*Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike*», estudio publicado en los «*Studi in onore di Pietro de Francisci*», volume terzo, pág. 115 a 138. Milano, Dott. Antonino Giuffrè – Editore, 1956 y su: «*Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*», 1955. Pero, además, el profesor WIEACKER escribió su: «*Römische Rechtsgeschichte*», München, Beck, 1988 y su fundamental «*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*», editorial Aguilar, Madrid, 1957, reeditada por editorial Comares, Granada, 2000, entre otros estudios fundamentales.

- ¹⁷ **MAX KASER**, Nació en Viena el 21 de abril de 1906 y murió en Aining el 13 de enero de 1997. Profesor en Münster y en Hamburgo, puede ser considerado uno de los más grandes romanistas alemanes del siglo XX. Es autor de un fundamental libro sobre el proceso civil romano: «*Das Römische Zivilprozessrecht*», 2da. edición, editorial Beck, 1996; «*Das Römische Privatrecht*», 2da. edición, editorial Beck, München, 1975; «*Römische Rechtsgeschichte*», 2da. edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, traducción italiana: «*Storia del Diritto Romano*», ed. Cisalpino, Milano, 1991. Inspirándonos en sus sabias palabras de la «*Introducción*», parágrafo 1, nosotros también decimos que: «*El Derecho Romano ha dominado dos épocas en la historia de la cultura jurídica occidental: en la antigüedad rigió el sistema de vida del pueblo romano*»..... «*Al Derecho Romano le fue*

griega y romana de su tiempo, aplica los métodos filosóficos a sus estudios de jurisprudencia. Así pudo definir con trazo seguro las normas jurídicas que flotaban en el ambiente, faltas de todo contorno y modelarlas dándoles formas precisas que perduran hasta nuestros días. Por ello ha podido sostener Sohm que «aquella forma tajante de sus definiciones y su precisión y claridad lógica, le valió al jurista Labeón la admiración de sus contemporáneos y le asegura el triunfo de la posteridad»¹⁸. Y el maestro Max Kaser, profesor en la Universidad de Hamburgo, ha podido sostener que «el contacto de Roma con la Filosofía griega, procuró a los romanos el campo abonado para el desarrollo de la ciencia del Derecho, pues con el análisis y la síntesis, pudo Roma elaborar los conceptos jurídicos y ordenarlos en un sistema. Descubierto por los griegos, este método lógico fué desenvuelto brillantemente por los juristas romanos»¹⁹.

d) Las diversas acepciones del Derecho Romano y el Derecho Romano «strictu sensu».

El Derecho Romano tiene varias acepciones: una primera acepción está referida al Derecho Romano «strictu sensu» que, en sus comienzos, fue concebido como el «*ius proprium civium romanorum*», el derecho propio de los ciudadanos romanos que, luego, evolucionó gracias al Pretor y a los juriconsultos clásicos

aun asignado en suerte después de siglos de la caída del mundo antiguo, de tornar a nueva vida en gran parte de Europa, durante el medioevo».... «*El renacimiento del Derecho Romano en el Medioevo fue sobre todo el redescubrimiento de la ciencia jurídica romana.....*» El profesor Kaser ha escrito además «*Zum begriff des spätrömischen Vulgarrechts*» publicado en los «*Studi in onore di Emilio Betti*», volumen segundo, pág. 541 a 572, Milano, Giuffrè, 1962; y «*Vulgarrecht*» publicado en la *Realenzyklopädie de Pauly-Wissowa*. Este hermoso tema dió lugar a unas conferencias que el profesor Max Kaser dictara en marzo de 1961 en la Facultades de Derecho de Barcelona, Valencia, Madrid, Santiago de Compostela, Valladolid y La Laguna las mismas que se intitulaban «El Derecho Romano Vulgar Tardío» y que fueron publicadas en el Anuario de Historia de Derecho Español, tomo XXX, Madrid 1960, pág. 617 a 630; las mismas que constituyen una lectura obligatoria para todos mis discípulos en el curso de Derecho Romano que dicto en la Universidad de San Marcos. El maestro escribió además cuando ya estaba en el asilo de ancianos de Ainring, en 1993, un último libro, su «canto del cisne» intitolado «*Ius Gentium*», Editorial Comares, Granada, 2004, traducción de Francisco Javier Andrés Santos.

¹⁸ SOHM- MITTEIS- WENGER, «*Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*», pág. 85, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

¹⁹ MAX KASER: «Derecho Romano Privado», versión directa de la 5ta. edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, pág. 7, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1968.

hacia un «Derecho de Juristas» y que, gracias a ellos, devino en el inmortal Derecho Clásico Romano. Este Derecho Clásico, apolíneo o inmortal, luego de una época de crisis en la que se vulgarizó dando lugar a un «**Vulgarrecht**» o Derecho Vulgar tuvo su resurgimiento o renacimiento gracias a Justiniano en el siglo V dando lugar al así llamado Derecho Justiniano que se consagró en el «Corpus Iuris Civilis» integrado por el «Codex» o Código de Justiniano, el «Digesto» - que es la gran compilación de la doctrina de los clásicos - que ya se estaba perdiendo por el transcurso de los siglos y, también, «vulgarizando», por las interpolaciones y deformaciones de la época post-clásica o «vulgarizante». Tenemos también las «Institutas» con las que los compiladores de Justiniano, léase Triboniano y los grandes profesores: Teófilo profesor en Constantinopla y Doroteo, profesor en Beirút o Beirut, enseñaban «Introducción al Derecho» mediante los libros de «Institutas» a los estudiantes del primer año de Derecho. Las «Novelas» vinieron después. Llámase así al conjunto de Constituciones dictadas con posterioridad a la promulgación del Código o, como dice la Constitución «*Cordi Nobis*»: «*Sed quum Novellae... quae post nostris codicis confectionem latae sunt*» (parágrafo 2 de la constitución «Cordi Nobis»).

Resumiendo: **hay pues un Derecho Romano «strictu sensu» que es al que nos referimos todos cuando estudiamos esta disciplina.**

EL DERECHO ROMANO STRICTU SENSU está constituido por el conjunto de normas, principios, doctrina y fuentes, en general, que rigieron el Derecho Romano desde la fundación de Roma hacia la mitad del siglo VIII a.C. hasta la muerte de Justiniano, emperador de Oriente, acaecida en el año 565 d.C.

LA PERIODICIZACIÓN DEL DERECHO ROMANO.- Este lapso de catorce siglos constituye el objeto de nuestro estudio; pero, para su debido análisis, se han planteado una serie de clasificaciones, por lo que no hay, pues, unanimidad entre los romanistas en cuanto a los períodos que comprende el estudio del Derecho Romano.

Así, por ejemplo, **EDUARDO GIBBON** distinguió cuatro períodos que abarcan: 1).- desde la fundación de Roma a la época de las XII Tablas; 2).- de ésta a la época de Cicerón; 3).- de Cicerón a Alejandro Severo y, en fin, 4).- de éste a Justiniano; **cuatro períodos** que **GUSTAVO HUGO** llamaba *la época de la infancia, de la juventud, de la virilidad y de la vejez del Derecho Romano*.

Empero, según lo ha demostrado **TOYNBEE**, al refutar la Historiología de Spengler que se inspiraba en la filosofía de Lucrecio, al explicar la decadencia de

las civilizaciones como un efecto inevitable de «senectud cósmica», es un error equiparar los periodos históricos de una sociedad con las fuerzas vitales que operan sobre la historia de esta sociedad, incluyendo su tiempo de vida, pues, declarar dogmáticamente que toda sociedad tiene un tiempo de vida predestinado es tan absurdo como sería declarar que toda pieza dramática debe tener un número determinado de actos.

Descartamos pues, por erróneas, las clasificaciones de Gibbon y la de Gustavo Hugo.

BONFANTE, a su vez, ha propuesto una tripartición que distingue tres épocas que él denomina: 1º Etapa del Derecho *Quiritario*, 2º Etapa del Derecho Romano Universal o del *Ius Gentium* y 3º Etapa del Derecho *Heleno Romano*.

Discrepamos, también, de esta clasificación bonfantiana, por cuanto, omite el análisis de un importante período que es la etapa de la crisis motivada por la vulgarización del Derecho Clásico y que se conoce con el nombre de Derecho Post-Clásico o *Vulgarrecht*.

Simplificando aun más la tricotomía bonfantiana, **SILVIO PEROZZI**, el gran profesor de Parma y de Bolonia (1857-1931), quien, en su «Storia del Diritto Romano» (Lezioni dettate nella Università di Parma nell' 1879-1911, Parma, 1900, así como también, en sus «Istituzioni di Diritto Romano», Firenze, 1906; distinguía tan solo dos períodos: 1).- el Romano y, 2).- el Romano Helénico.

En cambio proponen una cuatripartición los profesores **DULCKEIT**, **GUARINO**, **FREZZA**, **SANCHEZ DEL RIO**, quienes, con pequeñas diferencias distinguen una primera edad que va de los orígenes al siglo IV, una segunda que corresponde al Principado, una tercera que corresponde a la reforma constitucional de Diocleciano y Constantino y una última que corresponde a la época de Justiniano.

Nosotros inspirándonos en esta cuatripartición y siguiendo los esquemas del maestro **RICCARDO ORESTANO**,²⁰ profesor en la Universidad de Roma, nacido en Palermo el 26 de mayo de 1909, muerto en Roma en 1988, distinguimos, 1).- en

²⁰ **RICCARDO ORESTANO**: «Introduzione allo studio del Diritto Romano», pág. 531, Società editrice il Mulino, Bologna, 1987; **RICCARDO ORESTANO**: «Diritto Romano» voz en el «Novissimo Digesto Italiano», vol. V (Cri-Dis), pág. 1029-1030, Torino, UTET, 1960.

primer lugar, un período Arcaico o Primitivo que corresponde a la época del así llamado Derecho «Quiritario» (de «quirites»: los descendientes de los fundadores de Roma); 2).- un segundo período que corresponde a la llamada Época Clásica, cuyos límites temporales y conceptuales no están bien determinados, pero que coinciden con el período de máximo esplendor de la Jurisprudencia romana y del Proceso Formulario, entre los fines de la República y los dos o tres primeros siglos del Imperio; 3).- en tercer lugar, procede hablar de una época del Derecho Post-Clásico, para indicar la época que va de Alejandro Severo a Diocleciano y que se prolonga hasta el siglo VI, época de decadencia y vulgarización de las doctrinas clásicas; por eso, su nombre de «*Vulgarrecht*» y; 4).- en cuarto lugar, la época que se conoce con el nombre del Derecho Justiniano; debiéndose dejar constancia que la reciente romanística habla de un Derecho Pre-Clásico y que para nosotros sencillamente constituye la génesis o etapa auroral de la jurisprudencia clásica y que, lógicamente, esta incluida dentro del Derecho Clásico.

III.- PERIODO DEL DERECHO QUIRITARIO.- LAS «LEGIS ACCIONES»

El primer período llamado del Derecho Arcaico o Quiritario se caracterizó por su rigorismo a ultranza, por sus solemnidades ritualistas y sus severos formalismos. Las «mores» o costumbres de esta época eran el producto de una sociedad eminentemente clasista, dominada por los Patricios, que eran la clase dominante, en agravio de los Plebeyos, que eran la clase dominada; a tal punto, que no se concebía la unión conyugal entre ambas clases y, la clase dominante, gozaba de todos los privilegios y derechos. Así, el acreedor podía reducir a la esclavitud al deudor si éste no pagaba su deuda.

Este era el régimen de las llamadas «**legis acciones**», en las que se perdía el juicio si no se pronunciaban las palabras sacramentales. Como dice GAYO, en sus «*Institutas*», libro IV, parágrafo 30: «*Pero todas estas «legis acciones» se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos, llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis. Fue así que por la ley Aebutia y las dos Iulias fueron abolidas estas «legis acciones» permitiendo que litigáramos por palabras redactadas, es decir por fórmulas*».

Este Derecho clasista y ritualista tuvo como fuentes a la Ley de las XII tablas, las que fueron redactadas por los Descenviros, inspirándose en algunas leyes de Grecia y de Egipto. La «*Lex Duodecim Tabularum*» regulaba el procedimiento de las «*Legis Acciones*» y ciertos negocios jurídicos como la «*Mancipatio*» y la «*In Jure Cessio*». La *mancipatio* era un acto jurídico solemne, ritual y formal, mediante el cual una

persona concedía a otra la propiedad sobre individuos o cosas. Según **Gayo**, que trata el tema en sus famosas Institutas, libro I, parágrafo 119: «*La Mancipatio es una especie de venta imaginaria cuyo procedimiento es así: en presencia de no menos de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y de otro de la misma condición que debe sostener una balanza de bronce y es llamado «libripens» aquel que recibe «in Mancipio», teniendo la cosa dice: «afirmo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los quirites y que me lo he comprado con este cobre y con esta balanza de bronce»: «Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra»*. Luego, golpea con el cobre la balanza y se lo da a aquel de quien recibe «in Mancipium», como si fuera el precio.

La vieja fórmula de la Ley de las XII tablas decía así «*cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*». De esto se desprenden dos cosas: primero, que el nombre de «Mancipatio» deriva de «Mancipium» = aprehensión manual de la cosa vendida si es un esclavo o un animal cualquiera o el símbolo que la represente si se trata de una finca rústica o urbana. Segundo, que las palabras solemnes pronunciadas recibían el nombre de «nuncupatio».

La «**in jure cessio**» era un negocio jurídico que se efectuaba ante el magistrado, que podía ser el Pretor o el gobernador de la provincia. Según **Gayo**, libro II, parágrafo 24, aquel a quien la cosa era cedida «in jure», teniendo la cosa en la mano decía así: «*yo digo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los Quirites*»: «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*».

Lamentablemente las XII tablas se perdieron cuando los galos invadieron Roma en el 364 a.C., de donde resulta que el texto de las XII tablas es producto de la reconstrucción historiográfica efectuada, primero, por Godofredo y, luego, por Dirksen y por Schöll.

HEINRICH DIRKSEN, profesor en la Universidad de Königsberg, donde nació en 1790 y, luego, en Berlín, donde murió en 1868, hizo una célebre reconstrucción de la ley de las XII Tablas en su libro de 1823 intitulado «*Ensayo de una crítica e interpretación de las fuentes del Derecho Romano*», «*Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts*» y, luego en su «*Manuale latinitatis fontium iuris civilis romani*», 1837. De estos resultados se valieron los profesores Girard, Bruns y Riccobono para sus ediciones respectivas en las que se ha discutido el problema de la autenticidad legislativa de las XII tablas: Véase **RUDOLF BRUNS**: «*Fontes iuris romain antiqui*» (7ª edición, a cargo de **MOMMSEN** y **GRADENWITZ**, 1909); **SALVATORE RICCOBONO** - **GIOVANNI BAVIERA** - **CONTARDO FERRINI** - **FURLANI** - **VINCENZO ARANGIO RUIZ**: «*Fontes iuris romain antejustiniani, I, Leges*» (2ª edición, 1941), tomo I, pág. 21 y ss; **PAUL GIRARD**: «*Textes de droit romain*», París, 1937.

Debe consultarse a **BROGGINI**, «*Coniectanea*», Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1966; **MAX KASER**, «*Storia del Diritto Romano*», pag. 68, Cisalpino, Milano, 1991; **ANTONIO GUARINO**: «*Storia del Diritto Romano*», nona edizione, pag. 142 y ss., párrafo 66 al 72, editore Jovene, Napoli, 1993.

La autenticidad de las XII tablas fue puesta en duda por **PAIS** en su «*Storia di Roma I*», (1898) y por **LAMBERT** en «*La question de l'authenticité des XII Tables*», 1902. Frente a esta crítica, el profesor **GIRARD** defendió la autenticidad de la Ley en la «*Nouvelle Revue Historique du Droit*» (julio-agosto de 1902). Véase este estudio en «*Mélanges de droit romain*», París, 1912-1923.

Las XII tablas regularon el Derecho Consuetudinario de la Roma primitiva consagrando un Derecho arcaico y primitivo. Constituyó una codificación de Derecho Público y Privado, de Derecho Civil, Penal y Procesal. Es la ley romana por excelencia en la que se inspiraron todas las leyes posteriores e, incluso, la doctrina jurisprudencial de la época clásica. Se ha alabado, con admiración, su estilo conciso y lapidario, así como su sencillez despojada de toda retórica. Es por ello, fuente de inspiración para la jurisprudencia clásica y Cicerón la alababa por sus virtudes estilísticas, aunque reconocía que las dos últimas tablas contenían leyes inicuas¹. Tito Livio, por su parte, estableció que «las XII tablas eran la fuente de todo el Derecho Público y Privado»². Aulo Gelio³ refiere como el jurisconsulto Cecilio y el filósofo Favorino resaltaron las cualidades y defectos de esta famosa ley.

En el 367 a.C., Licinio obtiene, a través de un famoso plebiscito, la promulgación de una ley fundamental que permite el acceso de los plebeyos a las magistraturas originariamente reservadas para los patricios: surge así la famosa «*lex Licinia*» por la cual se crea una magistratura fundamental: la Pretura. El Pretor asume la competencia específica de ejercer el poder jurisdiccional para configurar una causa, antes de que pase al Juez o Iudex para que éste la resuelva, apreciando la prueba.

En el año 309 a.C., el tribuno Canuleio obtuvo, tras largos debates, la «*lex Canuleia*» por la cual se permitía el «*ius connubium*», es decir, el legítimo matrimonio entre patricios y plebeyos.

¹ **CICERÓN**, «*De oratore*» I, 44; «*De legibus*», II, 23.

² **TITO LIVIO**, «*Ab urbe condita*» libro III, 34.

³ **AULO GELIO**, «*Noches áticas*», libro XX, capítulo I, págs. 223 a 224, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

En el año 300 a.C., la «**lex Ogulnia**» permite el acceso de los plebeyos a los cargos pontificios.

En virtud de un plebiscito, de fecha incierta, se sanciona la «**lex Aquilia**» de **Damno**, en virtud de la cual se consagra la «**culpa aquiliana**», elemento subjetivo de los delitos y de los cuasidelitos, estableciendo la culpa como un nexo causal entre el autor y el daño causado. Los compiladores del Digesto subjetivizaron esta culpa, de donde proviene el principio «*in legem Aquilia et levissima culpa venit*», configurándose la culpa como falta de diligencia.

De aquí se infiere, pues, que las fuentes del Derecho en el período del Derecho Quiritario fueron: 1) las leyes, que eran sancionadas por los «**Concilia Plebis**», en base a la proposición de un tribuno. En virtud de la «**lex Hortensia de Plebiscitis**», del año 287 a.C., las decisiones adoptadas en los Concilia Plebis rigieron, lo mismo que para los patricios, para los plebeyos. Desde entonces, fueron verdaderas leyes, en tanto que regían «*erga omnes*». 2) La Costumbre, que resulta del consentimiento tácito del pueblo, al consagrar, por un largo uso, una determinada institución o una regla de Derecho. 3) La interpretación de los Pontífices y de los Jurisconsultos, que surge del carácter, a menudo lapidario, de la ley de las XII tablas. La interpretación surge como una exigencia de salvar las lagunas y de iluminar los puntos oscuros de la ley. La interpretatio fue, pues, la obra exclusiva del colegio de los Pontífices, quienes cuidaban celosamente el conocimiento de las «*mores maiorum*» y de la «**Lex Duodecim Tabularum**», hasta que, a mediados del siglo V, **Gnaeus Flavius**, secretario del patricio Apio Claudio, divulgó las fórmulas de las acciones de la ley, para que sean conocidas por todo el pueblo. Surgió así el llamado «**Ius Flavianum**». Un siglo más tarde, esta divulgación fue completada en una colección, obra de Sexto Aelio. Esta obra, llamada «**Jus Aelianum**» o «**Tripartita**» o «**Tripertita**» comprende tres partes: 1) El texto de la ley de las XII tablas; 2) su interpretación y 3) las acciones de la ley.

La Ley de las XII Tablas, como lo hemos dicho al incorporarnos a la Academia Peruana de Derecho,⁴ constituye el punto de partida del razonamiento jurídico, en tanto que es una de las obras máximas del espíritu humano que simboliza la «*ratio scripta*», por antonomasia, así como el «**Organum**» de Aristóteles, representa a la lógica clásica o los «**Elementa**» de Euclides a la geometría euclidiana.

⁴ JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, «*Reflexiones sobre la Historia de Codificación Civil*», en el Boletín de la Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, S.A. 1999, pág. 110.

La «*Lex duodecim tabularum*» es, como decía Tito Livio, la «fuente de todo el Derecho Público y Privado», fue el **primer Código de Derecho Romano**, porque, consagraba, a plenitud, el mundo romano, su alma y su idea del Derecho, con todas sus imperfecciones clasistas y sus desniveles sociales, como lo sería a su modo, dos mil años más tarde, el «Código del buen burgués», según la frase lapidaria con la que Anton Menger, bautizaría al primer Proyecto del Código Civil alemán.

El formalismo, la solemnidad ritual, el empleo inexorable de ciertas palabras sacramentales, constituyeron el alma de la famosa codificación descemviral que, en materia procesal, se consagró en el sistema de las «legis acciones».

Para abreviar, me limitaré a decir que la cuestión de la sistematización en la «*Lex duodecim tabularum*», es fuente, hasta ahora de discusiones entre los romanistas, habida cuenta que, como es sabido, el texto original fue destruido por los galos cuando incendiaron Roma en el 387 a.C. Fue la posteridad la que nos transmitió por tradición oral su contenido y su regulación, hasta que Sexto Aelio Petio la comentó en el siglo II, con arreglo a un orden sistemático e interpretativo, que sirvió como modelo de inspiración a la jurisprudencia clásica.

Pero lo decisivo es que el texto integral de las XII Tablas no nos ha sido transmitido literalmente, sino, que es obra de la palingenesia, esto es, de la reconstrucción historiográfica. Recordemos la evocación que hice en anteriores párrafos de Godofredo, Dirksen y Schöll.

Debemos al profesor **PAUL GIRARD** (1852-1926), de la Universidad de Burdeos y, luego, de París, un magnífico texto para el estudio de la «*Lex Duodecim Tabularum*» (Véase GIRARD: «*Textes de droit romain*», 1937; GIRARD: «*Manuel élémentaire de droit Romain*», revisión de F. Senn, 1949; «*L'histoire des XII Tables*», *Melanges du Droit Romain*, 1912). He aquí el elenco de las XII Tablas: en las Tablas I a III se encuentra regulado el procedimiento. Se titulan, de la comparecencia ante el magistrado (De in ius vocando); de las instancias judiciales (De iudiciis) y; de la ejecución en caso de confesión o condenación (De rebus crediti).

Las Tablas IV a la VIII contienen el Derecho Civil y el Derecho Penal. Sus títulos son: del derecho de Patria Potestad (De iure patrio); de las herencias y tutelas (De haereditatibus et tutelis); de la Propiedad y de la Posesión (De dominio et possessione); del Derecho en cuanto a los edificios y las heredades (De iure aedium et agrorum) y, de los delitos (De delictis).

En la Tabla IX se encuentra el Derecho Público y se establece el Proceso Comicial. En la Tabla X hallamos disposiciones de Derecho sagrado (De iure sacro), que prohíben enterrar o quemar en la ciudad y; restringen las suntuosidades funerarias.

La Tabla XI contiene disposiciones aplicables a las cinco primeras Tablas; y la Tabla XII, preceptos que se refieren a las cinco últimas Tablas.

LAS «LEGIS ACTIONES».- El ritualismo y la solemnidad a ultranza predominaron en toda la época del Derecho Quiritario y, por ende, en la primera época del Derecho Procesal romano que por ello recibe esta denominación: «período de las legis actiones». Acciones que se planteaban pronunciándose palabras solemnes y formalismos rituales ante el magistrado «in iure» de tal manera que la omisión de una sola palabra o el más mínimo error en su pronunciación determinaba la pérdida del juicio. Los únicos que conocían la clave mágica de estas palabras rituales eran los sacerdotes. El secreto de ellas fue revelado por **GNAEUS FLAVIUS** que las publicó en una colección llamada: «**Ius Flavianum**» y después **SEXTO AELIO** en una nueva colección llamada «**Ius Aelianum**».

Según Gayo, «Institutas», libro IV, parágrafo 11, que es la fuente de conocimiento por excelencia en este y todos estos temas: *«Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban «acciones de la ley» (legis actiones) y esto ya porque eran creadas por las leyes o ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así, si alguien accionase por el corte de vides y nombrase la palabra «vides» (vites) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debería haber nombrado la palabra «árboles» (arbores) ya que la ley de las XII Tablas, sobre la cual reposa esta acción por corte de vides, habla de una manera general de árboles cortados».*

«Por cinco modos se accionaba ante la ley: por «sacramentum», por «iudicis postulatio», por «condictio», por «manus iniectio» y por «pignoris capio».

«La acción por el «sacramentum» era una acción general: en efecto, cuando por la ley no estaba previsto de qué modo se debía accionar, se recurría a este «sacramentum».

El profesor en la Universidad de Buenos Aires, **ALFREDO DI PIETRO**, en nota, dice así: «El sacramentum es el eje sobre el cual ocurre esta primitiva forma de actuar, ya que luego el iudex se limita, tras el examen de la causa, a juzgar si el sacramentum

de cada parte es *iustum* o *iniustum*. En su última época de aplicación, el *sacramentum* representa una apuesta respecto de la cual la parte que perdía el juicio debía con dicha suma engrosar el tesoro público»⁵.

IV.- EL DERECHO PRE-CLÁSICO

La ciencia jurídica romana, como tal, surgió en los «*Tripertita*» de Sexto Elio Petio, en tanto que allí se desarrolla el «*Ius Aelianum*» en el que se expone 1º la Ley de las XII Tablas; 2º la «*Interpretatio*» de la misma y 3º las fórmulas de las *legis actiones*. Podemos, pues, afirmar que los «*Tripertita*» constituyen la primera obra científica de Derecho Romano y, el *Ius Aelianum*, la primera denominación a esta obra científica debida a Pomponio, según referencia que corre en el Digesto, fragmento 2, parágrafo 7 in fine. Digesto 1 y 2.

Así empezó a perfilarse el Derecho Romano como un «Derecho de Juristas». Juristas fueron: MARIO PONCIO CATON y su hijo CATON LICIANO, autor de la regla Catoniana, referente a la nulidad de los legados. MUSCIO SCEVOLA, Cónsul en el 133 a.C. y su hijo QUINTO MUSCIO SCEVOLA (153 a.C. - 82 a.C.), Cónsul en el 95 a.C., fué el primero en sistematizar el Derecho Civil en su obra «*Libri XVIII Iuris Civilis*». Por ello es el más importante jurista de la época Pre-Clásica. El sistema del Derecho Civil de Quinto Muscio Scevola se ordenaba así: 1.- Sucesiones; 2.- Familia; 3.- Cosas; 4.- Obligaciones («*ex contractu*» y «*ex delicto*»). El sistema Muciano del Derecho Civil influyó poderosamente en la literatura civilística de la Jurisprudencia Clásica. De esta manera el genio jurídico elevó la ciencia del Derecho a gran altura, formulando principios jurídicos y creando instituciones de valor imperecedero. De las doctrinas de este jurista proceden la «Caución Muciana» (promesa de restituir para el caso en que se contravenga a una condición potestativa negativa) y la «Presunción Muciana» (según la cual todos los bienes en posesión de la mujer se presume que provienen del marido). AQUILIO GALLO, Pretor en el año 66, quien se inmortaliza con la fórmula para la acción de dolo, con la doctrina de la culpa aquiliana y con la «*stipulatio aquiliana*» (un modo para unificar las deudas entre las mismas personas con motivo de un contrato novatorio); SERVIO SULPICIO RUFO (Cónsul en el 51) a quien Cicerón, amigo suyo, lo llamó «el fundador de la Dialéctica Jurídica», quien compuso un «Comentario al Edicto Pretorio».

⁵ GAIUS, «*Institutas*», texto traducido, notas e introducción por ALFREDO DI PIETRO, Ediciones Librería Jurídica, La Plata Argentina, 1967, pág. 282.

V.- PERIODO DEL DERECHO CLÁSICO

Y entramos con los grandes Juristas a la gran época del Derecho Clásico. El clasicismo de esta época de oro se debe no solo al genio de estos insignes jurisconsultos sino, fundamentalmente, al gran artifice y creador del Derecho Honorario: **el Pretor**, a quien podemos considerar «la fuerza motriz» del Derecho Clásico y el inspirador de la Jurisprudencia Clásica. El Derecho Pretoriano según la definición de Papiniano consignada en el Digesto, libro I, título I, número 7, parágrafo 1, es: «el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil; el cual se llama también honorario, habiéndose denominado así por el honor de los pretores» («Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt **adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum**»).

El Pretor fué pues el alma del Derecho Clásico por su capacidad de creación jurisprudencial, la cual consistía en ayudar o suplir o corregir el Derecho Civil. El tema lo ha desarrollado brillantemente el profesor **MORITZ WLASSAK**, en diversos estudios⁶, el profesor **LEOPOLD WENGER** en su «*Prätor und formel*»⁷ y el profesor

⁶ **MORITZ WLASSAK**, Ha sido una de los más grandes maestros que ha investigado a fondo el Proceso Civil Romano y, concretamente, el Derecho Pretoriano. El insigne maestro checoslovaco nació en los Sudetes, en Brünn in Nähren, el 20 de agosto de 1854, y falleció a los 85 años en Viena el 24 de abril de 1938. Gran pianista y músico, estudió en Viena, donde se doctoró en 1877 después de haber sido discípulo de Exner y de viajar a Berlín donde fue discípulo de Karl Bruns (1816-1880), el célebre autor de «*Fontes iuris romani antiqui*» (7ª edición, 1909); también estudió con Jhering en Göttingen con quien repasó el tema de «El Espíritu del Derecho Romano». Inició la docencia como «Privat-Dozent» en la Universidad de Viena en la que también concluyó su brillante carrera como profesor de Derecho Romano, después de haber enseñado en las universidades de Gratz, Breslau y Estrasburgo. El profesor Moritz Wlassak escribió: «*Edikt und Klageform*», 1882 (Edicto y Formas de la Acción); «*Die klassische Prozessformel*», 1924 (La Fórmula Procesal Clásica); «*Römisches Prozessgesetz*», 1888-91, («Legislación Procesal Romana»); «*Ursprung der römische Einrede*», 1910 («Origen de las Excepciones Romanas»); «*Anklage und Streitbefestigung*», 1917 («Acusación y Fijación del Objeto del Proceso»); «*Die klassische Prozessformel*», 1924 («La Fórmula Procesal Clásica»); «*Studien zum altrömisches Erb- und Vermächtnisrecht*», vol. I, 1933 («Estudios sobre el Derecho de Sucesiones en el Derecho Romano altomedieval»); etc.

⁷ **LEOPOLD WENGER**, (1874-1953): Procesalista como Wlassak e historiólogo como Paul Koschaker, nació en Carintia el 4 de setiembre de 1874 y murió en su retiro de Obervellack en 1953. Fué profesor en Gratz, Viena, Heidelberg y Múnich. Publicó en 1900 su clásica monografía sobre la «*Actio Judicati*»; en 1925 sus «*Institutionen des Römische*

EMILIO BETTI en «*La creazione del Diritto nella Iurisdictio del Pretore Romano*», en los «*Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*», pág. 65 y siguientes, Cedam, Padova, 1927. Pero quien ha contribuido decisivamente a esclarecer este tema fundamental ha sido **OTTO LENEL** en «*Essai de reconstitution de l'Edit Perpetuel*», Paris, 1901.

En su edicto, el Pretor establecía anualmente las acciones y derechos con los que iba a resolver el Derecho. Así desarrolló pretorianamente el viejo «*Ius Civile*», creando acciones pretorianas, por ejemplo, los Interdictos o, creando derechos sustanciales, como por ejemplo, la «*bonorum possessio*», etc. Aún es preciso mencionar ciertas acciones pretorianas como la acción Serviana y la acción cuasi Serviana, referidas ambas al Interdicto Salviano, como la acción utilis in factum de la Ley Aquilia, o como la acción Calvisiana, la acción Faviana, la acción Pauliana, la acción Publiciana, la acción Rutiliana, la acción Octaviana, etc. **Gracias al Pretor el Derecho Romano se puede configurar más que como un sistema de derechos, como un sistema de acciones**, según la conocida tesis del profesor **RICCOBONO**⁸.

Con el Pretor y su fórmula, que se inspiraba en la «*aequitas*», se adviene no solamente al Derecho pre-Clásico, sino, también, a un nuevo período en la historia del derecho Procesal Romano: El Derecho Formulario. El nuevo sistema comenzó a desenvolverse en el curso del siglo III a.C. en virtud de las Leyes «*Aebutia*» y «*Julia Iudiciorum*».

Zivilprozessrechts»; en 1926, un libro fundamental, «*Prätor und formel*» y en 1953 «*Die Quellen des Römische Rechts*». Actualizó un texto en el que nos hemos formado desde estudiantes: las clásicas «*Instituciones de Derecho Privado Romano*» de Rudolph Söhm el ilustre profesor de Derecho Romano de cuya vida y pensamiento nos hemos ocupado con anterioridad en la nota de pie de página número 4, p. 17, de este libro. Adicionó, también, otro texto clásico de otro gran profesor alemán de Derecho Romano: el de Paul Jörs, de quien nos ocupamos en la nota de pie de página número 5, p. 17, de esta obra. En virtud de estas adiciones el profesor Wenger escribió en 1927 «*El estado actual de la ciencia del Derecho Romano*»: «*Der heutige Stand der römische Rechtswissenschaft*».

⁸ **SALVATORE RICCOBONO**, Fué y sigue siendo uno de los maestros más venerados de la escuela romanista italiana. Nació en Palermo el 31 de enero de 1864, murió el 15 de abril de 1958 a la edad de 94 años. Profesor en Palermo hasta 1932 en que pasa a la Universidad de Roma y es nombrado miembro de la academia sucediendo al ilustre Bonfante. Su nombre es universalmente conocido y admirado habiendo sido designado para dirigir el Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Washington. Es autor de una famosa obra: «*Gli studi del diritto romano in Italia*», I.R.C.E., 1941; «*Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano. Compendio del Corsi di Storia e d'esegesi del Diritto Romano*», Milano Dott. A. Giuffré, 1949; «*Roma Madre de las Leyes*», ediciones Depalma Buenos Aires, 1975; etc.

¿Cuál era la estructura de la fórmula?:

- 1) **La Datio Judicis.-** Nombramiento del Juez.
- 2) **La Intentio.-** En la que se plantea la pretensión del demandante, es decir, el objeto del pleito. Por ejemplo si se trata de una pretensión por cobro de una cierta cantidad de dinero la Intentio consiste en las palabras «que Numerium Negidium (expresión con la que se designa simbólicamente al demandado) está obligado a dar al demandante Aulo Agerio (expresión con la que se designa simbólicamente al demandante) la suma de diez mil sestercios. Si se trata de una acción real, concretamente, la acción reivindicatoria, que es la más importante de todas las acciones reales, las palabras deben decir «que el fundo capenatem es de Aulo Agerio».
- 3) **La Demonstratio.-** Que constituye la «causa petendi» o el fundamento de hecho de la intentio en la cual se detallaba la acción del actor o demandante.
- 4) **La Condemnatio.-** Es la cláusula que atribuye al juez la facultad de condenar o absolver: «si paret... Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito («si consta... condena a N.N. a pagar diez mil sestercios a A.A., si no consta, absuévelo)», con todas las variaciones y modificaciones que supone en las diferentes fórmulas. Como la intentio, la condemnatio, que cual sabemos es siempre pecuniaria, puede ser cierta o incierta. Es cierta cuando la cuantía de la suma a la cual habrá que condenar al demandado es fijada con anterioridad en la fórmula; es incierta, cuando la suma será fijada por el juez.
- 5) **La adiudicatio.-** Esta parte de la fórmula solo se encontraba en las fórmulas de las acciones divisorias y esta cláusula atribuye al juez el poder de adjudicar las cosas comunes o sus partes a uno u otro de los coherederos o copropietarios⁹.

En base a ello los grandes jurisconsultos de la era clásica desarrollaron la ciencia jurídica que es el legado inmortal de Roma a la posteridad.

⁹ Hemos seguido al delinear la estructura de la fórmula al maestro **VINCENZO ARANGIO RUIZ** en su obra: «Las acciones en el Derecho Privado Romano», pp. 70 y siguientes, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945. Nacido en Nápoles en 1884 Vincenzo Arangio Ruiz fue profesor en Camerino, Perugia, Cagliari, Messina, Módena, Nápoles y Roma, enseñando también en las universidades de El Cairo, Bruselas, Heidelberg, Munich y Viena. Fue también ministro de Justicia y ministro de Educación en los gabinetes de Badoglio y Parri. Sus obras más importantes son: «*Istituzioni di Diritto Romano*», Nápoles, 1957 (13.ª edición); «*Storia del Diritto Romano*», Nápoles, 1957 (7.ª edición); etc.

Grandes Jurisconsultos fueron: **MARCUS ANTISTIUS LABEON**, contemporáneo de Augusto y líder de la escuela de los Proculeyanos, cuya vida y cuyas obras han sido estudiadas en un libro fundamental, el del profesor **LOTHAR ALFREDO PERNICE**: «Marcus Antistius Labeón. El Derecho Privado Romano en los primeros siglos del Principado» (1873). **LABEON** nos dió las grandes definiciones del Derecho Civil como los conceptos de dolo, error y la clasificación de las acciones en reales y personales.

Es preciso mencionar aun al gran **MASURIO SABINO**, jefe de la escuela de los sabinianos, autor de unos famosos «Libri tres Iuris civilis» en los que, a partir del Derecho de Sucesiones, desenvuelve todas las materias del Derecho Civil.

JUVENCIO CELSO de quien tomo su nombre el llamado Senado Consulto Juvenciano y la *Condictio Juvenciana*. De él también procede el principio según el cual «la letra de la ley no debe ahogar jamás a su espíritu». Especialmente nos interesa su clásica definición de la «actio» que la define como «el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe» («nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi»).

SALVIO JULIANO, natural de Hadrumentum, uno de los más insignes juristas de la era clásica quién consagró su vida a dos grandes obras: la definitiva redacción del Edicto Perpetuo en la que bajo el encargo del emperador Adriano, hacia el año 130 d.C. plantea la definitiva redacción de los edictos pretorianos en la nueva y definitiva versión que por ello recibe su nombre: el «**EDICTO DE SALVIO JULIANO**» o «**EDICTO PERPETUO**», cuyo texto fue reconstruido por Otto Lenel. Su otra gran obra fue la composición de unos *digestos* en torno a los cuales sus grandes discípulos prosiguieron su labor descollando entre ellos **POMPONIO**, quien le da a su obra una contextura historiográfica.

Acaso el profesor más conocido de todos haya sido un personaje de vida misteriosa y legendaria: **GAYO** quien en sus famosas «*Institutas*», escritas más o menos hacia el año 161 d.C. nos legó un libro didáctico de gran claridad. La vida de Gayo llegó a ser cuestionada en una célebre tesis doctoral del profesor **LONGINESCU**: «*Gaius der Rechtsgelehrte*» 1896, en la cual sostiene que Gayo no existió nunca y las obras que se le atribuyen lo fueron en realidad de Gaius Cassius Longinus, gran jurisconsulto de la escuela sabiniana o cassiana como también se la llama en evocación de Cassius Longinus. Contra esta atrevida tesis de Longinescu el gran Mommsem replicó que Gayo en realidad fue un jurista provincial: «*Gaius ein Provinzialjurist*». Sin embargo en el Digesto, 45, 3, 39, Pomponio lo llama «*Gaius noster*», frase ésta con la que los discípulos evocan a sus grandes maestros. Para el profesor Honoré, Gayo más que un

provinciano que fue a Roma, fue un gran jurisconsulto romano que se fue a las provincias, llevando allí todo el bagaje de su doctrina y profesando como docente en la Universidad de Beirut.

Lo indiscutible es que en sus «Institutas» Gayo se nos revela como un profesor de excepcional claridad. Su obra inspiró durante siglos no solo a los profesores Teófilo y Doroteo para redactar las «Institutas» de Justiniano en el siglo V, sino también, sirvió de modelo para una serie de paráfrasis como la del mismo Teófilo y, desde antes, al anónimo autor de la «*Res quottidianae sive aureorum*», y al del «*Epitome Gai*», así como el llamado «*Gayo de Autun*» y los «*Fragmenta Augustodunensia*» y, especialmente, el Gayo de la «*Lex Romana Visigothorum*», en la que los textos de Gayo han sido «*vulgarizados*» en la llamada versión visigótica o «*interpretatio visigótica*».

En 1816 el descubrimiento del Palimpsesto de Verona por BERTHOLD NIEBUHR permitió aclarar una serie de problemas historiográficos. Lamentablemente el uso masivo de reactivos químicos por parte de Bluhme hizo perder una serie de páginas en el código veronés, lagunas que más tarde se salvaron felizmente con el descubrimiento en el Cairo de un nuevo manuscrito por la papiróloga Norsa, discípula del maestro Arangio Ruíz, quien lo publicó en Florencia en 1933 y que figura como apéndice en el libro «*Procedimiento Civil*» de Vittorio Scialoja, bajo el título de «*Los nuevos fragmentos egipcios del libro IV de Gayo*», pp. 500 y siguientes del citado libro de Scialoja, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1954.

EMILIO PAPINIANO fue el más grande de todos los jurisconsultos romanos, sus obras más valiosas son «los 19 libri responsorum» y los «37 quaestionum libri» donde con estilo diáfano y brillante resuelve una serie de casos y cuestiones. La síntesis de la cultura griega y romana culmina en la jurisprudencia de este gran jurista, que no obstante fue asesinado por los esbirros del emperador Caracalla en el año 212 por haberse resistido a absolver como jurista la conducta fraticida del tirano.

Discípulo de Papiniano fue otro gran jurisconsulto: DOMICIO ULPIANO quien escribió un gran comentario al edicto del Pretor en 83 libros y una serie de libros más en los cuales esculpe con estilo brillante la técnica de los juristas romanos; tal el caso de sus célebres definiciones del Derecho: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*»; «*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»; «*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*».

PAULUS es otro de los grandes jurisconsultos clásicos autor de un «*Comentario al Edicto Pretoriano en 80 libros*».

HERENIO MODESTINO discípulo de Ulpiano integra también con los precedentes el llamado: «Ius Publici Respondendi».

La técnica de los juristas romanos consistió en interpretar y sistematizar el derecho acumulado desde las XII tablas especialmente comentando al edicto pretoriano y forjando una nueva «interpretatio» que finalmente sería compilada en el Digesto. Echaron mano a su talento genial para absolver las cuestiones de la vida social y salvar las lagunas de la ley y de los precedentes mediante una jurisprudencia creadora. Su talento y versación se desarrolló sobre todo en el ámbito de los derechos Reales, en el derecho de las Obligaciones y Contratos, en el derecho de Sucesiones y en el Derecho Procesal. Hasta hoy se hace la paráfrasis de sus textos clásicos que aun siguen deslumbrando ante las Cortes y en las cátedras de las grandes universidades de todo el mundo.

VI.- EL DERECHO POST-CLÁSICO

Es el período comprendido desde la época de Diocleciano hasta el advenimiento de Justiniano y que se caracteriza por la vulgarización del estilo y de la creación jurisprudencial del Derecho. Se trata de un Derecho deformado y adulterado que constituye por lo mismo una fase decadente en el proceso histórico del Derecho Romano. El problema empieza con la concesión de la ciudadanía de Roma a todos los ciudadanos del imperio mediante la «**Constitutio Antoniniana**» del año 212 d.C., la que, como dice el maestro Alvaro d'Ors: «se trataba de una medida de colosal nivelación social que le daba un sesgo totalmente nuevo a la historia jurídica romana determinando el fin de la época clásica». El tema de la vulgarización del Derecho Clásico constituye hoy día la reflexión de moda de la reciente romanística desde que en 1880 el profesor **HEINRICH BRUNNER** planteara este fenómeno por analogía con el latín vulgar, denominándolo por ello «**Derecho Vulgar**» o «**Vulgarrecht**». Poco después, en 1881, el profesor **LUDWIG MITTEIS** en su famoso libro «*Reichsrecht und Volksrecht*» acoge el tema para referirlo al contraste entre el Derecho Imperial y el Derecho Popular. **ERNST LEVY**, profesor en Heidelberg, consagró el término de «**vulgarrecht**» en el congreso de Oslo de 1928 para, luego, desarrollarlo, en su famosa obra de 1951 intitulada «*Derecho Romano Vulgar en Occidente*», Philadelphia, 1951 y, luego, en su «*Weströmisches Vulgarrecht- Das Obligationenrecht*», Weimar, Böhlau, 1956; el profesor **MAX KASER** lo explica con gran claridad en su estudio «*el Derecho Romano Vulgar tardío*», publicado en el Anuario de Historia del Derecho Español de 1960, pág. 617 y siguientes. Y el profesor **FRANZ WIEACKER** en sus brillantes estudios nos ha hablado de un «vulgarismus» estilístico, de un «stilhatung», lo que significa una actitud intelectual, que no se limita al ámbito jurídico, sino que abarca también el

fenómeno lingüístico, artístico, religioso, etc.¹. Ideas éstas que coinciden con los planteamientos de la **historiología de Toynbee**, a propósito de su **doctrina de los «tiempos revueltos»**, de la «**lingüe franche**» y del «**colapso de las civilizaciones**» en su «**Estudio de la Historia**».

En la escuela italiana el profesor **BIONDO BIONDI** en su estudio intitulado «*Diritto Romano Volgare in Occidente*» publicado en sus «*Scritti Giuridici*», volumen I, pag. 365 a 379, editorial Giuffré, Milano, 1965, sostiene, en una reseña a los libros de Ernst Levy, que «*el proceso de vulgarización del Derecho en Occidente ha sido descuidado, como ha sido descuidado todo el Derecho Post-clásico como así toda la historia de éste período. Mientras que la historia de los orígenes, de la República y del principado, ha reclamado siempre la pasión de los estudiosos, la historia del Bajo Imperio ha sido descuidada, ya que como observaba Gibbon, es mucho más agradable estudiar los esplendores que la decadencia. El Derecho de esta época, rica de fermentos y nuevas orientaciones de la que debía surgir una nueva civilidad en todos los campos del espíritu, de la religión, del arte, de la filosofía y del Derecho ha sido oscurecido por el esplendor de la jurisprudencia de los primeros tres siglos. La historiografía contemporánea ha heredado la posición estetizante de los humanistas; el Derecho Romano se ha considerado como parte del pensamiento antiguo y de aquí la mayor atención, para no decir tal vez la exclusividad que se ha concentrado sobre el Derecho clásico. Los romanistas se han dedicado a la reconstrucción del Derecho clásico y a la depuración de sus contaminaciones posteriores, de donde surge la afanosa búsqueda de las interpolaciones*» (pag. 365)..... «*Hoy la posición de nuestros estudios ha cambiado. El Derecho de la época post-clásica es objeto de atención, en cuanto constituye el anhelo de la conjunción entre dos épocas históricas, que son el vértice entre dos mundos diversos que los estudiosos habían separado. El problema del Derecho post-clásico está hoy a la orden del día de nuestros estudios. Es una nueva fase que se abre.*» (pag. 367).

Las reflexiones del maestro Biondo Biondi suscitaron que en los «*Scritti Giuridici*» publicados en su honor por la editorial Giuffré de Milán, el profesor **JEAN GAUDEMET**,² escribiera un brillante estudio intitulado «*A propos du Droit Vulgaire*»,

¹ **FRANZ WIEACKER**, «*Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike*», estudio publicado en los «*Studi in onore di Pietro de Francisci*», volume terzo, pág. 115 a 138. Milano, Dott. Antonino Giuffré - Editore, 1956; Id.: «*Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*», 1955.

² **JEAN GAUDEMET**, «*A propos du Droit Vulgaire*», en los «*Studi in onore di Biondo Biondi*», vol. I, pp. 271 y 272, editorial Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1963.

en el cual, al preguntarse ¿de que hechura y naturaleza es el Derecho Vulgar? nos dijera que es un Derecho menos culto, cuya finalidad es satisfacer las necesidades prácticas y, a veces, adaptarse a las nuevas circunstancias. Es un Derecho adulterado, pero no degenerado, como dice Mitteis. De facto, es un Derecho vivo, creador de nuevas soluciones que, muchas veces, acabaran por imponerse al Derecho Oficial. Para Jean Gaudemet el fenómeno del Derecho Vulgar como fenómeno está diluido en el tiempo y en el espacio, constituye un trazo característico del bajo imperio quizá más asentado en las provincias por causa de los usos locales. Contra la localización espacial y temporal del Derecho «vulgar» insurge Gaudemet sosteniendo que este fenómeno no es propio de un territorio ni de una época determinada. Su tesis en esencia sostiene que en el alto imperio en la propia Roma y en Italia existían prácticas jurídicas al margen de los principios del Derecho Clásico. Ya en la época clásica hubo manifestaciones de «vulgarismo» como por ejemplo en las decisiones oficiales que se manifiesta como una práctica marginal en el Derecho Clásico.

También en la escuela española, el maestro **ALVARO D'ORS** en un estudio publicado en la revista «Labeo» año 1960, p. 233, ha fijado el inicio de la época post-clásica aproximadamente en el año 230.

En la escuela luso - brasileña, debemos citar los planteamientos de los profesores **BRAGA DA CRUZ**, maestro en Coimbra, y **BENEDITO MOTTA**, de la Universidad de Sao Paulo, quienes han desenvuelto este apasionante tema en dos obras fundamentales³, que establecen las siguientes conclusiones: primera: el Derecho Vulgar fue un fenómeno de deformación del Derecho por vía popular y espontánea. Segunda: el Derecho Vulgar no es propio de determinada época sino que recrudescer periódicamente cuando la legislación imperial se mostró impotente para asumir el monopolio absoluto del Derecho.

Tercera: este Derecho surgió primeramente formado por costumbres que paulatinamente se trasmutaron de normas consuetudinarias a normas legislativas.

Cuarta: «el Derecho Vulgar constituye, en suma, un fenómeno de reacción a las intrincados y refinados planteamientos de la doctrina constituyendo una liberación del alma popular «ante los grilletes de las normas matemáticas, que le imponían los cánones científicos de un sistema jurídico erudito y rígido, en desacuerdo con la evolución económica y social»⁴.

³ **GUILLERMO BRAGA DA CRUZ**, «Direito Romano Vulgar Occidental», Coimbra, 1949; **BENEDITO MOTTA**, «O fenómeno do Direito Vulgar» en su libro «Filosofia e Historia do Direito» pp. 125 a 194, Jose Bushatsky, editor, Sao Paulo, 1975.

⁴ **BENEDITO MOTTA**, «O fenómeno do Direito Vulgar», p. 184, edición citada.

Obras de Derecho Post-Clásico fueron⁵.

- a.- **El Código de Eurico o Codex Euricianus:** fue publicado el año 475 d.C. por el Rey visigodo Eurico, hijo de Teodorico II. Érase una compilación rudimentaria.
- b.- **El Edicto de Teodorico:** fue publicado en Italia en torno al año 500 d.C. por Teodorico el grande, Rey de los ostrogodos que se consideraba gobernador de Italia en nombre de Zenon el emperador de Oriente.
- c.- **La Lex Romano-Burgundionum:** conocida también con el nombre de «Papianus» que fue compilada por orden del Rey Gundobado alrededor del año 500 d.C. y que consagra las costumbres borgoñonas para ser aplicada a los burgundios en sus relaciones con los romanos.
- d.- **La Lex Romano-Visigothorum:** que fue publicada en el año 506 d.C., por el Rey visigodo Alarico II y que por ello recibe el nombre de «**Breviarium Alarici**». Se inspira en el epitome Gai de la que nos da una versión vulgar conocida con el nombre de «Interpretatio Visigótica».
- e.- **El Epítome Gai:** se trata de una obra que consta de dos libros inspirados en los 3 primeros libros de las «Institutas» de Gayo que las expone con un latín vulgar y que a su vez ha servido de fuente para la Lex Romano-Visigothorum. El profesor Antonio Guarino de la Universidad de Nápoles sostiene que el «Epítome Gai» fue compuesto con anterioridad a las Lex Romana Visigothorum⁶.

⁵ Este tema está ampliado y desarrollado en otro de mis libros. Confronté **SILVA VALLEJO JOSÉ ANTONIO** «Historia General del Derecho» en el capítulo referido al Derecho en el Medioevo, pp. 312 a 408, Editado por la Universidad Alas Peruanas, Lima, 2005.

⁶ **ANTONIO GUARINO**, El maestro Antonio Guarino profesor de Derecho Romano en la Universidad de Nápoles nació en Benevento el 16 de mayo de 1914. Ha fundado la revista de investigaciones romanísticas intitulada «lura» y también la revista romanística «Labeo». Cito aquí su obra fundamental: «*Storia del Diritto Romano*», Novena edición, p. 557, in fine, Editore Jovene Napoli, 1993. Ha escrito además: «*L'esegesi delle fonti del Diritto Romano*», 3ª. Edición corregida y aumentada, Casa Editrice Jovene, 1968; «*Le origini quiritarie*», Casa Editrice Jovene, 1973; «*Inezie di giureconsulti*», Casa Editrice Jovene, 1978; «*La condanna nei limiti del possibile*», 2ª. Edición, Casa Editrice Jovene, 1978; «*La coerenza di Publio Mucio*», Casa Editrice Jovene, 1981; «*Mandatum credendi*», Casa Editrice Jovene, 1982; «*L'ordinamento giuridico romano*», Casa Editrice Jovene, 1990; «*Diritto privato*

- f.- **Los Fragmenta Augustodunensia:** se trata de una paráfrasis a las «Institutas» de Gayo encontradas en Autum, la antigua «Augustodunum» y constituyen los restos de un cuaderno de ejercicios por un anónimo y olvidado estudiante de Derecho para la debida comprensión de la obra clásica de Gayo.
- g.- **Los Scholia Sinaitica:** se trata de un breve comentario redactado en griego en torno a los libros 35 a 38 de la obra de Ulpiano intitulada «Ad sabinum» y que fue descubierta en un monasterio del monte Sinai; de allí su nombre. Según el profesor Pietro de Francisci⁷ los Scholios a Ulpiano son anteriores a la compilación de Justiniano y tiene para nosotros una notabilísima importancia porque las interpolaciones que allí figuran ya se encontraban también en los «Fragmenta Sinaitica», con una redacción idéntica a la justinianeas, lo que obliga a juzgar que el texto de Ulpiano ya había sido interpolado por algún maestro precedente, cuando el escoliasta escribió los «Scholia Sinaitica».
- h.- **Los Fragmenta Vaticana:** está contenido en un palimpsesto de la biblioteca vaticana, descubierto en 1821 por el cardenal Angelo Mai. La obra contiene una serie de referencias de Papiniano, Ulpiano, Paulo y el anónimo autor de una obra intitulada «De interdictis».
- i.- **La Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum:** se trata de una obra post-clásica dividida en libros y en títulos en la que se compara las leyes de Moisés (el «Pentateuco» de la Biblia) con los textos de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Los comparatistas suelen citar a esta obra como el primer precedente en la historia del derecho Comparado.

romano», Casa Editrice Jovene, 1997; «*La società in diritto romano*», Casa Editrice Jovene, 1988; «*Profilo del Diritto Romano*», 8va. edición, Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1994; «*Pagine di Diritto Romano*», 8 vols., Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1993, 1994, 1995. Al maestro Guarino se le ha dedicado un homenaje intitulado «*SODALITAS, Scritti in onore di Antonio Guarino*» en 10 vols., Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1984.

⁷ **PIETRO DE FRANCISCI**, Nacido en Roma el 18 de diciembre de 1883. Profesor de Historia del Derecho y de Derecho Romano en las Universidades de Ferrara, Perugia, Sassari, Macerata, Padua y Roma en la que además fué Rector. Diputado, Ministro de Justicia y miembro de la Academia dei Lincei. Obras: «*Storia del Diritto Romano*», 3 Volúmenes, Roma, 1929, 1938 y 1936; «*Sintesis Histórica del Derecho Romano*», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954; «*Spirito della Civiltà Romana*», segunda edición corregida y aumentada, Roma, 1952; «*Arcana Imperii*», 3 volúmenes, Ediciones Giuffrè, Milano, 1947 y 1948. Más de cien estudios e investigaciones romanísticas.- Aquí citamos del maestro De Francisci su «*Sintesis Histórica del Derecho Romano*», pág. 694.

j.- **El Libro Siro Romano de Derecho:** que tiene como finalidad exponer el «ius civile» y algunas Constituciones de Constantino. Según el profesor De Francisci «se trata de un manual escolar, compuesto en griego allá por los años 476 o 480 d.C., con fines puramente docentes en el que se exponía el antiguo Ius Civile teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por las Constituciones Imperiales. El libro fué compuesto en Oriente por un católico y fiel súbdito del Emperador. La traducción en sirio se hizo en el siglo VIII para proporcionar a los cristianos que vivían bajo el dominio musulmán, un libro de Derecho dictado por emperadores cristianos. Así mismo con este libro se puede reconstruir la doctrina de las escuelas orientales y singularmente la de la escuela de Berito que tanta influencia tuvo en el Derecho Bizantino»⁸.

k.- **La Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti:** En la que se exponen las Constituciones provenientes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como algunas referencias a las sentencias de Paulo. Se trata de una obra que habría sido escrita a fines del siglo V d.C. en la Galia y que se publicó por primera vez por CUJACIO en el año de 1577 tomando como modelo un codice hoy perdido. Se trata de diversas respuestas a consultas emitidas a principio del siglo VI por un jurisconsulto residente en Arlés o en alguna otra ciudad de la Galia Meridional. El jurisconsulto anónimo fundamentaba su opinión en diversos textos jurídicos como las ya citadas Constituciones provenientes de los Códigos pre-Justinianos: el Codex Gregorianus, Codex Hermogeneanus y Codex Teodosianus, así como de las «Sentencias» de Paulo.

Continuará...

⁸ DE FRANCISCI, «*Síntesis Histórica del Derecho Romano*», pág. 695.