



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho**

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS ANTE LA S.E.P.
CON NÚMERO DE ACUERDO 985162 DE FECHA 17 DE AGOSTO DE 1998

***IUS*: Una aproximación a la historia de su surgimiento desde
sus fuentes materiales con énfasis en las aportaciones e
influencia helena para la creación del mundo de las ideas
jurídicas**

**Tesis que para obtener el grado de
Doctora en Derecho**

P r e s e n t a

María del Carmen Lozano Véliz

Dirección de tesis:

Doctora Martha Patricia Irigoyen Troconis

Doctora Sandra Anchondo Pavón

Índice

JUSTIFICACIÓN	1
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	11
INTRODUCCIÓN.....	16
BASE CONCEPTUAL.....	30
1. <i>IUS</i>	30
1.1. <i>Ius civile</i>	32
1.2. <i>Ius honorarium</i>	33
1.3. <i>Ius como ars o techné</i>	34
2. <i>IURISPRUDENTIA</i> O CIENCIA JURÍDICA.....	39
3. <i>IUSTITIA</i>	46
4. <i>IURIS PRUDENTES</i>	47
5. <i>IUS Y LEX</i>	52
CAPÍTULO PRIMERO. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.....	56
1.1. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO?	56
1.1.1. ¿Qué es la Historia?	67
1.1.2. La historia en la antigüedad.....	73
1.1.3. La Historia del Derecho	81
1.1.4. Importancia de la Historia del Derecho Romano en la formación del jurista	91
1.2. DERECHO ROMANO. CONCEPTUALIZACIÓN Y DELIMITACIÓN	98
1.2.1. Fuentes reales del Derecho.....	106
1.2.2. Periodización del estudio del Derecho Romano.....	114
1.2.3. Criterio de periodización	121
1.2.4. Importancia de la época clásica primaria	126
1.3. INTEGRACIÓN Y PERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO.....	127
1.3.1. Utilidad contemporánea del Derecho Romano.....	131
1.3.2. Trascendencia, legado y aplicación del Derecho Romano.....	136
CAPÍTULO SEGUNDO. EL SISTEMA PROCESAL ACCIONES DE LA LEY	144
2.1. LAS XII TABLAS	144
2.1.1. Antecedentes histórico-jurídicos de las XII Tablas	145

2.1.2. <i>Las XII Tablas, su surgimiento y trascendencia</i>	153
2.1.3. <i>Del sistema procesal denominado “Acciones de la Ley”</i>	162
2.2. LAS XII TABLAS, SUS PRINCIPALES FUENTES REALES	165
CAPÍTULO TERCERO. DEL <i>IUS HONORARIUM</i> Y EL SISTEMA FORMULARIO	185
3.1. LA SECULARIZACIÓN DEL <i>IUS</i>	185
3.1.1. <i>La pretura y el ius honorarium</i>	188
3.1.2. <i>La lex Aebutia</i>	189
3.1.3. <i>La lex Iulia iudiciorum privatorum y la Pax Augustea</i>	191
3.2. EL PRETOR Y EL JURISTA	197
3.2.1. <i>El surgimiento e importancia de las preturas urbana y peregrina</i>	198
3.2.2. <i>El sistema per formulas, la iuris dictio y el ius edicendi del pretor</i>	209
3.2.3. <i>El valor del binomio jurídico: pretor y jurisconsulto</i>	215
3.3. PRINCIPALES FUENTES REALES QUE INCIDIERON EN EL SURGIMIENTO DEL <i>IUS</i>	223
CAPÍTULO CUARTO. EL <i>IUS</i>: POLIMATÍA E INTERDISCIPLINARIEDAD DE CARA AL HELENISMO	236
4.1. ROMA Y ORIENTE	242
4.1.1. <i>Roma y el helenismo. Historia de una doble conquista</i>	250
4.1.2. <i>La sociedad romana y el helenismo como fuente real del ius</i>	257
4.1.3. <i>Escritura, literatura y lengua</i>	260
4.2. LOS JURISTAS ROMANOS Y LA FILOSOFÍA HELENA	270
4.2.1. <i>El estoicismo</i>	276
4.2.2. <i>Quinto Mucio Escévola; entre la tradición y la novedad</i>	283
4.2.3. <i>El círculo de los Escipiones; un paradigma del helenismo</i>	290
4.2.4. <i>Cicerón y los deberes</i>	292
4.3. EL MUNDO DE LAS IDEAS JURÍDICAS	298
CONCLUSIONES	313
BIBLIOGRAFÍA	331

"La historia es: testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria,
maestra de la vida, mensajera de la antigüedad".¹

Marco Tulio Cicerón

Justificación

Aun cuando el Derecho es un elemento *sine qua non* de las civilizaciones, históricamente fueron los romanos quienes durante la época clásica, lo elevaron al nivel de ciencia;² toda vez que hasta entonces, el derecho se confundía con otros aspectos culturales, entre los que destacaba la religión.³

También es cierto que, a pesar de los planteamientos de las tesis positivistas,⁴ hoy es posible afirmar que la naturaleza del Derecho es interdisciplinaria, tal cual surgió en Roma.

Una indubitable premisa es que “los positivistas han pretendido aislar al Derecho de otras disciplinas, sosteniendo que la ciencia del derecho intenta

¹ Cicerón, *De Oratore*, II, ix. 36-38.

² El vocablo “ciencia” es polisémico, por lo que resulta necesario aclarar que la ciencia jurídica romana nada tiene que ver con el concepto positivista, sino con un concepto de ciencia práctica o *praxis*, tema que será abordado a detalle en el numeral 2 del apartado de Base Conceptual, Véase, *infra*, p. 37.

³ Tal como quedará constancia en el Capítulo Segundo, los romanos no escaparon de esta fase, misma que incluso sirvió de base y fundamento para que, en conjunto con otros elementos, se generara el *Ius*, lo que de uno u otro modo, permite asumir la interdisciplinaria del Derecho.

⁴ El término “positivismo” es muy ambiguo, pero en principio todo positivismo es antimetafísico y además cree que en las ciencias factuales (agrego: como lo fue el *Ius*) únicamente se puede descubrir la verdad mediante el recurso de la experiencia. El positivista cree haber superado definitivamente el pensamiento metafísico porque se atiene al que proclama como verdadero método de la ciencia, que es el que produce el conocimiento. *Cfr.* Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 2008, p. 16.

En este sentido, cabe destacar que la teoría pura de Kelsen, sobre el derecho positivo, está encaminada a obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, deseando excluir del mismo todo lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 15.

concebir jurídicamente su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho a saber, como norma jurídica producto de un proceso legislativo regulado por una constitución”.⁵

Sin embargo, de su estudio histórico como disciplina científica se demuestra que el Derecho tiene elementos tanto esenciales como accidentales, que se destacan o acentúan según el tipo de sociedad que le nutre. Por ejemplo, cuando se trata de una sociedad primitiva y arcaica, su derecho también lo es, *contrario sensu*, una sociedad culta y preocupada por el conocimiento y la sabiduría lo reflejará en su sistema jurídico.

Esta investigación busca abonar a la desmitificación cultural que a través de la investigación histórico-jurídica busca “deshacer el grueso y enmarañado nudo de certezas axiomáticas que se ha ido sedimentando lentamente en el intelecto y en el corazón del jurista moderno, un nudo que ha sido aceptado pasivamente, que ni siquiera se ha planteado discutir porque aparece fundado sobre un lúcido proyecto imaginario de mitificación”.⁶

El historiador del Derecho es precisamente un desmitificador⁷ y cuenta con los elementos que surgen y se manifiestan en la sociedad, y nutren su orden jurídico, mismos que se conocen en la doctrina como “fuentes materiales o reales”⁸ que, *grosso modo*, son todos aquellos acontecimientos de cualquier índole que dotan de contenido al precepto jurídico independientemente de la forma⁹ que éste

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 84-85.

⁶ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 15-16.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase, *infra*, 1.2.1. Fuentes reales del Derecho.

⁹ Debido al positivismo jurídico y al monopolio jurídico estatal impuesto por el Estado moderno, se tiene la falsa idea de que la ley (como norma jurídica que emana del órgano del Estado investido con facultad legislativa, es decir como acto político) es la única fuente formal del Derecho sin embargo, épocas como la clásica en Roma o la denominada Baja Edad Media, demuestran que, tal como lo afirmará Santo Tomás de Aquino, siguiendo a San Isidoro de Sevilla: “La ley es solo un modo de ser del Derecho, no todo el modo de ser del mismo”. Cfr. Arenal Fenochio, Jaime del, “Las virtudes del Jurista”, *Revista de Investigaciones Jurídicas ELD*, México, Escuela Libre de Derecho, año 21, núm. 21, 1997, pp. 9-36.

adquiera, y se corresponden con diferentes disciplinas del quehacer humano, tales como economía, sociología, teología, filosofía, historia, etc.

En este orden de ideas, conocer a fondo el Derecho que tuvo una civilización conlleva el estudio de dichos acontecimientos a través de la historia. Esto toma relevancia tratándose de Roma porque fueron los romanos quienes nutrieron su Derecho al punto máximo que ha sido conocido en la historia de Occidente, sin que aún hayan sido superados por ninguna otra civilización.

Roma elevó el Derecho por primera vez al grado de ciencia, develando con ello aspectos perennes del mismo, que no son otra cosa sino la esencia o naturaleza no solo del Derecho en sí, sino también de muchas de las instituciones que lo integran y que dejaron como legado al mundo jurídico *per saecula saeculorum*.

Del análisis de esas fuentes materiales que hicieron sinergia para el surgimiento del *Ius*, deriva no sólo el reconocimiento de su naturaleza interdisciplinaria sino la relevancia de las fuentes materiales, y en particular de la que se identifica como la influencia helena, porque fue a través de ella que los juristas romanos pudieron hacerse de elementos suficientes para tocar con el intelecto el mundo de las ideas jurídicas por primera vez.

La interdisciplinariedad del *Ius* y la trascendencia del pensamiento heleno en su surgimiento, justifican la necesidad de conocer la Historia del Derecho Romano a través de las fuentes materiales que convergieron en su nacimiento.

La omisión del estudio histórico del Derecho y su consecuente desconocimiento, hace imposible hacer abstracción de las ideas jurídicas, separándolas de lo contingente dentro de la sociedad a la que se dirigió, con el inminente riesgo de caer en un relativismo en el que se justifique que el Derecho está sometido solo a lo circunstancial, al capricho social o legislativo, quitándole con ello el carácter de ciencia y convirtiéndolo en una práctica convencional, ya sea social o política.

Siendo así, es necesario tener en cuenta lo que acertadamente señala Villoro Toranzo: (1) “*El Derecho está condicionado por la realidad*”, precepto que es reconocido prácticamente por todas las escuelas del derecho a lo largo de la historia; y (2) “*El Derecho debe realizarse en la historia*”, porque no es cuestión académica, sino tarea eminentemente práctica.¹⁰

Atendiendo a lo anterior, el desconocimiento histórico genera el riesgo de que tanto el Derecho, como las instituciones que lo integran, se desvirtúen, se desnaturalicen y, en suma, pierdan fundamento. El cual sólo puede ser verdaderamente conocido a partir de esa comprensión histórico-jurídica en la que las fuentes reales juegan un papel fundamental.

Tal como lo expresó Fioravanti,¹¹ “hoy está en juego el principio histórico de la unicidad de la ciencia jurídica, vinculado a un modelo que se resume en un método jurídico, nacido en Roma, al que se debe la existencia del universo cultural de los juristas”.

Fioravanti aconseja que:

Un saludable e inevitable antídoto ante la dispersión jurídica, que igualmente ayudaría a evitar la pérdida de identidad del saber jurídico y consecuentemente del jurista, es la historia del derecho, que puede proveer elementos para una auténtica alianza de juristas; esto hace que el estudio y defensa de las disciplinas histórico-jurídicas tengan un papel relevante en la valoración de la identidad del jurisprudente y de su tradicional método, mismo que se formó desde Roma por el conocimiento de la práctica pero también por la reconducción de la norma a principio, y por ello de conocimientos culturales y, entre ellos, en primer lugar, los históricos.¹²

Es de destacar que, si bien el estudio Derecho Romano a través del *Digesto* ha sido una constante, sabemos que su contenido no fue elaborado durante la época de Justiniano, pues se trata de una recopilación de las obras, y por tanto del pensamiento de los juristas clásicos que habían vivido siglos antes de la creación

¹⁰ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho* México, Porrúa, 1988, pp. 115 y 116.

¹¹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo”, *CIAN. Revista de historia de las universidades*, No. 9, 2006, pp. 343-352.

¹² Cfr. *Ibidem*, p. 347.

pandectística, de las que desafortunadamente no se conserva ningún original. Debido a lo anterior, aun cuando no queda la menor duda de la grandeza y trascendencia del *Digesto*, y de la necesidad de continuar con su estudio, es también necesario que para su debida comprensión se reconstruya históricamente y a partir de las fuentes materiales, el quehacer de los mencionados polímatas que escalaron al mundo de las ideas jurídicas.

Dice Schiavone que en torno al *Digesto* se formó “una gran cultura del derecho que decidió debía ser presentada desde sus inicios romanos como un espacio intocable y salvador, de algún modo sustraído a la historicidad y a la política, donde se celebraba la continuidad de un saber impersonal y gélidamente matemático”.¹³

Utilizando las palabras de Grossi, debemos evitar embalsamar el *Digesto* en las mitologías jurídicas modernas creadas por el positivismo debido a que:

Los más descontentos y alarmados, porque aborrecemos todos los embalsamamientos a que han sido sometidas la complejidad y vivacidad de la historia por los mitos, percibiendo las clausuras tan gravemente negativas ocasionadas por las mitologías jurídicas modernas. El historiador está habituado a encontrar el nacimiento del Derecho en la incandescencia de las fuerzas sociales, culturales y económicas; y es por lo que, advierte el grave riesgo que se deriva de separar el revestimiento jurídico del flujo histórico y, en consecuencia, reducirlo a corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo.¹⁴

Asimismo, cabe aclarar que esta historiografía del Derecho Romano toma distancia del método dogmático, indisolublemente ligado a la norma, desde cuya perspectiva solo se considera derecho al derecho positivo y solo a partir de él se conforma el sistema jurídico, y se decanta por el estudio del fenómeno jurídico

¹³ Cfr. Schiavone, Aldo, *IUS. La invención del derecho en Occidente*, trad. Germán Prósperi, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2009, p. 53.

¹⁴ Cfr. Grossi, *La primera lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez Alonso, España, Marcial Pons, 2006, p. 20.

enmarcado en el contexto en que surge y se desarrolla. “En otras palabras: pone énfasis en la historia externa y no exclusivamente en la historia interna”.¹⁵

Lo anterior responde al reconocimiento del “drama jurídico que el mundo moderno vive y que consiste en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley”,¹⁶ porque “cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son expresión del derecho, la sociedad está en peligro”.¹⁷

De la historia externa, tomará relevancia la historia intelectual o de las mentalidades¹⁸ que surgió con la escuela de los *Annales* en Francia de la mano de Lucien Febvre¹⁹ y Marc Bloch a principios del siglo XX, ocupándose de la historia social y cultural y reconociendo la importancia de la multidisciplinariedad para analizar, investigar y estudiar lo que los hombres en el pasado pudieron pensar, razonar y manifestar atendiendo a sus circunstancias.

¹⁵ Cfr. González, María del Refugio, “La Historia del Derecho”, México, UNAM, Biblioteca jurídico virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp. 221-226. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/mej/mej12.pdf>

¹⁶ Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 36

¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸ Según Jacques Le Goff, historiador medievalista “la mentalidad de un individuo, aunque se trate de un gran hombre, es justamente aquello que tiene en común con otros hombres de su época” o también, “el nivel de la historia de las mentalidades es el de lo cotidiano y de lo automático, es lo que escapa a los sujetos individuales de la historia al ser revelador del contenido impersonal de su pensamiento”. Roger, Chartier, *El mundo como representación. Estudios sobre historia cultural*, trad. Claudia Ferrari, España, Gedisa, 1992, p. 23. Por otro lado cabe destacar que la llamada historia de las mentalidades tiene definiciones variables, y como cualquier corriente intelectual animada de razonable dinamismo, ésta sigue evolucionando y cada uno de sus adeptos propone la definición que corresponde al contenido que le da. Más aún, la ambigüedad que envuelve su definición y por tanto su identidad y contenido, le proporciona una plasticidad asombrosa. Véase, Alberro, Solage, “La historia de la mentalidades: trayectoria y perspectivas”, *Historia Mexicana, el Colegio de México*, Vol. 42, núm. 2 (166) octubre-diciembre 1992, pp. 333-351. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/issue/view/192>

¹⁹ “Lucien Febvre sostiene que a cada civilización corresponde su utillaje mental; más aún, a cada época de una misma civilización, a cada progreso, ya sea de técnicas, de ciencias que la caracterice: una maquinaria renovada, un poco más desarrollada para ciertos empleos, un poco menos para otros. Un utillaje mental que esa civilización, esa época, no está segura de poder transmitir, en forma íntegra, a las civilizaciones, a las épocas que le irían sucediendo. Este conjunto de herramientas conocerá mutilaciones, retrocesos, deformaciones importantes. O, por el contrario, avances, enriquecimientos, nuevas complicaciones. Este instrumento vale para la civilización que supo forjar; vale para la época que lo utiliza; no vale para la eternidad, ni para la humanidad; ni siquiera par el restringido curso de una evolución interna de la civilización”. Cfr. *Ibidem*, p. 19.

Al respecto, es importante aclarar que, tal como lo establece Marcelo Fonseca, “intentar describir la epistemología de la escuela de los *Annales*, también conocida como escuela francesa, es algo que desde luego no aprobarían sus integrantes, porque una de las características propias del movimiento fue justamente repudiar cualquier modelo filosófico previo que pudiera limitar la libertad del enfoque en la búsqueda de la historia total”.²⁰

Si fuera necesario establecer un distintivo de la escuela de los *Annales*, habría que señalar que, desde un principio ésta abandonó las formas tradicionales de contar la historia. Este tránsito, comúnmente denominado como la transición de la historia como narración a la historia como problema,²¹ resulta relevante para esta investigación debido a que otorga la posibilidad de hacer uso de las más variadas fuentes.²²

Al respecto Paolo Grossi establece que:

La historiografía jurídica tradicional se encarna en un grupo de investigadores documentalistas, dominados por el culto positivista y tal vez hasta formalista del documento escrito. Narradores de la historia ligada a las formas. Fórmulas, nombres, liturgias, datos sin alma, casi fabricantes de sombras, distantes de una historia hecha de carne y de mentalidades como la perseguida por los programas innovadores de Febvre y Bloch.²³

Pero también dentro de la corriente de la historia intelectual, se tendrá en alta consideración el criterio del *Volksgeist* hegeliano²⁴ que fue adoptado y adaptado por

²⁰ Fonseca, Ricardo Marcelo, *Introducción teórica a la Historia del Derecho*, trad. Mora Cañada Adela, et al. Madrid, Universidad Carlos III Madrid, 2012, p. 71.

La reacción de la escuela de los *Annales* es frente a la historia positivista en Francia. Es la inconformidad con el *establishment* académico entonces existente, buscando revolucionar la historiografía: frente a la atención prestada únicamente a los documentos escritos y testimonios voluntarios de la historia tradicional. Lo que se propone es aprovechar fuentes no escritas y testimonios involuntarios, prefiriendo el análisis de la economía, de la sociedad y de la cultura. *Ibidem*, p. 73.

²¹ *Ibidem*, p. 79.

²² *Ibidem*, p. 80.

²³ *Ibidem*, p. 86, Paolo Grossi, citado por Ricardo Marcelo Fonseca.

²⁴ En 1830 Hegel señaló que la manifestación del proceso divino absoluto del Espíritu en sus figuras más importantes: la marcha gradual por la cual llega a su verdad y toma conciencia de sí mismo. Los pueblos históricos, los caracteres determinados por su ética colectiva, por su constitución, su

Friedrich Carl von Savigny²⁵ y la escuela historicista del Derecho, para ramificarse con Rudolf von Ihering en su obra el *Espíritu del Derecho Romano*.

Von Ihering se refirió al Derecho Romano como un elemento cultural del pensamiento jurídico occidental, debido a que éste tiene elementos perennes más allá de lo que distingue a un pueblo de otro. Von Ihering tendió a un cosmopolitismo, aspirando a un instante de universalidad que en Savigny no existió; “respirando un aroma de historicismo de sabor hegeliano, un aliento de universalidad y un retrato de historia como escenario global, como un vasto crisol en el que se condensa el desarrollo de las civilizaciones, en el que los logros de uno y otros pueblos se conjugan en una sinfonía tendente al progreso común”.²⁶

A este respecto, cabe recordar lo señalado por María del Refugio González:

El campo de la historia del derecho y el estudio de las relaciones de causalidad de las normas pueden extenderse hasta el infinito, y corresponde a cada investigador fijar los límites dentro de los que ha de moverse. En el caso de la historia del derecho, el investigador se puede apoyar en la gran diversidad de métodos que ofrece la historia, el derecho, la historia social e incluso la sociología, ya que el objeto de conocimiento del historiador del derecho lo permite; prácticamente todos los

arte, su religión, su ciencia, constituyen las configuraciones de esta marcha gradual. Los principios de los espíritus de los pueblos (*Volksgeist*) en la serie necesaria de su sucesión, no son más que los momentos del único Espíritu Universal. *Ibidem*, p. 67. Hegel también propone una nueva especie de historia que ha de llamarse “filosofía de la historia”; pero ésta no es para él una reflexión filosófica sobre la historia, sino la historia misma elevada a una potencia superior y vuelta filosófica en cuanto distinta de la meramente empírica. Esta historia filosófica sería una historia universal de la humanidad y mostraría un progreso desde los tiempos primitivos hasta la civilización de nuestros días. Cfr. también Collingwood, R.G., *Idea de la historia*, trad. de Edmundo O’Gorman y Jorge Hernández Campos, México, Fondo de Cultura Económica, 1952, p. 137.

²⁵ Von Savigny utiliza la noción de “espíritu del pueblo” exclusivamente en relación con el problema de la génesis del Derecho, y su afirmación fundamental es que esa entidad es el verdadero sujeto creador del Derecho. En su obra *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* (1814), la tesis central es que no es cierto que el Derecho nazca de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo, sino que, en realidad, la sede primaria del Derecho es la conciencia común del pueblo, es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y, por tanto, en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no del arbitrio de un legislador. A Savigny, por tanto, no le interesa el *Volksgeist* en abstracto, sino en cuanto fuerza creadora del Derecho. Cfr. Contreras Peláez, Francisco José, “La idea del Espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 35, 2001, pp. 161-188.

²⁶ Lloredo Alix, Luis Manuel, Tesis Doctoral: *Ideología y Filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2010, p. 413.

fenómenos vinculados al mundo del derecho pueden ser su objeto de conocimiento, en alguna de sus vertientes: historia interna, externa o social.²⁷

En este orden de ideas, la justificación de esta investigación consiste en dejar prueba fehaciente de la interdisciplinariedad inherente a la naturaleza o esencia del *Ius Romano*, a partir de la cual se reconoce la importancia de estudiar las fuentes materiales con énfasis en el helenismo, puesto que lo dotaron de los elementos necesarios para poder constituirse en ciencia.

En el marco anterior, se llevará a cabo una reconstrucción de lo que los juristas clásicos vivieron y que determinó su modo de ser cultural, con el fin de llegar a la figura central del jurista Quinto Mucio Escévola el Pontífice, para que, siguiendo sus pasos, se logre comprender de qué modo los jurisprudentes descubrieron la ciencia jurídica y cómo fue que ascendieron al mundo de las ideas jurídicas.

Esta Historia del Derecho pretende ampliar los horizontes de la experiencia romana, “sin temor a la dimensión de los principios, sin encerrarse en una dirección meramente exegética positivista y siendo consciente de la necesidad de la interpretación que concretiza la norma y privilegia su naturaleza práctica”,²⁸ buscando conocer y reconstruir el modo de ser de los juristas clásicos que dotaron de método al Derecho para generar un modo de ser jurídico de alcance prácticamente universal y sempiterno.

El pensamiento de Maurizio Fioravanti, sirve para resumir la justificación de esta historiografía jurídica:

El historiador del derecho debe desempeñar el papel, verdaderamente singular, de certificador del fin del derecho moderno codificado, basado sobre la forma política de carácter estatal.

La función del historiador del derecho es por tanto esencial no porque sea el custodio de modelos, sino al contrario porque es el conocedor natural de la idea de la complejidad del pasado, y de un presente que ya no se corresponde a las categorías

²⁷ González, María del Refugio, *La historia del Derecho... cit.* p. 225.

²⁸ Fioravanti, *op. cit.* pp. 347 y 348.

de un derecho público estatal...en una palabra, necesitamos al historiador porque ya no estamos en una fase de 'tranquilo y ordenado desarrollo de la ciencia'.²⁹

Actualmente el Derecho vive cambios importantes, está en crisis. Es preciso reconocerlo y atender el hecho de que, tal como lo experimentó el Derecho Romano en el último siglo antes de Cristo, la crisis es momento de oportunidad y crecimiento. De esa manera será posible afirmar que es precisamente esa ausencia de tranquilidad y orden en el desarrollo de la ciencia jurídica, lo que puede llevar a los juristas a generar soluciones justas a problemas reales, teniendo de su lado el pensamiento y el ejemplo de los grandes que nos precedieron e insuflaron vida en el Derecho: los romanos, a quienes, por tanto, es obligatorio estudiar y comprender mejor porque tal como lo menciona Schiavone, "tenemos la obligación de interrogarnos a fondo sobre el sentido de nuestro pasado, y el espesor y la cualidad de nuestras raíces".³⁰

²⁹ *Ibidem*, pp. 349-50.

³⁰ *Cfr.* Schiavone, *op. cit.* p. 37.

Método de Investigación

La forma para la elaboración del presente trabajo de investigación se ciñe a los *Lineamientos y criterios del proceso editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* vigentes.

En relación con los métodos, cabe mencionar que se parte de la base de que el Derecho es una ciencia interdisciplinaria,³¹ puesto que en su creación, estudio y comprensión cooperan otras disciplinas.

Lo anterior considerando que las condiciones internas para la constitución de una ciencia del derecho atienden a la constitución del objeto mismo del derecho y de una teoría jurídica específica derivada de dicho objeto de estudio. Por su parte, François Ost reconoce como condiciones externas a todas las otras ciencias que en su desarrollo inciden en la problemática que el derecho pretende resolver.³²

En efecto, abandonando la teoría clásica que abstrae al derecho de toda realidad social (iuspositivismo) o que lo inserta en una serie de reglas o principios sin importar si los sujetos coinciden con ellos o los comparten (iusnaturalismo), Ost analiza que “la realidad en la que se desarrolla cualquier teoría del derecho, “ha sido y será una realidad compleja, así como lo son los sujetos que actúan y que crean esa realidad”.³³ En el estudio del contenido central de la teoría del Derecho propuesta por François Ost:

³¹ Se conoce como interdisciplinaria a la cualidad de interdisciplinario (es decir, aquello que se lleva a cabo a partir de la puesta en práctica de varias disciplinas). El término, según se cuenta, fue desarrollado por el sociólogo Louis Wirtz y habría sido oficializado por primera vez en 1937. La interdisciplinaria supone la existencia de un grupo de disciplinas relacionadas entre sí y con vínculos previamente establecidos, que evitan que se desarrollen acciones de forma aislada, dispersa o segmentada. Se trata de un proceso dinámico que pretende hallar soluciones a diferentes dificultades de investigación. Información consultable en: [definicion.de Interdisciplinaria](https://definicion.de/interdisciplinaria/)
<https://definicion.de/interdisciplinaria/>

³² Altamirano Martínez, Rosa María, *et. al.* “François Ost. Una teoría interdisciplinaria del Derecho”, s.e. s.a., p. 1-31.
<https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/cursosesp/2016/Diplomadoresambiental/Material/Mariaconsuelo/Teor%C3%ADa%20interdisciplinaria%20del%20derecho.pdf>

³³ *Idem.*

El objeto de estudio de derecho es un objeto humano y social, de ahí que para su creación se tengan que articular discursos de distintas disciplinas. Así, en la fase de creación del derecho, el jurista elaborará su objeto de estudio según los métodos y conceptos aprobados por la dogmática jurídica.

Pero en un segundo momento ese objeto se pone en perspectiva con otras disciplinas que aportan al jurista conocimientos, experiencias, problemáticas y necesidades atinentes al propio objeto de estudio. El lenguaje de esas ciencias debe ser articulado por el jurista; es decir, éste se convierte en un traductor que vincula y armoniza diversos discursos para hacerlos confluir en un nuevo objeto de la ciencia del derecho.

Lo anterior no significa que el jurista se aparte de un método jurídico riguroso que tiene sus propios procedimientos y sus propios conceptos, la finalidad es interactuar con otros conocimientos, con otras disciplinas para hacer al derecho útil.³⁴

Cabe resaltar que en esta línea de pensamiento, Rafael Alvira da por hecho la interdisciplinariedad del Derecho dentro de lo que llama “pluralidad de subsistemas sociales” y al respecto señala:

Entiendo por persona un ser que es, en la misma medida, individuo y relación; esencialmente individuo y esencialmente relación. Con la expresión “esencialmente relación” quisiera señalar el hecho de que la relación no es algo añadido o accidental.

La dignidad del hombre radica en su libertad; pero la libertad significa, en la misma medida, autonomía y heteronomía, ser absoluto y relativo al mismo tiempo.³⁵

En este contexto, el Derecho guarda relación con trascendentales sociales que son distintos modos de consideración del obrar humano, que siempre aparecen inevitablemente de una manera inmediata en toda acción social, entre los que destaca la historia, relacionada con el tiempo.³⁶

En Ost las cuestiones internas para la constitución de la ciencia jurídica atienden al objeto mismo del derecho, mientras que las externas se refieren a todas

³⁴ *Idem.*

³⁵ Alvira Domínguez, Rafael, “Intento de clasificar la pluralidad de subsistemas sociales, con especial atención al derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, No. 33, 1995, pp. 41-52. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32541>

³⁶ *Cfr. Idem.*

las otras ciencias que inciden en el tema abordado por el derecho, y es ahí donde surge la interdisciplinariedad del mismo.³⁷

Manuel Atienza, jurista contemporáneo, también se decanta por el reconocimiento de la interdisciplinariedad del Derecho, señalando que “la Historia del Derecho como la sociología jurídica, la antropología jurídica o la psicología jurídica caen dentro del campo de alguna ciencia humana. Ello asegura, por un lado, su cientificidad, al poder utilizar métodos y al configurarse, en definitiva, como ramas de disciplinas cuyo carácter científico no se discute en general”.³⁸

Paolo Grossi nos invita a:

No permitir que el Derecho siga identificándose sólo con la ley, con mandatos imperativos de origen políticos y ajenos a la cultura que lo circundada, porque eso no es nuestra ciencia, misma que debemos liberar empezando por conocer su historia, porque el fatigoso pero incesante devenir cotidiano nos afecta a todos.³⁹

Reconociendo el carácter esencialmente interdisciplinario del Derecho, cuyo surgimiento sucedió necesaria y simultáneamente con el *Ius* en Roma clásica;⁴⁰ y considerando que tal como lo estableció García Gallo, “el modo de concebir y elaborar la ciencia de la historia del Derecho no puede quedar al arbitrio del estudioso”, sino que le viene impuesto por el objeto de que se ocupa, los métodos utilizados para este trabajo de investigación son los siguientes:⁴¹

a) Método racional lógico. Honrando el método heredado por los juristas romanos, por lo que al Derecho se refiere se seguirá el método lógico deductivo e

³⁷ Cfr. Altamirano Martínez, Rosa María, *op. cit.*, p. 12.

³⁸ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, España, Fontamara, 2007, p. 258.

³⁹ Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 21.

⁴⁰ La interdisciplinariedad del *Ius* es factual, y se comprueba a través de la influencia de las diferentes fuentes reales o materiales porque, tal como antes se ha citado, el concepto formal es moderno y su sentido resultaría anacrónico para la etapa que nos ocupará y se probará a través de esta investigación.

⁴¹ Cfr. Pérez De los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano, vol. I*, México, Oxford University press, 2022, p. 12-16.

inductivo, propios de la ciencia práctica o *ars* que fue el *Ius*, durante la época clásica de la Roma antigua.

Análisis, diáresis y síntesis de las fuentes reales para conocer sus alcances en la generación del *Ius*.

b) Método histórico o evolutivo. Se realizará el estudio de los cambios jurídicos operados en la sociedad romana a partir de las diversas circunstancias a las que dicha sociedad se vio expuesta desde las XII Tablas hasta el surgimiento del *Ius* con Escévola, circunstancias que fueron las fuentes materiales de su Derecho.

c) Método cronológico. Se establecerá claramente la periodización en la que se encuadra la presente investigación a partir de la propuesta por Álvaro d'Ors, trabajando con fuentes históricas primarias y de la doctrina romanista de primer nivel para datar los acontecimientos que marcaron el desarrollo del *Ius* en Roma.

d) Método descriptivo. La investigación enfatizará en narrar con la mayor precisión y concisión posible, los hechos de impacto jurídico, atendiendo a las fuentes históricas que aporten mayor veracidad.

e) Método comprensivo. Se buscará siempre la causalidad y las consecuencias de las fuentes reales que no son otra cosa sino hechos históricos que impactaron directamente en lo jurídico de la antigua sociedad romana, con el fin de desentrañar, en la medida de lo posible, qué características tenían los romanos que les permitió generar el *Ius*, entendiendo que éste es un producto de la interdisciplinarietà de la época, de la sapiencia de los juristas y del sentido de utilidad y practicidad tan propio de los romanos. Sentido práctico que los llevó a tomar todo aquello que les resultaría conveniente. De esta manera, hicieron suyos diversos aspectos clave del helenismo, que redundaron en la perfección perenne de la creación del *Ius*, fue condición de posibilidad para que alcanzaran lo que

llamaremos “*el mundo de las ideas jurídicas*”, precisamente las ideas paradigmáticas y estables que dieron al derecho su condición de ciencia.

f) Método integral de historia externa del Derecho. Este trabajo es un estudio a fondo pero panorámico del surgimiento del *Ius*, Es decir, del sistema jurídico romano clásico, que no busca ni pretender historiar alguna institución en específico y en cambio hace hincapié en la historia intelectual o de las mentalidades, a partir del rescate de las circunstancias que permearon el pensamiento de los juristas romanos clásicos, representados en esta historiografía jurídica por Quinto Mucio Escévola el Pontífice.

En el campo de la Historia del Derecho, a partir del estudio de las relaciones de causalidad, nos apoyaremos en los principales fenómenos que se vincularon con el surgimiento del *Ius* y que se conocen como fuentes reales o materiales del Derecho, mismas que se rescatarán a partir de escritores contemporáneos de los juristas clásicos tales como Marco Tulio Cicerón, Polibio, Dionisio de Halicarnaso y Tito Livio, entre otros, así como del pensamiento y aportaciones de grandes romanistas, historiadores y *Ius* filósofos de todos los tiempos.

Lo anterior, considerando el dicho de Iglesias:

La conciencia común del pueblo es la engendradora del Derecho, y nunca dimisionaria de ello, dada su peculiaridad, su castiza manera de entender lo jurídico.

Ciertamente al común popular el tema del Derecho le tiene hiperestasiado. En Roma, se vive al aire libre *-in luce-*. En esa gran plaza que es Roma, metida toda en ese “centro del centro” que es el Foro, tiene lugar la discusión jurídica *-la disputatio fori-*, con superior intervención de los expertos pero no ajena a los oídos de cualquier ciudadano.⁴²

⁴² Iglesias, Juan, *Las fuentes del Derecho Romano*, España, Civitas, 2016, p. 28.

Introducción

Ha quedado sentado que en la actualidad el estudio de la ciencia jurídica exige el reconocimiento de su interdisciplinariedad, y el consecuente análisis de diversas materias que impactan en la construcción de la norma jurídica, como es el caso de la Historia del Derecho.

El punto de partida de la Historia del Derecho es lo sucedido en Roma antigua,⁴³ escenario que servirá de marco para esta investigación que pretende analizar precisamente ese momento histórico y específico en el que nació el derecho concebido como ciencia, recibiendo el nombre de *Ius*.

Es trascendental historiar ese momento en el que los romanos enriquecidos por la inspiración griega de la que fueron herederos, “iniciaron la autonomización del derecho en cuanto disciplina científica, y en cuanto *scientia* o episteme, a través de un proceso histórico que se conoce como *Ius redigere in artem*, es decir, el proceso por el cual el derecho pasa a convertirse en arte en el sentido de técnica o ciencia práctica”.⁴⁴

Considérese que “la historia del derecho es una disciplina que se ocupa del fenómeno jurídico en perspectiva histórica”;⁴⁵ e historiar el derecho tiene como finalidad proveer a quien le estudia de mayores elementos que le permitan valorar su importancia, facilitando su análisis y comprensión.

Tratándose de la Historia del Derecho Romano en particular, coadyuva al conocimiento del modo de ser jurídico que nos ha determinado, considerando que

⁴³ Cfr. Arenal Fenochio, Jaime del, *Historia Mínima de el derecho en Occidente*, México, el Colegio de México, 2016, p. 21.

⁴⁴ Cfr. Ferreira Da Cunha, *Fundamentos del Derecho. Iniciación filosófica*, trad. Milagros Otero Parga, México, Porrúa, 2015, p. 61. A efecto de comprender el sentido de la palabra “arte” o “técnica” en la connotación grecorromana se ha incluido en el apartado de Base Conceptual un apartado denominado *Iuris prudentia* o ciencia jurídica.

⁴⁵ González, María del Refugio, *La historia del Derecho... cit.* p. 219.

comprenderlo es comprendernos, toda vez que uno de los pilares esenciales de nuestra tradición jurídica es el Derecho Romano.

Al respecto José de Jesús Ledesma establece que:

El Derecho se encuentra inmerso en el tiempo como todas las criaturas y evoluciona a pesar de que en su soporte permanece inalterado: los principios vinculantes de la razón y por tanto de la ética, que son permanentes.

No debe perderse de vista que la historia jurídica es una disciplina que procede con método histórico a partir de sus fuentes. Por ello, se ha considerado, con razón, que se trata de una asignatura auxiliar y fundamental del Derecho. Para el jurista, resulta necesario conocer el “antes” para explicarse el “después” y también para poder percibir los cambios que se avecinan, aun teniendo en consideración la libertad humana que imprime a los sucesos históricos su singularidad irrepetible.⁴⁶

Continúa señalando:

Del mismo modo que la historia jurídica mira y escudriña al Derecho desde la óptica del tiempo, el *ius-comparatista* lo hace respecto de derechos vigentes, a partir del espacio. Se trata por tanto de un ejercicio científico de enorme valor por el conocimiento que ofrece de la experiencia humana.⁴⁷

La genialidad del Derecho Romano está respaldada por una larga y prolífica historia de más de veinte siglos, convirtiéndolo en un cimiento *sine qua non* de la ciencia jurídica y generándole un prestigio indiscutible, que lo hace digno merecedor de seguir siendo estudiado e investigado desde diferentes perspectivas, porque algo tan grande como el Derecho Romano siempre tiene más por decir.

Rudolf von Ihering puntualiza las aportaciones del Derecho Romano al señalar que “su influencia no se limita a las instituciones, sino que nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, en pocas palabras toda nuestra erudición jurídica es romana. Con la salvedad de que se

⁴⁶ Ledesma, José de Jesús, *El cristianismo en el Derecho Romano*, México, Porrúa/UIA, 2007, p. 15.

⁴⁷ *Idem*.

pueda llamar romana a una verdad universal, aunque fueran los romanos quienes tuvieran el mérito de desarrollarla hasta su último grado de perfección”.⁴⁸

La obra jurídica romana perdió irremediablemente la vigencia formal con la caída de Roma en Occidente (476) y en Oriente (1453), pero “su fuerza civilizatoria se sigue proyectando hasta nuestros días a través de la historia del derecho”.⁴⁹

Aunada a la importancia *per se* del Derecho Romano, es relevante comentar que en la actualidad existe una tendencia mundial en torno a la recuperación de los clásicos, habiendo ya solicitudes⁵⁰ a la UNESCO para que declaren Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad el latín, el griego y la cultura clásica; siendo que el Derecho Romano sin duda es parte esencial de ésta última.

Lo anterior desemboca en la exigencia de recuperar a los clásicos y sus aportaciones, con la consecuente responsabilidad de plantear esquemas efectivos para su enseñanza y aprendizaje óptimo.

Es de tenerse en cuenta, tal como lo sostiene José Antonio Lozano Díez, que “el conocimiento como valor, entendido como recurso económico en la sociedad del conocimiento ha cambiado la perspectiva que se tenía de los centros de estudio en los últimos ciento cincuenta años. Por ello es necesario fomentar en los futuros

⁴⁸ Cfr. Von Ihering, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano*, abreviatura por Fernando Vela, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 32.

⁴⁹ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia mínima... cit.* p. 48.

⁵⁰ “El Consejo Rector de Casa Mediterráneo decidió Por unanimidad, El 28 de julio de 2022, apoyar la solicitud de que la UNESCO declare el latín, el griego y la Cultura Clásica Patrimonio Cultural Inmaterial de La Humanidad y, a tal efecto, solicita al Ministerio de Cultura que realice las gestiones administrativas y diplomáticas pertinentes para lograr tal inscripción”. Información consultable en Selat.org. Agosto, 2022. <https://selat.org/el-consejo-rector-de-la-casa-mediterraneo/?fbclid=IwAR30zPmEf8pliRX3KMs2C3E-xf3-I6fbJOFyDy2uQUbWSvAmbHyOFId7Lnk>.

“La Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste secunda el apoyo y el impulso de Casa Mediterráneo para que la UNESCO declare el Latín, el Griego y la Cultura Clásica Patrimonio Cultural Inmaterial de La Humanidad, en el acto de clausura del curso ‘Elio Antonio de Nebrija: De Extremadura a América’ celebrado en Guadalupe Del 27 al 29 de Julio de 2022. Información consultable en Selat.org. August, 2022. https://selat.org/la-fundacion-academia-europea-e-iberoamericana-de-yuste/?fbclid=IwAR2Dal-hiKMTIlyzglTBjdH9BnbWQLf8hFhj1AVMyoGUg6Z_0MtTrn5CINKg.

profesionistas una visión más dúctil del derecho, que superando el criterio estrictamente normativo sean capaces de resolver los problemas de la *praxis* de forma más acertada y completa”;⁵¹ tal como en su tiempo lo hicieron los jurisprudentes romanos. Estableciendo criterios, pero no recetas.

Historiar el Derecho Romano es el principio más noble y eficiente para transmitirlo a las nuevas generaciones de futuros juristas, sin que dicha propuesta constituya un método pedagógico novedoso, pues sólo consiste en seguir, actualizar y practicar el método que el jurisperito Gayo reconoció, y que coincide con lo previsto por la escuela histórica (específicamente con el pensamiento de von Ihering) y con lo propuesto por Aldo Schiavone en su obra intitulada *Ius*: la invención del derecho en Occidente.

La base de dicho método es considerar al Derecho, y en este caso al *Ius* como un producto histórico y social, cuyo estudio debe iniciar con la historia jurídica del pueblo romano que aportará elementos para penetrar en el análisis de las instituciones jurídicas que crearon y han tenido valor imperecedero.

El *Ius* como *ars* surgió en la época clásica misma que abarca los años 130 a.C. a 230 d.C., gracias a la aparición y actividad de los juristas *patres* entre los que destacó Quinto Mucio Escévola el Pontífice o el sistematizador; el *Ius* se alimentó del derecho antiguo (principalmente contenido en las XII Tablas) y de diversas circunstancias sociales, territoriales, políticas, militares, económicas y culturales que durante siglos Roma supo nutrir y crecer en su beneficio. Dichas circunstancias influyen en el contenido de la norma jurídica y por ello se denominan fuentes reales o materiales y, como hemos dicho, otorgan naturaleza interdisciplinaria al Derecho.

Con base en lo anterior, es conveniente iniciar el estudio del Derecho Romano con su historia y la del pueblo que le dio origen, debiendo, por tanto, prestar

⁵¹ Cfr. Hernández Franco, Juan Abelardo, *et. al. Nuevos perfiles de la educación jurídica en México*, México, Porrúa/UP, 2006, introducción, p. XII.

atención a esas fuentes reales o materiales, con el fin de abonar en la posterior comprensión de múltiples instituciones jurídicas creadas por los jurisprudentes romanos y de la grandeza en general de la obra jurídica romana, que se nos legó esencialmente en el Digesto de Justiniano.

Atender a las referidas fuentes reales, tendrá también el beneficio de matizar, tal como lo sugiere Schiavone, la excesiva utilización del Digesto como única experiencia histórica a partir de la cual puede observarse al *Ius*.

Esta Historia del Derecho se centrará en el surgimiento del *Ius* en Roma, a través del recorrido por sus fuentes reales o materiales, o de lo que acertadamente ha sido nombrado por Rafael Alvira⁵² como “pluralidad de subsistemas sociales”, en donde la historia es un “trascendental social” porque siempre aparece de manera inmediata en toda acción social, al igual que la civilización, la educación y la cultura.

La comprensión de la idiosincrasia de los romanos clásicos y del mundo en el que vivieron, ayuda a generar un ambiente propicio para el estudio de su derecho, flexibilizando su análisis con el fin de que quien le estudie lo haga con verdadero interés porque así le resulta más digerible. Cuando se tiene el conocimiento de la causa, en este caso del pueblo romano, puede comprenderse mejor su derecho.

La historia permite generar un marco de referencia que coadyuva a la comprensión de diversas instituciones jurídicas y a la naturaleza misma del Derecho nacido en Roma como una ciencia práctica interdisciplinaria, esencialmente inductiva.

Esto es trascendental, porque el modo de pensamiento de los juristas romanos, denominado “método” es uno de sus principales legados y a través del conocimiento y aplicación del mismo, se cumple uno de los deberes del jurista que consiste en saber transformar la cantidad de datos asimilados en información útil,

⁵² Cfr. Alvira Domínguez, Rafael, *op. cit.* pp. 41-52.

debiendo saber fungir como un creador de mapas de redes neuronales, en atención a que el principal problema de la educación jurídica no es la falta de conocimiento, sino de un conocimiento que nos indique cómo operarlo. En palabras de Edgar Morin, “el problema no es la falta de conocimientos, sino los modos de conectar los conocimientos”.⁵³

Considerando lo anterior, es importante mencionar que al historiar el surgimiento del *Ius* a partir de sus principales fuentes reales, destaca un aspecto que incidió directa y trascendentalmente en la civilización romana, en su cultura, educación y en todas las categorías sociales, políticas y jurídicas del momento. Dicho aspecto fue el helenismo que merece ser tratado enfáticamente a fin de comprender a fondo la influencia que tuvo en el surgimiento del *Ius*, pues, entre otras cosas, abonó grandemente a la construcción del método de los juristas romanos.

Es de perogrullo decir que el encuentro grecorromano originó las bases del pensamiento Occidental en todos los ámbitos del quehacer humano, incluyéndose el Derecho, que se vio especialmente favorecido por el helenismo y la aportación de las disciplinas filosóficas magistralmente desarrolladas por los griegos, las cuales fueron el ingrediente que ayudó a generar el método de pensamiento de los juristas basado en la dialéctica.

Expuesto lo anterior, cabe exponer con claridad que el objetivo central de la presente investigación es llevar a cabo un análisis histórico del Derecho Romano clásico y sus elementos formativos o fuentes reales con énfasis en el helenismo y sus principales aportaciones, en el entendido de que para tal tarea es menester hacer una reconstrucción histórica lo más plena posible, con miras a obtener una clara visión de la realidad que vivieron los *patres* fundadores del *Ius* a través la figura

⁵³ Cfr. Hernández Franco, *op.cit.* p. 61.

de Quinto Mucio Escévola el sistematizador y de la obra legada por Marco Tulio Cicerón.

A partir de dicho análisis, será posible comprender los elementos esenciales que infirieron en la edificación jurídica sempiterna que hasta el día de hoy define de modo importante los sistemas jurídicos occidentales, incluyendo el mexicano.

De esa ciencia jurídica romana es menester tener en cuenta que surgió en el ámbito de la práctica (de ahí que se le considere un *ars* o *techné*), alimentándose de realidades y nunca encapsulados en una ley rígida, ni dependiendo de una norma escrita y difícilmente mutable. En este sentido es necesario tener en cuenta que en la historia resulta trascendental el análisis diacrónico, toda vez que los anacronismos pueden provocar graves malinterpretaciones.

La ciencia del derecho vio la luz por primera vez como un producto derivado de la necesidad de encontrar soluciones justas a problemas reales, muy lejano al deseo de legislar —entendido como acto político—. Lo hizo reconociendo y valorando la norma jurídica existente y buscando siempre su adaptación a los requerimientos humanos que eran percibidos por el jurista a través de las multicitadas fuentes reales, logrando hacerlo de una manera impecable al grado de alcanzar el mundo de las ideas jurídicas.

Schiavone establece que “la cognición del *Ius* no afloraba en otro lugar, sino en la resolución de los problemas concretos, en el afrontar las necesidades particulares de la comunidad”.⁵⁴ Dicho de otro modo, la construcción del sistema jurídico romano fue resultado de un hábito: una práctica diaria de los juristas al impartir justicia. Y ¿qué es la justicia si no una virtud, que en el sentido griego del término requiere precisamente de su constante ejercicio para hacer de ella un hábito y estar entonces en condiciones de alcanzar su objetivo, que no es otro que el bien entendido como sabiduría?

⁵⁴ Schiavone, *op. cit.* p. 97.

Tal como Álvaro d'Ors lo señala "si por Derecho Romano entendiéramos simplemente el estudio de las instituciones jurídicas de la antigua Roma, el tema carecería de sentido problemático, y no merecería ser especialmente tratado aquí..."⁵⁵

Recuperando las ideas de Jaime del Arenal, "esta investigación busca observar históricamente el desenvolvimiento que tuvo el derecho en la Roma clásica –específicamente en la etapa de su gestación y surgimiento–, contemplando el desenvolvimiento de las ideas, el pensamiento y las mentalidades que nutrieron o crearon las instituciones jurídicas. El hilo conductor ha de buscarse, pues, en una de las fuentes del Derecho estrechamente vinculadas con las ideas, el pensamiento y la mentalidad".⁵⁶

Considerando entonces que "el historiador del derecho debe navegar por otras áreas sin aislarse en el saber jurídico para evitar el riesgo efectivo de elaborar una historiografía jurídica poco abierta e incluso estéril",⁵⁷ se pretende analizar el entorno en el que surgieron los juristas, orquestadores materiales de la ciencia del Derecho. Sobre todo indagar qué fue lo que modificó y nutrió su pensamiento para que llegaran a la eminente construcción jurídica, que hasta el día de hoy se estudia y enseña en las facultades de Derecho.

En primer lugar buscamos lo que los juristas sabían de su cultura jurídica; y en segundo término, lo que aprendieron para nutrirla y dar paso a la edificación científica jurisprudencial.

En la línea de pensamiento de Paolo Grossi, seguida también por Marcelo Fonseca, se pretende que esta historiografía jurídica no sea sólo una construcción retrospectiva de la línea del tiempo del Derecho (que inicia precisamente en Roma

⁵⁵ d'Ors, Álvaro, "*Filología y Derecho Romano*", Sociedad Española de Estudios Clásicos (Tirada aparte de "Actas del Segundo Congreso Español de Estudios Clásicos". - Madrid, 1961). Imp. VDA. DE C. BERMEJO, 1964 p.193.

⁵⁶ Arenal Fenochio, *Historia mínima...*, *op. cit.* p. 14.

⁵⁷ *Cfr.* Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 37.

clásica), con la finalidad mal encubierta de situar el presente en un punto de llegada inevitable de todo el proceso de preparación y de perfeccionamiento histórico. Es decir, “se busca abonar a la liberalización de la historiografía jurídica de su visión meramente introductoria (y, en cierto sentido, servil) de la dogmática jurídica”.⁵⁸

El análisis del pasado del Derecho, al afirmar la historicidad que es inherente al mismo, sirve para demostrar a los juristas de las áreas de la “dogmática jurídica” que sus saberes, para ser bien practicados, dependen fundamentalmente de un análisis diacrónico responsable, para no ser una mera introducción histórica anacrónica.⁵⁹

Los juristas romanos, entendieron antes que nada su tiempo, sus orígenes, la evolución de sus circunstancias, aceptando desmitificar el formalismo jurídico que se había vivido en el pasado, lograron encontrar nuevas formas de pensar y actuaron desde el plano racional y secular del *ius* y de la *iustitia*, a partir del conocimiento real de su pasado, de su presente y contextualizando sus realidades, y fue así como generaron el *ius*.

Conscientes y responsables de su época, conocedores de los principios gestados en la misma, pero también de la *lex*, y de las demás fuentes formales del derecho, “los jurisperitos fueron hombres cultos que ampliaron, construyeron e inventaron soluciones a conflictos reales, soluciones calificadas siempre como justas, pero también como prácticas, realistas y adecuadas a sus particulares concepciones de la persona y de la sociedad de entonces, siempre cambiante, y conforme a la mentalidad colectiva que priorizó el *ius* sobre la *lex*, es decir, la razón sobre el poder”.⁶⁰

Si nadie duda que el Derecho como ciencia nació en Roma, una innovación de los romanos y constituye una forma transmitida a la Modernidad que muy pronto

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 38.

⁵⁹ Cfr. *Idem*.

⁶⁰ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia mínima...*, cit. p. 16.

se convirtió en una de sus características insustituibles: “una forma inventada por los romanos”,⁶¹ y además convenimos en que para la construcción del referido orden justo, se requirió de un especial conocimiento, es menester profundizar en el estudio del referido conocimiento. Primeramente, entendiendo lo que sabían y vivían quienes lo concibieron, para después, a través de mayores elementos que permitan analizar aquello que crearon e inventaron, estar en condiciones de seguir para rescatar lo que nos sea útil del sempiterno paradigma romano.

Ahora bien, tal como lo establece Álvaro d’Ors:

Al referirnos al Derecho Romano podemos y debemos entender algo que no cabe en un simple estudio de *realia*, ya que, como es de todos sabido, el Derecho Romano constituye una tradición intelectual siempre activa, que ha servido para configurar hasta nuestros días la mentalidad jurídica de los pueblos europeos o europeizados, lo que equivale a decir del orbe occidental.⁶²

Con el fin de dar cabal cumplimiento a los objetivos planteados para esta investigación, se seguirá el siguiente orden:

Presentar un apartado denominado Base Conceptual para aportar elementos suficientes que permitan al lector familiarizarse con los términos que constituyen la base fundamental para el desarrollo de este trabajo.

En el primer capítulo se atenderá la importancia de historiar el Derecho Romano, conceptualizándolo y delimitando qué es lo que se debe entender por Historia, Derecho Romano e Historia del Derecho Romano.

Lo anterior es considerando que “la lección del historiador consiste en llamar la atención del jurista actual sobre el íntimo carácter sapiencial del derecho en culturas diferentes a la consolidada en el culmen de la edad moderna”,⁶³ específicamente en Roma antigua.

⁶¹ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 15.

⁶² Cfr. d’Ors, Álvaro, *Filología y Derecho ... cit.* p. 193.

⁶³ Cfr. Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 17.

Para cumplir con ello, se acudirá a la identificación del término de fuentes reales o materiales, y a la importancia que las mismas tienen para la Historia del Derecho.

Se establecerán los límites a los que se enfrenta esta investigación historiográfica, así como la periodización que se seguirá en la misma, con las debidas prevenciones que ello implica, para finalizar destacando la pervivencia e importancia que en la actualidad cobra para los estudiosos del Derecho el estudio del Derecho Romano clásico desde su perspectiva histórica, en una visión que busca ampliarse más allá de los límites del Digesto.

En el segundo capítulo, acudiendo a la guía de las fuentes reales, se desarrollará el nacimiento de Roma, desde un breve análisis del mito creacional y la leyenda, llegando hasta la constitución de su primer hito jurídico que se materializa en las XII Tablas. Revisaremos el contenido y procedimiento decenviral por ser trascendental en la magna creación jurídico-romana, constituyendo la principal fuente del *ius civile*.

Es de destacar que este capítulo se fundamentará en el pensamiento del jurista Gayo, quien deja clara constancia de la trascendencia que tiene la historia para el estudioso del Derecho, una historia que es necesario analizar desde sus orígenes. Es decir, desde Roma.

En el tercero de los capítulos, y sin abandonar la guía de las fuentes reales, se analizará cómo fue la evolución del vetusto *ius civile* decenviral, hasta lograr su conversión en un derecho racional de la mano de los juristas y de la magistratura republicana conocida como "pretura". Ello tiene como fin comprender el bagaje histórico y cultural que formaba el patrimonio de los primeros juristas, entendiendo que la ciencia jurídica, cuyo nacimiento sucedió en Roma, surge siendo práctica, flexible, oportuna, realista y lógica.

La finalidad es comprender al *Ius*, como manifestación primaria de la más elevada cultura de la época, que implicó la polimatía de sus creadores y resultó en la interdisciplinariedad del *Ius*, desarrollada a la luz del helenismo.

En el cuarto y último capítulo, contando con un marco histórico lo más cercano posible a la realidad que tuvieron los jurisperitos, se detallará desde la perspectiva histórico-jurídica el encuentro de Roma y Grecia, dos mundos que cambiaron el destino de la humanidad y que se puede ver, desde la percepción del célebre poeta Horacio, como una doble conquista, que resultó altamente benéfica para los miembros de la sociedad romana, entre los que destacan los jurisperitos:

“Graecia capta ferum victorem cepit et artes intulit in agresti Latio”.⁶⁴

Se abstraerá el helenismo como corolario de ese encuentro cultural, que lo convierte en una de las fuentes reales o materiales más trascendentales en el surgimiento del *Ius*.

Después se procederá a destacar las principales manifestaciones helénicas que se reflejan en aspectos culturales que modificaron el derecho, tales como la escritura, la literatura y la lengua griega; así como la trascendencia que las aportaciones de la filosofía helena, específicamente el método dialéctico, tuvo en la creación de los juristas romanos.

El estudio de esas manifestaciones allanará el camino para centrarnos en la transformación que tuvo el pensamiento de los *patres* del *Ius* a partir del contacto con el helenismo, se pondrá especial atención en la figura del jurista Quinto Mucio Escévola el Pontífice, desde la óptica de diversas fuentes entre las que destaca la obra de Marco Tulio Cicerón. Todo ello con el fin de desembocar en lo que el jurista,

⁶⁴ “La Grecia capturada tomó al feroz vencedor e introdujo las artes en el rústico Lacio”, trad. de la Dra. Martha Patricia Irigoyen Troconis. Horacio escribe esta frase que sintetiza magistralmente la influencia helena en Roma, lo hace, en la Epístola II.1. versos 156-157, que dedicó a Augusto, a petición del mismo emperador.

historiador y filósofo del derecho Rudolf von Ihering llamó “el Mundo de las Ideas Jurídicas”, que podría ser considerado como una de las más grandes aportaciones de Roma al mundo jurídico occidental, según la obra del propio von Ihering y de Aldo Schiavone.

La idea central es plantear el contexto en el que los primeros juristas vivieron y que determinó su creación, iniciando desde lo que entonces era la historia de su derecho, como de todos los acontecimientos que fueron determinando su *modus vivendi* y *operandi*.

Con base en lo anterior y tal como ya se ha mencionado, la presente investigación parte de la elaboración de una historiografía jurídica para que, siguiendo el criterio de Gayo de atender la importancia de las fuentes reales, se tengan elementos suficientes a fin de probar la hipótesis que consiste en que el Derecho Romano clásico o *Ius* surgió como una ciencia práctica interdisciplinaria, en cuya creación el helenismo y sus principales manifestaciones fueron trascendentales. Todo ello permitirá al lector comprender en dónde radica la esencia de la perennidad del *Ius*, a fin de aportar mayores elementos para una comprensión amplia del Derecho Romano, más allá de la experiencia del Digesto.

Concluyendo la presente introducción y a efecto de cimentar el inicio de la investigación, a continuación se cita a Rudolf von Ihering y a Gayo respectivamente:

No hay modo de entender el derecho de un pueblo y una época abstrayéndose de su fondo viviente, de su correlación con la vida real. Es una lástima que los historiadores profanos no se hayan ocupado más del Derecho Romano, porque ellos no aislarían las abstracciones y fórmulas jurídicas de toda la vida del pueblo romano como hace el jurisconsulto, que atiende exclusivamente al aspecto jurídico, al contenido dogmático y cuyas fuentes son también de ese carácter, por la sencilla razón de que los autores de aquella época escribían para sus contemporáneos y no para los historiadores futuros y, por tanto, no necesitaban presentar el espectáculo del conjunto de la vida romana, ya que ésta era conocida de todos. En resumen, que en lugar de la historia del derecho tenemos *Institutas* o *Pandectas* de los diversos períodos de la historia romana, exposiciones de reglas aplicables por un juez de aquella época que no pueden hacernos comprender la vida jurídica del pasado. En consecuencia, la historia del Derecho Romano no puede limitarse a

formular la teoría romana como lo haría un jurisconsulto romano, ya que éste ha pasado en silencio muchas cosas porque para sus lectores eran superfluas. **El historiador ha de poner de manifiesto por medio de otras fuentes lo pasado en silencio.**⁶⁵

Señala Gayo que:

Al tener que hacer la interpretación de las leyes antiguas, he creído necesario **remontarme primero a los orígenes de Roma**, no porque quiera escribir extensos comentarios, sino porque estimo que, **en todas las cosas, es perfecto lo que consta de todas sus partes**. Y, ciertamente, **el principio es la parte más importante de cualquier cosa**. Por otro lado, si parece que no es lícito, por decirlo así, a los abogados en el foro, exponer el asunto al juez sin haber proferido un exordio ¿cuánto más inconveniente será para los que prometen una interpretación tratar inmediatamente la materia de la interpretación, omitiendo los comienzos, no mencionando el origen y, por decirlo así, sin haberse lavado las manos? Pues, salvo que yerre, **estos exordios nos conducen con más agrado a la lectura de la materia propuesta y, cuando allí llegamos, facilitan su mejor comprensión.**⁶⁶

Remontarnos a sus orígenes para saber, con la mayor minucia posible cómo se fue fraguando lo que hoy conocemos como Derecho Romano constituye un punto de partida para la investigación; pero un análisis detallado de los antecedentes y del surgimiento del *Ius* nos invita a emular al jurista romano y a rescatar el arte de lo bueno y de lo equitativo a través de la arqueología del saber.

Por último, es importante destacar que la pertinencia del presente trabajo, está sobre todo, en que actualmente no existen investigaciones con la perspectiva aquí propuesta; baste revisar la literatura reciente sobre el tema para constatar el dicho.

⁶⁵ Von Ihering, *El espíritu... cit.* pp. 44 y 45.

⁶⁶ D.1,2,1.

Base conceptual

Existen términos que serán utilizados constantemente a lo largo de esta historiografía jurídica y es conveniente acercarse⁶⁷ a los elementos definitorios de dichos términos.

Esto es con el fin de evitar confusiones, porque se trata en su mayoría de términos equívocos o polisémicos, cuya connotación en muchos casos depende de la época histórica del Derecho Romano a la que se alude. Así, por ejemplo, el vocablo *ius* no significa lo mismo en la época arcaica, que en la clásica o en la del Derecho Romano vulgar.

Para sumar a la correcta comprensión del tema, resulta no solo conveniente, sino necesario, acotar lo que se debe entender por determinados vocablos claves.

1. *Ius*

Para los romanos clásicos “el Derecho nada tuvo que ver con el vocablo *directum*, sino con el *Ius*, que da raíz a la *iustitia*”,⁶⁸ sin embargo es necesario reconocer que, a lo largo de la historia, la traducción al castellano de *ius* es la de “derecho”.

d’Ors establece que:

la palabra “*directum*” (de donde deriva nuestro actual término “derecho”) no procede de la tradición jurídica romana clásica, sino que pertenece al lenguaje vulgar tardoromano, de inspiración judeo cristiana y refleja la idea moralizante de que conducta justa es aquella que sigue el camino recto. La palabra propiamente romana -clásica- es *ius* (de donde la derivación culta “jurídico”, “jurista”, etc.), que significa “lo justo”,

⁶⁷ Se utiliza el verbo “acercarse” porque tal como los juristas romanos lo previeron, las definiciones son peligrosas, pues se corre el riesgo de que no se englobe la totalidad del concepto. D. 50,17,202. *Omnia definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.* (Toda definición en el derecho civil es peligrosa, pues es difícil que no pueda ser alterada). Véase, Irigoyen Troconis, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, México, UNAM, 2005, pp. 23-24.

⁶⁸ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia mínima...*, cit. p. 27.

es decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: por los *iuris prudentes*.⁶⁹

La palabra derecho aparece exactamente cuando el *ius* pierde su vocación práctica y casuística que caracterizó a la época clásica. La norma jurídica asumió de nueva cuenta una forma rígida, debido a la escasez de fuentes formales (derivado de su natural extinción) y se encumbró como única fuente formal al lado de la costumbre. Es decir, la *lex* revestida de la forma de constituciones imperiales emitidas por los emperadores.

Aun con las anteriores consideraciones, el vocablo *ius* exige también de precisión debido a su carácter polisémico. Por ejemplo, en Roma fue utilizado para señalar tanto lo que hoy denominamos derechos objetivos⁷⁰ contenidos en el *ius gentium*, como en el *ius civile*,⁷¹ *ius honorarium* y *ius naturale*,⁷² *ius Romanum*; así como lo que entendemos por derechos subjetivos⁷³ tales como *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius vendendi*, *ius liberorum* o específicos de los ciudadanos romanos como

⁶⁹ d'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed. Pamplona, Eunsa, 1986 §12.

⁷⁰ Cabe aclarar que el binomio “derechos objetivos y subjetivos” es decimonónica. Véase, Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10ª ed. Barcelona, Ariel Derecho, 1992, p. 4. Derecho Objetivo (*norma agendi*). Conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia en sociedad y se imponen a la conducta humana de una forma coactiva. El Derecho objetivo -norma jurídica o *norma agendi*- tiene su fuente principal en el Estado, y se distingue por la coactividad, en cuanto que es dable imponerlo, en caso necesario, mediante el uso de la fuerza. Se caracteriza también por la bilateralidad, esto es, por enfrentar a un sujeto con otro, ordenando a éste que observe respecto de aquél un determinado comportamiento. El vínculo que liga al pretensor y al obligado se llama “relación jurídica”.

⁷¹ I.1,2,1. “Mas el derecho se divide así, civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; más el que la razón natural establece entre todos los hombres, y éste es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes. Y así, pues, el pueblo romano usa también un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres”.

⁷² I.1,2. “Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Más este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo en la tierra y en el mar”.

⁷³ Derecho Subjetivo (*facultas agendi*). Es la facultad, poder o autoridad reconocida a los particulares miembros de la comunidad por el ordenamiento jurídico (*facultas agendi*). Tal reconocimiento importa la tutela de intereses dignos de protección, y fortalece el carácter legítimo de las normas que lo sancionan. Véase, Iglesias, *Derecho ... cit.* pp. 4-5.

*ius postliminium, ius honorum, ius connubium, ius commercium, ius actionis, ius testamenti factio, etc.*⁷⁴

Es importante aclarar que la división entre derechos subjetivos y objetivos es de orden moderno, toda vez que el clásico *ius* no se refería focalmente ni a la norma ni a la facultad, sino a un orden, a un estado de cosas que es el correcto (el justo), por ello era aplicable tanto a un estado de cosas genérico (*ius civile, gentium u honorarium*) como a un estado de cosas específico (*ius utendi o ius fruendi*).

1.1. *Ius civile*

La comprensión del *ius civile* es esencial para cualquier estudio de Derecho Romano privado, pudiendo entenderse en sentido amplio y sentido estricto.

Stricto sensu debe entenderse, como “el antiguo cuerpo de normas que parece surgido con la propia estirpe, y con esa fuerza de razón, que está en la razón misma de las cosas. Pero esa razón –natural, sencilla y geométrica– es metida en forma, quedando prisionera de la formalidad, del rigor y la quietud, y así prohicieron fácilmente las *iniquitates*”.⁷⁵

El *ius civile* en la época clásica fue el derecho rígido, solemne, sacro, riguroso y estricto derivado principalmente de las XII Tablas y del derecho consuetudinario arcaico, que con la expansión romana enfrentó necesidades a las que no pudo honrar debido a sus características, razón por la que surgió el *ius honorarium* de la mano del pretor.

El *Ius Civile, lato sensu*, es el derecho del pueblo romano, de los romanos o de los Quirites,⁷⁶ “que ni se aparta en todo del derecho natural o de gentes ni se

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 94.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 95.

⁷⁶ I.1,2,2. “Mas el derecho civil se apellida con el nombre de cada ciudad, como el de los atenienses; pues si alguien quisiera llamar a las leyes de Solón o de Dracón derecho civil de los atenienses, no erraría. Y así también llamamos al derecho de que usa el pueblo romano, derecho civil de los romanos, o derecho de los quirites por aquel de que se valen los quirites; pues los romanos son

conforma totalmente de él...”⁷⁷ Puede derivar de las costumbres (no escrito) o “dimanar de las leyes, los plebiscitos, los edictos (*ius honorarium*), los senadoconsultos, las constituciones imperiales y la jurisprudencia”.⁷⁸

1.2. *Ius honorarium*

El derecho pretorio fue introducido por los pretores a razón de su utilidad, con el propósito de corroborar, suplir o corregir al derecho de los antiguos o el *ius civile*,⁷⁹ tal como lo manifiesta Papiniano, y no con el afán de criticarlo y/o derogarlo.

Al derecho pretorio, también “se le denomina “honorario”, habiéndose llamado así por el «honor» o <magistratura> de los pretores”.⁸⁰

El *ius honorarium* tuvo como características todo lo contrario del *ius civile*, es decir, fue un derecho casuístico, escrito, flexible, lógico, secular, racional y fue reconocido por el jurista Marciano como “La voz viva del *Ius Civile*”.⁸¹

Fue un orden jurídico que surgió a partir del nacimiento de la pretura urbana (367 a.C.) y principalmente, de la pretura peregrina (242 a.C.), magistraturas republicanas investidas de *imperium* y, por lo tanto, de *potestas* (poder socialmente reconocido) y de *coertio* (facultad de mandar y ser obedecido utilizando, si se precisa, la fuerza), así como de *ius edicendi* (facultad de emitir edictos) y de *iuris dictio* (facultad de decir el derecho, de dar –literalmente crear- la norma aplicable).

apellidados quirites de Quirino. Pero cuando no agregamos el nombre de cuya ciudad sea, significamos nuestro derecho; como cuando decimos el poeta y no añadimos su nombre se sobreentiende de entre los griegos al egregio Homero, y entre nosotros Virgilio”. Cabe hacer la aclaración de que a los romanos se les conocía también como Quirites, por ser descendientes de Quirino, representación deificada de Rómulo, a quien se le consagró el Monte Quirinal; de ahí derivó el sinónimo de derecho quiritario para el derecho civil.

⁷⁷ D.1,1,6.

⁷⁸ D.1,1,7.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ D.1,8.

De lo anterior, deriva su trascendencia para la vida jurídica romana, y para el surgimiento de la ciencia del Derecho, debido a que, la producción edictal principalmente de los pretores⁸² era totalmente casuística (y por lo tanto adjetiva), y requería en muchos casos, del dictamen sapiencial, imparcial y, sobre todo, justo, de los juristas, por lo que jurisprudencia y edictos fueron una mancuerna *sine qua non* para el surgimiento del *Ius*; fuente formal y fuente material actuaron en una sinergia, en pro del surgimiento de la ciencia jurídica clásica romana.

Es importante aclarar que la diferencia entre *Ius civile* y *Ius honorarium*, se perdió en la época post clásica y de vulgarización del derecho, confundiéndose ambos y recibiendo solo el nombre de Derecho Civil.

1.3. *Ius* como *ars* o *techné*

El jurista Paulo, reconoció la polisemia del término *Ius*, al citar que la palabra *Ius* se emplea en varias acepciones: “se llama Derecho al derecho natural, a lo que siempre es justo y bueno; otra acepción se relaciona con lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, el derecho civil; y, no con menos razón, también se llama derecho, en nuestra ciudad, al honorario”.⁸³

En el mismo sentido de la primera acepción pauliana se pronuncia Domicio Ulpiano,⁸⁴ quien, al citar a Celso,⁸⁵ estableció la definición que se debe dar al *Ius* en la época clásica:

⁸² Por ejemplo, también la magistratura republicana conocida como “edilidad curul” estaba dotada de *Ius edicendi*.

⁸³ D. 1,1,11.

⁸⁴ *Domitius Ulpianus* (170-228 d.C.), jurista romano clásico tardío de origen sirio, discípulo y colega de Papiniano, fue maestro de Modestino. Ocupó diversos cargos en la dinastía de los Severos específicamente con Septimio Severo y Caracalla, siendo el último el de Prefecto Pretorio del emperador Marco Aurelio Severo Alejandro (mejor conocido como Alejandro el Severo, quien se desempeñó como emperador del 222 al 235). *Cfr.* Asimov, Isaac, *El Imperio Romano*, trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza, 2013, p. 173 y 175.

⁸⁵ Juvencio Celso (67 - 130 d.C.), fue jurista clásico de la escuela de los Proculyanos durante el gobierno del emperador Adriano (117-138 d.C.). Véase, Iglesias, *Derecho ... cit.* pp. 62 y 94.

Conviene que el que haya de estudiar el Derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra *ius*. Es llamado así por derivar de **justicia** (*iustitia*); pues, como elegantemente define Celso, el *ius* es **el arte de lo bueno y equitativo** (*ius est ars boni et aequi*).⁸⁶

Según lo previsto por Iglesias, la citada definición “responde a un momento histórico específico en el que ha sido superado el viejo formalismo legalista del *ius civile* (derivado de las XII Tablas), descubriéndose la esencia íntima del *ius* en lo que la conciencia social, que obra con toda suerte de datos –económicos, políticos, psicológicos, éticos– tiene por bueno y justo –*bonum et aequum*– y reclama como necesario”.⁸⁷

De la definición de Celso, resulta que el *ius* tiene como principal característica esencial a la justicia, precisamente de donde deriva; pero al mismo tiempo, “el *ius* está llamado para hacer justicia”.⁸⁸ Esto le convierte al mismo tiempo, en medio y en fin; el tema de la justicia, de la equidad y de lo bueno se nos revela como trascendental en la naturaleza y a su vez contenido del *ius*, pues constituye parte de su esencia, y se podría definir como su segmento axiológico.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo que establece Hervada:

Quienes del saber derecho hicieron un arte fueron los juristas romanos; y es de suponer que -si tal hazaña hicieron con el derecho- lo conocerían bastante bien. Por otro parte, es sabido que el genio romano fue eminentemente práctico, poco dado a especulaciones o utopías. Pues bien, son los romanos quienes definieron el arte del derecho como la ciencia de lo justo y de lo injusto.⁸⁹

Como complemento de la definición de Celso, Ulpiano definió cuáles eran los preceptos del *ius*: “vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo”.⁹⁰ Delimitación preceptiva que nuevamente nos refiere a un contenido de carácter axiológico.

⁸⁶ D.1,1,1.

⁸⁷ Cfr. Iglesias, *Derecho ... cit.* p. 95.

⁸⁸ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia mínima... cit.* p. 27.

⁸⁹ Hervada, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho*, España, EUNSA, 2011, p. 28-29.

⁹⁰ D.1,1,10,1.

El *Ius* no es otra cosa que el derecho científico en el sentido de *ars* o *techné* según la propia definición de Celso, creado por los juristas, que conocían no sólo el *Ius civile* y el *Ius honorarium*, sino que además y de manera esencial, practicaban la justicia (como virtud del *Ius*) al dictaminar casos prácticos, reales e incluso inventados por ellos (*quaestiones*).

Los romanos comprendieron que “lo justo es, precisamente, el derecho; decir lo justo es nombrar al derecho porque son lo mismo”.⁹¹

La actividad jurisprudencial en la época clásica se perfeccionó de tal modo, que los dictámenes y demás trabajos realizados por los juristas, nutrían tanto al derecho honorario, como a cualquier acto jurídico de la vida romana.

El *Ius*, referido como el arte de lo bueno y lo equitativo, es al que Pomponio en el *Enchiridion* le da el carácter de ciencia:

La ciencia del derecho civil (*Iuris civilis scientiam*) la han profesado muchas personas importantes, pero ahora se ha de mencionar aquéllas que gozaron de la máxima reputación en el pueblo romano, para que se vea quiénes y cuán calificados fueron los autores de este derecho que hoy tenemos.⁹²

El *Ius* como *ars* es entonces, el sistema⁹³ jurídico creado principalmente⁹⁴ mediante la labor de los jurisprudentes, juristas o jurisconsultos, que también puede ser llamado “Derecho jurisprudencial”, o *Iurisprudentia*, y que fue lo que siglos más tarde, en la época de Justiniano, se compiló en el *Digesto* o *Pandectas*.

Para comprender el concepto vale señalar que el término *Iurisprudentia* deriva de *Iustitia* y *Prudentia*, respecto de la trascendencia que el concepto de esta última virtud tiene en la construcción del *ars*, vale la pena citar a Massini:

⁹¹ Hervada, *op. cit.* p. 30.

⁹² D.1,2,2,35.

⁹³ Entendamos por sistema un conjunto ordenado (evidentemente racional) de elementos, reglas o principios que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí.

⁹⁴ Es importante aclarar que los juristas no son los únicos creadores del *Ius*, ya que actuaban en una intrincada red horizontal de potestades y autoridades, alimentando su ciencia de diversas fuentes no solo formales, sino también materiales e históricas, de donde se deriva su interdisciplinariedad.

Pareciera ser que el primero de los pensadores helenos que desarrolló el tema de la prudencia o *phronesis*, en el s. V a.C., fue Demócrito, para quien la “*phronesis*” era un conocer de tipo práctico, para Sócrates “la prudencia es la inteligencia del bien y el dominio de la inteligencia sobre el alma, ya que virtud y conocimiento se identifican en la ética intelectualista de Sócrates”. Podemos decir que, para él, “*phronesis*” no es sino la ciencia (episteme) de lo que es bueno o malo para el hombre, ciencia que es también virtud, ya que es necesario saber qué es el bien para ponerlo en obra. Platón... también conoció la noción de “*phronesis*” como sabiduría práctica... así, en la República, afirma que prudencia es aquella cualidad por la que se acierta en las determinaciones que se toman en la ciudad.⁹⁵

Vale la pena mencionar que en el capítulo octavo del Libro VI de la referida *Ética Nicomaquea*, “Aristóteles efectuar una clasificación que permite ubicar adecuadamente, en el ámbito de la prudencia, a aquella de sus partes que se refiere específicamente al derecho: la prudencia parece referirse sobre todo a uno mismo y al individuo y ésta es la forma que lleva el nombre común, prudencia; las demás se llaman economía, legislación o política, ya deliberativa (del magistrado), ya judicial”.⁹⁶

También es importante determinar que el ámbito del *Ius*, al igual que el del *ius civile* y el *ius honorarium*, es esencialmente el que deriva de los particulares, es decir, el derecho privado⁹⁷ sin que medie poder estatal o político alguno.

El *Ius*, así entendido, no debe ni puede ser considerado como un conjunto de normas jurídicas previamente creadas para resolución de conflictos por el poder político estatal, puesto que su carácter de absoluta tipicidad se contrapone con la sistematización formal que implica un conjunto de normas jurídicas fijadas en una ley, además de que los magistrados y los juristas no pertenecían al poder político, pues su labor era particular, privada y gratuita.

⁹⁵ Massini, Carlos Ignacio, *La Prudencia Jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Buenos Aires, República Argentina, LexisNexis, 2006, p. 32.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁹⁷ I.1,1,4. “Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que respecta al estado de la cosa romana; privado, el que pertenece a la utilidad de cada cual. Se ha de tratar, pues, del derecho privado, que consta de tres partes; pues se ha formado de los preceptos naturales, de los de gentes o de los civiles”.

Jorge Adame enfatiza que “el *Ius*, definido por Celso, es un saber especializado y práctico, un arte o ciencia práctica, para definir lo que es bueno y equitativo en casos concretos. Lo equitativo y lo justo es, en la mente de los juristas, en principio, lo mismo, aunque pueda haber algunos matices diferenciales entre lo que es justo, equitativo o legítimo”.⁹⁸

El *Ius* es el arte propio de los juristas, quienes lo practican principalmente al dar respuestas (*responsa*) a las consultas que les hacen los particulares o magistrados. Pero es también un arte que deben practicar los pretores para corregir las deficiencias o rigideces propias del *Ius civile* y encontrar soluciones equitativas a los casos no previstos o deficientemente tratados.⁹⁹

Schiavone señala que:

El Derecho Romano logró expresar algo primario en la relación entre orden y vida, más allá de las formas en las cuales la vida cada vez se realiza: algo similar a la fundación primaria de un estado jurídico del alma. Ante todo, la idea misma de lo privado: la constitución de un espacio de vida social no política de las relaciones humanas.¹⁰⁰

El *Ius*, en el sentido en el que se le quiere abordar, puede ser considerado como la disciplina previa y racional que el ser humano requiere para estar en condiciones de emitir la norma jurídica; el *Ius* es el arte de la justicia, que al final se traduce, actualiza o materializa en la norma jurídica (independientemente de la fuente formal de la que la misma surja), pero que previamente requiere que quien trabaja en su elaboración, conozca o sea asesorado por quien realmente sabe de su ciencia, para proveer a la sociedad de un orden justo encaminado a la búsqueda del bien común.

Para Schiavone, el *Ius*, así entendido:

⁹⁸ Adame Goddard, Jorge, “El Derecho es arte y ciencia”, en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y Enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, p. 379.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ Schiavone, *op. cit.* p. 421.

Es el *logos* de la república, y el fundamento de su virtud. Un *logos* que no es sólo pensamiento, sino que, en tanto razón disciplinante, tiene sus ventajas en haberse encarnado como orden normativo y regla social; como fidelidad a los dioses y a los cultos; como temperamento moral y como principio ético.¹⁰¹

El derecho, el *Ius*, en sus múltiples manifestaciones –*Ius civile, Ius gentium, fides, aequitas, iustitia*– y en sus conexiones históricas con la religión –*religio, pietas*–, es la trama de este tejido (*Ius*); la base de toda la construcción; sin pueblo no hay república, pero sin derecho no puede darse la identidad de un pueblo.¹⁰²

2. *Iurisprudentia* o ciencia jurídica

El *Ius* conceptualizado como “Ciencia del Derecho”, como “Derecho jurisprudencial o científico”, irrumpe por primera vez en la historia de la humanidad en la Roma clásica. Es la formación de prescripciones fundadas en el saber de grupos o de clases ligadas a la efectividad de una práctica –cultural y social–.¹⁰³

Ledesma afirma que “Roma es la civilización que por primera vez aisló al derecho de otras disciplinas y concibió lo que es la ciencia jurídica”.¹⁰⁴

Pero, atendiendo al momento histórico específico ¿qué debemos entender exactamente por “Ciencia”?

Para comprender el término “Ciencia jurídica romana clásica” es importante, en primer lugar, desprenderse del concepto positivista decimonónico, que nada tiene que ver con la jurisprudencia romana, siendo además que su utilización sería totalmente anacrónica e inaplicable, entre otras cosas, por la intrascendencia de cuestiones axiomáticas.

Por tanto, no es posible aplicar al *Ius* parámetros positivistas en donde la ciencia tiene necesariamente valor cognoscitivo derivado de la exactitud y

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 151.

¹⁰² *Ibidem*, p. 152.

¹⁰³ *Cfr. Ibidem*, p. 136.

¹⁰⁴ Véase, Ledesma Uribe, José de Jesús, “El Derecho Romano en el siglo XXI”, *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica Camacho Vol. II.*, México, Cajica, 2002, p. 482, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2402/3.pdf>

demostrabilidad de los procedimientos cuantitativos, y no reconoce que dicho conocimiento no constituye ni todo ni el único tipo de saber, lo que implica disolver cualquier forma de conocimiento que vaya más allá de la ciencia (según su entender), situación que desemboca en disfrazar los problemas que esa ciencia no sabe resolver,¹⁰⁵ incluyendo los jurídicos.

A lo largo de la historia, la palabra “ciencia” ha tenido diferentes significados, no indefectiblemente relacionados con la doctrina positivista. Por ello es necesario entender que la ciencia no siempre se ha conceptualizado unívoca y axiomáticamente, y que la ciencia –positiva– no tiene la exclusividad sobre el “conocimiento”: “su dominio es mucho más pequeño que el dominio de la razón en general, pues existen muchos modos de conocer, uno de los cuales es la ciencia positivista”.¹⁰⁶

Por lo que a la Ciencia como un modo genérico, racional y ordenado de conocer se refiere, fueron precisamente los hombres de la antigüedad quienes primero hablaron de ella y entendieron que al conocimiento era posible acceder por diferentes caminos o medios, y que se podía hablar de Ciencia siempre que se implicara un conocimiento, fuera éste exacto (axiomático) o no.

Partiendo del postulado anterior, se debe considerar el concepto de Ciencia tal y como lo alude Celso en la definición de *Ius*, es decir, utilizando el término *ars*¹⁰⁷ para definirlo, otorgándole carácter de sistema abierto absolutamente lógico y racional, pero en el sentido de las ciencias prácticas, en donde la palabra *ars* se debe entender como la experiencia aplicada o un conocimiento dirigido en función de lo práctico.

¹⁰⁵ Cfr. Reale, Giovanni. *La sabiduría antigua, terapia para los males del hombre contemporáneo*, trad. Sergio Falvino, revisión de Roberto H. Bernet, Barcelona, Herder, 2000, p. 47.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

¹⁰⁷ En latín “*Ius est ars boni et aequi*”, donde el término *ars* se traduce como arte, que es el equivalente al concepto de la *techné* griega. Cabe aclarar que *ars* también puede traducirse como “ciencia”.

El criterio platónico en torno a la diferenciación de las ciencias, es un buen punto de partida para la comprensión de esa concepción de ciencia como *ars* adjudicada por los romanos al *lus*:

Existen ciencias como la aritmética que está desprovista de aplicaciones prácticas y que sólo produce conocimiento, y las técnicas (*-techné* equivale a *ars*-) que poseen ciencia como si fuera connatural a su aplicación práctica y colaboran en acabar los objetos producidos por ellas, que antes no existían. Por lo tanto, el conjunto de las ciencias puede ser dividido, llamando a una práctica y a la otra solamente cognitiva, y estas son las dos especies del conjunto único llamado ciencia.¹⁰⁸

Para reforzar el entendimiento del término *ars*, vale la pena citar a Aristóteles, quien en su *Ética Nicomaquea* estableció:

Un arte es un modo de ser para la producción... todo arte versa sobre la génesis, y practicar un arte es considerar cómo puede producirse algo de lo que es susceptible tanto de ser como de no ser y cuyo principio está en quien lo produce y no en lo producido [...]

El arte, pues, como queda dicho, es un modo de ser productivo acompañado de razón verdadera.¹⁰⁹

El arte requiere de acción, pero de una acción racional basada en un sistema, un actuar con conocimiento, que se dirige y tiene por objetivo seguir conociendo.

Valiéndonos de los pensamientos platónico y aristotélico (mucho más diacrónicos con el *lus* de lo que pudiera ser cualquier otro) para comprender el concepto de ciencia jurídica romana clásica, cabe hacer mención que el arte en Platón tiene como objetivo natural buscar y proporcionar lo que le conviene, y a cada arte le conviene alcanzar la máxima perfección posible.¹¹⁰

¹⁰⁸ Cfr. Platón, el *Político*, 258 d, e.

¹⁰⁹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea* o *Ética Eudemia*. Libro VI, capítulo 4.

¹¹⁰ Platón, *República*, 341 d, e:

“¿Y no es el objetivo natural del arte buscar y proporcionar a cada uno lo que le conviene? –dije.

- Ese es.
- ¿Y acaso hay alguna otra cosa conveniente para cada una de las artes que no sea alcanzar la máxima perfección posible?
- ¿Qué quieres decir con eso?
- Lo siguiente: si me preguntas si al cuerpo le basta ser como es o si tiene necesidad de algo, y yo te respondiera: Sin duda está necesitado; precisamente por eso se ha inventado ahora el arte de la medicina: porque el cuerpo es deficiente y no le basta ser como es, ha sido organizado

Siguiendo este pensamiento, y teniendo en cuenta el actuar de los juristas, la sociedad es imperfecta y no se basta a sí misma; es por lo que necesita de un arte, para que, jurídicamente, le proporcione lo que le conviene.¹¹¹ El *ius* es el arte descubierto por los romanos, que examina no sólo lo que le conviene a la justicia, a través de la equidad y buscando el bien, sino lo que le conviene al objeto último al que se dirige: el ser humano en su faceta social. Entendiendo, por tanto, que no se trata sólo de cuestiones teóricas, pues en ese caso el *ius* se hubiera examinado sólo a sí mismo, sin examinar y buscar lo que le conviene al objeto del que es arte.¹¹²

Hervada aclara aún más este aspecto al establecer que “ciencia práctica y arte son lo mismo; es arte toda ciencia práctica y no sólo las llamadas Bellas Artes. Un arte o ciencia práctica, es saber hacer las distintas cosas”.¹¹³

Lo suyo, lo de cada uno, éste es el objeto del saber del jurista. A la cosa de cada uno -a lo suyo- le llamamos derecho, el derecho de cada cual, de donde determinar lo suyo, lo de cada uno, es determinar el derecho. El arte de lo suyo, de lo de cada uno, es el arte del derecho. Y como el jurista no es un benefactor o mecenas ni un cicatero, lo que determina no es lo que a cada uno le conviene, lo que le gusta o desea, o lo menos posible o cualquier otra cosa, sino su derecho, ni menos ni más, exactamente lo que le está atribuido; el jurista señala lo justo que hay que darle a cada uno. De donde resulta que lo suyo, lo justo y derecho son tres modos de nombrar lo mismo.¹¹⁴

este arte, de modo que pueda procurarle las cosas que le convienen, ¿no te parece que al hablar así hablaría correctamente)

- Correctamente -convino Trasímaco”.

¹¹¹ Cfr. *Idem*.

¹¹² Cfr. *Ibidem*, 342 b, c:

“¿No será que no tiene necesidad ni de sí mismo ni de ningún otro arte para examinar lo que conviene a su deficiencia o necesidad alguna, y que a un arte no corresponde buscar otra cosa que lo que conviene a aquello de lo cual es arte, dado que el arte mismo es realmente incólume e incontaminado, y, mientras es arte, en sentido estricto, es integralmente lo que es? Examinémoslo en sentido estricto: ¿es así o no?”

- Es así.

- En tal caso, la medicina no examina lo que le conviene a la medicina, sino al cuerpo.

- Sí, efectivamente.

- Ni el arte de la equitación examina lo que conviene a ese arte sino lo que conviene a los caballos, y ninguna otra arte examina lo conveniente a sí misma, ya que no está necesitada de nada, sino sólo examina lo que conviene a aquello de lo cual es arte.

- Así parece.

- Ahora bien, Trasímaco, las artes gobiernan y prevalecen sobre aquellas cosas de las cuales son artes”.

¹¹³ Hervada, *op. cit.* p. 26.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 34

Si las artes se diferencian entre sí porque cada una de ellas tiene una capacidad propia y, por lo tanto, cada arte proporciona un beneficio en particular,¹¹⁵ el *Ius* es el arte que busca lo justo y equitativo con el fin de mantener el orden público y proveer al bien común generando un orden social justo,¹¹⁶ arte también llamado *iurisprudentia* según lo estableció Ulpiano: “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.¹¹⁷ Hervada afirma también:

Por ello, es posible afirmar entonces que lo que el jurista tiene como un saber práctico es lo justo, es decir, se dedica a desvelar qué es lo justo en las relaciones sociales, es el técnico de la justicia, el que sabe de lo justo e injusto.¹¹⁸

Continuando con Hervada establece que:

El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica -pues *ars* o arte no es otra cosa que un conocimiento prácticos-, es un saber, que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho...

Naturalmente no se trata de saber por saber, sino de saber *para hacer*, para obrar -ciencia práctica-; y ¿qué es lo que hace un jurista ¿qué hace el juez, el abogado, el letrado? El jurista, dice, declara el derecho: el juez sentencia acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, el abogado alega lo que entiende ser el derecho de su cliente, el letrado manifiesta el derecho. En eso consiste ser jurista: en la *iuris dictio*, en la declaración del derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el derecho, lo que es justo.¹¹⁹

En la comprensión del concepto de ciencia tratándose del *Ius* y de la jurisprudencia romana clásica, vale la pena citar a Werner Jaeger:

¹¹⁵ Cfr. Platón, *República*, 346 a, b:

“En efecto, dime esto: ¿no es cada una de las artes distinta de las otras por tener un poder distinto? Respóndeme, bienaventurado amigo, no en contra de lo que piensas, para proseguir.

- ¡Claro que cada una es distinta por eso! -repuso Trasímaco.
- ¿Y nos aporta cada arte un beneficio particular -no común a todas las artes-, tal como la medicina aporta la salud, el pilotaje la seguridad al navegar, y así las demás?
- De acuerdo”.

“Pues bien Trasímaco, ahora es evidente que ningún arte ni gobierno organiza lo que le beneficia a sí mismo...” Cfr. *Ibidem*, 346 e.

¹¹⁶ Cfr. Hervada, *op. cit.* p. 40.

¹¹⁷ D.1,1,10,2.

¹¹⁸ Hervada, *op. cit.* p. 28.

¹¹⁹ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª ed. España, Eunsa, 2000, p. 75.

Nuestro concepto del arte no refleja de un modo adecuado el sentido de la palabra griega (*techné*). Ésta tiene de común con el arte la tendencia a la aplicación y el aspecto práctico. Por otra parte, acentúa, en oposición a la tendencia creadora individual, no sometida a ninguna regla, que lleva implícita hoy día para muchos la palabra arte, el factor concreto del saber y de la capacidad, que para nosotros van unidos más bien al concepto de una especialidad. La palabra *techné* tiene, en griego, un radio de acción mucho más extenso que nuestra palabra arte. Hace referencia a toda profesión práctica basada en determinados conocimientos especiales y, por tanto, no sólo a la pintura y a la escultura, a la arquitectura y a la música, sino también, y acaso con mayor razón aún, a la medicina, a la estrategia de guerra o al arte de la navegación (-agreguemos al Derecho-). Dicha palabra trata de expresar que estas labores prácticas o estas actividades profesionales no responden a una simple rutina, sino a reglas generales y a conocimientos seguros; en este sentido, el griego *techné* corresponde frecuentemente en la terminología filosófica de Platón y Aristóteles a la palabra “teoría” en su sentido moderno, sobre todo allí donde se la contrapone a la mera experiencia. A su vez, la *techné* como teoría se distingue de la “teoría” en el sentido platónico de la “ciencia pura”, ya que aquella teoría (la *techné*) se concibe siempre en función de una práctica.¹²⁰

Por su parte, Jorge Adame aclara que la definición de *iurisprudentia* es de origen helenístico:

Parece ser originalmente la definición de la ley dada por la filosofía estoica, y luego trasladada a la jurisprudencia. La palabra jurisprudencia no parece ser una palabra acuñada por los juristas romanos, que designaban el saber de lo justo mismo con la palabra *Ius*, y es una palabra que no aparece en los autores latinos, juristas o no juristas, antes del año 200 de la era común. El jurista Pomponio, en su libro

¹²⁰ Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 515. Véase también, Aristóteles, *Metafísica*, I, 981a, 5,10. “La experiencia parece relativamente semejante a la ciencia y al arte, pero el hecho es que, en los hombres, la ciencia y el arte resultan de la experiencia: y es que, como dice Polo, y dice bien, la experiencia da lugar al arte y la falta de experiencia al azar. El arte, a su vez, se genera cuando a partir de múltiples percepciones de la experiencia resulta una única idea general acerca de los casos semejantes”. “Pero no es menos cierto que pensemos que el saber y el conocer se dan más bien en el arte que en la experiencia y tenemos por más sabios a los hombres de arte que a los de experiencia, como que la sabiduría acompaña a cada uno en mayor grado según el nivel de su saber. Y esto porque los unos saben la causa y los otros no. Efectivamente, los hombres de experiencia saben el hecho, pero no el porqué, mientras que los otros conocen el porqué, la causa”. *Ibidem*, I, 981a, 25,30.

“Es, pues, verosímil que en un principio el que descubrió cualquier arte, más allá de los conocimientos sensibles comúnmente poseídos, fuera admirado por la humanidad, no sólo porque alguno de sus descubrimientos resultara útil, sino como hombre sabio que descollaba entre los demás; y que, una vez descubiertas múltiples artes, orientadas las unas a hacer frente a las necesidades y las otras a pasarlo bien, fueran siempre considerados más sabios estos últimos que aquéllos, ya que sus ciencias no estaban orientadas a la utilidad. A partir de este momento y listas ya todas las ciencias tales, se inventaron las que no se orientan al placer ni a la necesidad, primeramente en aquellos lugares en que los hombres gozaban de ocio”. *Ibidem*, I, 981b, 10,15,20.

Enchiridion, en el que nos transmite noticias de la historia de los juristas romanos no habla de *iurisprudentia*, sino de la *iuris civilis scientia*.¹²¹

En este sentido, y tal como Adame lo establece, las palabras *ars* y *scientia*, tienen en común que se refieren a un saber ordenado y sistemático:

Ambos términos refieren a virtudes o hábitos intelectuales que distingue Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, pero con una diferencia interesante. En la visión de Aristóteles, el *ars* (*techné*), lo mismo que la prudencia (*phronesis*), es un hábito del entendimiento práctico, es decir un hábito que se refiere a las cosas que no son fijas ni definitivas, sino a las cosas posibles que pueden fabricarse u obrarse; mientras que la *scientia* (*episteme*) es un hábito del entendimiento teórico, que se refiere a las cosas que permanecen estables.¹²²

En palabras de Carlos Massini:

En el campo del Derecho, definido como “acción, dación u omisión debida a otro en justicia”, la función propia de la prudencia es delimitar el contenido concreto de ese débito, establecer en qué consiste estrictamente la dación o acción que se debe por una razón de justicia.¹²³

De ahí que la importancia de la prudencia en el *Ius*, sea que “el conocimiento que con ella se consigue, requiere de un discurso, de un camino intelectual conformado por varios pasos a través de los que se va arribando paulatinamente a la verdad de las cosas prácticas”.¹²⁴

En este orden de ideas, “la finalidad de la prudencia es la acción y en el campo de lo jurídico esto significa que todo el razonamiento que los sujetos jurídicos lleven a cabo con el fin de lograr una determinación concreta de lo que es Derecho, alcanza su culminación con el imperativo que mueve espiritualmente al propio sujeto o a los demás a dar a cada uno su derecho”.¹²⁵

¹²¹ Adame Goddard, Jorge, *El Derecho es arte... cit.* p. 382.

¹²² *Ibidem*, p. 383.

¹²³ Massini, *op. cit.* p. 46.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 47-48. Camino intelectual que según Santo Tomás consta de tres etapas: deliberación, juicio y mandato.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

Rudolf von Ihering sostiene la naturaleza científica y práctica del Derecho al establecer que, “en las cuestiones prácticas, como en la aritmética, es el resultado el que prueba la exactitud de la operación; si el resultado está mal, la operación tiene que adolecer de algún error. El cálculo deberá revisarse: el resultado práctico tiene por función ser correctivo del pesar teórico”.¹²⁶

Hemos de reconocer que “todo saber jurídico, en tanto que jurídico ha de ser práctico, pues su objeto lo es, ya que se trata de una praxis humana social en materia de justicia”.¹²⁷ Habiendo delimitado el concepto de ciencia, podemos decir que Roma fue la primera cultura que desarrolló una clase de científicos especializados en derecho (*iuris prudentes*) que lo hicieron secular y autónomo, dándole el carácter de ciencia, como saber sistematizado que se ordena a través de la razón práctica y no sólo de la teórica. Es así que, como lo sugiere Rudolf von Ihering, “los romanos dieron sentido de utilidad al Derecho”.¹²⁸

3. *Iustitia*

El concepto de ciencia práctica antes analizado, provee de mayores elementos para comprender la relación del *Ius* con *iustitia*, ya que, ésta última es una virtud, que requiere de su ejercicio para ser alcanzada, es decir, se puede obtener mediante el hábito, su *ars* es el *Ius*, que se actualiza mediante el ejercicio constante, traducido en la práctica de la justicia.

El *Ius* es un saber o conocimiento ordenado por la razón, que sirve para elaborar un producto práctico (no sólo teórico) que busca lograr la justicia y la equidad en las relaciones humanas, el *Ius* debe ser lo justo, lo suyo de cada uno, su derecho.

¹²⁶ Von Ihering, Rudolf, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, México, Romosso, 2012, p. 291. <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/anales/wp-content/uploads/Bromas-y-Veraz-2012.pdf>

¹²⁷ Cfr. Massini, *op. cit.* p. 99.

¹²⁸ Referido por Margadant S. Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, México, Esfinge, 1983, p. 26.

“La justicia es la equidad que atribuye a cada uno su derecho, para la dignidad de cada uno”,¹²⁹ y deriva del *Ius* en donde es la voluntad o el hábito de dar a cada uno lo suyo, implicando un obrar o actuar; y es precisamente ese elemento volitivo el que hace de la justicia un criterio práctico.

La *iurisprudentia* o *ars iuris*, es el saber, ciencia o arte de poder hacer de la justicia un criterio real.

Asimismo, cabe mencionar que, entre los romanos, la definición más antigua de *iustitia* fue acuñada por Cicerón quien señaló que “la justicia es un estado mental que preserva los intereses de la comunidad y garantiza a cada uno lo que merece”.¹³⁰

Para Cicerón la justicia así definida constituye la base de la sociedad romana y la principal de las virtudes, remontando su doctrina a la clásica platónica.¹³¹

La justicia, dice Cicerón, “nos manda respetar a todos, tomar decisiones en beneficio de la humanidad, dar a cada uno lo suyo, no tocar las propiedades sagradas, ni las públicas, ni las ajenas”.¹³²

4. *Iuris prudentes*

El conocimiento del *Ius* y la creación lograda en su entorno, se dio principalmente a través de la actividad de los *iuris prudentes* con la creación de la *iurisprudentia*. La enriquecieron y dieron forma por medio de sus dictámenes y de su actividad consultiva (*respondere*) desarrollada para coadyuvar en la solución de conflictos dentro de un sistema jurídico tópico y casuístico conocido como *Ius honorarium*; además, los juristas también investigaban y escribían en torno a diversos temas de interés jurídico (*scribere*), formulaban términos para negocios

¹²⁹ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 347

¹³⁰ Cicerón, *Retórica*, II, 53, 160.

¹³¹ *Ibidem*, nota 141.

¹³² Cicerón, *la República*, III, XV.

jurídicos –contratos– (*cavere*), asistían a las personas procesalmente (*agere*) y se dedicaban a la enseñanza del derecho (*instituere*).

En palabras de Cicerón, “el saber del *Ius* identificaba expertos, prudentes para quienes la sabiduría en el campo preseleccionado y la actividad consejera podían convertirse en una verdadera milicia civil”.¹³³

La labor de los jurisprudentes era realizada a partir del análisis casuístico y práctico, no desde la generalidad de la ley. Es decir, tejían finamente un derecho inductivo; frente a la *lex* que representaban un derecho deductivo, en el que el derecho sólo puede surgir de la norma promulgada por el poder político.

“El dar *responsa* era un servicio precioso para la colectividad, no menos que conducir victoriosamente una armada en batalla. Y los que se dedicaban a ello eran dignos de ser considerados entre los primeros de la ciudad. Su conocimiento era una “doctrina civil” –*civilis scientia*, escribiría Cicerón– que no podía adquirirse sin fatiga y sin vocación, al final de un aprendizaje severo”.¹³⁴

El *ius honorarium* comenzó a crecer al lado del derecho civil tipificado y petrificado que contenía la *lex*; la necesidad de buscar soluciones justas y oportunas implicó que el flexible *ius honorarium* propiciara el ámbito adecuado para el conocimiento del *Ius* y la construcción jurisprudencial.

La situación anterior logró que, durante la época clásica, aun cuando la *lex* continuara siendo fuente formal del derecho en Roma, no era ni la más importante ni la de mayor utilización en la resolución de los conflictos del día a día presentados

¹³³ Cicerón, *En defensa de Lucio Murena*, 9.19.

“Servio (Sulpicio Rufo) siguió aquí, con nosotros, esa especie de milicia urbana (*Urban militiam respondendi*) -que consiste en responder a las consultas, en redactar documentos y en velar por los intereses del cliente- y que está llena de intranquilidad y de motivos de irritación; aprendió el derecho civil; pasó en vela muchas noches; trabajó con denuedo; estuvo al lado de muchos; soportó la necesidad de no pocos; aguantó la insolencia; apuró hasta el último sorbo de mal humor; vivió al antojo de los demás, no al suyo propio. ¡Mérito grande y digno de la gratitud de las gentes, que un solo hombre trabaje con ahínco en una ciencia que ha de servir para provecho de muchos!”

¹³⁴ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 148.

en la esfera privada de la vida cotidiana, por la sencilla y lógica razón de que su naturaleza rígidamente no resolvía siempre los conflictos de manera justa y satisfactoria.

Ya se ha mencionado que el *ius honorarium* surgió no con la idea de acabar con el *ius civile* sino para complementarlo y volverse parte de él. Juntos constituyeron el orden jurídico romano, porque “los juristas romanos trabajaron siempre en un diálogo continuo con el pasado de la propia disciplina: en un lazo que aparece como una de las grandes constantes del pensamiento jurídico antiguo”.¹³⁵

En este orden de ideas, Cicerón en *De Oratore* describe algunos de los conocimientos que el jurista debe tener:

Si en cambio nos preguntásemos quién con razón podría ser calificado de jurisconsulto, indicaría a una persona experta en las leyes y en la costumbre que disciplina las relaciones entre privados en la ciudad, capaz de dar respuestas, de asistir en juicio, de aconsejar las justas formas contractuales, y entre estos citarían los nombres de Sexto Elio, Manio Manilo, Publio Mucio.¹³⁶

El *ius*, materialmente es obra de los jurisconsultos y se alimentó principalmente de la *iurisprudencia*, quedando consagrado a través de esta. A su vez la *iurisprudencia* abrevó de todas las demás fuentes materiales y formales incluyendo a la *lex*.

La transcendencia de la labor jurisprudencial fue de tal magnitud que en cada acto formal de emisión o generación de la norma jurídica al lado de quien la creaba, estaba un jurista aconsejándole. De igual manera, que en cada situación personal o institucional que requería consulta, aplicación o resolución, estaba siempre el jurista, analizando lógicamente y racionalmente la realidad, asesorando y asistiendo jurídicamente.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 215.

¹³⁶ Cicerón, *De Oratore*, 1.48.211-12.

Los juristas¹³⁷ a los que “jamás hay que confundir con los escribas, los legisladores, ni con los jueces (ni siquiera con los abogados)”¹³⁸ fueron hombres sabios e intelectualmente comprometidos con la cultura de su época, que no buscaban obtener provecho económico a través de su labor jurisprudencial.

Eran conocedores no sólo de lo que hoy podríamos etiquetar como derecho positivo,¹³⁹ sino que entendían de derecho natural (aquel que dicta la recta razón), conocían los problemas reales que aquejaban a la sociedad destinataria de su ciencia (fuentes materiales o reales del derecho), sabían de virtudes (axiología del derecho), entre las que destacan la prudencia, la justicia y la equidad; comprendiendo que el bien era uno de los fines del derecho y que solamente se alcanzaba a través de una disciplina práctica.

Con todo ello, los juristas lograron elaborar la ciencia del derecho, racional, práctica, ágil, casuística conocedora de la realidad a la que se dirigía, y se sigue dirigiendo: la realidad humana. Ciencia a la que llamaron jurisprudencia y que ellos mismos definieron como, insistimos “el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y lo injusto”.¹⁴⁰

Tal era la magnitud de la erudición jurisprudencial, que los *iuris prudentes*, para hacer cumplir sus opiniones no tenían, ni tampoco necesitaban, *potestas*¹⁴¹ (ni su consecuente *coertio*), sino que se les respetaba, por su conocimiento y su altura moral, por la dignidad, virtuosidad y honorabilidad que les acompañaba y que los dotaba de *auctoritas*.¹⁴² Su dicho, era “santa palabra” en materia jurídica, su

¹³⁷ La referencia a jurista, jurisperito, jurisconsulto o jurisprudente es indistinta.

¹³⁸ Arenal Fenochio, *Historia mínima...* cit. p. 21.

¹³⁹ Entendamos el derecho positivo como el promulgado por un poder político competente, lo que le otorga obligatoriedad y en su caso, coercibilidad; que por tanto emana de alguna fuente formal del derecho.

¹⁴⁰ D.1,1,10,2.

¹⁴¹ d’Ors, Álvaro, *Derecho Privado ... cit.* §8. Aparece muy claramente la diferencia originaria entre el saber socialmente reconocido (autoridad) y el poder socialmente reconocido (potestad).

¹⁴² Reconocimiento de la capacidad por sus conocimientos que se traducen en el *ars*, sin necesidad de tener poder, ni fuerza de coacción para hacer valer su opinión o consejo.

autoridad provenía de su conocimiento intelectual y de su capacidad para producir, a través del mismo, precisamente lo que daba forma y contenido a la ciencia jurídica.

Los juristas romanos tenían autoridad, entendida como el prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia.¹⁴³ En este caso, específicamente en lo jurídico y sin embargo, no sólo sabían de derecho, sino que, eran verdaderos polímatas. Tal como lo prevé del Arenal:

Con la labor del *iuris prudente* y frente a la ley que intentaba igualar a todos sus componentes, sujetándolos a idénticas normas, abstractas y generales, el mundo romano entendió que esto ni era posible del todo, ni justo: había que partir de la consideración de que cada uno es único e irrepetible y que sus problemas siempre guardan aspectos diferenciados que es imposible evadir si se quiere hacer correcta justicia. Ésta, en consecuencia, aparece como un ejercicio continuo, nunca acabado del todo, pero realizable, alcanzable en el tiempo humano gracias al esfuerzo de quienes se lo proponen aun estando conscientes de sus limitaciones y de que el orden justo se ha de volver a alterar.¹⁴⁴

El realismo de los romanos les hizo aceptar que las dificultades entre los hombres jamás cesarían, que los problemas jurídicos son siempre problemas humanos que, por la deficiente naturaleza del hombre, por sus vicios o errores, por descuido, o por simple accidente, acaecen regularmente y, por lo mismo, requieren de soluciones para restablecer el orden justo que garantiza la paz y el futuro de la sociedad. Para ello, se requería contar con instrumentos idóneos, como las fuentes del *Ius*, pero sin exigirles aportar la solución definitiva y eterna, toda vez que la naturaleza de los problemas humanos siempre es diferente, sea por su origen, sus circunstancias o sus elementos característicos; también, y más importante, porque las personas no siempre son iguales. Cada una ocupa una posición determinada y es diferente en su quehacer cotidiano.¹⁴⁵

El propio Digesto nos recuerda, la trascendencia de los prudentes en el surgimiento del *Ius*:

Dadas estas leyes (XII tablas), comenzó a ser necesaria la discusión en el foro (como suele ocurrir naturalmente, que la interpretación requiere la autoridad de los prudentes). Esta discusión y este derecho, que, sin escribirse vinieron a formar los

¹⁴³ Tercera acepción otorgada por el diccionario de la RAE al término autoridad, Información consultable en: Diccionario de la Lengua Española RAE-ASALE, Edición del Tricentenario, 2022, https://dle.rae.es/autoridad?m=30_2.

¹⁴⁴ Arenal Fenochio, *Historia mínima...cit.* p. 29.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

prudentes, no se denomina por una parte especial del mismo, como se designan las demás partes del derecho por sus nombres particulares, teniendo como tienen las demás partes sus propios nombres, sino que se denomina con el nombre general de derecho civil.¹⁴⁶

Sin duda, la importancia y trascendencia de los juristas, podría calificarse de inconmensurable, fueron esos personajes que dieron su esencia a la Roma antigua, pero también a la ciencia del Derecho, a quienes Ulpiano definió magistralmente, señalando:

Debido a lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía.¹⁴⁷

Vale la pena aclarar tal como lo prevé Hervada:

Que los juristas de nuestra época -particularmente a partir de Kelsen- no están acostumbrados a ver descrito su oficio como arte o ciencia de lo justo y aun podríamos decir que tal descripción les resulta desmedida; les basta con entender su oficio como discernimiento de lo legal e ilegal.¹⁴⁸

5. *Ius y lex*

El *iuris prudens*, así como su nombre lo indica y siguiendo la definición de *Ius*, necesitaba entender de la justicia y de la prudencia, de lo bueno y de lo equitativo, no le bastaba con la *lex* pues entendió lo que más tarde diría San Isidoro de Sevilla y afirmaría Santo Tomás de Aquino: “la ley es sólo un modo de ser del derecho, no todo el modo de ser del mismo”¹⁴⁹ ni el más importante.

El jurista, requería conocer además del método de su arte, de la virtud y de la naturaleza del objeto al que se dirige su ciencia: el ser humano en su contexto

¹⁴⁶ D.1,2,2.

¹⁴⁷ D.1,1,1(1).

¹⁴⁸ Hervada, *Lecciones propedéuticas ... cit.* p. 76.

¹⁴⁹ Cfr. Arenal Fenochio, “Las virtudes ...”, *cit.* pp. 9-36.

social. Por lo tanto, los romanos clásicos nunca consideraron el término *lex* como sinónimo de *Ius*.

“La *lex* para los romanos muy probablemente tenía como significado originario el de un acto de imperio del poder político ciudadano, distinto del disciplinamiento religioso, destinado a actuar a nivel solo humano y que, justo por esto, era provisto de la fuerza de una sanción coercitiva”.¹⁵⁰ En esta línea de pensamiento la *lex* se presenta como la fuente del derecho derivada de la *potestas* y el *Ius* como la fuente del derecho derivada de la *auctoritas*.

La *lex*, por su parte, tuvo su propia trayectoria dentro de la Historia del Derecho en Roma; así por ejemplo, el propio Digesto establece que en la época monárquica ya existían leyes comiciales,¹⁵¹ posteriormente, y durante la República, se constituyó la *lex rogata* como una fuente formal más del *Ius*, para ser sustituida en el 287 a.C. con la *lex Hortensia* por los plebiscitos emitidos a través de las funciones que los *concilia plebis* realizaban. Durante la primera etapa del Principado los senadoconsultos jugaron un papel importante de índole legislativa, y posteriormente, las constituciones imperiales eran la forma ordinaria de legislar por parte del emperador (y serán precisamente estas últimas las que darán contenido al *Codex* y a las *Novellae*, partes también del *Corpus Iuris Civilis*).

Frente a la *lex*, “el *Ius* expresaba el núcleo original –sapiencial y aristocrático– del disciplinamiento civil romano: la convicción colectiva, irradiada de la hegemonía de la *nobilitas*”,¹⁵² de que la medida en las relaciones ‘horizontales’ y paritarias entre los *cives*, en tanto privados reposaba sobre las reglas de una práctica antigua, una vez confundida con la religión y la ritualidad culturales, y ahora dotada de técnicas

¹⁵⁰ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 110.

¹⁵¹ D.1,2,2.

¹⁵² Véase, Barceló, Pedro, *Breve historia de Grecia y Roma*, Barcelona, Alianza, 2004, p. 210. “La *nobilitas* es la cúpula directiva republicana, donde el noble se distinguía de la colectividad por su personalidad, el rango de su familia o el prestigio de sus antepasados que ya habían desempeñado cargos públicos, en contraste con el *homo novus*, casi siempre un activo político cuyas mejores armas eran sus dotes personales”.

y de protocolos autónomos que requerían cuidado y custodia por parte de talentos del todo particulares: los juristas, hombres cultos de su época aficionados al estudio para enriquecer su arte, el de hacer justicia, el *Ius*.

Conforme a lo previsto por Schiavone:

La *lex*, ligada en cambio a la voluntad de los comicios y del magistrado, presentaba la presencia reguladora de un dominio popular considerado esencial en las estructuras republicanas. Pero se trataba de una función normativa que aceptaba limitarse al espacio público de la vida comunitaria mientras que dejaba a la elaboración de los juristas –que actuaban fuera de todo poder institucional, de cualquier *imperium* de las magistraturas, sujetos sólo a su propia autoridad personal y de clase– el territorio donde se constituían y se reproducían los presupuestos económicos y familiares de la ciudadanía como identidad autónoma “privada” de cada jefe de familia.¹⁵³

En relación con la producción legislativa, Margadant establece que:

Conocemos unas ochocientas *leges rogatae* (una modesta cosecha para siete siglos de labor legislativa) y sólo unas cuarenta son interesantes para el derecho privado. La razón estriba en que el romano desconfía del derecho legislado y prefiere que las normas jurídicas nazcan espontáneamente como derecho consuetudinario, o que surjan de las opiniones de prestigiados jurisconsultos y de medidas procesales tomadas de los magistrados más íntimamente vinculados a la administración de la Justicia: el pretor y el edil... en la opinión de Livio de *legem rem surdam, inexorabilem esse* (la ley es algo sordo, inexorable).¹⁵⁴

Dicho en menos palabras, “el *Ius* es disciplinamiento civil, la *lex* regla política”,¹⁵⁵ “el *Ius* prioriza la razón la *lex* el poder”.¹⁵⁶

De ahí la trascendencia de entender y contextualizar el momento histórico en el que el *Ius* surgió, reiterando que el mismo no es sinónimo de *lex*, ni de acto político, para ello es necesario ocuparnos primero de su historia.

Schiavone, citando a Quintiliano, resume la importancia de no caer en la confusión de creer que *lex* es igual a *Ius*:

¹⁵³ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 160.

¹⁵⁴ Margadant, *op. cit.* p. 47.

¹⁵⁵ Schiavone, *op. cit.* p. 161.

¹⁵⁶ Cfr. Arenal, *Historia mínima...*, *cit.* p. 16.

¿Pero alguien quizás cree que cuanto hemos recomendado acerca de la educación de la propia costumbre y el estudio del derecho es criticable porque hemos conocido a muchos que, intolerantes de la fatiga que han de soportar aquellos que anhelan la elocuencia, se han refugiado en la pereza? De los cuales luego algunos se han dedicado al álbum (léase edicto pretorio) y las rúbricas, y se han vuelto expertos en fórmulas o, como dice Cicerón, han preferido ser leguleyos...¹⁵⁷

No obstante lo anterior, es importante citar a Hervada para hacer la siguiente aclaración:

“Lo legal” se llama, desde los antiguos griegos, lo justo legal, expresión ésta que ya en Aristóteles designa lo legal según el derecho positivo. “Lo legal” es lo justo... legal, lo adecuado a la ley y, más concretamente, lo adecuado a la ley positiva. Por consiguiente, “lo legal” y “lo justo” son, al menos en el sentido indicado, rigurosamente sinónimos.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Schiavone, *op. cit.* p. 410.

¹⁵⁸ Hervada, *Lecciones propedéuticas ... cit.* p. 77.

Capítulo Primero. Historia del Derecho Romano

1.1. ¿Por qué es importante la Historia del Derecho Romano?

“Existe una tendencia común a considerar el derecho moderno como el resultado final de una evolución histórica donde todo lo que era bueno en el pasado va siendo sabiamente aislado y apartado con el fin de transformar nuestro derecho vigente en la más sofisticada y elaborada manera de abordar el fenómeno jurídico”.¹⁵⁹ Esto coloca a la disciplina histórica en una limitada e incómoda posición en la que sólo se le ve como un antecedente o peor aún, un punto de partida sin ninguna fecundidad.

Atendiendo a lo anterior, “la historia del derecho se puede comprender erróneamente como algo dado que no merece más discusión bajo una criba teórico-metodológica porque ya sabemos de qué se trata”¹⁶⁰ y, por lo tanto, no hay nada nuevo que aportar. Dicho de otra forma, existe una visión dogmática de la Historia del Derecho.

De acuerdo con lo previsto por Marcelo Fonseca:

Fue a partir del s. XVIII que se produjo el uso de la historia del derecho simplemente para justificar los resultados de la dogmática (como ocurría en el seno de la pandectística alemana -*Usus modernus pandectarum*-); por otro lado, con las revoluciones burguesas, la historiografía jurídica insistía en la naturalidad del nuevo orden, en contraste con la irremediable historicidad del orden social y político postrevolucionario. De cualquier modo, la historia del derecho es desde entonces una disciplina que forma parte de los currículos de las facultades del derecho y que, por tanto, desempeña un papel importante en la formación del jurista.¹⁶¹

Lo cierto es que la comprensión del Derecho no escapa a la necesidad de conocer y saber sus orígenes y las circunstancias que lo han moldeado, dándole contenido y valor a lo largo del tiempo. Conocer su historia o bien, historiar el

¹⁵⁹ Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 25.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 37.

derecho, es una actividad coadyuvante en la elaboración de un orden jurídico que cumpla con los requerimientos de la sociedad a la que se dirige, y con los fines propios del Derecho.

Sin embargo, “la fuerte evolución positivista marcando la historia del derecho alejándola de un enfoque crítico y reflexivo”,¹⁶² debido a que considera a los hechos históricos como la materia prima y así el historiador escapa a cualquier condicionamiento social, teniendo que reflejar el pasado histórico de modo fiel por haber seguido correctamente los pasos científicamente recomendados.¹⁶³

El positivismo científico conllevó un evidente abstraccionismo que se apartó del vínculo con la realidad social y de los fundamentos éticos de la sociedad, llegando al punto de que “el positivismo legislativo terminó por prescindir de la historia”.¹⁶⁴

Paolo Grossi establece que:¹⁶⁵

El proceso de involución del Derecho moderno ha sido imparable: la ley es un mandato, un mandato general, un mandato indiscutible, con esa vocación esencial tan suya de ser obedecida silenciosamente. De ahí nace su inclinación a consolidarse en un texto, a encerrarse en un texto de papel donde cualquiera puede leerla para obedecerla después; en un texto que, por su naturaleza, es cerrado e inmóvil y que en seguida se convertirá en polvoriento e incluso, envejecido en relación con la vida que continúa su rápido discurrir a su alrededor. Pero el poder continuará haciéndose fuerte a través de ese texto con el auxilio de los juristas serviles que persistirán en sus liturgias sobre el texto.

El hombre de la calle no yerra cuando siente el Derecho como algo extraño y distante, cuando no confía de él, cuando teme su manifestación exquisitamente imperativa o, sobre todo, cuando considera que mantiene un nexo de unión insuperable con el juez, con el policía o el fisco. No yerra, porque en los últimos doscientos años ha tenido lugar la osificación de la ciencia jurídica, a través de la ley como expresión de la voluntad del poder soberano identificada axiomáticamente con la voluntad general”.

¹⁶² *Ibidem*, p. 39.

¹⁶³ *Cfr. Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁴ *Cfr. Arenal Fenochio, Historia Mínima... cit.* p. 210.

¹⁶⁵ Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 20.

Ante ese escenario, se hace necesario reconocer que la historia no puede estar centrada en el pasado, sino que debe tener un ojo en el presente, pues el ayer y el hoy están indisolublemente ligados, tal como lo afirma Fernand Braudel: “¿no es el presente en gran parte presa de un pasado que se obstina en sobrevivir, y el pasado, por sus reglas, diferencias y semejanzas, la clave indispensable para cualquier comprensión seria del presente?”¹⁶⁶

Es por ello, que tal como Grossi lo manifiesta:

El historiador del derecho que, por su deber profesional ama dirigir a los ciclos largos su propia mirada, realizar conexiones y comparaciones, está en grado de advertirnos que la reducción del derecho a la ley, y su consecuente identificación con un aparato autoritario, es fruto de una elección política próxima a nosotros, y que otras experiencias históricas -en este caso, como la romana- han vivido la dimensión jurídica de otra manera.¹⁶⁷

Partiendo entonces de la base de que el análisis del pasado a través de diversas fuentes permite al ser humano conocer sus orígenes, sus raíces y el porqué de su modo de ser y de vivir, proporcionándole elementos que le permitan construir su presente y avanzar hacia el futuro, conforme a las exigencias de su propia circunstancia histórica, es indiscutible que un correcto estudio de la Historia del Derecho debe dar inicio en Roma.

La importancia de la Historia del Derecho Romano radica en ser la cuna de la ciencia jurídica y uno de los indiscutibles pilares de la gran mayoría de las corrientes y escuelas de pensamiento históricas y jurídicas; no obstante, el enfoque que a dicha historia se le ha dado presenta variaciones. En este sentido conviene centrar este trabajo en el pensamiento histórico crítico y constructivo.

Lo referido queda resumido en la propuesta de Sergio Fernández Riquelme,¹⁶⁸ quien manifiesta que:

¹⁶⁶ Cfr. Fernand Braudel citado por Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 79

¹⁶⁷ Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 20.

¹⁶⁸ Fernández Riquelme, Sergio, *La Ciencia Histórica. Métodos e ideas para el estudio historiográfico*, Murcia, Infides Ediciones Didácticas, 2009, p. 17.

el fin inconfesable de los profesionales de la ciencia histórica se ha situado, siempre, en controlar y definir la variable del tiempo; no del tiempo cronológico medible en términos físico-matemáticos, sino del “tiempo histórico” propiamente humano, que conecta las experiencias que se dieron en el pasado y las posibilidades que se presentaron en el presente. Esta es la clave que distingue a la “ciencia histórica”, y que se cifra en tres grandes presupuestos:

- a) retrospectiva: las experiencias generadas en el pasado en función del grado y tipo del libertad humana, individual y colectiva.
- b) perspectiva: las posibilidades de actuación que el pasado abre en la actividad cultural y social de las comunidades humanas.
- c) prospectiva: las expectativas generadas por las experiencias pretéritas, las posibilidades presentes, y los deseos futuros.

La pretensión de esta historiografía es hacer un viaje al pasado para investigar y reconstruir, en la medida de lo posible y a partir de diversas fuentes reales, parte de lo que le dio sentido y sustancia al *Ius*, con la finalidad de coadyuvar a la comprensión de nuestro origen jurídico, generando elementos que nos permitan hacer una crítica positiva y constructiva de nuestro Derecho actual con la finalidad de proveer un sistema jurídico que cumpla cabalmente con sus funciones.

Para ello, es conveniente considerar el criterio que von Ihering previó al señalar:

Que el espíritu del pueblo y de la época son, pues, el espíritu del derecho; así como el conocimiento del alma es más difícil que el del cuerpo, también el estudio de ese elemento psíquico del espíritu del derecho es más penoso que el de las reglas que encontramos delante y las instituciones y definiciones que se revelan por sí mismas en las aplicaciones prácticas. Las fuerzas motrices del derecho emanan de sus profundidades, actúan por infiltración gradual sin manifestarse de manera palpable. El derecho no es un simple resultado de la reflexión del legislador; éste dicta una ley, y aunque crea que es sólo su obra, el espíritu de la época se desliza en ella. Como la planta que parece no absorber nada de fuera y sin embargo se nutre de la tierra y de la atmósfera, el derecho toma los elementos de su vida del ambiente que lo rodea.¹⁶⁹

La investigación y el análisis histórico conducen a la comprensión del hecho histórico, obteniendo mayores elementos para estudiar las causas primarias que justifican y ayudan a comprender la trascendencia que tiene el Derecho Romano

¹⁶⁹ Von Ihering, *El espíritu ... cit.* p. 42.

aún hoy, en pleno s. XXI, favoreciéndose su enseñanza, difusión y aprovechamiento.

Al respecto, establece Paolo Grossi que:

El Derecho fisiológicamente no es ni un conjunto de formas que coartan el devenir de la vida social, ni un conjunto de reglas autoritarias en manos del poder constituido; convencidos de que no es un artificio, sino de que posee un significado exquisitamente ontológico y ahonda en los manantiales más íntimos de una civilización, de la que expresa raíces y valores, convencidos, por tanto, de que preceptos, institutos y organismos jurídicos expresan, si se sabe mirarlos, mucho más de cuanto sus aspectos particulares parecen señalar, hemos tratado de penetrar en aquel terreno secreto, en aquel retículo escondido del cual son manifestaciones externas, descendiendo hasta el espacio arduo y arriesgado, pero gratificante, de la mentalidad.¹⁷⁰

La historia de la humanidad no puede ser escrita sin la de los ordenamientos que ha establecido, con los cuales vive. “Estos ordenamientos pertenecen al cuadro total de la cultura humana, así como el acontecer político o económico y sus estructuras o como los grandes campos culturales de la filosofía, de la religión o del arte”.¹⁷¹

Por ello, el surgimiento de la ciencia jurídica debe considerarse como un fenómeno histórico, que no puede ser explicado en su totalidad fuera del estudio de su momento pues “los hombres se parecen más a su tiempo que a sus padres”.¹⁷²

La creación romana del derecho fue de tal magnitud que, al igual que los textos filosóficos platónicos y aristotélicos, sigue ejerciendo su influencia aun después de desaparecida su civilización. Y es que el Derecho Romano ha contribuido de manera determinante en la civilización contemporánea y tiene aún mucho que aportar a la humanidad, “porque lo verdaderamente grande nunca acaba

¹⁷⁰ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 27 y 28.

¹⁷¹ Coing, Helmut, “Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)”, en González, María del Refugio (comp.), *Historia del Derecho (historiografía y metodología)*, México, Instituto Mora, s. a., p. 91.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, pp. 31 y 32.

en el mundo. Puede ser como la semilla que queda invisible en la tierra hasta que llega el momento oportuno para su germinación”.¹⁷³

Analizar y comprender la cultura romana es trascendental y esencial debido a que estamos romanizados no sólo en lo jurídico sino también en lo familiar, en lo religioso, lo político y en lo social, y todo esto abona a los sistemas jurídicos. Para muestra basta con leer la historia antigua de Roma y sorprendernos al descubrir que nuestras raíces están inmersas en ese mundo. En pleno siglo XXI seguimos teniendo ritos similares, lenguajes, ideas, creencias, instituciones jurídicas, sociales y políticas que se desarrollaron en la antigüedad y que siguen dando forma y contenido a la norma jurídica, porque somos aun tanto de aquello que fue, que hemos hecho que permanezca perenemente como parte indiscutible de lo que continuamos siendo.

Nuestra cultura hace que Roma tenga todavía mucho que decir; la historia del *Ius* se reescribe constantemente y está aún en desarrollo,¹⁷⁴ ofreciéndonos la posibilidad de seguirla estudiando y descubriendo, para desentrañar lo que de nuestra civilización se gestó desde su cultura, y hoy nos hace ser lo que somos.

Es por lo que, “si el tiempo presente cambia, también se modifican las preguntas que el hombre y el historiador realizan al pasado. Esta es la razón por la cual cada generación necesita rehacer constantemente su historia: las respuestas dadas por las generaciones anteriores ya no satisfacen las cuestiones que en ese nuevo momento se plantearon”.¹⁷⁵

En ese orden de ideas y tal como lo reconoce el romanista Álvaro d’Ors: “el Derecho Romano, estudiado como criterio histórico crítico, ha tenido un indiscutible renacimiento”.¹⁷⁶

¹⁷³ Cfr. Von Ihering, *El espíritu...* cit. p. 32.

¹⁷⁴ Cfr. Beard, Mary, *SPQR. Una historia de la Roma Antigua*, trad. Silvia Furió, España, Crítica, 2016, p. 17.

¹⁷⁵ Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 14.

¹⁷⁶ d’Ors, Álvaro, *Filología y Derecho ... cit.* p. 197.

Es trascendental seguir descubriendo, estudiando y analizando toda la riqueza que nos ofrece el mundo antiguo, enfáticamente Roma y Grecia, con el fin de obtener el mayor provecho posible a efecto de entender el porqué de nuestro modo de ser y de pensar.

El estudio y análisis histórico, a través de un ordenado regreso a la antigüedad, debe constituir un instrumento de autoconocimiento para seguir adelante y con éxito en la construcción de nuestra realidad jurídica.

Transitar en esa línea del pensamiento nos invita a un serio y meditado retorno a las raíces de nuestra cultura que tal como lo propone Giovanni Reale, “tiene como fin que el hombre se recupere y cure espiritualmente”;¹⁷⁷ y en ese retorno, la ciencia del derecho no debe ser la excepción.

Considerando que origen es destino, la Historia del Derecho exige entender su surgimiento y analizar su esencia a través del estudio y reconstrucción de determinados momentos históricos claves, tal como el que se vivió en la Roma antigua y que marcó el nacimiento de la ciencia jurídica.

La latinidad es sustancialmente producto de Roma y en ella se inserta el Derecho. Conocer esa cultura es comprenderla junto con todas sus manifestaciones y, de no hacerlo, se abonaría a la incomprensión actual del Derecho como ciencia, incomprensión que nace fatalmente de la ignorancia de su pasado. Pero no es, quizás, menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente.¹⁷⁸

Sólo así estaremos en condiciones de continuar desentrañando qué fue lo que el ser humano de aquel momento conoció, descubrió, asimiló, inventó y/o practicó para lograr una ciencia cuyo destino ha sido perenne, teniendo logros

¹⁷⁷ Cfr. Reale, *La sabiduría antigua, ... cit.* p. 17.

¹⁷⁸ Cfr. Bloch, Marc, *Introducción a la Historia*, trad. Pablo González Casanova, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 38.

insignes, tales como generar seguridad jurídica, hacer justicia, ser oportuna, establecer preceptos, principios, métodos y dialectos que de uno u otro modo seguimos utilizando y analizando para dar forma y contenido a nuestros sistemas jurídicos actuales, y para colegir lo que a nuestra realidad jurídica convenga.

Para cumplir con lo anterior, Jaime del Arenal destaca un principio esencial de interdisciplinariedad: “Todo jurista debe saber historia”; señalando que, “a los juristas, la historia jurídica les presenta la posibilidad de cuestionar o relativizar la concepción contemporánea del derecho vigente y proceder a aceptar que ésta es, en sí misma, una más entre otras que han sido en el pasado o podrán ser en el futuro”.¹⁷⁹

El entender y evidenciar que la ciencia jurídica no siempre se ha concebido como un conjunto de normas promulgadas por el Estado, “procura al jurista un mayor margen de libertad en su profesión, al dotarlo de conocimientos y argumentos que en mucho podrán ayudarlo a superar con mayor facilidad el legalismo agobiante que sufre hoy la ciencia jurídica y proceder a construir soluciones más flexibles y más humanas en tanto que su objetivo sea establecer una sociedad más justa y formar un hombre más libre”.¹⁸⁰

Tal como lo reconoció von Ihering:

Es necesario considerar al derecho como un organismo objetivo de la libertad humana, y no como una serie de disposiciones impuestas por el legislador; sino, como el idioma de un pueblo, un producto interior y ordenado de la historia. El carácter del pueblo (entendido en este caso, como la *civitas* –de la que eran parte esencial los juristas-) y su manera de ser, preceden a toda intención y voluntad legisladora y el derecho se forma y desarrolla bajo la perpetua influencia del carácter, civilización, relaciones materiales y vicisitudes del pueblo.¹⁸¹

Abonemos entonces al conocimiento de ese momento originario, del punto inicial, señalando que precisamente y por lo que al Derecho se refiere, von Ihering

¹⁷⁹ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia Mínima ... cit.* p. 18.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

¹⁸¹ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 37.

expresó que “sólo puede entenderse como un hecho romano, debido a que el espíritu del pueblo y la época son, el espíritu del derecho”.¹⁸² Pero ese hecho romano solo puede entenderse si se entiende lo que es derecho. Siendo que, “el espíritu del Derecho Romano es el espíritu del pueblo romano, un espíritu ocupado en crear derecho, y, por lo tanto, es el espíritu del derecho mismo, no sólo del romano”.¹⁸³ Jurídicamente somos Roma.

Tal como lo reconoce Iglesias:

El espíritu romano se define, entre otras cosas dignas de relieve, por prestar atención decidida y constante al entresijo de situaciones reales que erigen a la vida misma en el eje rector de cuanto roza con lo humano.

Quien logra adentrarse en el espíritu de Roma, está en situación de captar los “secretos” de su Derecho, porque éste es manifestación de aquél. Importa, pues, zambullirse en la entraña del primero, para captar en el espíritu del Derecho, en su oculta encarnadura, la razón de tantas sinrazones que lo son sólo de apariencia.¹⁸⁴

En nuestro todavía joven siglo XXI el positivismo jurídico agoniza pese a los privilegios de los que ha gozado, debido a que no mostró la capacidad suficiente para ser la doctrina que honrara la promesa de cualquier sistema jurídico que se jacte de ser digno. Esa promesa es cumplir con la verdadera resolución de los problemas jurídicos que aquejan día a día a los humanos y que esencialmente derivan de la injusticia e inequidad. En este escenario, que carga con la herencia de ese positivismo que trabó en la sociedad una idea errónea con la que se rebajó el derecho a la ley como acto político y a la voluntad del poder estatal, bien vale la pena hacer un viaje al pasado, con la esperanza de que aporte a la liberación del propio Derecho.

¹⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 42.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 24.

¹⁸⁴ Iglesias, *Las fuentes... cit.* p. 13.

Los juristas podemos recuperar nuestra esencia al más puro estilo de nuestros *padres* intelectuales “para evitar caer en la molición intelectual que nos haga sentir satisfechos con la función formal de sacerdotes del culto legislativo”.¹⁸⁵

Grossi afirma que:

La visión histórica consuela porque quita su carácter absoluto a las certezas actuales, las relativiza poniéndolas en fricción con certezas distintas u opuestas ya experimentadas en el pasado, desmitifica el presente, induce a un análisis crítico liberando los fermentos modernos de la inmovilidad de lo vigente y estimulando el camino para la construcción del futuro.¹⁸⁶

Estudiar lo acaecido en Roma tiene también la finalidad de encontrar para los juristas del presente y del futuro, los elementos reales y suficientes que les devuelvan la autorización, para resurgir como los verdaderos creadores, custodios, tutores y defensores de esa ciencia tan humana que nació y debe permanecer como el arte de lo justo, de lo bueno y de lo equitativo: nuestra ciencia, el Derecho.

Trasladarse ordenadamente en el tiempo a través de los acontecimientos sociales, políticos, culturales, religiosos, económicos, etc., que determinaron el pensamiento de los hombres que dieron vida a la ciencia del derecho, es un primer paso para comprender cómo pensaban y qué fue lo que les ayudó a generar la ciencia jurídica que nos legaron.

Del Arenal señala que, desde esta perspectiva, la historia cultural, la historia política y social, la historia conceptual, la historia de la filosofía, y de las ideas, y la biografía misma, resultan herramientas auxiliares de la historia jurídica en la medida que sirven para ubicar correctamente aquellos conocimientos, ideas, necesidades, problemas y circunstancias públicas y personales que enfrentaron los creadores del Derecho.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Grossi, *La primera lección... cit.* p. 19.

¹⁸⁶ Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 23.

¹⁸⁷ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia Mínima... cit.* p. 19.

La ciencia jurídica, desde que los romanos la crearon y hasta nuestros días, es por antonomasia el medio apropiado para proveer el orden y la estabilidad en las relaciones humanas, logrando que éstas sean lo más justas posibles. *Ex profeso* nació para ello, durante dos milenios ha mantenido dicha función y hoy sigue exigiendo que se le haga la justicia que la misma busca, dándole lo que le corresponde.

Y lo suyo del Derecho usando las palabras de del Arenal consiste en “ser un orden justo, nunca definitivo y siempre capaz de realizarse o de rehacerse en caso de ser violentado. Este orden justo sólo puede existir mediante el ejercicio de la virtud de la justicia”.¹⁸⁸

La idea de historiar la ciencia jurídica es proveer elementos suficientes y continuos a la formación integral del jurista que actualmente reclama contar con una verdadera cultura jurídica, sin que su educación se encasille en el dogma positivista.

Como lo afirma Álvaro d’Ors, citado por Fernández de Buján:

El jurista moderno no deberá contentarse con conocer el derecho positivo, sino que deberá prepararse para introducir en él los cambios meliorativos que parezcan exigir los tiempos en que vive, y cuanto más se limita el estudio del derecho al derecho positivo, más difícil se hace que el jurista formado de esa manera sea capaz de ver más allá del texto legal y sea capaz de reformarlo. Sólo una sólida formación histórica y filosófica capaz de aportar al estudio elementos de comparación, conciencia de la flexibilidad y de la relatividad de las soluciones jurídicas propuestas a lo largo de la historia para resolver los problemas concretos, y capacidad crítica y de análisis frente al riesgo de la sacralización de la ley, puede dar asiento riguroso al saber jurídico. La ley, escribe Von Lübtow, no cae del cielo como un meteorito, sino que tiene un pasado histórico que la condiciona.¹⁸⁹

Este regreso a la antigüedad, que busca desentrañar aspectos específicos del nacimiento de la ciencia del derecho, exige el conocimiento y la comprensión de

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸⁹ Fernández de Buján y Fernández, Antonio, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 2012, p. 15.

los elementos reales que permitieron su surgimiento, y que alimentaron esa forma jurídica conocida como Derecho.

En ese orden de ideas, el propio jurista Paulo estableció que “el derecho no se toma de la regla, sino que la regla se crea a partir del derecho que existe. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabino, es como el compendio de una causa, que, si en algo está viciada, pierde su función”.¹⁹⁰

Esta investigación busca ser parte precisamente de esa nueva fase en el estudio del Derecho Romano que Schiavone resume señalando que “es hora de que el vacío comience a colmarse, y se devuelvan al pensamiento de los juristas romanos las características y el rostro que le fueron propios; que se retorne a él ya no para imitarlo y retomarlo, sino para comprender mejor –y ayudar a comprender– de dónde venimos, qué éramos, cómo nos hemos formado”;¹⁹¹ y tengamos elementos suficientes para definirnos en el hoy y planear para el mañana, a partir de lo que realmente somos, y no de lo que creemos o quisiéramos ser.

Hablar de la Historia del Derecho Romano, es hablar de la esencia de la ciencia jurídica, historiarle tiene como fin comprender nuestro presente jurídico y prever nuestro futuro, lo que se traduce en hablar de nuestro modo de ser jurídico. Para ahondar más en ello, vamos a indagar en la importancia de la historia.

1.1.1. ¿Qué es la Historia?

De la historia lo primero a reconocer es que a los historiadores no nos veda de antemano ningún género de investigación, ya se proyecte de preferencia hacia el individuo o hacia la sociedad, hacia la descripción de las crisis momentáneas o

¹⁹⁰ D. 50,17,1. *Cfr.* Irigoyen Troconis, *op. cit.* p. 1.

¹⁹¹ *Cfr.* Schiavone, *op.cit.* p. 37.

hacia la búsqueda de los elementos durables; no encierra en sí mismo ningún credo; no compromete a otra cosa, según su etimología original, que a la “investigación”.¹⁹²

Lo segundo es que “la historia no es la ciencia del pasado, porque es absurda la idea de que el pasado, considerado como tal, pueda ser objeto de ciencia”,¹⁹³ por la sencilla razón de que el pasado no existe. En este sentido, esta historiografía sitúa el concepto de la historia como ciencia radicalmente actual.¹⁹⁴

Ya Leibniz hablaba de los beneficios que esperaba de la historia “los orígenes de las cosas presentes descubiertos en las cosas pasadas porque -agregaba- una realidad no se comprende nunca mejor que por sus causas”.¹⁹⁵

Lo tercero es que, según la justa conclusión de Hegel, “no hay historia excepto la historia de la vida humana, y eso no es meramente como vida, sino como vida racional, la vida de seres pensantes”.¹⁹⁶

Siendo así, el historiador debe partir de la base de que “la historia es la ciencia de los hombres en el tiempo y esa ciencia tiene necesidad de unir el estudio de los muertos con los vivos”.¹⁹⁷

El tiempo es por lo tanto, un elemento esencial en la historia, ya que refiere a hechos pretéritos que son de importancia para su estudio en el presente, y como antes se ha referido, con miras a la construcción del futuro.

La realidad de la historiografía, tal como lo reconoce Benedetto Croce es un interés de la vida presente que puede mover a indagar sobre un hecho pasado:

¹⁹² Cfr. Bloch, *op. cit.* p. 21.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹⁴ Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 14.

¹⁹⁵ Leibniz citado por Bloch, *op. cit.* p. 32.

¹⁹⁶ Collingwood, *op. cit.* p. 139.

¹⁹⁷ Cfr. Bloch, *op. cit.* p. 40. En este sentido, esta historiografía centrada en el surgimiento del *Ius*, tiene como objetivo unir el estudio de los *patres* juristas con el s. XXI.

Los requerimientos prácticos que laten bajo cada juicio histórico dan a toda la historia el carácter de “historia contemporánea”, por lejanos en el tiempo que puedan parecer los hechos por ella referidos; la historia, en realidad, está en relación con las necesidades actuales y la situación presente en que vibran aquellos hechos.¹⁹⁸

Bajo esta óptica y recordando la afirmación ciceroniana,¹⁹⁹ es cuando aparece la Historia, *mutatis mutandis*, como “una auténtica *magistra vitae*, pero no como una suerte de predicción del futuro, sino como una propedéutica que nos prepara para un presente convertido, cada segundo, en pasado inmediato”.²⁰⁰

En este contexto, Fernández de Buján establece que el Derecho Romano es derecho vigente por estar incluido en los sistemas jurídicos actuales como pilar y cimiento esencial:

Desvincular el Derecho Romano del derecho vigente sería un atentado contra la historia. No puede el Derecho Romano quedar reducido a una ciencia histórico-filológica, válida e interesante para especialistas y eruditos. El Derecho Romano no reúne la historia de un derecho glorioso. El Derecho Romano porque es actual se considera la casa común del jurista contemporáneo.²⁰¹

Es por lo que “la ciencia histórica presenta una constitución científica sumamente singular dentro del campo de las ciencias sociales y humanísticas, así como un ascendiente común en la reconstrucción de la génesis y evolución del resto de categorías culturales y disciplinas actuales, incluyendo al Derecho”.²⁰²

Siguiendo a Johan Huizinga, conviene considerar que:

La historia es una actividad del espíritu que consiste en dar forma al pasado. El espíritu se pone en tensión, poseído por la idea del pasado. El brío y el valor de este impulso espiritual y de su producto, la Historia, residen en la perfecta seriedad que lo caracteriza. El hombre siente necesidad absoluta de llegar al conocimiento

¹⁹⁸ Croce, Benedetto, *La historia como hazaña de la libertad*, México, FCE, ed., electrónica conmemorativa 70 aniversario, 2005, cap., II. La verdad en los libros de historia.

¹⁹⁹ Véase, *supra*, nota 1.

²⁰⁰ Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 12.

²⁰¹ Fernández de Buján, Federico, “Presente y Futuro de la Ciencia Romanística”, en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, pp. 309-345.

²⁰² Cfr. Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 12.

auténtico de lo que verdaderamente acaeció, aunque tenga conciencia de la pobreza de los medios de que para ello dispone.²⁰³

Continúa Huizinga señalando que:

La historia como forma espiritual, constituye una expresión más amplia que la de ciencia, concepto incluido en ella, y a la par más precisa, puesto que formula la esencia del fenómeno mismo. La clase de actividad espiritual que produce la historia se describe como un 'rendirse cuentas', expresión que abarca todas las formas de la historia escrita: la del cronista, la del autor de memorias, la del filósofo de la historia, la del sabio investigador. Abarca la más modesta monografía arqueológica en el mismo sentido que la más grandiosa concepción de la historia universal. Se trata siempre de entender el mundo, de obtener enseñanzas acerca de algo que rebasa el conocimiento de los mismos hechos.²⁰⁴

Sumando al concepto de Huizinga, Wilhem Dilthey diferencia a las ciencias naturales de las ciencias del espíritu,²⁰⁵ argumentando que "la irracionalidad del mundo histórico, con sus múltiples creaciones culturales, no podía ser medida con los esquemas de las ciencias naturales, ya que su objeto nos es accesible mediante la actitud fundada en la conexión de vidas, expresión y comprensión".²⁰⁶

En la misma línea de pensamiento Herbert Pietschmann, considera que "existen dos formas de saber, que son como dos vías que ni siquiera se cruzan, puesto que miran a objetivos totalmente diversos: la vía de las ciencias naturales que conduciría al conocimiento exacto y la vía de las ciencias del espíritu, que conduciría al conocimiento verdadero. El conocimiento exacto corre el riesgo de perder contacto con la realidad concreta, con el mundo de la vida. El conocimiento verdadero, en cambio, implica la experiencia de lo vivido, que no puede someterse, sin embargo, a pruebas de naturaleza lógico-matemática o experimental".²⁰⁷

Al respecto, Reale establece que:

²⁰³ Huizinga, Johan, *El concepto de historia y otros ensayos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 92

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 95-97.

²⁰⁵ Esta división entre ciencias naturales y ciencias del espíritu, remite necesariamente a la clasificación platónica en la que se ha encuadrado previamente al *Ius* como *ars o techné*, Véase, *supra*, notas 107 y 108.

²⁰⁶ Dilthey, Wilhem citado por Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 13.

²⁰⁷ *Cfr.* Pietschmann citado por Reale, *op. cit.* p. 41.

La frase de Rescher, 'existe una realidad mayor que aquella que la ciencia contempla', es emblemática. Yo desearía completarla como Shakespeare, pero con el espíritu de Platón: *existen muchas más cosas en el cielo y en la tierra que las que reconoce la mentalidad condicionada por el cientificismo*; más cosas, especialmente en aquella dimensión meta sensible que creo que el mismo Rescher no comprende plenamente.²⁰⁸

La historia es una ciencia que estudia e investiga al ser humano a través del tiempo, y dice Luis Suárez que:

La historia trata de enlazar presente y pasado para someterlos a un orden lógico unitario, explicando el presente por el pasado y el pasado por el presente, mostrando su singularidad científica al abordar una dimensión humana esencial: el tiempo.²⁰⁹

Respecto de las características esenciales de esta ciencia del espíritu, Collingwood identifica cuatro: "a) es una ciencia porque pertenece a la forma del pensamiento que consiste en planear preguntas que se intentan contestar b) es humanística, porque planea preguntas acerca de cosas hechas por los hombres en un tiempo preciso en el pasado; c) es racional, o sea que las respuestas que ofrece a sus preguntas tienen ciertos fundamentos y d) es una instancia de auto-revelación, que existe con el fin de decirle al hombre lo que es el hombre, diciéndole lo que el hombre ha hecho".²¹⁰

La historia a partir del s. XVIII se perfiló como una forma particular del pensamiento que postuló un objeto dotado de peculiaridades propias, el pasado, constituido por acontecimientos particulares situados en el tiempo y en el espacio.²¹¹

Dichos acontecimientos ya no acaecen, y no pueden aprehenderse por el pensamiento matemático, porque este tipo de pensamiento se centra en objetos

²⁰⁸ Para Rescher, el error singular del que son víctimas los positivistas deriva de que la ciencia no tiene nada que hacer en cuestiones que no interesan a la prosecución de su mandato: el dominio de los hechos naturales. Pero la restricción de su dominio que resulta de la limitación de su misión no autoriza a descartar como carente de sentido aquello que la trasciende. Existe una realidad mayor que aquella que la ciencia contempla; en la severa y estimulante escuela de la vida nos encontramos frente a los problemas que nuestros estudios científicos no nos ayudan a resolver. *Ibidem*, p. 48.

²⁰⁹ Suárez Luis citado por Fernández Riquelme, *op. cit.* p. 16.

²¹⁰ Collingwood, *op. cit.* p. 30.

²¹¹ *Ibidem*, p. 16.

que no tienen situación especial en el espacio y en el tiempo, y sucede que precisamente por esa falta de situación espacio-temporal es por lo que son cognoscibles. Tampoco puede aprehenderse el pasado por vía del pensamiento teológico, porque el objeto peculiar de ese tipo de pensamiento es un objeto singular e infinito, en tanto que los sucesos históricos son finitos y plurales. Lo mismo debe decirse del pensamiento científico, porque las verdades que descubre la ciencia se conocen como verdad al ser encontradas por vía de la observación y del experimento ejemplificado en aquello que en realidad percibimos.²¹²

Siguiendo a Collingwood:

La historia es un tipo de investigación o inquisición, es una ciencia porque empieza con el conocimiento de nuestra propia ignorancia acerca de alguna cosa precisa; tiene por objeto averiguar las *res gestae*, es decir, actos de seres humanos que han sido realizados en el pasado y procede interpretando testimonios, que colectivamente reciben el nombre de documentos, y por último, la historia tiene como fin el auto-conocimiento, entendiendo por conocerse a sí mismo, no puramente el conocimiento de las peculiaridades personales, sino el conocimiento de la naturaleza en cuanto hombre. Conocerse a sí mismo significa conocer, primero, qué es ser hombre, segundo, qué es ser el tipo de hombre que se es, y tercero, qué es ser el hombre que uno es y no otro.²¹³

“La historia consiste en buscar las causas²¹⁴ de lo que somos y las causas en la historia más que en cualquier otra disciplina, no se postulan jamás. Se buscan...”²¹⁵

En consecuencia, y volviendo a lo que nos ocupa en la presente investigación, resulta trascendental que para entender el cómo somos

²¹² *Idem.*

²¹³ *Cfr. Ibidem*, pp. 21 y 22.

²¹⁴ Bloch propone que las causas sean utilizadas en sustitución de los orígenes, debido a que éste último término lo considera ambiguo y equívoco, y no comparte la obsesión del historiador por los orígenes, recuerda que fue Renan quien escribió que “en todas las cosas humanas los orígenes merecen ser estudiados antes que nada”. Asimismo, reconoce que sería mejor hablar de principios, pero la noción misma de ese punto inicial aplicado a la mayoría de las realidades históricas sigue siendo singularmente huidiza, y si en lugar de orígenes entendemos las causas no habrá más dificultades de las que constantemente son, por naturaleza, inherentes a las investigaciones causales. *Cfr. Bloch, op. cit.* pp. 27 y 28.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 151.

jurídicamente, el porqué de nuestra conducta, modo de pensar, criterios y vocabulario, nos retrotraigamos en el tiempo, para obtener mayores elementos, para deducir e inducir justificadamente el rechazo o la aceptación de la realidad jurídica de nuestra sociedad, definiendo si es esa realidad la que nos corresponde, o bien, estableciendo las bases que nos permitan avanzar en dirección a lo que de verdad debería ser, dilucidando si es que nuestro sistema jurídico actual cumple cabalmente, como el romano, con el fin último de la ciencia del derecho: el dar a cada uno lo suyo, generando ante todo, un orden justo.

Johan Huizinga establece que:

La ciencia histórica es un proceso de cultura, una función universal, una casa patriarcal con muchas moradas. Sus temas concretos son innumerables y sólo unos cuantos tienen por qué conocerlos por separado. Sin embargo, el espíritu de cada época exige constantemente una cierta homogeneidad, una cierta consonancia, una convergencia de resultados como producto de investigaciones en apariencia totalmente divergentes.²¹⁶

1.1.2. La historia en la antigüedad

Para historiar el Derecho Romano es de tenerse en cuenta que el mismo fue el producto de una sociedad que existió en la etapa histórica identificada con la antigüedad, de la que nos separan al menos dos milenios.

Estudiar la evolución del derecho exige delimitar correctamente los marcos de la investigación y es lo que para “Toynbee constituye el *field of study* (área de estudio) y para Coing respondería a la pregunta ¿tiene sentido exponer la evolución del Derecho Romano a secas o se debe estudiar dentro del marco de la antigua cultura jurídica?”²¹⁷

Con base en los lineamientos que se seguirán, la respuesta a la pregunta antes planteada es a favor del estudio dentro del marco de la antigua cultura, y no

²¹⁶ Huizinga, *op. cit.* p. 15.

²¹⁷ Coing, *op.cit.* p. 81.

sólo jurídica sino de todos aquellos aspectos materiales que dieron sentido y contenido a lo que posteriormente se consagró en la norma jurídica y en el *Ius*.

Lo anterior, irá encontrando su fundamento a paso y medida que se desarrolle esta historiografía; no obstante, puede vislumbrarse en la siguiente aportación de Helmut Coing:

El derecho no evoluciona por sí mismo; toda evolución jurídica es provocada y llevada a cabo por hombres. El historiador del derecho debe, por tanto, preguntarse acerca de esos hombres y de los grupos sociales decisivos en este punto.²¹⁸

Por ello, para historiar a los clásicos es requisito *sine qua non*, evitar abstraerlos de su medio y, más bien, hacerlo a partir de él; solo así se cumple con la función crítica constructiva que debe tener el estudio histórico.²¹⁹

Es importante entonces “distinguir con finura entre el conocimiento propio del saber de nuestra época y aquello que los contemporáneos conocieron o pudieron conocer. Solamente esto último se puede tomar como base para la comprensión del ordenamiento jurídico-histórico. Lo otro sólo podrá ser el fundamento de una opinión sobre el pasado”.²²⁰

Recordemos que la historia como tantas otras disciplinas fue inventada por los griegos en el famoso siglo de Pericles y de la mano de Heródoto de Halicarnaso a quien Cicerón nombró por primera vez padre de la historia,²²¹ gracias a su obra titulada las *Historiae*, misma que según el acuerdo general de los historiadores, es la primera descripción del mundo antiguo e inicia así:

Ésta es la exposición del resultado de las investigaciones (historias) de Heródoto para evitar que, con el tiempo, los hechos humanos queden en el olvido y que las

²¹⁸ *Ibidem*, p. 82.

²¹⁹ Cfr. Martínez Lacy, Ricardo, *Historiadores e historiografía de la antigüedad clásica*, México, FCE, 2014, p. 13.

²²⁰ Cfr. Coing, *op.cit.* p. 69.

²²¹ Cicerón, *Las Leyes*, I, 5.

notables y singulares empresas realizadas, respectivamente, por griegos y bárbaros -y, en especial, el motivo (*aitía*) de su mutuo enfrentamiento- quede sin realce.²²²

Ahora bien, dicha paternidad, dice Brom puede ser relativa y discutible,²²³ debido a que cualquier relato del pasado humano puede ser historiado, incluyendo mitos, leyendas, poesías, epopeyas y crónicas: Esto es evidentemente sabiendo analizarles, y entendiendo sus limitaciones.

En realidad, “con Heródoto lo que sucedió fue que cambió a fondo el relato del pasado, y por primera vez se escribió historia propiamente dicha: el relato de los acontecimientos se combina con una visión mundial y con la conciencia del carácter histórico, es decir, de evolución de la cultura en el tiempo; examinando los hechos, buscando la ley que rige la acción de los hombres”.²²⁴

Collingwood confirma que la Historia en cuanto ciencia es una invención griega que se acusa en el nombre mismo: historia es una palabra griega que quiere decir investigación o inquisición. El empleo por Heródoto de esa palabra en el título de su obra señala una revolución literaria. Fue, por consiguiente, el empleo de aquella palabra y sus implicaciones, lo que justifican para Heródoto el título de padre de la historia. La conversión del relato mítico en ciencia histórica no responde a algo ya escrito en la mente griega; se trata de una invención del siglo V, y fue Heródoto el hombre que la inventó.²²⁵

El primer acercamiento con el concepto de historia en la antigüedad es el de una narrativa de acontecimientos esencialmente bélicos, es importante este aspecto porque posteriormente, las obras de historiadores romanos de la talla de Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso o Polibio de Megalópolis seguirán esa misma línea narrativa.

²²² Cfr. Martínez Lacy, *op. cit.* p. 16.

²²³ Brom, Juan, *op. cit.* p. 29.

²²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 31

²²⁵ Cfr. Collingwood, *op. cit.* p. 30.

También es cierto que lo anterior nos remite a la guerra como un primer aspecto endémico y esencial para comprender la antigüedad y sus diversas manifestaciones jurídicas, sociales, políticas, culturales, económicas, etc., convirtiéndola en un punto de referencia.

Para Cicerón, la historia es un género diferente de la poesía, porque en la primera todo está en función de la verdad; y en la segunda, en cambio, casi todo tiende a la delectación.²²⁶ Se cita lo anterior, debido a que es de tenerse en cuenta que los primeros acercamientos a la historia en la antigüedad fueron a través de los relatos de la *Ilíada*.

En cuanto al término “historia”, cabe señalar que *histor*, etimológicamente significa “el que sabe o el sabedor”, y ya desde la *Ilíada* se usaba para designar al árbitro que debe recoger varios relatos de un evento y escoger la versión superior de uno de los contendientes. De ahí viene la palabra “historia”, que serviría para designar la tarea de ese árbitro.²²⁷

“Historia” entre los antiguos significaba investigación, por ello fue por lo que Pitágoras llamó historia a la geometría; historia era un vocablo utilizado para designar una investigación que reúne distintos testimonios y saca una conclusión”.²²⁸

Lo que la historia nunca designó entre los antiguos fue el pasado del hombre, que en griego se designa con el término *tá gegonóta* (las cosas pasadas) y en latín *res gestae* (las cosas hechas). Es decir, no había un vínculo automático y necesario entre el pasado y la historia; en la antigüedad, el objeto de la historia no era el pasado.

²²⁶ Cicerón, *Las Leyes*, I,5.

²²⁷ Cfr. Martínez Lacy, *op.cit.* p. 26.

²²⁸ Cfr. *Idem*.

Entre los antiguos la historia fue un género literario narrado de modo cronológico,²²⁹ de ello queda constancia en la obra ciceroniana, cuando Ático le dice a Cicerón:

Hace ya tiempo se te pide, o más bien, se te reclama una historia. Así piensan, en efecto: que, tratándola tú, puede hacerse que también en este género en nada seamos inferiores a Grecia.²³⁰

Martínez Lacy hace la siguiente consideración:

La actitud de los antiguos es salutísima, creyendo que nuestra compulsión por registrar hechos y conservar datos es una enfermedad empiricista con complicaciones positivistas y que esta afección ha llevado a los historiadores a producir una multitud de obras tan ilegibles cuan merecidamente negligidas por limitarse a registrar hechos de dudosa o nula memorabilidad o trascendencia. En cambio, profesa enérgicamente la idea de que deberíamos de seguir el ejemplo de los historiadores clásicos quienes, aun cuando fueran mediocres, siempre emprendieron obras grandiosas sobre temas de honrosa recordación y de hondas repercusiones.²³¹

En este contexto cabe mencionar que los grandes protagonistas de la historia en la antigüedad eran los pueblos, y que fue con Polibio de Megalópolis con quien surgió lo que Martínez Lacy llama “el acta de fundación de la cultura grecorromana”, además de tener el mérito de introducir a Roma la historiografía.

Collingwood confirma que “en Polibio encontramos la idea de la nueva clase de historia plenamente desarrollada ya que, como todo verdadero historiador, tiene un tema bien definido, tiene un cuento que quiere contar, un cuento de cosas notables y memorables, a saber: la conquista del mundo por Roma”.²³²

Para los romanos, la historia significa continuidad, o sea la herencia de instituciones del pasado escrupulosamente mantenidas en la forma en que fueron recibidas, y el ajuste de la vida a moldes de hábitos ancestrales. Y los romanos, tan

²²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 38.

²³⁰ Cicerón, *Las Leyes*, I,5.

²³¹ Cfr. Martínez Lacy, *op. cit.* p. 27.

²³² Collingwood, *op. cit.* p. 48.

agudamente conscientes de la continuidad que los ligaba con su pasado, tuvieron cuidado de conservar los memoriales de ese pasado.²³³

El protagonismo de los pueblos en la historia antigua, permite que los historiadores podamos valernos de diversas fuentes para su análisis, porque “la lectura histórica, referida a cualquier campo, exige prestar cuidadosa atención de los datos, pero a sabiendas de que éstos no descubren, por sí solos, la pura realidad”.²³⁴ En este sentido Albornoz sostiene que:

El auténtico historiador tiene que saber cernir los testimonios llegados hasta él para poder decidirse a aprovecharlos en su integridad o parcialmente, pero tiene además que saber interrogar a los que juzgue dignos de ser recogidos y escuchados. Porque esos testimonios no descubren a las claras el ayer. Es necesario inquirir qué quisieron decir en verdad los autores de un relato, de un poema, de una inscripción; qué ideas, problemas o intereses movieron a los redactores de una escritura o de una ley; qué sensibilidad o inquietud -personal o colectiva, nueva o tradicional- impulsó al sacerdote, al pensador o al artista... Es preciso indagar la luz que arrojan todos estos testimonios diferentes sobre el tema en estudio, habido en cuenta el significado mismo que les concedieron los autores.²³⁵

Es por lo que Collingwood afirma que:

A los romanos debemos, siempre bajo el tutelaje del pensamiento helenístico, el concepto de una historia tanto ecuménica como nacional, una concepción en que el héroe del relato es el continuo y común espíritu de un pueblo, y en que la trama consiste en la unificación del mundo bajo la dirección de ese pueblo. Ese espíritu nacional es una substancia inmutable que está debajo de los cambios.²³⁶

La historia al igual que el Derecho, se perfeccionó en Roma de la mano de Polibio, quien “es el abogado de los derechos de la historia para que la misma se estudiara como ciencia con carácter de universalidad y por sus propios méritos”.²³⁷

En este orden de ideas Collingwood declara que Polibio aplicó a la historia las mismas nociones helenísticas que aplicaron los estoicos y epicúreos a la Ética.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Cfr. Iglesias, Las fuentes... cit. p. 13.*

²³⁵ Sánchez Albornoz citado por Iglesias. *Ibidem.* pp. 13 y 14.

²³⁶ Collingwood, *op. cit. p. 49.*

²³⁷ *Idem.*

Ambas escuelas, en efecto, coincidían en pensar que el problema de la vida moral no era saber controlar los acontecimientos del mundo en torno, según creyeron los moralistas griegos clásicos, sino saber cómo conservar la integridad y el equilibrio interno una vez que se había abandonado el intento de controlar los sucesos externos.²³⁸

“Con Polibio, la tradición helenística del pensamiento histórico pasa a manos de Roma. El único desarrollo original que se le imprime desde entonces procede de Tito Livio, quien concibió la grandiosa idea de la historia de Roma desde sus orígenes”.²³⁹

Fue así como con los romanos se desarrollaron dos géneros historiográficos: las *historias* y los *anales*. Las primeras trataban de la historia remota y los segundos, arreglados por año, tenían como tema la historia contemporánea.²⁴⁰

Atendiendo a lo anterior y tratándose del Derecho, según se puede observar, Gayo se decantaba por el primer género historiográfico cuando señala:

Al tener que hacer la interpretación de las leyes antiguas, he creído necesario remontarme primero a los orígenes de Roma, no porque quiera escribir extensos comentarios, sino porque estimo que, en todas las cosas, es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y, ciertamente, el principio es la parte más importante de cualquier cosa.²⁴¹

En virtud de lo expresado, debe de tenerse en cuenta que la guerra, la expansión territorial y demás consecuencias derivadas de la misma (léase fuentes materiales o reales), constituyen uno de los hilos conductores más importantes de la historiografía de la antigüedad, a partir de lo cual puede derivarse el estudio de lo acaecido en los diferentes ámbitos de desarrollo de una sociedad, incluyéndose el jurídico.

²³⁸ *Ibidem*, p. 50.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ Cfr. Martínez Lacy, *op. cit.* p. 41.

²⁴¹ D.1,2,1.

Es esa la línea de pensamiento de esta historiografía, atendiendo lo sucedido en Roma que marcó el inicio de la Historia del Derecho, “debiendo ser analizado y visto en conexión con la situación total, ideal y material la sociedad que le perteneció”,²⁴² en la medida que las fuentes lo permitan.

Es importante destacar que en Roma antigua, salvo el *Enchiridion* de Pomponio que consta en el Digesto, no existió una obra que como tal se abocara a la historia del derecho o a la vida y obra de los juristas, razón que da mayor justificación para acudir a las fuentes materiales o reales que aparecen en obras diversas con el fin de abstraer los elementos que permitan historiar más ampliamente el Derecho Romano.

Recordemos que a la historia “reciente como ciencia, pero vieja como relato”, le quedan muchas partes del cascarón, posiblemente sea una de las ciencias menos formadas todavía, pero a pesar de todas las objeciones afirmamos que sí reúne las características fundamentales de la ciencia del hombre a través del tiempo y en relación con la comunidad de que forma parte y al desarrollo de ésta.²⁴³

Si para efectos del presente fuere menester dar una definición de historia, me quedo con lo expuesto por Bloch al señalar que “la historia no es la ciencia del pasado²⁴⁴, sino que es una ciencia de los hombres en el tiempo”.²⁴⁵

Una ciencia que, tal como lo reconoció Cicerón, es “maestra de la vida”,²⁴⁶ una maestra que, como dijera Savigny, “es noble, incluso en la infancia de los pueblos”.²⁴⁷

²⁴² Cfr. Coing, *op. cit.* p. 69.

²⁴³ Cfr. Brom Juan, *op. cit.* p. 28.

²⁴⁴ Cfr. Bloch, *op. cit.* p. 22.

²⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 26.

²⁴⁶ Véase, *supra*, nota 1.

²⁴⁷ Savigny, *op. cit.* p. 72.

1.1.3. La Historia del Derecho

Durante el s. XIX, en contraposición a la escuela de Derecho natural²⁴⁸ surge el Historicismo buscando dar a la historia el carácter de ciencia. A partir de dicho movimiento, y específicamente en Alemania, surgió la escuela histórica del derecho de la mano de grandes personajes como Gustav von Hugo, autor del Manual del Derecho Natural (1788) y Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), quien marcó la pauta para los estudios histórico-jurídicos en torno al Derecho Romano, considerado fundador de la escuela romanista del Derecho con su obra *El Sistema de Derecho Romano Actual*.

Uno de sus principales postulados fue que “el Derecho es producto del espíritu del pueblo basado en su cultura, señalando que la verdadera fuente del Derecho son las fuerzas espirituales de la nación, que son las únicas que pueden conferirle autoridad”.²⁴⁹

La expresión “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*²⁵⁰), que constituye todo un símbolo en la terminología propia de la escuela historicista, fue utilizada por Georg Friedrich Puchta. En dicha expresión, “espíritu debe ser entendido como la conciencia común de la nación, el conjunto de fuerzas latentes que desarrollan el Derecho, bien a través de la legislación, bien de la propia ciencia jurídica”.²⁵¹

Marcelo Fonseca dice que la escuela histórica alemana:

²⁴⁸ La Escuela del Derecho natural propone la existencia de una ética social conforme a la naturaleza, lo cual se traduce en un Derecho -derecho natural- que puede entrar en conflicto con el derecho positivo. Es decir, a partir de unos principios generales extraídos de la razón se puede configurar, según un modelo matemático, un sistema jurídico, donde tales postulados adquieren un valor absoluto, al margen de cualquier tiempo y lugar, de tal manera que la validez del Derecho puede invocarse por todos los pueblos. Véase, Bernad Mainar, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del *ius privatismo* moderno”, *Revista internacional de Derecho Romano*, octubre 16, pp. 1-80. http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf

²⁴⁹ Cfr. Savigny, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de José Díaz García, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 26.

²⁵⁰ Véase, *supra*, nota 24, origen hegeliano del término.

²⁵¹ Cfr. Bernad Mainar, *op. cit.* p. 25.

Es una respuesta a la concepción iusnaturalista del hombre (que le atribuye caracteres eternos inmutables y transhistóricos), en la que se funden la esencia del hombre y sus realizaciones en un mismo núcleo cuyo contenido y cuya forma se definen como históricos. Siguiendo a esta escuela, habría en realidad unidad entre los hombres y las fuerzas de la naturaleza, y la historia, como un eterno flujo de generaciones, que moldearía a los hombres, hermanándolos y reuniéndolos en una comunidad de autoconciencia.²⁵²

El romanticismo es la doctrina que nutrió en un primer momento al historicismo, debido a que “los románticos tendían a considerar el pasado en cuanto tal, como admiración y simpatía semejantes a las que sentían los humanistas por la antigüedad greco-romana; pero con todo y la semejanza, la diferencia era grande. La diferencia era, en principio, que los humanistas despreciaban el pasado en cuanto tal, pero consideraban ciertos hechos pasados como desarticulados, por así decirlo, del proceso temporal a causa de su propia existencia intrínseca, convirtiéndose así en clásicos o modelos permanentes a imitar (V.gr.: el Digesto); mientras que, por su parte, los románticos admiraban o simpatizaban con estos o aquellos logros porque reconocían en ellos el espíritu de su propio pasado, valioso para ellos porque era suyo”.²⁵³

Para la escuela historicista, “el concepto *Volksgeist* es fundamental, ya que es en la historia donde todo se funde, es en ella donde deben buscarse las raíces. Esta fusión desempeñaría un papel trascendental, que se atribuirá a los personajes notables de la historia. Es decir, personalidades imbuidas del “espíritu del pueblo” y que, por tanto, deben ocupar un puesto importante en el escenario histórico e historiográfico”.²⁵⁴

Dice Savigny:

Que a los juristas les es indispensable un doble sentido: el histórico, para captar con agudeza lo peculiar de cada época y de cada forma jurídica, y el sistemático, para ver a cada concepto y a cada precepto en una conexión y una interacción vivas con el todo, es decir, en la única conexión que es verdadera y natural...Bajo dicha óptica

²⁵² Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 44.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ *Idem.*

y en lo tocante al Derecho Romano, importaría que fuera reconocible el espíritu que anima las *Pandectas*.²⁵⁵

Según lo establecen Molitor y Schlosser:

Para Savigny el Derecho no es una construcción artificiosa, que podía producir el contenido de la voluntad, como quería el Derecho natural del tiempo de la *Aufklärung* (Ilustración), partiendo en esencia del individuo. Para él era el derecho mucho más, una exigencia natural, integrante de la cultura del pueblo y con ella de todo el pueblo. Como la cultura así, germina también el Derecho, intuitivamente, de la “conciencia común del pueblo”, del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*) y por ello no recibe su validez de un acto del legislador sino por obra y gracia de su legitimación histórica.²⁵⁶

En la misma línea de pensamiento se pronunciaron personajes tales como Montesquieu²⁵⁷ quien sostuvo que “trasladar a siglos remotos las ideas del siglo en que uno vive es la más fecunda de las fuentes del error”;²⁵⁸ y Voltaire²⁵⁹ quien manifestó que “hasta entonces se había escrito solamente la historia de los reyes, y nunca de la nación. Pareciendo como si en catorce siglos solo hubiera habido en Francia reyes, ministros y generales, preguntándose: ¿Es que no merecen ninguna atención el carácter de los pueblos, las costumbres, la legislación?”²⁶⁰

Savigny afirmó que todo Derecho nace como derecho consuetudinario; según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante. Es decir, “todo

²⁵⁵ Cfr. Savigny, *op. cit.* 38.

Las *Pandectas* tienen un valor inestimable para el estudio del Derecho Romano, pero en modo alguno constituyen la experiencia jurídica romana en su totalidad, en ellas se reconoce el espíritu del Derecho Romano, pero no constituyen el espíritu mismo.

²⁵⁶ Molitor, Erich y Schlosser, Hans, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, trad. Luis M. Marcano Salazar, Argentina, Olejnik, 2020, p. 73.

²⁵⁷ Collingwood reconoce que aun cuando Montesquieu carecía de sentido crítico, logró aportar algo importante para el desarrollo futuro del pensamiento histórico a través de su insistencia en las relaciones que hay entre el hombre y su ambiente (aunque entendió mal muchas relaciones) y en los factores económicos, que a su parecer están por debajo de las instituciones políticas. Cfr. Collingwood, *op. cit.* p. 94. El error de Montesquieu fue considerar falsamente la historia como un espectáculo subordinando los procesos históricos a leyes de geografía y climatología. *Ibidem*, p. 118.

²⁵⁸ Cfr. Contreras Peláez, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005, p. 38

²⁵⁹ Voltaire acuñó el término de filosofía de la historia, que sólo puede cumplirse por la historia misma, a diferencia de los positivistas para quienes se trataba de convertir la historia en una ciencia empírica: para él, filosofía significaba pensar con independencia y críticamente. Cfr. Collingwood, *op. cit.* p. 11.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 41.

Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”.²⁶¹

Sin duda alguna, el mérito de Savigny fue la idea de que lo jurídico es un producto de la historia y de la cultura de un pueblo, es decir, descubrió la historicidad del derecho:

Resulta evidente que el Derecho Romano se ha formado casi totalmente de dentro hacia fuera, como Derecho consuetudinario, y la historia más puntual del mismo enseña lo escasa que fue la influencia ejercida en cualquier aspecto por las leyes propiamente dichas, mientras el Derecho conservó su vitalidad. La historia del Derecho Romano es también muy aleccionadora para lo que se dijo sobre la necesidad de un código. Mientras el Derecho se mantuvo en un progreso vivo, no se consideró necesario ningún código, ni siquiera cuando las circunstancias se mostraban sumamente favorables para ello.²⁶²

El breve resumen del pensamiento del padre de la historicidad jurídica puede quedar sentado cuando él mismo expone que “para conocer el fondo de las normas es necesaria una sólida historia del Derecho”.²⁶³

Posteriormente Rudolph von Ihering criticó al historicismo savigniano por su idea de que “el Derecho Romano fuera relegado a la historia”²⁶⁴ y “propuso partir de la idea de que la historia del derecho no tiene que terminarse en el presente, sino que tiene que continuar en el futuro”,²⁶⁵ estableciendo que:

La importancia del Derecho Romano para el mundo actual no reside solo en haber sido fuente y origen del derecho, sino en la transformación que imprimió a *nuestro* pensamiento jurídico, y en haberse convertido, como el cristianismo, en elemento de la civilización moderna. La difusión y predominio del Derecho Romano en el mundo moderno es uno de los fenómenos más maravillosos de la historia y de los triunfos más extraordinarios de la fuerza intelectual.²⁶⁶

²⁶¹ Savigny, *op. cit.* p. 21.

²⁶² *Ibidem*, p. 31.

²⁶³ *Cfr. Ibidem*, p. 56.

²⁶⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 81.

²⁶⁵ *Cfr.* Fikentscher, Wolfgang, “La concepción de la historia y del sistema de Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 78.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/22129/20971/>

²⁶⁶ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 30.

Von Ihering propone tomar el material histórico para desarrollar de modo inductivo el sistema vigente, siendo que, “ese sistema es el portador de la evolución del Derecho hacia el futuro, teniendo en principio el factor tiempo, tanto en el pasado como en el futuro, la misma función en relación con el sistema”.²⁶⁷

Ihering se separó de la pandectística y según lo establece Molitor y Schlosser:

Se pronuncia en contra de la investigación puramente histórica de las fuentes y de sus peculiaridades, impulsando al Derecho y a su teoría a una primera línea de utilidad práctica. Desarrolla sus ideas de manera ingeniosa, fuertemente crítica, a veces incluso apasionada y busca en conexión con las ciencias naturales y con la sociología destilar lo universalmente válido del Derecho en sus variados estadios de evolución. Opuesto al Derecho natural observa estrictamente el método científico elaborado por el Derecho romano al igual que busca sustentar su teoría en el desarrollo del mismo Derecho romano.²⁶⁸

La obra de Ihering propone que las reglamentaciones jurídicas sean interpretadas no de una manera aislada sino comprendiendo las motivaciones y la función jugada en el conjunto normativo como medio de realización y satisfacción de intereses.²⁶⁹

A partir de los acontecimientos brevemente citados, durante el s. XIX se multiplicaron los autores y las obras que estudiaban la evolución histórica de sus respectivos sistemas jurídicos, destacando entre otros Fustel de Coulanges y Theodor Mommsen.²⁷⁰

Por lo que se refiere específicamente a México, después de la supresión de la Universidad de México en 1833²⁷¹ por el entonces vicepresidente Valentín Gómez

²⁶⁷ Cfr. Fikentscher, *op. cit.* p. 79.

²⁶⁸ Molitor, Erich y Schlosser, Hans, *op. cit.* p. 84.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 85.

²⁷⁰ Pérez De los Reyes, *op. cit.* p. 10.

²⁷¹ La Universidad en lo que hoy es México fue creada por Real Cédula en el año de 1551, y recibió el nombre de Real y Pontificia Universidad de México a fines del s. XVIII. Con la Independencia de México, la Real y Pontificia fue parte del conflicto liberal conservador, defendida por los conservadores y atacada por los liberales por ser una institución del viejo régimen. En la primera mitad del s. XIX, vivió una serie de continuas clausuras y reaperturas que terminaron por minar su

Farías (en funciones presidenciales), Santa Anna restableció la Universidad en 1834 y dispuso que el estudio de la jurisprudencia se llevara a cabo en los colegios de San Juan de Letrán y de San Gregorio, en cuyas cátedras se incluía la historia del derecho civil, romano, canónico, patrio y natural, en lo que constituía una verdadera enciclopedia de estudios histórico-jurídicos.²⁷²

Otros datos relevantes son que, durante la presidencia del general Félix Zuloaga, se estableció una cátedra de Derecho Romano Comparado con Derecho Patrio, y que a partir de 1867, a la caída del Segundo Imperio, quedó asentada la existencia de dos cursos de Derecho patrio que se impartían en segundo y tercer año de la carrera.²⁷³

Para 1914 el director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, José Natividad Macías, manifestaba:

La historia interna y externa del Derecho no consiste en una simple relación de antecedentes, sino en la exposición sistemática de sus tendencias y de su desarrollo evolutivo en cada época y en cada raza, es decir, en sus diferenciaciones o adaptaciones a las necesidades sociales en los diversos pueblos a medida que éstos han avanzado en la senda del progreso hasta el momento de la civilización actual.²⁷⁴

Por lo que a España se puede referir, fue con el Real decreto del 2 de septiembre de 1883 cuando la Historia del Derecho nació como asignatura autónoma, lo que dio lugar a la creación de una nueva comunidad científica: los historiadores del derecho.

estructura, hasta que el Segundo Imperio Mexicano la cerró definitivamente en 1865. En 1867 se establecieron una serie de Escuelas Nacionales que suplirían los estudios anteriormente impartidos por la Universidad (entre ellas la Antigua Escuela de Jurisprudencia en la calle de San Ildefonso en lo que fue el convento de Santa Catalina de Siena), y posteriormente, en 1881 Justo Sierra presentó un proyecto de ley para reestablecer en México una universidad, objetivo que logró como secretario de Instrucción Pública en 1910, siendo que, la Universidad Nacional Autónoma de México se fundó el 22 de septiembre de 1910, constituida por diversas escuelas entre la que destacó la de Jurisprudencia. Véase, Marsiske, Renate, "La Universidad de México: Historia y Desarrollo", *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, vol. 8, 2006, pp. 11-34.

²⁷² Pérez De los Reyes, *op. cit.* p. 11.

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 25.

Entre los principales *patres* fundadores de dicha disciplina cabe destacar a Alfonso García-Gallo quien distinguió entre la Historia del Derecho en sentido objetivo y subjetivo, “la primera está constituida por el devenir del derecho, es decir, la serie de grados intermedios entre su forma más primitiva y su sistema actual; la historia del derecho como realidad viva. Cuando ese devenir del derecho, esa realidad es objeto de estudio, nos encontramos ante la historia en sentido subjetivo o, dicho de otro modo: ante la ciencia de la Historia del derecho”.²⁷⁵

Para García-Gallo la historia del derecho forma parte de éste y su estudio debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho. Es decir, no es una rama especializada de la historia; y no debe entenderse como una sucesión de hechos sino como una sucesión de sistemas, que están condicionados por dos clases de factores: materiales (étnicos, geográficos, económicos...) y espirituales (religiosos, morales, psicológicos, culturales...). Ambos tipos de factores determinan el medio ambiente, lo exterior, a lo que el derecho ha de amoldarse. Mientras que los segundos forman lo interior, el espíritu, la mentalidad, el sentimiento.²⁷⁶

Esa línea de pensamiento autoriza a que en esta historiografía se atiendan esos factores materiales que se presentaron en Roma antigua, con énfasis en el helenismo como fenómeno de carácter cultural que encuadra en lo espiritual, y que efectivamente conllevó la transformación del derecho establecido y, por lo tanto, una sucesión de sistemas.

Cabe resaltar que a partir del surgimiento de la historia del derecho, apareció el gran debate aun no resuelto del todo, de si la Historia del Derecho es una ciencia jurídica o es una ciencia histórica. Para los fines de este trabajo nos decantamos por la postura ecléctica.

²⁷⁵ Cfr. Sánchez-Arcilla Bernal, José, “Alfonso García-Gallo: aportaciones metodológicas y conceptuales a la Historia del Derecho”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol. 18 (2011), pp. 13-49. <https://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/41510/39598>

²⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, nota 40, p. 26.

Conviene partir de la base de que la Historia del Derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar el fenómeno jurídico en perspectiva histórica. “El objeto del derecho es, pues, el derecho a lo largo del tiempo; pero es bien sabido que no hay una gran uniformidad de criterios sobre qué sea el derecho”.²⁷⁷ Por el se hace necesario saber historia y derecho, para generar un círculo virtuoso en torno a su estudio.

Es decir, “el jurista debe ser historiador y saber emplear los medios de prueba como fuentes de conocimiento. Debe también saber imaginar diferentes horizontes y escenarios extraídos de la experiencia humana”;²⁷⁸ esto no debe sorprender, puesto que es bien sabido que, los *iuris prudentes*, hombres sabios surgidos precisamente en la Roma antigua, eran verdaderos polímatas que no limitaron su estudio a aspectos jurídicos, sino que, enriquecieron su arte, precisamente con todos los conocimientos que tuvieron a su alcance, incluida la historia.

Sostiene Ricardo Zorraquín que “esta ciencia, por lo tanto, es a la vez histórica y jurídica”, ya que si bien deberá conocerse el derecho pretérito “que por cierto no se limita a las normas sancionadas sino que debe comprender también todo lo referente a la vida real de esas normas, a su acción sobre la sociedad y a las reacciones que eventualmente provocaron”, lo cual implica una labor histórica, el historiador del Derecho deberá ocuparse asimismo “de exhibir el Derecho como una estructura, señalado las conexiones de sus diversos elementos, los vínculos que ligan a varias instituciones, su dependencia recíproca y la articulación de sus diferentes partes”, y ésta es labor del jurista “porque todo ello requiere la utilización de métodos y conocimientos propios de la ciencia del derecho”.²⁷⁹

En la actualidad ha ganado terreno la idea de una naturaleza dual o bifronte de la Historia del Derecho, pues la disciplina aplica el método histórico al estudio de

²⁷⁷ Cfr. González, María del Refugio, *La Historia del Derecho ... cit.* 219.

²⁷⁸ Cfr. Ledesma, *El cristianismo... cit.* p. 32.

²⁷⁹ Cfr. Martiré, Eduardo, *Consideraciones Metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977, p. 26.

contenidos jurídicos. De allí que la naturaleza de la materia sea mixta: es histórica en lo que se refiere al método, pero es jurídica por el objeto.²⁸⁰

“Afirmando que la historia del derecho es la comprensión de lo jurídico, hoy se debe hacer historia del derecho para comprender el derecho actual a través del pasado”.²⁸¹

Dicho de otro modo, “la historia del derecho se define en función de su objeto. Y ¿cuál es ese objeto? Pues bien, el objeto de la historia del derecho consiste en estudiar su origen y sus transformaciones a través del tiempo”.²⁸²

No se trata de ver la Historia del Derecho como si fuese un museo en el que las piezas artísticas nos sorprenden por su magnificencia, reconociéndolas como parte del pasado; sino que además de admirarlo, debe analizarse para determinar la utilidad que puede proporcionar a la construcción del tan anhelado orden justo en la sociedad. En palabras de Grossi:

La historia del Derecho debe ser historia auténtica, no es nunca ni fuga ni elusión ni divertimento. Es investigación de los fundamentos más sólidos, investigación de una identidad esencial más allá y por encima de lo meramente episódico y el verdadero historiador atiende a un pasado que es sólo ilusoriamente una realidad extinguida, pues en realidad es un momento indisoluble de la vida, al que el historiador en su presente vuelve a dar vitalidad y vivacidad.²⁸³

Lo anterior significa que, “el Derecho es quizá el modo más significativo que tiene una comunidad para vivir su propia historia”.²⁸⁴

La Historia del Derecho no sólo procura describir y analizar el movimiento jurídico en las normas que se produjeron en todo tiempo y lugar, también se debe armonizar con los principios y las virtudes, dentro de las cuales la justicia ocupa un

²⁸⁰ Cfr. Garcé, Álvaro, *et al. Manual de Historia del Derecho*, Uruguay, Universidad de la República de Uruguay, s.a. p. 21.

²⁸¹ Cfr. Ledesma, *El cristianismo... cit.* p. 49.

²⁸² Cfr. Bernal, Beatriz, *Historia del derecho*, México, UNAM/Nostra, 2010, p. 16.

²⁸³ Grossi, *El orden jurídico medieval, ... cit.* p. 35.

²⁸⁴ Cfr. Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 30.

lugar expectante, lo que implica analizar cuestiones propias de la moral y el pensamiento, no sólo las normas, sino aquellos imperativos que estuvieron presentes cuando se elaboraban las reglas básicas de convivencia.²⁸⁵

Grossi establece que “el sustrato de los valores históricos es el de las raíces de una sociedad, es el fruto de una larga sedimentación, es la adquisición de certezas laboriosamente conquistadas que se convierten, después de fatigas multiseculares, en patrimonio de una comunidad histórica”.²⁸⁶

También Grossi manifiesta que:²⁸⁷

El Derecho es también historia, es mutación, es relatividad extrema en el tiempo y en el espacio, pero también es la traslación de ciertos esquemas organizativos del instinto social al terreno más específico de los valores, y en cuanto percepción de valores no puede dejar de ser recorrido por una tendencia a consolidarse, a echar raíces a menudo profundas, a convertirse incluso en esquema lógico, en sistema.

Es obligación considerar que el Derecho es un producto histórico, marcado por una íntima historicidad.

Por lo ya referido y tal como lo propone del Arenal:

Hoy más que nunca se debe reconocer la utilidad de la historia del Derecho, para constatar que no siempre obedeció a intereses políticos, sino también a imperativos éticos, axiológicos, culturales, científicos y técnicos que un legislador no puede visualizar y menos en forma monopólica, sino que suponen el ejercicio de facultades mentales, de habilidades, de virtudes y de conocimientos especializados propios de una clase profesional dedicada a ella.²⁸⁸

Se debe hacer historia con perspectiva de actualidad, con visión de futuro y a la vez realista; con óptica panorámica hacia todas las ciencias del saber humano, pues en todas ellas se ventilan conflictos y problemas que inciden en la construcción y realización de un orden social justo y real, pacífico y ético. Con lo cual se pueda garantizar la sobrevivencia de la especie humana en la Tierra y dignificar y respetar los más altos valores de todas las culturas; poner la dignidad del hombre por encima de todo; rescatando y dando a conocer la capacidad de la inteligencia libre del ser

²⁸⁵ Cfr. Solar Rojas, Francisco José del, *Historia General del Derecho*, 4ª ed. Perú, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012, p. 27.

²⁸⁶ Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 29.

²⁸⁷ Cfr. Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 43.

²⁸⁸ Arenal Fenochio, Jaime del, ¿Para qué la historia del Derecho?, en Mijangos Pablo (coordinador) *Historia del Derecho, ¿Para qué?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 13-18.

humano puesta al servicio de las soluciones posibles, reales, éticas y justas a sus interminables conflictos. Esto es lo que pide y exige nuestra época a la historia del Derecho y a quienes deberíamos ser sus principales defensores: los juristas.²⁸⁹

1.1.4. Importancia de la Historia del Derecho Romano en la formación del jurista

De acuerdo con García-Gallo, “la Historia del Derecho ha de ser verdadera historia... ha de exponer el origen y desarrollo del derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente; el derecho vigente no es un punto de llegada, sino tan solo una etapa del camino”.²⁹⁰

“La verdadera y gran lección de historiar no consiste en proyectar a diestra y siniestra modelos anacrónicos, sino en restituir la tipicidad de un rostro en toda su exactitud”.²⁹¹

Siguiendo el pensamiento de von Ihering:

La importancia de seguir historiando el Derecho Romano en la actualidad no reside únicamente en haber sido fuente y origen del derecho, sino en la transformación que imprimió a nuestro pensamiento jurídico, y en haberse convertido, como el cristianismo, en elemento de la civilización moderna. La difusión y predominio del Derecho Romano en el mundo moderno es uno de los fenómenos más maravillosos de la historia y de los triunfos más extraordinarios de la fuerza intelectual.²⁹²

La Historia del Derecho Romano nos permite contar con un punto de partida y un primer marco referencial que coadyuva en el estudio del derecho esencialmente privado.

Historiarlo es adentrarse en el conocimiento de la formación y contenido del sistema jurídico que tanto nos ha legado, aspirando a alcanzar su esencia, eso que

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ Cfr. Sánchez-Arcilla, *op. cit.* p. 41.

²⁹¹ Cfr. Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 33.

²⁹² Cfr. Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 30.

von Ihering llamó “el espíritu del Derecho Romano”, y que Floris Margadant resume magistralmente de la siguiente manera:

No resisto a la tentación de insertar aquí una cita del gran humanista Melanchton, quien observó en 1525 el hecho de que muchos jóvenes ingleses iban a estudiar a Alemania el Derecho Romano, y a la pregunta de por qué razón se empeñaban tanto en conocerlo, ya que no tenía validez en su propio país, contestaban que aprendían del Derecho Romano el alma y el espíritu de las leyes en general, es decir, se ilustraban sobre el poder y la esencia de la equidad, para poder luego juzgar mejor sus propias leyes nacionales.²⁹³

Agrega Margadant, que “se debe recordar que quien ha de buscar la solución justa de algún conflicto concreto o quiere colaborar en la fijación de normas generales, debe ser algo más que un mero leguleyo; debe poseer algo más que un buen conocimiento del Derecho Positivo. De él esperamos que comprenda el espíritu del derecho, respecto del cual las leyes de cada momento no son sino una manifestación temporal e incompleta”.²⁹⁴

Roma es de esos pueblos cuya huella en la historia de la humanidad es indeleble, desbordante, que no se concreta a su época, sino que tienen un alcance a través del tiempo. Su influencia se deja todavía sentir fuertemente en la humanidad y ha perdurado por siglos, de manera que millones de seres humanos hemos sido tributarios de Roma, gracias a su labor civilizadora en cuanto al Derecho se refiere.²⁹⁵

Ahora bien, ya se ha mencionado que desde finales del siglo XIX ha existido una tendencia marcadamente pandectística en el estudio del Derecho Romano, centrada en el específico análisis y estudio del contenido del Digesto, que forma parte del *Corpus Iuris Civilis*,²⁹⁶ y aun cuando es imposible negar su trascendencia

²⁹³ Margadant, *op. cit.* p. 14.

²⁹⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 15.

²⁹⁵ *Cfr. Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, s.a. p. 225. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1387/6.pdf>

²⁹⁶ El *Corpus Iuris Civilis* constituye la máxima compilación existente de Derecho Romano elaborada en tiempos y a petición del emperador Justiniano entre los años 527 y 565 d.C. Representa la principal fuente de conocimiento del Derecho Romano y se integra por el *Codex*, las *Institutiones*, las *Novellae* y el *Digestum* o *Pandectas*.

e importancia, el abuso en considerarle como la única experiencia romana es un riesgo para la Historia del Derecho.

Esa tendencia del estudio romanístico, como Derecho de *Pandectas*, conlleva el riesgo de caer en un anquilosamiento dogmatizado que desemboca en el positivismo de la codificación, o peor aún, en considerar que su estudio es absolutamente inútil para el jurista moderno.

Cabe recordar que entre los presupuestos epistemológicos del Positivismo se destaca que la realidad está dotada de exterioridad, es decir, la realidad es exterior al sujeto. “Esto es, el objeto existe independientemente del sujeto. El objeto (en este caso el Digesto) “es”, en el sentido de tener una existencia suficiente en sí misma, y no precisa del sujeto para afirmar su propia existencia”.²⁹⁷

Marcelo Fonseca explica que la corriente del realismo filosófico (en la que se sitúa el Positivismo) considera la realidad como un dato sobre el que no interfiere la existencia del sujeto; en otros términos, para el Realismo la realidad (el objeto) existe independientemente del sujeto.²⁹⁸

Fonseca continúa explicando que, frente al positivismo, la corriente del Idealismo filosófico considera la existencia del objeto condicionada por el sujeto, es decir, si no fuese por esa percepción humana, si no existiese el hombre, las cosas no existirían. Con esto, el Idealismo representa exactamente lo contrario del supuesto del que parte el Positivismo.²⁹⁹

El problema de la Pandectística es que “su exacerbación condujo al Derecho Romano a una estructura dogmática sistematizada, orgánica, al construir unos conceptos propios con un lenguaje preciso y refinado, sobre la base de los

²⁹⁷ Cfr. Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* pp. 45-46.

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 47

textos justinianos, pero ajenos en puridad al derecho justiniano”,³⁰⁰ y ajenos también al derecho clásico romano que fue el que le dio contenido.

Al respecto Jaime del Arenal señala:

Que el positivismo científico y su nuevo Derecho de juristas implicaron una posición eminentemente formalista del Derecho, ajena, en consecuencia, a cualquier consideración material del mismo. Su evidente abstraccionismo se apartó de los vínculos que tanto la jurisprudencia romana como la medieval habían mantenido siempre y necesariamente con la realidad social, con la visión problemática que había caracterizado al trabajo del jurista, así como con los fundamentos éticos de sus respectivas sociedades. Por su parte, el positivismo legislativo -el llamado a prevalecer como técnica del poder ordenador del Estado- prescindió de la Historia desde sus antecedentes y presupuestos iusnaturalistas.³⁰¹

Al tenor de lo anterior, el riesgo del Positivismo inicia con la errónea consideración de que el Digesto es un código, además de un producto atemporal y por lo tanto ahistórico, lo que complica su plena comprensión porque el contenido normativo e institucional se aísla de la realidad a la que perteneció y pone en tela de juicio (o más bien anula) la importancia del estudio de la Historia del Derecho Romano clásico.

Con lo anterior, la historia pierde el papel relevante y determinante que tiene en el Derecho porque se deja de considerar que la historia no se agota en sí misma, quitándole así, la posibilidad de ser un valioso instrumento para la construcción del Derecho positivo.³⁰²

Dice d’Ors que hemos llegado a un punto histórico en el que la degeneración dogmatizante resulta ya imposible dentro del mismo Derecho Romano, porque ahora la tensión se puede y debe dar –y en ello estriba precisamente el valor actual de nuestro estudio entre Derecho Romano y dogmática jurídica positiva–. De esta suerte, el estudio romanístico parece haber entrado en una nueva fase de su

³⁰⁰ Cfr. Bernad Mainar, *op. cit.* p. 53.

³⁰¹ Arenal Fenochio, *Historia mínima... cit.* p. 210.

³⁰² Cfr. Bernad Mainar, *op. cit.* p. 24.

historia, en la que, a cambio de su vigencia, ha ganado un permanente valor formativo de sentido crítico y antidogmático.³⁰³

Es por ello que “hay que tener cuidado de desligarse de la mentalidad que implica ver al Digesto como el libro de la revelación jurídica; el libro que debe ser conservado, interpretado, divulgado, respetado y hasta venerado; y optar por lo que ya había señalado Erasmo, reavivando la llama de la filosofía jurídica platónica-ciceroniana: lo que hay que buscar es un derecho fundado en la equidad –*la aequitas*– y en la razón, no en la autoridad personal y de la letra, pues esto nos llevaría a la injusticia del *summum ius*”.³⁰⁴

En el s. XXI la Historia del Derecho debe instruir al jurista proporcionándole datos que le ayuden a entender el derecho actual, formándole y permitiéndole comprender por qué el derecho actual es como es, y hasta qué punto podría ser de otra forma.³⁰⁵

Especialmente porque, tal como lo señala del Arenal:

El siglo XX se encargó de demostrar que el orden social se establece mediante el Derecho o se acaba imponiendo desde la fuerza del poder político. La confusión en la que nos metió esa desafortunada centuria es que ahora pensamos -y se nos enseña- que el Derecho es una expresión exclusiva de ese mismo poder político que se ha arrogado el monopolio de su creación a través de su reducción a un mero y complejísimo conjunto de normas legales positivas.³⁰⁶

La razón para historiar el Derecho Romano es el principio para salvar del dogmatismo al Derecho, ya que “durante los dos últimos siglos, su historia ha sido sinónimo de la primacía de la ley, olvidándose de otras fuentes como la costumbre, pero sobre todo de lo que fuera expresión de la más refinada inteligencia humana puesta al servicio de lo justo, de la paz, de la convivencia, y de la razón práctica: la jurisprudencia, entendida como ciencia y arte del Derecho en manos de los juristas.

³⁰³ Cfr. d’Ors, Álvaro, *Filología y Derecho... cit.* p. 198.

³⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 200 y 201.

³⁰⁵ Cfr. Brom, Juan, *op. cit.* p. 43.

³⁰⁶ Arenal Fenochio, *¿Para qué la historia del Derecho? ... cit.* p. 14

Polímatas que tristemente han sido sustituidos por legisladores que son, en muchas ocasiones, éticamente irresponsables, al servicio del poder y no de la justicia, y por abogados y notarios que llegan a ser siervos del legislador y del éxito profesional”.³⁰⁷

Téngase en cuenta que “para el estudio de la historia jurídica es necesario considerar que el concepto de Derecho, más que vincularse al concepto de norma, supone previamente la necesidad de orden pacífico, convincente, y aceptado por los miembros de una determinada comunidad humana, de forma tal que asegure la convivencia entre ellos. Asimismo, habrá de tenerse en cuenta que el Derecho nació en el mundo romano bajo la inspiración de los valores griegos y helenísticos”,³⁰⁸ de ahí la importancia de iniciar su estudio precisamente en su punto de partida y con su elemento esencial.

Es importante historiar porque tal como lo establece Bloch, “un saber (léase el derecho), no es verdadero ni posible si no tiene una escala de comparación histórica”.³⁰⁹

Siguiendo el pensamiento de Croce:

El conocimiento de “la situación actual”, como se lo llama, se refiere al curso que la vida real ha seguido para legara este punto, y en cuanto así lo hace es conocimiento histórico. Las obras históricas de todos los tiempos y de todos los pueblos llegaron a nacer de este modo y siempre han de brotar así, de nuevos requerimientos que surgen y de las perplejidades que implican. No llegaremos a entender la historia de los hombres y de otros tiempos mientras no comprendamos los requerimientos que aquella historia satisfizo, ni nuestros sucesores llegarán a entender la historia de nuestro tiempo mientras no cumplan las mismas condiciones.³¹⁰

Lo anterior toma especial relevancia en el Derecho Romano, pues pese a que no es derecho vigente, su esencia se encuentra presente en nuestro vocabulario institucional, en nuestro modo de razonar y en la axiología de la ciencia jurídica.

³⁰⁷ *Ibidem*, 15.

³⁰⁸ *Ibidem*, 17.

³⁰⁹ Bloch, *op. cit.* p. 37.

³¹⁰ Croce, *op. cit.* cap. I, lo que conviene en historia a un libro de historia.

El pasado es, por definición, un dato que ya nada habrá de modificar. Pero “el conocimiento del pasado es algo que está en constante progreso, que se transforma y se perfecciona sin cesar”.³¹¹

“La historia no suministra soluciones, pero permite -y sólo ella lo hace- plantear correctamente los problemas, y todo el mundo sabe que un problema bien planteado está ya medio resuelto. Sólo la historia es capaz de hacerlo porque sólo ella puede reconstruir el inventario de una situación dada y facilita los elementos para determinar dicha situación. No hay verdadero conocimiento sin recurrir a la historia. Un cuerpo vivo sólo se conoce por su historia”.³¹²

Es por lo que la Historia del Derecho Romano reviste una importancia indiscutible en la formación del jurista, debido a su finalidad didáctica, liberalizadora y constructiva. Es didáctica porque cumple con la noble misión de servir para que el jurista comprenda los orígenes de su ciencia, incluyendo la formación y contenido de sus instituciones, así como el método de pensamiento propio de la gente de Derecho. Es liberalizadora porque coopera en el entendimiento de que el Derecho no es un producto resultado de la gracia del Estado moderno y mucho menos es sinónimo de ley (como acto político). Y es constructiva porque aporta elementos bastos y suficientes para proponer un Derecho que, desde las realidades sociales existentes, con un método lógico y a través de un sistema racional, pueda a manera del romano, convertirse en un orden justo y equitativo.

Ergo, el Derecho necesita de su historia, y ésta es imposible sin la del Derecho Romano que es su punto de partida.

En torno a la trascendencia de historiar el Derecho Romano, Torrent establece que:

³¹¹ Cfr. Bloch, *op. cit.* 49.

³¹² Gerald Da Cunha Lopes, Teresa María, *Historia General del Derecho Occidental, Volumen I*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, 2011, pp. 13 y 14.

En el mundo que vivimos, tan pleno de leyes y teorías, es necesario historiar al jurista romano, quien sobre todo en la clásica, fue enemigo de teorizar y definir, que se entregó a un quehacer vital al ocuparse de lo necesario, porque su obra es patrimonio jurídico más que prescripción legislativa, que ha determinado nuestra cultura. La enseñanza jurídica romana con métodos que descansan en el sentimiento de la realidad humana, en el mejor conocimiento del hombre, es un ejemplo que sería muy fecundo si los estudios actuales lo siguieran con mayores escrúpulos.³¹³

La Historia del *Ius* nos permite comprender que “la experiencia romana no concluye en la caída de Roma, sino que continúa en la Edad Media y en la Moderna, y seguirá tras nosotros, porque no hemos agotado todavía las posibilidades que este derecho encierra”.³¹⁴

La historia de Roma, y de su sempiterna elaboración jurídica, “deja siempre el poso romano que el intérprete actual debe aquilatar, para hacer que el ayer pueda ser hoy, arrancando al texto romano su sentido íntimo, supra histórico, porque no se puede negar que el Derecho Romano sigue vivo entre nosotros”.³¹⁵

1.2. Derecho Romano. Conceptualización y delimitación

El estudio del Derecho Romano exige su conceptualización y delimitación, en virtud de la vastedad de su contenido. De ahí la importancia establecer qué se debe entender por Derecho Romano, estableciendo con ello las delimitaciones que permiten su investigación.

Para efectos de esta investigación se entiende por Derecho Romano *lato sensu* el conjunto de normas, principios y conceptos jurídicos que rigieron a la sociedad romana desde sus orígenes y hasta la elaboración del Digesto de Justiniano, el cual puede ser estudiado a partir de la axiología de su contenido, de la técnica utilizada para su creación, de sus instituciones o de sus diversas fuentes

³¹³ Cfr. Torrent, Armando, “Miscelánea. Los estudios del prof. Juan Iglesias”, *Sumario Año 1970*, pp. 551-563. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1252770.pdf>

³¹⁴ Cfr. *Idem*.

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 554.

de creación (formales, reales o materiales e históricas). Tratándose del Derecho Romano *stricto sensu (Ius)* Adame dice que:

Es la doctrina racional o ciencia que elaboraron los juristas de la antigua Roma, especialmente durante la época clásica (130 a.C. a 230 d.C.), para el discernimiento de la conducta jurídica a seguir en las relaciones entre personas.³¹⁶

Ahora bien, para llevar a cabo el estudio del *Ius* es obligatorio tener en cuenta tanto el derecho que le precedió (conocido como arcaico), como la existencia del Digesto, es decir, se requiere un panorama general del Derecho Romano *lato sensu*.

El derecho arcaico cobra relevancia porque los romanos tenían especial reverencia y respeto por su pasado, al que siempre tomaban en cuenta para cualquier creación que emprendían.

Al respecto Kunkel, escribe que:

Si los ordenamientos jurídicos de hoy día se asemejan a un jardín plantado y cuidado según planes determinados, en el Derecho Romano domina, hasta un cierto punto, el estado de naturaleza libre; lo que muere se encuentra inmediatamente al lado de lo que pugna por crecer. Toda institución jurídica muestra –aun después del transcurso del tiempo- las huellas de su origen de este o aquel otro estrato de la evolución total y sólo puede ser completamente comprendido desde su historia.³¹⁷

De tal modo que cualquier estudio de la época clásica debe prever sus propios antecedentes históricos alojados dentro de la época arcaica o preclásica. De no ser así, se corre el riesgo de carecer de todos los elementos que permitan la comprensión a la que se aspira.

Dice Juan Iglesias:

Los hombres del mundo clásico no se apartan de lo recibido. El espíritu tradicionalista, nunca apagado, hace que los conceptos y las proposiciones de la ciencia jurídica aparezcan a los ojos de los *iusprudentes* “no como fruto de su

³¹⁶ Adame Goddard, Jorge, *Curso de Derecho Romano clásico*, México, Porrúa/UNAM, 2014, p. 1.

³¹⁷ Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, 4ª ed. trad. Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1989, p. 92.

arbitrio, sino como entidades reales, cuya esencia y genealogía se les ha hecho familiar a través de un largo y confiado trato”.³¹⁸

En segundo término, hay que considerar que cualquier trabajo relacionado con el Derecho Romano clásico necesita referencia del Digesto de Justiniano. Ello es porque constituye la obra por excelencia que en calidad de fuente histórica tenemos como pilar y fundamento de los sistemas jurídicos occidentales.

Es importante subrayar que el Digesto representa la compilación mejor lograda de las obras de los juristas clásicos. Además, y desafortunadamente, no ninguna otra obra jurídica original de la época clásica sobrevivió, salvo las Instituciones de Gayo.

Asimismo, valga esclarecer que los *digesta*, aun el de Justiniano, no eran códigos, en el sentido de compilaciones de *leges*, “no daban voz a un legislador contemporáneo de la sociedad a la que pretendían regular, sino que, sacaban a la luz, la autoridad y la ciencia de los juristas”;³¹⁹ por lo tanto, no se les debe estudiar como compendios de normas jurídicas, sino como compilación de saber jurídico.

El Digesto es de enorme valor para el estudio del *Ius* así pretendido, tomando siempre en cuenta que las hipótesis codificadoras fueron del todo lejanas durante los siglos en los que se gestó y maduró y hasta el siglo III d.C.³²⁰ (momento histórico en el que se inició la tendencia a la compilación con la obra conocida como *Reglas de Ulpiano*).

Sin restar importancia al *Digesto*, que data del 533 d.C., hay que tener en cuenta que la época clásica del Derecho Romano se ha fechado entre los años 130 a.C. y 230 d.C. por lo que, entre la existencia de los hombres que instituyeron el *Ius* y la elaboración de la obra de Justiniano, hay una diferencia de entre 3 y 6 siglos.

³¹⁸ Iglesias, Juan, *Las fuentes ... cit.* p. 52.

³¹⁹ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 20.

³²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 23 y 24.

Aun cuando todo estudio romanístico demanda tomar en cuenta el contenido del Digesto, esta reflexión histórica, tal como antes se ha citado, no se centrará en el análisis pandectístico (como objeto independiente del sujeto), ni buscará ser una monografía histórica de alguna de sus instituciones o conceptualizaciones. Al considerar que históricamente la experiencia de edificación jurídica romana se limita al Digesto, se cometería una injusticia en contra de la misma.

Dicho en palabras de Schiavone:

En nuestro conocimiento del pensamiento antiguo, estamos limitados a una única visión -la justiniana- y tan sólo a ella: sabemos de la existencia de un gran jardín, pero debemos contentarnos con la representación parcial que entrevemos desde una única ventana.³²¹

Por lo dicho, para Schiavone la nueva era del Derecho Romano en el siglo XXI, entraña y exige ir más allá del Digesto, celebrando la importancia de la herencia romana en la civilización occidental, reconstruyendo históricamente su cultura, así como las que fueron sus reales condiciones de existencia –conceptuales, sociales, políticas, religiosas, filosóficas, etc.- porque hasta hoy la concentración en el Digesto como código, no ha considerado del todo la antología. “Cuando se hace referencia a su historia es de modo subsidiario y extrínseco, solamente para reconstruir cuadros institucionales y políticos, *sin alcanzar nunca el corazón del Derecho Romano*”.³²²

A su vez, habrá de tomarse también en cuenta que los juristas más citados en el Digesto (Ulpiano, Papiniano, Modestino, Florentino y Paulo³²³) pertenecieron a la denominada época clásica tardía. Su labor consistió, en gran parte, en reproducir, adaptar, compilar, comentar y, en general, estudiar y analizar la obra de los clásicos primarios (Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rulfo entre otros) y clásicos altos (Gayo, Labeón, Capítón, Próculo, Sabino, Longino, Salvio Juliano, por

³²¹ *Ibidem*, p. 23.

³²² *Cfr. Ibidem*, p. 35.

³²³ *Cfr. Kunkel, op. cit.* pp. 130-134.

mencionar algunos) mediante *digestas* que eran colecciones de *responsas* (dictámenes de los juristas) y de *quaestiones* (planteamientos hipotéticos de nuevos casos –imaginación casuística–). Dicho trabajo lo hicieron bajo un sistema que habían heredado de los clásicos.

Atendiendo a lo razonado, es indudable que el *Ius* nació siglos antes que el Digesto, y si bien es cierto que éste último y los fragmentos de las obras clásicas de gran valor histórico que contiene tales como el *Enchiridion* de Pomponio junto con las *Instituciones* de Gayo, son las únicas fuentes jurídico-históricas primarias con las que contamos, también es verdad que existen literatura y otras manifestaciones culturales y artísticas de la época que, aun cuando no sean de contenido estrictamente jurídico, nos permiten historiar el *Ius* a partir, no sólo de las fuentes estrictamente jurídicas, sino también de la identificación de fuentes reales o materiales, que al reconocer la interdisciplinariedad del derecho, resultan igualmente trascendentales.

El estudio del Derecho Romano centrado únicamente en el *Digesto* corre el riesgo de que el presente se imponga al pasado sesgando su interpretación, pero, además, puede hacer que “el pasado quede prisionero de categorías, problemáticas y angustias del presente, perdiendo su propio espesor y especificidad, su manera de imaginar la sociedad, de organizar los temas, de colocar las cuestiones y de resolverlas”.³²⁴

Del Arenal expresa que “el derecho escrito por los juristas romanos (su obra) estuvo permeado de realidad y reflexión sobre una sociedad determinada y dentro de una realidad política concreta”,³²⁵ por lo que, el *Ius* también puede y debe ser analizado a partir de esa realidad sobre la que reflexionaron los juristas clásicos, y a la cual se enfrentaron para dar respuesta justa a los problemas que atañían a la sociedad de su específico momento histórico.

³²⁴ Cfr. Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* pp. 63-64.

³²⁵ Arenal Fenochio, *Historia mínima... cit.* p. 17.

Esta investigación profundizará en algunas cuestiones trascendentales del inicio de la historia de la ciencia jurídica, indagando a través de las denominadas fuentes materiales o reales, con énfasis en el helenismo y sus contribuciones. Sirva de anclaje el pensamiento de von Ihering:

Por esto, ningún código o compilación de leyes puede comprenderse totalmente sin el conocimiento de las condiciones reales del pueblo y de la época, que es de donde nacen las reglas del derecho y los obstáculos o los medios de éste para realizarse. El derecho, tal como ha llegado a nosotros, es como el diseño de una máquina, pero la mejor explicación de una máquina es ella misma cuando funciona. No es necesario justificar la idea de que ningún derecho puede comprenderse más que teniendo en cuenta la vida real que lo rodea.³²⁶

Es así como, tratando de tomar distancia de las visiones “positivistas”, codificadoras, legalistas y estatalistas del derecho -que han permeado al Digesto-, se busca abonar a través de “la historia del derecho a la función crítica y desmitificadora del formalismo jurídico que trata siempre de “aislar” el derecho de su tiempo”.³²⁷

Jaime del Arenal señala que:

Desde esta perspectiva, los juristas no debemos olvidar que la norma legal no siempre ha sido el instrumento exclusivo o preponderante para resolver y prevenir los problemas y conflictos humanos, así como para crear instituciones indispensables para el buen orden social. De alguna manera, la historia del Derecho previene -tanto a juristas como a historiadores- a quitarse los anteojos de la modernidad para superar el modelo normativista imperante, que se acerca con una miopía legalista a las instituciones, los problemas y los conflictos humanos del pasado.³²⁸

Considerando lo que señala Fonseca al citar que “el Derecho Romano ha desempeñado (y no sin cierto anacronismo) la función de materia introductoria del derecho, teniendo como premisa teórica inevitable, naturalmente, el proceder a una reconstrucción lineal del pasado jurídico desde los romanos hasta el derecho

³²⁶ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 43.

³²⁷ Cfr. Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 38.

³²⁸ Arenal Fenochio, *¿Para qué la historia del Derecho?... cit.* p.18.

vigente”,³²⁹ se tiene la aspiración de que el Derecho Romano se estudie como algo más que una introducción al estudio del derecho desde una única visión pandectista, retomando y reconociendo la importancia y el valor que tiene también como disciplina histórica.

Al efecto debe tenerse en cuenta el multicitado dicho de von Ihering: “El espíritu del pueblo y de la época son, pues, el espíritu del derecho”.³³⁰

En resumen, para conocer verdaderamente el Derecho Romano, es necesario tratar de comprender primero lo que ese pueblo entendió por derecho, y lo que entonces era “lo romano” porque, como lo estableció Ledesma:

En pleno siglo XXI es importante ver al Derecho Romano como una catapulta de lanzamiento de un humanismo que reivindique lo que hemos perdido en aras de una tecnificación excesiva, de una secularización arrogante e insostenible. La preocupación del romanista debe ser entrar en contacto con todo el proceso del conocimiento del dato histórico que conlleva: reconstrucción, integración en el correspondiente sistema, valoración y alternativas de aprovechamiento para el presente.³³¹

Historiar con sentido crítico para desprendernos de falsos dogmas positivistas y aportar elementos ciertos y reales al jurista del s. XXI, coadyuva a forjar, como intenta la presente tesis, un humanismo que sea capaz de devolver al sistema jurídico lo que le corresponde.

Al respecto, magistralmente d’Ors consagra que:

El positivismo se ha anclado en el derecho civil codificado, y el Derecho Romano queda así colocado como posición crítica frente al positivismo. La función del Derecho Romano aparece ahora bien definida: la formación del espíritu de libertad del jurista frente a la servidumbre legalista que tiende a imponer el Estado moderno. No se trata ya de buscar en el Derecho Romano, como se dice a veces, el “precedente” de este derecho estatal, lo que conduce a mantener el estudio romanístico con una función más bien decorativa, sino de buscar en él la experiencia

³²⁹ Cfr. Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 39.

³³⁰ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 42.

³³¹ Ledesma, “*El Derecho Romano en el siglo XXI*” ... *cit.* p. 480.

superior, que permite mirar el derecho positivo con espíritu crítico e impide la dogmatización del positivismo: la conversión de la potestad en autoridad.³³²

El primer paso para lograr lo anterior, es tal como lo previene García Gallo: dar en cada momento al Derecho su verdadero carácter y contenido. “Sólo de esta manera será posible apreciar cómo ha ido avanzando o retrocediendo y cómo se ha ido desligando de lo puramente moral o económico y adquiriendo la naturaleza actual. La Historia del Derecho debe abarcar todo y sólo lo que en cada época ha sido derecho, aunque no coincida con nuestro criterio actual”.³³³

En razón de lo señalado, un camino para avanzar más allá del Digesto es hacerlo a través de fuentes primarias no necesariamente catalogadas como jurídicas, entre las que destacan la obra ciceroniana, las historias de Polibio, Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y Aulo Gelio, complementadas con el estudio de la obra de grandes romanistas, juristas e historiadores del Derecho destacando de manera enunciativa más no limitativa: von Ihering, Álvaro y Xavier d’Ors, Max Kaser, Juan Iglesias, Adame, Schulz, Mommsen, Kunkel, Heineccius, Schiavone, etc., sin que ello implique olvidar las valiosas aportaciones del Digesto.

Cabe decir que es obligatorio entender al Derecho como una de las máximas expresiones de la cultura de cualquier sociedad, más aun tratándose de Roma antigua, donde tuvo su origen como ciencia práctica.

Por otro lado, también es obligatorio entender que cultura es todo complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad.³³⁴

Reiteramos que el surgimiento del *Ius* se sustentó en diversas fuentes reales o materiales. Sin embargo, cobra relevancia y llama especialmente la atención el

³³² d’Ors, Álvaro, *Filología y Derecho... cit.* p. 205.

³³³ Cfr. Sánchez-Arcilla, *op. cit.* p. 27.

³³⁴ Cfr. Garcé, Álvaro, *et al. op. cit.* p. 20.

fenómeno cultural que se provocó a partir del encuentro greco-romano y de la difusión del helenismo, que se incrustó en la cultura romana convirtiéndose en uno de los elementos esenciales del *Ius*.

1.2.1. Fuentes reales del Derecho

Al ser las fuentes materiales que convergieron en el surgimiento del *Ius* su principal delimitación, es menester conceptualizar el término. Al respecto hay que señalar que la utilización del vocablo fuente (*fons*) en el ámbito jurídico se retrotrae a Roma antigua; así, por ejemplo, Cicerón en *Las Leyes* plantea la pregunta: “*Visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus?*” (¿Quieres, pues, que extraigamos de su fuente el nacimiento mismo del derecho?³³⁵); mientras que Tito Livio definió a las XII Tablas como “*Fons omnis publici privatique iuris*” (Fuente de todo el derecho público y privado).³³⁶

Asimismo y tal como lo establece Iglesias:

“Aunque no de modo expreso, sino agazapada en inusual y feliz metáfora, encontramos la palabra Fons en Pomponio cuando afirma que de la ley decenviral “*fluere coepit ius civile*”. Y también, aunque no metafóricamente, en Papiniano, al hablar de dónde dimana, de dónde “*venit*” el *ius civile*”.³³⁷

Seguendo a Basadre citado por Martiré, las fuentes para hacer Historia del Derecho son “todo fenómeno apreciable físicamente que pueda dar noticias sobre el contenido, la esencia o la causa de un hecho, de un principio, o de un conjunto de principios o hechos jurídicos”.³³⁸

En la historia las fuentes cobran especial relevancia, ya que constituyen su materia prima, pues no existe la posibilidad de observar directamente el objeto de estudio o de realizar experimentos.³³⁹

³³⁵ Cicerón, *Las Leyes*, I, 20.

³³⁶ Tito Livio, *Historia de Roma desde su fundación*, libro 3,34,6.

³³⁷ Iglesias, *Las fuentes...* cit. pp. 23 y 24.

³³⁸ Cfr. Martiré, *op. cit.* p. 19.

³³⁹ Cfr. Brom, *op. cit.* p. 47.

Es decir, la Historia del Derecho, como toda historia, se apoya en restos que se conservan de épocas pasadas. Estos testimonios del pasado deben ser entendidos, en su sentido más propio, como manifestaciones de la vida humana.³⁴⁰

El Derecho brota y se sitúa en las fuentes materiales, porque “es un fenómeno primordial y radical de la sociedad que para existir sólo necesita y le es suficiente con las organizaciones comunitarias en las que la sociedad se ordena”.³⁴¹Grossi sostiene que:

El derecho nunca flota sobre la historia, al contrario, tiende siempre a encarnarse en ella, a compenetrarse con ella; y en la historia aparece una gran variedad de fuerzas que se mueven libremente en la sociedad y tienden a influir en el derecho, fuerzas espirituales, culturales y económicas, todas las fuerzas se mueven libremente en la sociedad. Sociedad y derecho tienden así a fundirse: la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de la realidad social.³⁴²

Por lo mismo es necesario considerar que “todo conocimiento histórico es indirecto; el estudioso lo recibe a través de las llamadas fuentes históricas, que son todas las huellas dejadas por la actividad del hombre. Cualquiera de ellas, correctamente estudiada proporciona datos acerca del desarrollo de la sociedad humana a través del tiempo”.³⁴³

Dice Brom que:

Las fuentes mismas son de muy distintos tipos. Pueden tratarse de elementos elaborados simultáneamente o en contacto directo con el acontecimiento que se describe, como sucede en el caso de los instrumentos de labor, las armas, los relatos hechos por contemporáneos y otros orígenes de información. Pero muchas veces no es posible utilizar estas fuentes primarias, sea por haber desaparecido, por no encontrarse al alcance del observador o porque resulta más conveniente partir de conocimientos ya analizados y sintetizados. Se recurre entonces a fuentes secundarias, a estudios realizados anteriormente, basados, a su vez, de manera directa o indirecta, en las fuentes primarias o en el conocimiento del acontecimiento

³⁴⁰ Cfr. Coing, *op. cit.* p. 54.

³⁴¹ Cfr. Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 25.

³⁴² *Ibidem*, p. 26.

³⁴³ Cfr. Brom, *op. cit.* p. 47.

mismo. También se obtiene información histórica del análisis de las consecuencias del acontecimiento o movimiento de interés.³⁴⁴

Partiendo de la base de que el Derecho Romano requiere ser estudiado con parámetros históricos, surge la exigencia de lograr una visión lo más amplia posible; para ello, el historiador del derecho debe recurrir a todas las fuentes primarias y secundarias que le aporten datos de interés.

En este sentido, resulta importante recordar que la doctrina jurídica ha clasificado las fuentes de las que brota el Derecho en formales, reales o materiales e históricas. Tratándose del Derecho Romano, su debido análisis exige estudiarle, en la medida de lo posible, a través de las fuentes que en su momento le pertenecieron y le dieron forma y contenido.

El Derecho Romano en la época clásica surgía de diversas fuentes formales tales como la *lex*, el edicto del pretor, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, la costumbre y la jurisprudencia.³⁴⁵

Por su parte, la labor jurisprudencial que penetró de una u otra forma en todas las fuentes formales, estuvo a su vez influenciada y determinada por sus propias fuentes históricas, siendo que el producto del jurista también estuvo condicionado por las circunstancias que le tocó vivir.

En la actualidad, el historiador del Derecho Romano tiene como principales fuentes histórico-jurídicas las *Instituciones* del jurista Gayo y el *Corpus Iuris Civilis* que incluye el Digesto y las *Instituciones* de Justiniano.

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ I. I,II,3. Pero consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos.

Procede del no escrito, el derecho que el uso convalidó. Pues las costumbres constantes, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, semejan a la ley. I,I,II,9.

Sin embargo, la interdisciplinariedad inherente al *Ius*, genera una riqueza inconmensurable de fuentes reales o materiales, que quedaron plasmadas en otras fuentes históricas primarias y secundarias.

Al respecto establece Bloch que “la vida es demasiado breve y los conocimientos se adquieren lentamente. El mayor genio no puede tener la experiencia total de la humanidad. El mundo actual tendrá siempre sus especialistas, como la Edad de piedra o la Egiptología, pero lo único que les puede pedir es que recuerden que las investigaciones históricas no admiten la autarquía. Ninguno de ellos comprenderá, si está aislado, ni siquiera a medias. No comprenderá ni su propio campo de estudio. Y la única historia verdadera que no se puede hacer sino en colaboración es la historia universal”.³⁴⁶

Ledesma dice que para que “el derecho legislado se haga vida, debe retornar de modo espontáneo o coactivo a la realidad de la cual emergió, cuando no se acata voluntariamente. De no ser así, nos encontramos en presencia de un orden jurídico que a menudo será vigente, mas no viviente; esto nos conduce a reconocer la enorme importancia que, al lado de la ética, la técnica, la historia y otras disciplinas, revisten la teoría y praxis de las fuentes reales de lo jurídico. Por eso hay que atender con prontitud y profundidad la realidad social.”³⁴⁷

En ese retorno propuesto por Ledesma, son requisito *sine qua non* las fuentes reales o materiales que, según Villoro Toranzo, son los ideales de justicia y las circunstancias históricas. “Los ideales de justicia son el fruto de las aspiraciones sociales más elevadas del espíritu humano y las circunstancias históricas son el conjunto de particularidades a que se halla sometido el hombre, situado en un tiempo y en un espacio determinados, que constituyen el contenido, sustancia o materia de las normas”.³⁴⁸

³⁴⁶ Bloch, *op. cit.* p. 41.

³⁴⁷ Cfr. Ledesma, *El cristianismo ... cit.* p. 7.

³⁴⁸ Cfr. Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho... cit.* p. 157.

Lato sensu es posible señalar que son fuentes reales todos los acontecimientos sociales, políticos, militares, culturales, económicos, etc., que suceden en el contexto histórico específico en el que se desarrolla y es vigente un sistema jurídico o normatividad en particular, convirtiéndose en factores o elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas.³⁴⁹

Las fuentes materiales condicionan la norma jurídica y convierten al derecho en una ciencia interdisciplinaria, que se vincula necesaria y absolutamente con la sociedad a la que se dirige y que, por tanto, requiere de diversas ciencias auxiliares (historia, filosofía, economía, psicología, sociología, antropología, etc.)

“La historia del derecho -decía Levene-³⁵⁰, como ciencia del espíritu, indaga las fuentes del Derecho y todo lo concerniente al desarrollo y transformación de las instituciones jurídicas, formando parte integrante del dilatado dominio de la historia universal y del campo más circunscripto de la historia de la civilización y de la cultura”.

La Historia del Derecho a partir de sus fuentes reales nos permite rescatar los aspectos que, sin ser necesaria y plenamente jurídicos, influyeron en la conformación de la norma, auxiliando a la recuperación de su marco histórico, ideológico y cultural, abonando a la comprensión y aprendizaje del propio derecho, desde aquello que le dio contenido.

Las también llamadas fuentes indirectas hacen que la Historia del Derecho sea compleja, extensa y diversa, y que de ninguna manera pueda circunscribirse o limitarse al estudio sólo de las leyes, como creen los abogados o juristas que carecen de formación histórica.³⁵¹

³⁴⁹ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1989, p. 51.

³⁵⁰ Cfr. Citado por Martiré, *op. cit.* p. 25.

³⁵¹ Cfr. Solar Rojas, *op. cit.* p. 56.

Recordemos que como bien lo establece Iglesias: “Derecho, sociedad, cultura, tratados que sean en sus no palpables empalmes, pueden brindarnos imágenes hasta ahora desusadas o inéditas. Pueden, sin más, descifrarnos no pocos enigmas”.³⁵²

El estudio del *Ius* a partir del conjunto de sus fuentes, facilita el camino para dinamizar su enseñanza, dejando de observarlo, al igual que la historia como a una pieza de museo (que sólo nos asombra por la grandeza que en su tiempo logró), para considerarlo como algo que nos ofrece la oportunidad de aprender más de nosotros mismos, aportándonos elementos que coadyuven al mejoramiento de nuestro modo de ser jurídico. Ese es el reto del regreso a la antigüedad en el ámbito del Derecho.

Analizar y tratar de comprender el origen es el paso número uno para después comprender que el Derecho no es sólo aprender definiciones, instituciones, categorías y clasificaciones, sino también descubrir y entender lo que influyó en su creación, para incrustarse en él formando parte de su contenido.

Al respecto, Coing reconoce que “el historiador del derecho que quiere estudiar su evolución puede hacerlo desde tres campos de análisis: el ordenamiento jurídico propiamente dicho, sus condicionamientos y su realización”.³⁵³

Continúa señalando Coing que:

La investigación jurídica debe ocuparse de la concepción del derecho en las diferentes épocas del pensamiento jurídico de la misma, de la situación interior del derecho, de las normas y las instituciones, de sus evoluciones y sus cambios. A la situación interior del derecho pertenece, sobre todo, el origen y perfeccionamiento de la ciencia del derecho, sus planteamientos y métodos.³⁵⁴

³⁵² Cfr. Iglesias, *Las fuentes...* cit. p. 14.

³⁵³ Cfr. Coing, *op. cit.* p. 80.

³⁵⁴ Cfr. *Idem.*

El enfoque de esta investigación se centra precisamente en los condicionamientos y en la situación interior del Derecho Romano clásico, con ello buscamos aportar mayores elementos para conocer la esencia del mismo, que a su vez constituye la naturaleza de la ciencia jurídica, haciendo énfasis en la imposibilidad de analizar el surgimiento de dicha ciencia, sin considerar la riqueza de las fuentes de las que abrevó, y que dieron origen al surgimiento de una clase de especialistas jurídicos, llamados juristas, jurisperitos, jurisconsultos o jurisprudentes, los verdaderos autores materiales del Derecho Romano clásico, inmersos en un mundo permeado por las ideas helénicas, como veremos más adelante.

El pensamiento helénico, principalmente a partir de sus corrientes filosóficas, sirvió para nutrir y modelar de tal forma el Derecho Romano que se logró perfeccionar para convertirse en el paradigma jurídico que constituye hasta el día de hoy.

Hay que adelantar que, posiblemente la más importante repercusión de la expansión romana en el Mediterráneo oriental es la puesta en marcha de un intenso proceso de helenización que, de modo especial, enraizó en las capas dirigentes de la sociedad romana. La lucha contra Cartago, ciudad que desde hacía mucho tiempo estaba sujeta a las corrientes civilizatorias griegas, obligó a Roma a sumergirse en el mundo de las ideas, la técnica, la religión y el arte helenos.³⁵⁵

Desde ahora hay que aclarar que el Derecho Romano es eso, un “producto romano” pero nutrido de multidisciplinariedad y relaciones culturales entre las que destaca su indudable ascendencia helena.

Por eso, insistimos, es menester tener en cuenta, que el Derecho no sólo se estudia a través de la norma formal sino de la material y que “ningún código o compilación de leyes puede comprenderse totalmente sin el conocimiento de las

³⁵⁵ Cfr. Barceló, *op. cit.* p. 240.

condiciones reales del pueblo y de la época, que es de donde nacen las reglas del derecho y los obstáculos o los medios para realizarse”.³⁵⁶

De ahí la importancia de las fuentes materiales, que permiten precisamente lo que von Ihering distingue como “realizabilidad material”, que es “la utilidad u oportunidad con que las disposiciones de derecho satisfacen las exigencias de una época, responden al carácter del pueblo y a las condiciones de su vida. Mientras que, por otro lado, la realizabilidad formal es la facilidad y seguridad con que se aplica el derecho abstracto a las especies concretas, el modo como se convierte la regla abstracta en derecho concreto en cada caso en particular”.³⁵⁷

No es casualidad que la época de oro del Derecho Romano esté ligada históricamente a la *Pax Romana*³⁵⁸ o *Augustea*, tiempo de mayor florecimiento de las ciencias y artes entre las que destacaba el Derecho, época en la que, hemos de reconocer, la aristocracia romana acudía a Rodas para educarse con maestros griegos.

Cicerón, Séneca y, posteriormente, Marco Aurelio, fueron claros ejemplos de personajes históricos que dan claro testimonio de la helenización de Roma.

Si el arte, la literatura, la ciencia y la filosofía romana estuvieron influenciadas por los cánones griegos, y así ha sido demostrado en los textos que conservamos, no habría razón para considerar que el derecho fue la excepción que escapó a dicha influencia, sino que, muy por el contrario, supo tomar de ellos lo que a sus fines convenía, logrando sin duda un fastuoso producto: el *Ius*.

³⁵⁶ Cfr. Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 43.

³⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 43-44.

³⁵⁸ La *Pax Romana*, históricamente es la etapa que va desde que Augusto declara concluidas las guerras civiles, para lo cual cerró las puertas del templo de Jano y hasta la muerte del emperador Marco Aurelio, es decir del 27 a.C. al 180 d.C. y que se caracteriza por el máximo esplendor que, en todos los ámbitos, incluyendo el jurídico, logró el Imperio Romano.

El estudio de ese momento específico del surgimiento del *Ius* y la creación de la jurisprudencia reclama que su estudio sea a partir de cuanta fuente primaria o secundaria se tenga a mano.

No basta con conocer las disposiciones o normas producto de un pueblo, en este caso el romano, pues tal como lo afirma Max Kaser, “el Derecho sucede en el campo de la lógica material, escapando de la posibilidad de una sistematización completa, debido a que encierra múltiples elementos de naturaleza material y que, por tanto, no son puramente lógicos, sino que exigen una valoración y medida. Esos elementos irrumpen tanto en el punto de partida como en el de realización de los sistemas jurídicos, y son imprescindibles para la ciencia del Derecho”.³⁵⁹

De ahí que “la visión histórica que se pretende significa una aproximación, que desde el prisma jurídico implica situar la enseñanza de cada jurista romano en su contextura vital concreta”.³⁶⁰

La labor es compleja, por lo que delimitar la temporalidad para evitar confusiones conceptuales o de índole histórico es requisito *sine qua non*.

1.2.2. Periodización del estudio del Derecho Romano

Dice Espitia Garzón que el establecimiento de períodos en la historia política o en el desarrollo del derecho es siempre arbitrario, en cuanto fruto de posiciones ideológicas, religiosas, económicas, filosóficas y culturales de quien los adopta, no obstante, se justifica por razones metodológicas, pues así se puede hacer más accesible el estudio de determinada materia.³⁶¹ Así, la historia suele ser periodizada para facilitar su comprensión y análisis.

³⁵⁹ Cfr. Kaser, Max, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. Juan Miquel, México, Ediciones Coyoacán, 2013, p. 13.

³⁶⁰ Cfr. Torrent, *op. cit.* p. 555.

³⁶¹ Espitia Garzón, Fabio, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, s.a., p. 33.

La riqueza e importancia del Derecho Romano impide tratar todas las épocas por las que transitó con el mismo criterio. No es lo mismo la Roma de las XII Tablas, que la Roma republicana (ni la República temprana frente a la tardía), la *Augustea*, la Severa o la Justiniana. Tratar de modo general la Historia del Derecho en la Roma antigua sería cometer un acto de injusticia en contra de la civilización que es la cuna del Derecho.

“El Derecho Romano tiene que ser considerado en el arco histórico que comprende y se extiende a más de veinte siglos, y la falta de precisión puede conducir a diversas contradicciones”,³⁶² por lo tanto es necesario definir una etapa específica que delimite adecuadamente el marco de la investigación.

No obstante, la periodización presenta un doble riesgo: el primero consiste en la fragmentación de procesos que tienen una unidad sustancial; el segundo es un inconveniente de carácter metodológico consistente en el eventual empleo de criterios diversos para la división de la historia en etapas, de lo que pueden resultar periodizaciones disímiles o contradictorias. En general, los historiadores han coincidido en la utilidad de la delimitación de épocas, respetando en lo posible la unidad de los procesos evolutivos.³⁶³ Siendo ese criterio lo que dificulta el establecimiento de períodos cortos o muy específicos en Roma.

Como el término “Derecho Romano” puede referirse a la ciencia que los juristas desarrollaron a partir del siglo IV a.C. hasta el siglo II d.C., o a lo ocurrido en el territorio de Roma antes de la aparición de la Ciencia del Derecho, conviene retrotraerse en el tiempo hasta su legendaria fundación datada en el siglo VIII a.C. y analizar el llamado derecho arcaico o precientífico.

También puede tratarse del derecho derivado del *Corpus Iuris Civilis* y su recepción en Europa y/o América, o podemos hablar de Derecho Romano clásico

³⁶² Cfr. Barceló, *op. cit.* p. 483.

³⁶³ Cfr. Garcé, Álvaro, *et al. op. cit.* p. 15.

alto, tardío o preclásico, o bien, de derecho justiniano.³⁶⁴ Así también hablamos del Derecho Romano que influenció durante la Edad Media en Occidente a través de las compilaciones realizadas por los pueblos bárbaros, tales como las de los visigodos en el sur de las Galias y en Hispania: el Código de Eurico y la *Lex romana visigothorum* de los visigodos en el sur de las Galias; o el *Edictum Theodorici* de los ostrogodos y también del Derecho Romano decenviral.

Evidentemente la falta de precisión de la etapa histórica en la que se pretende anclar el estudio del derecho puede implicar errores conceptuales e institucionales, que nos lleven a dar por hecho cosas inexistentes para una época, pero totalmente vigentes en otra.

Es por lo que en primer término y tal como ya se ha mencionado, no entenderemos por Derecho Romano sólo la experiencia justiniana que la modernidad ha positivizado, tal vez para justificar su marcada tendencia codificadora; y, en segundo lugar, vamos a señalar que cualquier estudio que pretenda llevarse a cabo en torno al mismo requiere ubicación temporal para evitar errores en los resultados de su investigación.

El análisis histórico de esta investigación se centra entre los siglos II al I. a.C. aun cuando, atendiendo a la propia idiosincrasia de los romanos es absolutamente necesario iniciar desde el antecedente de las XII Tablas.

Para justificar la razón de la selección de este período baste con citar que fue precisamente durante los siglos II al I a.C. cuando comenzó a dar fruto la construcción jurisprudencial científica, que se había venido cocinando a fuego muy lento desde las primeras manifestaciones de interpretación que requerían las XII Tablas.

³⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 478.

El nacimiento de la ciencia jurídica surge de la mano de los juristas, entre los que destacó Quinto Mucio Escévola el Pontífice, al respecto Mommsen establece que:

El paso para la exposición científica y sistemática del derecho civil tuvo por fundador e intérprete al ilustre Quinto Mucio Escévola (cónsul en el 94 a.C. y muerto en el 81 a.C.), cuya familia poseía, como por derecho de herencia, la ciencia jurídica y el gran pontificado.³⁶⁵

Al lado de Mucio Escévola (creador de la famosa presunción muciana³⁶⁶) aparece otro de los fundadores del *Ius*, Servio Sulpicio Rufo (cónsul en el 51 a.C. y muerto en 43 a.C.) quien, según Pomponio, escribió cerca de 180 libros y tuvo muchos discípulos.³⁶⁷

De la lectura del *Enchiridion* de Pomponio³⁶⁸ se desprende que las obras de Quinto Mucio y de Servio Sulpicio fueron el origen de las de todos los juristas clásicos y, sobre todo, sentaron las bases para el surgimiento del *Ius*, pues serían siglos después compiladas en el *Digesto* de Justiniano.

Recordemos que de todas esas obras no se conserva ninguna original, salvo las *Instituciones* de Gayo, mismas que fueron prácticamente copiadas para dar origen a las *Instituciones* de Justiniano, obra que también forma parte del *Corpus Iuris Civilis*.

³⁶⁵ Mommsen, Theodor. *Historia de Roma. Libro IV. La revolución*, 1856, trad. Alejo García Moreno, espaebook.com, editor digital: liete, 1876, p. 940.

³⁶⁶ Según la presunción muciana, cuando no se probaba otra procedencia de los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio, se suponían donados por el marido. Información consultable en: Enciclopedia-juridica.com, "Presunción Muciana", 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/presunci%C3%B3n-muciana/presunci%C3%B3n-muciana.htm>.

Actualmente la presunción muciana está prevista en el primer párrafo del artículo 187 de la Ley de Concurso Mercantiles de los Estados Unidos Mexicanos: "Se presumirá que los bienes que el cónyuge, si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, la concubina o el concubinario del comerciante hubiere adquirido durante el matrimonio o concubinato en los dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso mercantil, pertenecen al comerciante". <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCM.pdf>

³⁶⁷ Cfr. D.1,2,2. 43-44.

³⁶⁸ Cfr. D.1,1,2. 43-53.

Ahora bien, el análisis y referencia al Derecho a partir de las XII Tablas, servirá para comprender los elementos con los que contaron los primeros juristas, de tal suerte que resulta necesario tener un panorama previo del Derecho que se había venido utilizando y desarrollando en Roma. Lo anterior debido a que, los romanos nunca renegaron de su pasado: por el contrario, siempre se sintieron orgullosos del mismo y utilizaron todos los elementos con los que contaban como cimientos para construir y adaptar el Derecho a las nuevas necesidades de la sociedad que se iba forjando.

Este punto es de importancia vital porque el surgimiento del *Ius* no se comprende sin entender antes el Derecho arcaico, ya que la idiosincrasia de los romanos conllevaba una reverencia sacra por su pasado, que formaba de una u otra manera parte esencial de su presente, lo que permite afirmar que, además de Derecho, sabían Historia.

Dicho lo anterior, a manera de marco referencial para delimitar el contenido de esta investigación, a continuación, haremos un breve recorrido histórico:³⁶⁹

El poder de Roma en el ámbito militar, político y económico, basado en la nueva estructura republicana (que se forjó a partir del año 509 a.C.) ya se había extendido a toda la península itálica, incluyendo la Magna Grecia (Guerras Pírricas 280-275 a.C.). Además, a través de las Guerras Púnicas (264 a 147 a.C.) Roma se había apoderado de Sicilia, Cerdeña, Córcega, Hispania y Cartago, perteneciéndole el Mediterráneo occidental.

En el siglo II, Roma había dejado de ser aquella pequeña localidad agraria y pastoril del Lacio, cercana al río Tíber, delimitada por las siete famosas colinas

³⁶⁹ Cfr. Ahrens, Enrique, *Compendio de la Historia del Derecho Romano*, versión directa del alemán con notas críticas por F. Giner, *et. al.* Madrid, librería de Victoriano Suárez, 1879. También Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* cap. III-V. Cfr. Churruca, Juan de y Mentxaka Rosa, *Introducción histórica al Derecho Romano*, España, Deusto, 2015. Cfr. Kunkel, *op. cit.*

romanas y que, según la leyenda, surgió como una arcaica monarquía a mediados del siglo VIII a.C.

Roma, ya sea por vocación expansionista o por la necesidad de defender sus fronteras y territorios,³⁷⁰ continuó su expansión en dirección al Mediterráneo oriental, lo que consolidaría su poder absoluto enfilándose a la formación del gran Imperio Romano.

En el camino de la expansión romana, Macedonia fue derrotada en las Guerras Macedonias (214-148 a.C.); la Liga Etolia se rindió en 189 a.C. después de haberse rebelado contra Roma, a quien se había aliado para vencer a Macedonia. Con la caída de Corinto en 146 a.C. cae la Liga Aquea y Atenas, aun cuando se rebeló, sucumbe definitivamente en el 86 a.C. En el 27 a.C. Augusto organizó el actual territorio de Grecia con el nombre de Provincia Aquea.

La época clásica del derecho se inició con una Roma consolidada como potencia de la antigüedad, pero que al mismo tiempo enfrentaba fuertes crisis internas tanto institucionales, sociales, como culturales y políticas, de las que derivaron situaciones que marcaron el rumbo de la vida romana, tales como el movimiento de los Gracos (133 y 123 a.C.), la revuelta de Espartaco (73 a.C.), las guerras de nacionalidad (90 a.C.), la instauración de dos triunviratos (60 y 43 a.C.), el conflicto político interno entre *optimates* y *populares*³⁷¹ y el magnicidio de Julio César (44 a.C.)

³⁷⁰ Cfr. Grimal, Pierre, *Historia Universal Siglo XXI. El helenismo y el auge de Roma*, México, Siglo XXI, 1972, p. 14. Al respecto Grimal señala que el ejército romano compuesto por ciudadanos no tenía otra finalidad que la de proteger contra cualquier ataque la tierra de la patria, los santuarios de los dioses, el suelo de la ciudad.

³⁷¹ Los *optimates* y *populares* son una especie de partidos políticos conservador y liberal respectivamente. Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 54. Kunkel señala que “los *optimates* eran los jefes de la aristocracia romana que buscaban apoyar la primacía del senado, mientras que los *populares* eran personajes políticos aislados que buscaban conseguir sus objetivos con la ayuda de las extensas masas del pueblo. No eran, por tanto, representantes de una lucha de clases e identificados con causas sociales, sino fundamentalmente implicaban luchas por el poder dentro de la aristocracia romana”.

El clima de desorden político, auspiciado por la muerte de Julio César, daría paso a la conformación de un segundo triunvirato institucional (que tuvo dos períodos de 43 a 38 a.C. y de 33 a 28 a.C.), con miras a reconstruir y recuperar el orden republicano. Cayo Octavio (hijo adoptivo póstumo de Julio César), Marco Antonio y Marco Emilio Lépido con facultades omnímodas, se dividen el territorio romano para su gobierno y administración, y durante varios años Octavio gobernaría Occidente, y Marco Antonio Oriente en una aparente calma.

Sin embargo, la ruptura entre Octavio y Marco Antonio conllevó la de Roma occidental con Egipto, lo que provocó nuevamente un desajuste político y militar en el gobierno de Roma, que culminó con la Batalla de Accio y el consecuente suicidio de Marco Antonio y Cleopatra (31 a.C.), quedando Octavio como único a cargo del poder, con el riesgo de correr la misma suerte que su padre adoptivo póstumo Julio César.

La ineficacia del sistema republicano para hacer frente a la nueva realidad política romana y el desgaste de sus instituciones por las diversas crisis internas, originó que, ante la obsolescencia del régimen, en el 27 a.C., surgiera el sistema que materialmente se conoce como Imperio, pero que formalmente fue el Principado o la Diarquía.

Cayo Octavio Turino o Cayo Julio César Octavio, mejor conocido como Augusto (*cognomen* que le otorgó el Senado), fue el estratega y arquitecto de la grandeza de Roma, y de la época conocida como la *Pax Romana*,³⁷² *Augustea* o edad de oro de la civilización romana. De forma brillante e inteligente restauró el régimen republicano en el 27 a.C., declarándose el primer ciudadano (*princeps*) de dicho régimen, cuya función era mejorar y preservar la República,³⁷³ de ahí la denominación “Principado”; que coincide con la etapa clásica central del desarrollo del *Ius*.

³⁷² Cfr. Véase, supra, nota 358.

³⁷³ Cfr. Asimov, Isaac, *op. cit.* p. 15.

Augusto y sus sucesores, tuvieron el cargo de *imperator*, es decir, comandante o líder del ejército, palabra que en castellano moderno se ha convertido en emperador, “por lo que Augusto es considerado el primero de los emperadores romanos y el ámbito que gobernó es llamado Imperio Romano”.³⁷⁴

Augusto permaneció cuarenta años en el poder, dando al Imperio paz y estabilidad, combinando inteligentemente la tradición con la renovación que, sin duda, se fue perfilando hacia la consolidación del Imperio. Las dinastías de los Julio Claudios, los Flavios y los Antoninos, fueron testigos de la edad de oro del Imperio Romano, de la época de Virgilio, Horacio, Tito Livio, Ovidio, Séneca y Marco Aurelio.

La *Pax Romana* coincide con la época clásica central en la que el derecho alcanzó la máxima plenitud en sus fuentes de creación. La jurisprudencia fue la reina de dichas fuentes, que, en conjunto con la costumbre, las leyes, los edictos del pretor, las constituciones imperiales, los senadoconsultos y los plebiscitos, perfeccionó el derecho, enriqueciendo el monumento racional jurídico que de algún modo, hasta el día de hoy sigue incólume y nutriendo a diversos sistemas jurídicos modernos.

El período descrito brevemente es *grosso modo* el marco referencial para el desarrollo de esta investigación, en el que en la Roma antigua vio la luz, por primera vez, en la historia de la humanidad, la ciencia jurídica.

1.2.3. Criterio de periodización

Antes de aterrizar el criterio de periodización, es importante reiterar la advertencia de que la división de la historia antigua en períodos o etapas encierra siempre un cierto riesgo, pero es necesario por razones didácticas. Ya se ha citado, que implica el hecho de compartimentar el pasado de forma artificiosa, lo que puede conducir a un estudio inexacto. Conlleva, además, la dificultad de que, aun

³⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 16.

existiendo hitos históricos, el sentido que éstos han tenido no siempre nos permite su utilización como punto de referencia en la evolución del Derecho.³⁷⁵

Esto nos conduce a que aun cuando el período se intente delimitar (con los parámetros existentes) no es posible iniciar en forma abrupta a partir del mismo, ya que tal como Coing lo cita, Savigny lo propuso la siguiente tesis:

La historia del derecho actúa mediante eficaces y lentas fuerzas internas; él se refirió también al desarrollo orgánico de los institutos jurídicos por separado. Si dejamos a un lado la intención política que está detrás de estas palabras y nos preguntamos sólo por su significado metodológico, encontramos aquí dos ideas que sirven de base. De un lado, se observa como fuerza motora de la historia del derecho la idea del derecho, la cual se desarrolla en forma orgánica. De otro lado, la idea de que se produce una evolución lenta, es decir, una evolución que transcurre pausadamente sin rupturas y sin radicales movimientos o cambios.³⁷⁶

La historia en la pretensión académica que tenga por propósito hacer con seriedad historia real, no debe estar compartimentada en períodos que empiezan un día y terminan en otro, sino en procesos, todos ellos de extensión diversa, generalmente larga y de transformación: política, social, jurídica y cultural.

Por ello, el marco histórico referencial planteado es tan amplio, pese a que lo que se pretende analizar es un breve episodio de la identificada como época clásica primaria, para entenderle es necesario conocer lo que permitió llegar precisamente a ese momento.

Utilizando el pensamiento de Grossi:

El Derecho es un material social y cultural extraordinariamente adecuado para ser observado y evaluado históricamente, en cuyo caso, el historiador del derecho debería recelar de identificarse con un clasificador de fechas y datos bajo el riesgo de coleccionar las frivolidades de la pseudo-historia; dado lo cual propone que ante el inmenso material con el que cuenta el historiador se habló de experiencia jurídica.³⁷⁷

³⁷⁵ Cfr. Rascón, César, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*, 4ª ed. España, Tecnos, 2011, p. 32.

³⁷⁶ Cfr. Coing, *op. cit.* p. 76.

³⁷⁷ Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 44.

Efectivamente, hablar de experiencia jurídica romana clásica sería mucho más adecuado, permitiendo un modo peculiar de vivir el Derecho en la historia, desde el área cultural, desde la mentalidad.³⁷⁸ En este caso, de la sociedad romana.

En virtud de lo anterior y utilizando las palabras de Rascón, “hemos de tener presente, como cuestión previa, que la división en períodos que vamos a realizar no constituye más que uno de los puntos de referencia en la reconstrucción de las formas y de la cultura jurídica romana. Porque la cuestión de la continuidad o discontinuidad histórica del derecho no se reduce sólo a constatar si existe o no un concepto, o si está vigente una determinada norma jurídica en momentos cronológicamente distintos”.³⁷⁹

Habiendo establecido el lapso histórico que servirá de base para esta investigación, es importante aclarar que, para ubicar la experiencia jurídica del *Ius*, se seguirá la propuesta de periodización histórica utilizada por Álvaro d’Ors³⁸⁰ basada específicamente en el criterio del sistema procesal vigente.³⁸¹

La periodización con episodios y fechas es una referencia, una especie de armazón, ya que la esencia de esta investigación es mirar los tiempos históricos romanos desde las raíces de su sociedad, “teniendo como tarea primaria historiar las estructuras, las construcciones teóricas y las conquistas duraderas”.³⁸²

También es cierto lo que resume Alfredo Di Pietro, señalando que “la historia del Derecho Romano, debido a su trascendencia, ha sido periodizada de diversos modos y con diferentes criterios”.³⁸³ Sin embargo, el criterio elegido se basa en la

³⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 45.

³⁷⁹ Rascón, *op. cit.* p. 33.

³⁸⁰ Cfr. d’Ors, Álvaro. *Derecho Privado ... cit.* §7.

³⁸¹ Es importante aclarar que la periodización del derecho atendiendo al sistema procesal utilizado, parece de las más acertadas, debido a que, la ciencia jurídica, su historia y surgimiento están íntimamente ligados a la tipicidad jurídica, es decir, a la casuística del derecho en Roma, cuyo foro era necesariamente, el ámbito procesal.

³⁸² Cfr. Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 47.

³⁸³ Cfr. Pietro Alfredo di, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 17-18.

importancia que asume el sistema procesal en el Derecho Romano, atendiendo, además, a que la Ciencia del Derecho alcanzó su máximo esplendor cuando el sistema jurídico entonces vigente se desarrollaba en medio de la tónica casuística y no de la producción legislativa.

Tal como lo señala Kaser:

La exposición del derecho privado romano requiere para su comprensión un estudio del derecho procesal. Se justifica esta exigencia por la estrecha relación que en Roma existe entre el derecho privado y el procedimiento que sirve para dar a éste efectividad.

Los romanos no distinguieron de modo sistemático el derecho privado y el procesal, y no poseyeron denominación alguna para designar este último. Las fuentes del derecho procesal aparecen en el Edicto mezcladas con las de derecho privado. Esta unidad del derecho privado y el procesal es una unidad interna.³⁸⁴

Es por ello por lo que a dicho interés conviene la periodización de d'Ors,³⁸⁵ basándose en los diferentes sistemas procesales vigentes, dividiendo la Historia del Derecho Romano en las siguientes épocas, criterio que considero el más natural para servir a la experiencia jurídica romana:

a) Preclásica (450 a.C. a 130 a.C.), Vigente el procedimiento conocido como acciones de la Ley que deriva esencialmente de las XII Tablas, consideradas éstas como derecho civil (*ius civile*).

Esta época coincide con la República temprana.

Inició con las XII Tablas y finalizó con la publicación de una *lex Aebutia* o *Ebutia* del 130 a.C.

b) Clásica (130 a.C. a 230 d.C.). Vigente principalmente, el procedimiento formulario que deriva del derecho honorario (*ius honorarium*),

³⁸⁴ Kaser, Max, *Derecho privado romano*, versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982, §80. I.

³⁸⁵ Cfr. d'Ors, *Derecho Privado... cit.* §6-11.

producto de la labor de los magistrados republicanos, destacando el pretor. Época de máximo esplendor del Derecho Romano que coincide con el siglo de oro o el siglo de la *Pax Romana* y con el sistema político denominado Principado o Diarquía, principalmente durante los dos primeros siglos después de Cristo (época clásica central).

Dada la importancia de la época clásica, d'Ors la subdivide en tres etapas:

b.1. Clásica primaria, del 130 a.C. al 30 a.C., que inicia con la promulgación de la *lex Aebutia* y concluye con la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.³⁸⁶

b.2. Clásica alta o central, del 30 a.C. al 130 d.C., que concluyó con la expedición del Edicto Perpetuo del jurista clásico Salvio Juliano durante el gobierno del emperador Adriano, acontecimiento que marcó el inicio de la decadencia de la ciencia jurídica clásica, anunciando la consecuente vulgarización del Derecho Romano.

b.3. Clásica tardía, del 130 al 230 d.C., que concluyó con la muerte de Alejandro Severo, y con la etapa política del Principado. Para el Derecho representa el agotamiento de la pluralidad de sus fuentes, entronizándose la ley y burocratizándose el sistema procesal.

c) Postclásica. En esta etapa, cobra vigencia el procedimiento extraordinario, derivado de la monopolización de funciones jurídicas en la figura del Emperador (230-530 d.C.) Época que coincide con el Dominado o Imperio en sentido estricto, y que se extenderá más allá de la caída de Roma de Occidente (476 d.C.) y hasta la elaboración de la magna obra de Justiniano (530-33 d.C.)

³⁸⁶ Época en la que se centra la presente investigación.

1.2.4. Importancia de la época clásica primaria

El período esencial para esta historiografía es precisamente la época clásica primaria. Sin embargo, según von Ihering lo reconoce, “un historiador del derecho no puede tomar para su estudio lapsos cortos de tiempo, porque en este caso no descubriría la conexión real del desarrollo del derecho, sino que habría de dar tiempo al tiempo, tomando siglos enteros”. Señalando que:

Ante la imposibilidad de que históricamente las subdivisiones cronológicas sean tajantes y rigurosas, es preciso siempre una gran elasticidad, puesto que, muchas veces, el derecho nuevo empieza a germinar cuando aún el antiguo está en pleno vigor, y otras, un sistema agotado perdura cuando una teoría más joven se acerca a su madurez. La relación sistemática y no la cronológica es la que señala el verdadero lugar en la historia del derecho.³⁸⁷

Lo anterior, toma gran relevancia en el estudio de la Historia del Derecho Romano, por el orgullo que los romanos sentían por su pasado, y que ya se ha comentado. Esto conllevó a que, de una u otra manera, su pasado estuviera siempre presente en las nuevas tendencias, disposiciones o instituciones jurídicas, obligando al historiador a considerarlo independientemente del período seleccionado.

Al respecto, Kunkel establece que:

La yuxtaposición de diversos estratos jurídicos, que se entrecruzaban sin perder su individualidad, es un fenómeno que en principio resulta extraño a nuestra mentalidad. Esta yuxtaposición es consecuencia de un crecimiento natural, raramente turbado por una planificación racional, crecimiento que, por otra parte, podemos observar en muchas singularidades del Derecho Romano.³⁸⁸

Hechas las anteriores acotaciones, vale aclarar que jurídicamente, la experiencia romana en la época clásica es trascendental para la comprensión del Derecho Romano por ser el momento histórico en el que surgió en Roma por primera vez en la humanidad la ciencia entonces llamada *Ius*, que ha dado soporte

³⁸⁷ Cfr. Von Ihering, *El espíritu...* cit. p. 49.

³⁸⁸ Kunkel, *op. cit.* p. 92.

y fundamento para la construcción jurídica en Occidente, desde entonces y hasta la fecha.

El estudio de esa experiencia jurídica a partir del punto de partida que es el surgimiento del *Ius*, debe robustecerse con elementos que aporten a la comprensión del porqué de dicho surgimiento; del cómo pensaron los primeros hombres que intervinieron en dicha creación.

La época clásica primaria estuvo colmada de acontecimientos de índole diversa que influyeron en la generación de la clase jurisprudencial y del *Ius*, por lo que es importante conocer cuáles fueron esos acontecimientos que condicionaron su nacimiento y determinaron su contenido. Además, cualquier recorrido histórico exige en un primer momento, ir a los orígenes, para de ahí partir y entender las circunstancias que conducen al punto que se quiere llegar.

Habiendo definido el marco histórico referencial, el criterio de periodización para fines didácticos y la importancia que se devela en el período seleccionado, se debe hacer una última advertencia; no se tratara de hacer un análisis exhaustivo histórico-social o cultural de la época; sino que se intentará llamar la atención del lector sobre la necesidad de estudiar el *Ius*, entendiendo sus antecedentes y poniendo especial atención en su surgimiento, sin perder de vista las coordenadas sociales que le fueron propias,³⁸⁹ para comprender su evolución y su influencia en nuestro modo de ser jurídico.

1.3. Integración y pervivencia del Derecho Romano

Ha quedado constatado que lo romano está integrado por todo lo que culturalmente le perteneció: el derecho es parte de su cultura lo que le convierte en un producto interdisciplinario. Es por ello por lo que se ha insistido en la imposibilidad de estudiarle al margen de lo que sucedía en el pueblo al que

³⁸⁹ Rascón, *op. cit.* p. 33.

perteneció, más aún, el propio pueblo va cambiando y junto con él lo hace también su sistema jurídico.

Asimismo, vale señalar que históricamente el Derecho Romano está de tal modo inserto en diversos sistemas jurídicos incluyendo el mexicano, que ha sucedido una especie de mezcla irreversible en el más amplio sentido de lo previsto en el artículo 926 del Código Civil Federal Mexicano,³⁹⁰ por lo que, el Derecho Romano también nos pertenece, siendo que su irrefutable integración en el pensamiento jurídico occidental hace prueba plena de su importancia y trascendencia.

Sabemos también que el derecho está integrado por diversas manifestaciones que le dan forma y contenido, siendo que a lo largo de su historia, se han diferenciado diversos campos para su estudio. Hoy día seguimos estudiando las áreas tradicionales que se gestaron en Roma, entre las que destacan la civil incluyendo lo familiar, sucesiones, así como el derecho procesal, derechos reales y obligaciones.

Al respecto, Gayo en sus *Instituciones* establecía ya que “todo el Derecho que usamos o bien trata de las personas, o bien de las cosas, o bien de las acciones”.³⁹¹

Considerando lo anterior, el jurista de todos los tiempos requiere emular a los *padres* de su ciencia, para que, de acuerdo con su área de estudio se convierta en un verdadero polímata, observando y analizando todo aquello que social, política, histórica, económica, filosófica, religiosa y culturalmente por mencionar solo algunas disciplinas, abone a la comprensión y mejora de su parcela de conocimiento e incluso dé lugar a la creación de nuevas experiencias jurídicas.

³⁹⁰ Artículo 926 C.C.F. Si se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, por voluntad de sus dueños o por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

³⁹¹ Gayo, I, 2.

En este camino, la historia tal como lo afirma Alfred Stern, “no solo nos hace más eruditos, sino sobre todo nos enseña a ser más cautos; volviéndose, por lo tanto, indispensable para prever y para actuar”.³⁹²

“La cultura histórica tiene por fin conservar viva la conciencia que la sociedad humana tiene del propio pasado, es decir, de su presente, léase, de sí misma; de suministrarle lo que necesite para el camino que ha de escoger,³⁹³ es decir, del rumbo hacia el futuro”.

Señala acertadamente Garcé que:

La historiografía y el conocimiento histórico son un acto de crítica, constituyen un juicio crítico (-constructivo-) por excelencia que tiene como fin el poner las cosas lo más cercano a como propiamente ocurrieron, entendiendo que los hombres del pasado se ubican en la paz del pasado, son sólo objeto de la historia. Están más allá de la severidad y la indulgencia, así como del vituperio y de la alabanza.³⁹⁴

El estudio del Derecho Romano debe integrarse en la formación del jurista, así como en el estudio de los sistemas e instituciones jurídicas, debido a que constituye el origen de nuestra ciencia, entendiendo que su análisis exige conocimiento histórico.

Dicha integración, que al mismo tiempo hace evidente su pervivencia se justifica en virtud de que el conocimiento histórico: a) permite conocer el pasado y “vivirlo”; b) facilita el entendimiento del presente; c) contribuye a prever el futuro; d) es premisa de la acción práctica; e) tiene valor moral y político; f) representa un acto de crítica.³⁹⁵ Todo esto, *mutatis mutandis*, es aplicable a la Historia del Derecho: el conocimiento histórico es a la cultura general lo que el pasado jurídico es a la cultura jurídica.

³⁹² Garcé, Álvaro, *et al.* p. 13.

³⁹³ *Cfr. Ibidem*, p. 14.

³⁹⁴ *Idem.*

³⁹⁵ *Cfr. Idem.*

Respecto de la pervivencia, cabe hacer mención que desafortunadamente el positivismo estatal excesivo ha llevado a que diversas escuelas y facultades de derecho eliminen de su programa de estudios al Derecho Romano.

En palabras de Grossi, lo anterior ha provocado, un Derecho concebido como una serie de mandatos autoritarios o, como se ha sostenido como frecuencia, una técnica para garantizar el pleno control social, siempre corre el riesgo de separarse de aquella Historia viva que es la sociedad, la cual, precisamente porque es historia viva, huye, o al menos tiende a huir, de la rigidez de los mandatos o de las inmovilizaciones derivadas de los controles eficaces. Un Derecho concebido como orden es la misma trama de la sociedad que procede de su mismo seno y que la sigue en su imperecedero desarrollo con una perfecta adhesión y coherencia merced de su índole, elástica por naturaleza.³⁹⁶

Afortunadamente, tal como ya se ha mencionado, la cultura clásica está teniendo un renacimiento que ha llegado incluso, a solicitar a la UNESCO que la cultura clásica grecorromana, sea declarada patrimonio cultural de la humanidad.

En este punto, cabe mencionar que los al menos veinte siglos durante los cuales los juristas de todos los tiempos nos hemos dedicado en mayor o menor medida al estudio romanístico, justifican plenamente su pervivencia y la importancia de dar continuidad a su estudio.

De esa pervivencia nace su utilidad, que puede ser diferente de la de los juristas decimonónicos o medievales, porque en todos los tiempos, los juristas romanos siempre tienen algo que decir y mucho que aportar, atendiendo a la circunstancia de cada época, tiempo y lugar.

³⁹⁶ Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 27.

1.3.1. Utilidad contemporánea del Derecho Romano

Los seres humanos, para satisfacer sus necesidades sociales y su ansia de progreso han creado, a través de los siglos, un acervo cultural por el cual nosotros hemos recibido una experiencia histórica que debemos aprovechar.³⁹⁷ El Derecho es parte fundamental de esa experiencia y del citado acervo cultural.

En especial, la Historia del Derecho Romano en nuestro convulsionado siglo XXI debe tener una función liberadora de la tiranía legalista estatal, recuperando la ciencia jurídica en su máxima expresión de la mano con la labor de los únicos que deben ser sus depositarios autorizados: los juristas.

Bajo esta visión, el estudioso contemporáneo debe buscar y encontrar en la experiencia jurídica de la Roma clásica los procesos históricos de formación de los conceptos jurídicos fundamentales. “Estudiar, asimilar y entender estos procesos, resulta altamente benéfico no sólo en el aula de licenciatura o posgrado, sino también en el ejercicio de las profesiones o inclusive, de la promoción humana”.³⁹⁸

“Toda experiencia histórica relacionada con el Derecho Romano debe ofrecer al estudioso de las humanidades, diversas posibilidades para entender el sentido de la conducta humana a través de la historia”³⁹⁹ y al mismo tiempo de su presente.

El principio para el estudio de la ciencia del derecho, es proveer una formación humanística que otorgue una amplia visión de lo que es cultura jurídica, misma que, entre otras cosas, se conforma por la comprensión de las instituciones, el contenido, la axiología y la historia de la ciencia en comento; dicha cultura

³⁹⁷ Bernal, Beatriz, *Historia del derecho... cit.* p. 11.

³⁹⁸ Cfr. Ledesma, *El Derecho Romano en el siglo XXI... cit.* p. 482.

³⁹⁹ Cfr. *Idem.*

proveerá a los estudiantes de bases sólidas para convertirse en auténticos jurisprudentes o juristas.⁴⁰⁰

La función actual del Derecho Romano va de la mano con la de la historia, ambos deben ir más allá de vincular lo pretérito con lo actual, permitiendo prever el futuro. En este sentido vale la pena recordar que Miguel de Cervantes, dice por boca del Quijote que la historia es “advertencia de lo porvenir”;⁴⁰¹ así como la máxima de Augusto Comte que reza: “saber para prever, a fin de proveer”.⁴⁰²

En esa línea de pensamiento, y de modo más diacrónico con Roma, Tucídides pensaba que “la historia permite prever los acontecimientos futuros y no se escribe para proporcionar placer sino para presentar una historia que dure para siempre”.⁴⁰³

Resumiendo, la utilidad del Derecho Romano deriva de lo que T. De Chardin citado por Amelia Castresana, señala magistralmente en la frase “el pasado me ha revelado cómo está hecho el futuro”.⁴⁰⁴

Es necesario comprender que “la observación de los fenómenos jurídicos como realidades históricas que han ido evolucionando e involucionando con el devenir de los tiempos en las diferentes comunidades humanas, exige no perder de vista que el Derecho no se encuentra constituido únicamente por normas, en el sentido de disposiciones frías y asépticas, sino que todo ordenamiento jurídico tiene como fin último al individuo”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Lozano Véliz, María del Carmen, “El edicto repentino y su trascendencia”, en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, pp. 387-407.

⁴⁰¹ Cfr. Garcé, Álvaro, *et al. op. cit.* p. 11.

⁴⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 13.

⁴⁰³ Cfr. Brom, Juan, *op. cit.* p. 31.

⁴⁰⁴ Castresana, Amelia, *Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, 4ª ed. España, Tecnos, 2020, p. 11.

⁴⁰⁵ Cfr. Martínez González, Alfredo J., *Formación histórica del Derecho, del primitivismo jurídico al Ius Commune. Fuentes para su estudio*, 2ª ed. España, Tecnos, 2021, p. 11.

Los historiadores del derecho debemos partir del aforismo jurídico que reza: “*Ubi societas, ibi ius*”, donde hay sociedad hay derecho; y, por lo tanto, éste nace en virtud de aquélla, como producto humano para regular conductas conforme a la naturaleza de esos seres humanos; y cuando se rompe esa premisa, se rompe también con el fin último del derecho: la justicia.

Si ha habido un sistema en la historia de la humanidad que comprendió lo anterior fue precisamente el romano. Por ello su derecho ha de ser estudiado por el jurista historiador quien sabrá acercarse al mismo a través de otras ciencias o disciplinas, contextualizando culturalmente no solo las instituciones jurídicas, sino también la ciencia del derecho, el *Ius*.⁴⁰⁶

Se debe considerar entonces, que “la realidad jurídica supera los límites estrictamente normativos y se ve afectada por factores metajurídicos que, por decirlo de alguna manera, la completan o bien la nutren y son de muy variada índole (sociales, económicos, morales, éticos, políticos y culturales)”.⁴⁰⁷

La utilidad del Derecho Romano justifica el historiarlo, “considerándolo un ordenamiento del pasado en el que germinaron los conceptos, principios y clasificaciones que constituyen el armazón de los sistemas jurídicos actuales”; por lo que debemos tener y dar noticia, en la medida de lo posible, de las circunstancias históricas, sociales y culturales en las que se desarrolló el *Ius* y su normatividad, tratando de conocer la que fue su realidad, porque “el estudio de la historia del derecho no se puede desenraizar del conocimiento de la sociedad a la que se dirige. Derecho y sociedad son factores inescindibles”.⁴⁰⁸

Como acertadamente lo establece Rascón:

Los juristas romanos dieron prueba de una maestría espléndida en la elaboración y utilización de los conceptos del derecho. Fueron ellos los que crearon una *Scientia*

⁴⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰⁷ Cfr. Rascón, *op. cit.* p. 23.

⁴⁰⁸ Cfr. *Idem*.

ius como conocimiento de lo justo y de lo injusto, dotada de autonomía. Hicieron de este saber, que no perdió nunca el punto de referencia de la *utilitas*, algo distinto de la religión, de la moral y de la política y lo llamaron *ius prudentia*. Al mismo tiempo lo dotaron de un método propio basado en el análisis y la contraposición de instituciones y conceptos, utilizando saberes proporcionados por el conocimiento de la historia, la economía, la filosofía y sus disciplinas, que, en su vertiente práctica, aportaron a la jurisprudencia postulados teóricos. Asimismo, se basaron en la distinción entre elementos constantes y variables de las instituciones y la adaptación de éstas a las necesidades del momento.⁴⁰⁹

Un elemento esencial del *ius*, fue la *utilitas* a la que constantemente se estará haciendo referencia por ser elemento *sine qua non* de la experiencia jurídico-romana y de la creación del *ius* como *ars* o *techné*, es decir como ciencia práctica. La razón de ser de la *utilitas* es que el Derecho debe respetar la naturaleza humana, que si bien es cierto tiene una esencia, también lo es que se realiza en medio de lo circunstancial, que está sujeto al devenir histórico de la sociedad a la que pertenece.

Dicho de otra manera, la naturaleza del ser humano se mueve en el ámbito de su esencia y de su circunstancia, y el Derecho como producto social sigue ese modo de ser. Al respecto Bloch establece que ciertamente “hemos aprendido que el hombre ha cambiado mucho: en su espíritu y, sin duda, hasta en los más delicados mecanismos de su cuerpo, su atmósfera mental se ha transformado profundamente, y no menos su higiene, su alimentación. Pero a pesar de todo, es menester que exista en la naturaleza humana y en las sociedades humanas un fondo permanente, sin el cual ni aun las palabras ‘hombre’ y ‘sociedad’ querrían decir nada”.⁴¹⁰

El problema es que el Derecho se ha inclinado o al lado esencial e inamovible o a lo circunstancial y relativo, perdiendo el justo medio en donde su realización daría eficaz cumplimiento a sus fines. Respecto del Derecho Romano señala Ledesma que:

⁴⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 29-30.

⁴¹⁰ Cfr. Bloch, *op. cit.* p. 37.

Hasta hoy el estudio universitario del Derecho Romano, ha estado marcado por la inercia secular e inclusive, más que milenaria, que deriva del esquema valioso de la sistemática gayana, refrendada por el emperador Justiniano. Así ha resultado fácil, repetitivo y hasta esclerótico, para el profesor y el docente; construir y difundir cursos y conclusiones que ya se han alcanzado decenios o siglos atrás, haciendo casi estéril un ejercicio que puede ser muy provechoso por su alto grado de formación técnica y axiológica.⁴¹¹

Mientras que von Ihering nos advierte que:

¡Escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo! Ahí reside precisamente el mal: en que se convierta a la jurisprudencia en una especie de zoología, cuando es en realidad el arte de arar con los animales de tiro que nos proporciona el derecho.⁴¹²

Él mismo continúa:

Ya en mi *Geist des römischer Rechts* (-Espíritu del Derecho Romano-) blandí la lanza contra “el culto a la lógica que transforma a la ciencia jurídica en una especie de matemática” y señalé, dando algunos ejemplos significativos, lo insana que es esa orientación.⁴¹³

La utilidad actual del Derecho Romano se resume en la comprensión y aprehensión de la esencia de la ciencia jurídica, del espíritu del *Ius*; a través del análisis de la experiencia jurídica clásica, partiendo de la fisonomía con la que nació: la *praxis* ajena a todo intento anacrónico de codificación y positivización.

Es por ello que utilizando las palabras de Marcelo Fonseca, tomaremos distancia de la historiografía jurídica positiva que sólo ha servido de combustible para una glorificación del positivismo jurídico vigente, representada en dos grandes líneas temáticas que son típicas de la historiografía jurídica positiva: la historia de las fuentes (entendiendo por fuente única a la ley) y la historia de la dogmática que describe la evolución de doctrinas y conceptos utilizados por los juristas para exponer el derecho que consideran vigente.⁴¹⁴

⁴¹¹ Ledesma, *el Derecho Romano en el Siglo XXI... cit.* p. 477.

⁴¹² Von Ihering, *Bromas y veras ... cit.* p. 9.

⁴¹³ *Idem*, nota 18. *Geist des römischer Rechts* (El espíritu del Derecho Romano).

⁴¹⁴ *Cfr.* Fonseca, Ricardo Marcelo, *op. cit.* p. 65 y 66.

El estudio del Derecho Romano es trascendental porque abona al “sosegado examen crítico que permite al historiador del Derecho ir más allá de los mitos jurídicos de la modernidad, liberarse de las sombras gigantescas hábilmente creadas por una extraordinaria linterna mágica, repoblando el panorama histórico con creaciones y criaturas que existen realmente, reconduciéndolas a sus proporciones concretas y ciertas”.⁴¹⁵

Grossi establece que:

El derecho, por su inclinación a materializarse, antes de ser poder, norma o sistema de categorías formales es experiencia, es decir, una dimensión de la vida social. Urge recuperar la juridicidad más allá del Estado y más allá del poder, urge recuperarla para la sociedad como realidad global, con una recuperación que es, ante todo, oficio del jurista.⁴¹⁶

El punto de partida para esa recuperación no es otro sino el origen tanto del Derecho como de los juristas como sus legítimos padres, solo mediante un regreso ordenado a ese pasado que determina nuestro presente será posible “redescubrir el tesoro escondido, es decir, toda la variada gama de riquezas del universo jurídico”⁴¹⁷ que crearon los juristas romanos clásicos.

1.3.2. Trascendencia, legado y aplicación del Derecho Romano

“Tres veces ha dictado Roma leyes al mundo, dice von Ihering iniciando su obra “El Espíritu del Derecho Romano”; tres veces ha servido como lazo de unión entre los pueblos; por la unidad del estado primero, cuando el pueblo romano estaba aún en la plenitud de su poder; por la unidad de la Iglesia enseguida, después de la caída del Imperio Romano; y la tercera vez, por la unidad del Derecho cuando habiendo éste renacido a fines de la Edad Media, se realizó el fenómeno que los historiadores alemanes llaman “la Recepción de los Derechos extranjeros”, por el

⁴¹⁵ Cfr. Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 44.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 47.

cual se aceptó el Derecho de Roma como Derecho propio de las diversas naciones de Europa”.⁴¹⁸

Esa magnificencia justifica el estudio de la experiencia jurídica romana que conlleva el de su historia, y en opinión de Abelardo Levaggi, responde a tres necesidades que lo hacen trascendental: ⁴¹⁹

(i) Para conocer y aplicar el derecho actual: los elementos históricos contenidos en el Derecho solo pueden ser científicamente captados por la historia. Un conocimiento causal y razonado del derecho requiere el estudio de su desarrollo histórico, hasta desembocar en la situación actual.

(ii) Para complementar la visión de la dogmática jurídica: el historiador del Derecho es un especialista en dinámica jurídica, y como tal, tiene noción de la relatividad de las instituciones, cualidad que no siempre posee el jurista dogmático.

(iii) Para saber qué es el Derecho, porque, para aprehenderlo y establecerlo, el observador debe valerse de la filosofía y auxiliarse de la historia.

Cobran relevancia los puntos (ii) y (iii); el (ii) debido a que el positivismo que ha derivado en el abuso de la codificación y legalización del Derecho, terminó por desnaturalizarlo; y el (iii) porque no se puede actualizar lo que se desconoce, y el conocer exige saber de la esencia del objeto de estudio, que tratándose del Derecho, es de naturaleza interdisciplinaria, en donde efectivamente la historia y la filosofía juegan un papel fundamental, que solo puede ser comprendido a través del análisis de las fuentes que la doctrina ha llamado materiales o reales.

La trascendencia que tiene la experiencia jurídica del Derecho Romano clásico se debe a que la misma constituye la esencia del *Ius*, es decir, se nos presenta como sinónimo de la ciencia jurídica, que da base y fundamento a toda

⁴¹⁸ Cfr. *Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico ... cit.* p. 225.

⁴¹⁹ Cfr. Citado por Garcé, Álvaro, *et al. op. cit.* p. 21.

construcción jurídica porque de ahí partió el Derecho para su constante evolución y desarrollo.

Para comprender la trascendencia, legado y aplicación del Derecho Romano clásico, resulta difícil de superar la cita de Amelia Castresana:⁴²⁰

Tenemos que estudiar el Derecho Romano, “porque corresponde a la romanística, como investigación y como didáctica, reconstruir una vez más, con todos los instrumentos cognoscitivos y críticos de que dispone, ‘la mente de Europa (y consecuentemente de América)’ en su segmento y en su perfil fundamental”. “La antigua Roma (-considérese especialmente la época clásica-) es sumamente importante... Después de 2000 años, sigue siendo la base de la cultura y política occidental de la que escribimos y de cómo vemos el mundo y nuestro lugar en él”.

Y tenemos que ir al cine, porque la historia es un *film* -con todo lo que se ve en el escenario-, pero también con espacios de apertura -más allá de la proyección- hacia el mundo que sigue existiendo y viviendo cuando la cámara se retira y cambia su ángulo de filmación. A lo que Mary Beard añade que la historia romana exige un cierto grado de imaginación. Explorar la antigua Roma desde el siglo XXI es como caminar por la cuerda floja, un escrupuloso malabarismo. Si uno mira hacia abajo, por un lado, todo parece tranquilizadamente familiar... Por otro lado, se nos antoja un territorio completamente extraño [...]

Pero lo cierto es que el Derecho Romano constituye la experiencia jurídica más paradigmática de la historia europea (-y también la europeizada-). Roma inventa el Derecho en Occidente y ensambla por vez primera, en expresión orteguiana, el Oriente y el Occidente de Europa.

Es obligatorio estudiar a Roma y a su Derecho, porque somos *heredes agnati* o tal vez *legitimi* de su basto patrimonio; de no hacerlo, corremos el riesgo de ser sólo un conglomerado social sin comunicación histórica, cultural y jurídica, que nos permita entender de dónde venimos, para estar en condiciones de definir hacia dónde vamos, quedando irremediablemente condenados al limbo o al caos jurídico.

Por ello, para comprender las estructuras políticas, sociales y jurídicas de cada sociedad, es indispensable profundizar en el conocimiento de su cultura. En lo que concierne específicamente al derecho (y en este caso, al Derecho Romano clásico); para que un estudio de esta naturaleza pueda ser completo, requiere

⁴²⁰ Castresana, Amelia, *op. cit.* p. 11.

analizar las razones de los cambios y el surgimiento de nuevas normas, sistemas e instituciones, el contenido jurídico de estas últimas, su vigencia y las consecuencias de su aplicación. Tal es la tarea de la Historia del Derecho,⁴²¹ que inicia su formación con la experiencia jurídica del Derecho Romano.

Debe ser un axioma para la Historia del Derecho, que el mismo surgió en Roma clásica y que a lo largo de la historia de la humanidad se ha convertido en uno de sus pilares más sólidos, porque en muchos casos, ha traspasado la barrera del tiempo y de lo circunstancial, resultando indispensable conocerle a fondo.

Su estudio exige el conocimiento de la sociedad en la que estuvo vigente, de las circunstancias que lo motivaron y le impulsaron. Esto somete a quien se dedica a su estudio a una disciplina añadida a las no pocas dificultades que su análisis plantea: el conocimiento del mundo antiguo.⁴²²

Con esta historiografía se busca aportar al conocimiento de la sociedad romana clásica y de su realidad y mentalidad, insertas en lo que forman parte de lo que hoy identificamos por mundo antiguo grecorromano.

La trascendencia de la experiencia jurídica estudiando la historia desde los clásicos jurídicos romanos es conocer los orígenes de la ciencia jurídica occidental, destacando que no se trata sólo de la pulcritud con la que crearon instituciones que siguen funcionando, sino también de los conceptos que no son otra cosa sino la más fina abstracción jurídica. Producto de un método que generó un modo de pensar a través de la lógica jurídica, que también nos legaron los patres del *Ius*.

Ahora más que nunca está vigente la aseveración de von Ihering al señalar que “falta una verdadera crítica del Derecho Romano, la investigación de su esencia íntima y sus primordiales fundamentos. Porque para hacer una crítica del Derecho Romano no basta dedicarse a disposiciones (-o instituciones-) concretas, sino que

⁴²¹ Cfr. Garcé, Álvaro, et al. *op. cit.* p. 20.

⁴²² Cfr. Rascón, *op. cit.* p. 28.

es preciso considerarlas en su engranaje y en sus principios mismos, para lo que es preciso hacer abstracciones”;⁴²³ el primer paso para hacer esa crítica e investigación es conocer su esencia, su surgimiento y el entorno de éste; el segundo, tomar de ahí lo mucho que nos ofrece para dignificar, como ellos lo hicieron, el arte de la justicia.

Nuestro Derecho es en esencia romano, razón por la que se debe continuar con su estudio, comprensión, difusión y análisis; porque es obligación de los juristas contemporáneos, explicar “cómo el pasado de la experiencia jurídica se torna presente, y sabido es, que el presente, el inquieto presente, es el esfuerzo del pasado por hacerse porvenir”.⁴²⁴

Parafraseando a Amelia Castresana, las investigaciones en torno al Derecho Romano no tienen como fin sólo resucitar sin más la vieja experiencia jurídica; sino que buscan explicar y justificar el porqué de nuestra actualidad y modo de ser jurídico. “Y el Derecho Romano aporta los instrumentos necesarios para alcanzar el equilibrio entre el mínimo de unidad exigido para el desarrollo armónico de nuestro sistema de derecho civil positivo actual y el máximo de diversidad posible que fomente el enriquecimiento multicultural. Porque el Derecho Romano creó un vocabulario jurídico universalmente reconocido en todos los diccionarios jurídicos, al menos en Occidente”.⁴²⁵

“La importancia del Derecho Romano para el mundo contemporáneo no consiste únicamente en haber sido, en un momento dado, la fuente del Derecho, éste es pasajero; su importancia y su autoridad residen en la profunda revolución interna, en la transformación concreta de nuestro pensamiento jurídico, ya que el Derecho Romano es, después del Cristianismo, el elemento civilizador más grande”.⁴²⁶

⁴²³ Cfr. Von Ihering, *El espíritu...* cit. p. 34.

⁴²⁴ Cfr. Castresana, Amelia, *op. cit.* p. 16.

⁴²⁵ Cfr. *Idem.*

⁴²⁶ s.a. *Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico cit.* pp. 226-27.

Empezando la conexión con el mundo antiguo, Cicerón nos ayuda a comprender la trascendencia de la experiencia jurídico-histórica romana:

Que hubo en nuestra ciudad varones sumos que solieron interpretarlo para el pueblo y darle consultas, pero que, aunque prometían grandes cosas, se ocuparon en cosas pequeñas. ¿Qué es, en efecto, tan grande como el derecho de la ciudad? En cambio, ¿qué es tan exiguo como este oficio de los que son consultados? Aunque es necesario para el pueblo. Y por cierto no estimo que los que presidieron este oficio estuvieron desprovistos de todo el derecho, sino que ejercieron este que llaman civil en la medida en que quisieron ponerlo a disposición del pueblo; pero ese derecho es tenue en lo que respecta al conocimiento; en la práctica, necesario. Por lo cual, ¿a dónde me llamas o a qué me exhortas? ¿A que confeccione libritos acerca de los escurrimientos y de las paredes? ¿O a que componga fórmulas de estipulaciones y juicios? Estas cuestiones ya han sido tratadas puntualmente por muchos y son de un nivel más bajo, creo, que lo que se espera de mí.⁴²⁷

Mas adelante Ático pregunta a Cicerón:

¿Por consiguiente, no piensas que la disciplina del derecho debe sacarse del edicto del pretor, como hace hoy la mayoría, ni de las XII Tablas, como los antepasados, sino enteramente del fondo de la filosofía?

A lo que Cicerón le contesta:

En efecto, Pomponio, no averiguamos en esta conversación de qué modo precaver en derecho, o que responder acerca de cualquier consultación. Admitamos que esa materia es grande, como lo es, la cual en otro tiempo era sostenida por muchos ilustres varones, y ahora por uno de suma autoridad y ciencia (pudiera referirse a Servio Sulpicio Rulfo); pero nosotros debemos abarcar en esta discusión la causa entera del derecho universal y de las leyes, de manera que este derecho que llamamos civil sea encerrado en un pequeño y angosto lugar. En efecto, debe ser explicada por nosotros la naturaleza del derecho, y ésta ha de buscarse en la naturaleza del hombre, y han de ser consideradas las leyes por las que deben regirse las ciudades; luego, han de ser tratados los derechos y los mandatos de los pueblos, que han sido reunidos y delimitados entre los cuales ni siquiera quedarán ocultos los que se llaman derechos civiles de nuestro pueblo.⁴²⁸

Cicerón, antes de iniciar el análisis de lo que es hoy el Derecho Positivo (léase emitido por un poder político facultado para ello, hoy sinónimo de ley), buscaba comprender el espíritu del derecho, su esencia y su naturaleza, antes de crear, analizar y comprender instituciones y tratar de examinarlas, compararlas y

⁴²⁷ Cicerón, *Las Leyes*, I, 14.

⁴²⁸ *Ibidem*, libro, I, 17.

aplicarlas, haciendo hermenéutica jurídica de la norma existente, quería entender qué era el verdadero *Ius*; si comprendía eso se podría hacer lo otro con menos fatiga, lográndose entonces, la finalidad del mismo: la sabiduría del Derecho es ordenar, hacer el bien y prohibir cometer delito y la Ley es la recta razón, que por naturaleza busca la justicia. “Nada es seguramente más prestante que el que se entienda plenamente que nosotros hemos nacido para la justicia, y que el derecho no fue constituido por la opinión sino por la naturaleza”.⁴²⁹

En ese sentido del pensamiento ciceroniano, Grossi reconoce que “el Derecho nace antes que la regla, porque el Derecho ya existe en la sociedad con capacidad auto-ordenadora, se genera en la espontaneidad de lo social y tiene una base en la totalidad y complejidad del organismo social”.⁴³⁰

Klaus Adomeit complementa la idea al señalar que “existen diversas instancias en las que se refleja el Derecho: el derecho legislado, el derecho de los juristas, el derecho judicial y el derecho popular, que estudiados en perspectiva histórica serían objeto de conocimiento de la historia del derecho. Pero estas instancias repercuten en el mundo social de diversa manera, generando instituciones, ideas jurídicas, convicciones sobre la justicia, sistemas jurídicos, etc.”

431

Una vez justificada la importancia y trascendencia del estudio actual del Derecho Romano clásico es necesario tomar distancia de las tendencias legalistas, positivistas y codificadoras, para emular lo dicho por Cicerón, buscando ir un paso antes, para analizar el surgimiento de la ciencia jurídica, del *Ius*, comprendiendo que la bastardad del Derecho como producto cultural y sociedad abre un sin número de posibilidades para el estudio y análisis.

⁴²⁹ Cfr. *Ibidem*, libro I, 18-28.

⁴³⁰ Grossi, Paolo, *La primera lección ...* p. 32.

⁴³¹ Cfr. Citado por González, María del Refugio, *La historia del Derecho... cit.* p. 223.

Dice Federico Fernández Buján que “el Derecho Romano tiene un valor axial insustituible e incomparable para la civilización, así, conviene recordar a Carducci cuando afirma: “Italia...madre *di leggi eterne*”. El aprecio por el Derecho Romano es no solo una cuestión de cultura jurídica, sino también una cuestión de cultura, en su más hondo y extenso sentido”.⁴³²

Uno de los aspectos trascendentales que se logra con el estudio del Derecho Romano es modificar la percepción legalista estatal que sufre el sistema jurídico actual, abonando a lo que Grossi establece:

Debe desaparecer la idea de que el derecho se hace mediante leyes y que sólo el legislador es sujeto iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo. ¡Pobres de nosotros!, ¡cuántas veces los productos normativos de los legisladores modernos están lejos de ser derecho! La hipertrofia y la hipervaloración de la ley pesan sobre la sociedad. En una óptica semejante se ha hablado de “descodificación” y además de “deslegalización”. La exigencia es solo una: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable.⁴³³

⁴³² Fernández de Buján, Federico, *Presente y Futuro ... cit.* pp. 309-345.

⁴³³ Grossi, *Mitología jurídica ... cit.* p. 64.

Capítulo Segundo. El Sistema Procesal Acciones de la Ley

2.1. Las XII Tablas

Las XII Tablas o Ley de las XII Tablas (450 a.C.), conocidas también como código decenviral constituyen el primer hito en la historia jurídica de Roma antigua, son el monumento legal primario consagrado por escrito que la civilización romana tuvo y son el punto de partida para el análisis de la historia de su derecho.

A partir de dicha legislación y hasta el siglo II a.C. el ámbito jurídico privado de la Roma republicana, estuvo regido por un derecho civil originado en la *lex* cuyas principales características eran la sacralidad, solemnidad, rigidez, oralidad y escasez de instituciones jurídicas.

Remitirse a las XII Tablas como el origen del derecho en Roma, tiene como fin lo que explica el jurista Gayo precisamente en sus comentarios a ese código decenviral:

Al tener que hacer la interpretación de las leyes antiguas, he creído necesario remontarme primero a los orígenes de Roma, no porque quiera escribir extensos comentarios, sino porque estimo que, en todas las cosas, es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y, ciertamente, el principio es la parte más importante de cualquier cosa. Por otro lado, si parece que no es lícito, por decirlo así, a los abogados en el foro, exponer el asunto al juez sin haber proferido un exordio ¿cuánto más inconveniente será para los que prometen una interpretación tratar inmediatamente la materia de la interpretación, omitiendo los comienzos, no mencionando el origen y, por decirlo así, sin haberse lavado las manos? Pues, salvo que yerre, estos exordios nos conducen con más agrado a la lectura de la materia propuesta y, cuando allí llegamos, facilitan su mejor comprensión.⁴³⁴

Justificada la conveniencia de ir a los orígenes, procedamos a ello.

⁴³⁴ D.1,2,1.

2.1.1. Antecedentes histórico-jurídicos de las XII Tablas

El período histórico de su creación, así como el que le precedió, “corresponden a una sociedad primitiva, en la que el derecho estuvo vinculado principalmente, a la necesidad de orden y seguridad, con características punitivas y riqueza de formalidades, ritos y gestos”.⁴³⁵

En la fase arcaica de la historia de cualquier pueblo, incluido el romano, su cultura, incluyendo el Derecho, se mezcla hasta el grado de confusión con el mito⁴³⁶ y la leyenda, siendo prácticamente imposible distinguir los elementos fantásticos o imaginarios de los reales; el derecho es habitualmente consuetudinario y primitivo, presentándose como un claro reflejo de la sociedad que lo genera.

⁴³⁵ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia mínima... cit.* p. 22.

⁴³⁶ El historiador Apiano (95-165 d.C.), afirma que “la historia de Roma comienza con Eneas, hijo de Anquises, el hijo de Capis, que floreció en la guerra de Troya. Después de la toma de Troya, huyó y, tras un largo peregrinaje, llegó a un lugar de la costa de Italia llamado Laurento ... Entonces era rey de los pueblos aborígenes (primitivos habitantes del Lacio, después llamados latinos) de esa parte de Italia, Fauno, el hijo de Marte, que dio en matrimonio, a Eneas, a su hija Lavinia y le entregó un pedazo de terreno de 400 estadios de perímetro. Aquí fundó una ciudad que llamo Lavinio por su mujer. Tres años más tarde, a la muerte de Fauno, Eneas recibió la realeza en virtud de su parentesco por matrimonio y dio el nombre de “latinos” a los aborígenes en recuerdo de su suegro Latino Fauno. Tres años más tarde aún, Eneas murió... Le sucedió en el trono Eurileón, llamado Ascanio... Al morir Ascanio cuatro años después de la fundación de Alba, le sucedió Silvio. Dicen que Silvio hijo tuvo un hijo llamado Eneas Silvio, y éste, uno llamado Latino Silvio, y éste, uno llamado Tiberino, y éste, uno llamado Agripa, y éste uno llamado Rómulo que fue alcanzado por un rayo y tuvo un hijo llamado Aventino, del que fue hijo Procas. Todos llevaban el sobrenombre Silvio. Procas tuvo dos hijos, el mayor se llamaba Númitor y el más joven, Amulio. Cuando el hijo mayor recibió el trono de manos de su padre, al morir éste, el más joven se lo arrebató por la fuerza y la violencia. También dio muerte a Egisto, el hijo de su hermana, y a Rea Silvia, la hija de su hermano, la hizo Vestal para que no tuviera hijos... Rea Silvia quedó embarazada en contra de la ley; Amulio la encarceló para castigarla y entregó los dos hijos que tuvo a unos pastores para que los arrojasen a un río cercano llamado Tíber. Los niños eran Rómulo y Remo. Por línea materna descendían de Eneas, pero el linaje paterno es desconocido”. Véase, Apiano, *Historia Romana* I,1.1 y I,1.2. “Sobre Rómulo y Remo... reinaron Númitor y Amulio. El padre de éstos dejó el reino a Númitor, que era el mayor, pero Amulio, su hermano, tras rechazarlo, se hizo con la corona. Y, por miedo a su venganza, mató a Egisto, el hijo de que había sido rechazado, y también por temor a que la hermana de éste pudiera concebir un hijo, la hizo Vestal. Pero ella quedó embarazada, según dijo, de Marte, cuando cogía agua de su fuente y dio a luz a Remo y Rómulo. Por consiguiente, Amulio la encerró y entregó a sus hijos para que fueran arrojados al Tíber... Los que cogieron a los niños, que eran unos pastores, los llevaron al río y colocaron el cesto en el agua, al principio, entre sus pies, pero el río se desbordó, y, al marcharse ellos, el agua se retiró poco a poco, de manera que las criaturas se encontraron en terreno seco y una loba que se acercó al cesto los alimentó”. Véase, Apiano, *Historia Romana* I,1.1A

Tratándose de Roma, el jurista clásico tardío Pomponio, en el *Enchiridion* establece que:

En el comienzo de nuestra ciudad el pueblo se constituyó sin una ley determinada, sin un derecho determinado, y todas las cosas se gobernaron por el poder de los reyes.⁴³⁷

Lo anterior se traduce en la carencia de fuentes escritas, que son las más importantes para historiar, debido a que los habitantes de dichas sociedades arcaicas se rigen por la costumbre y son generalmente analfabetas proclives a definir todos los aspectos de su vida personal y comunitaria mediante aspectos mágico religiosos, ligados a fenómenos naturales, por lo que es prácticamente imposible separar el derecho del misticismo y de los ritos, ya que existen muy pocas manifestaciones culturales que pudieran servir de hilo conductor para una investigación histórico jurídica.

Tal como lo prevé Castresana, “en la época arcaica el *fas* como manifestación de un sentimiento religioso colectivo sirve para garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos romanos”,⁴³⁸ el *fas* es lo permitido por los dioses, el derecho unido a la religión con una sola fuente: la costumbre.

Es también en esa lejana etapa donde la tradición ubica la fundación de Roma a cargo de Rómulo a mediados del s. VIII a.C. y el establecimiento de la fecha de fundación de la ciudad, que tal como lo apunta Mary Beard, “supuso que los eruditos romanos trabajaran con ahínco para establecer una periodización precisa, y lo hicieron tratando de sincronizar los acontecimientos de Roma con la cronología de la historia de Grecia”.⁴³⁹

En particular, “echaron mano de los ciclos cuatrienales de los Juegos Olímpicos, al creer que les ofrecían un marco cronológico fijo y auténtico”.⁴⁴⁰ Mary

⁴³⁷ D.1,2,2,1.

⁴³⁸ Castresana, *op. cit.* p. 23.

⁴³⁹ *Cfr.* Beard, *op. cit.* p. 74.

⁴⁴⁰ *Cfr. Idem.*

Beard menciona el criterio que siguió Ático, mediante el cual la fundación de la ciudad por parte de Rómulo se situaba en el tercer año del sexto ciclo de los Juegos Olímpicos; es decir, 753 a.C. mismo que siguió el historiador Varrón, y fue considerado como el definitivo.

Por su parte, Cicerón en la República,⁴⁴¹ Polibio de Megalópolis y Dionisio de Halicarnaso,⁴⁴² señalan que Roma fue fundada en el año segundo de la VII Olimpiada (750 a.C. tomando en consideración que la primera fue en 776 a.C.)

Otro historiador en aceptar la periodización a partir de las Olimpiadas es Veleyo Patérculo, de cuya obra se desprende que la primera pudo haber sucedido en 776 o en 793 a.C. señalando que:

Trascurridos veintidós años desde que se estableció la primera, Rómulo, hijo de Marte, habiendo vengado las afrentas de su abuelo, fundó Roma en el monte Palatino en la fiesta en honor de Pales.⁴⁴³

Vale la pena destacar que independientemente de la exactitud o veracidad de la fecha fundacional de Roma, aparece la tendencia de los historiadores romanos por relacionar su historia con la de Grecia, a efecto de dotarla de veracidad y tal vez de autoridad y grandeza.

El cálculo fue aún más acotado, señalando el 21 de abril como fecha fundacional de Roma en la que, hasta el día de hoy los romanos celebran el nacimiento de su ciudad.

Veleyo Patérculo y Dionisio de Halicarnaso adoptaron dicha fecha; éste último estableció que una vez que Rómulo agradó a los dioses y cavó el *pomerium* como señal de la fundación de la ciudad, procedió a realizar diversos sacrificios:

⁴⁴¹ Cicerón, *la República*, II, X, 18.

⁴⁴² Dionisio de Halicarnaso, *Historia Antigua de Roma*, libros I, 74,3. y II, 2, 3.

⁴⁴³ Patérculo, Veleyo, *Historia Romana*, Libro I, 8. Pales es la diosa de los pastores y sus fiestas, las Parilia, se celebraban el 21 de abril. Siguiendo el criterio de Patérculo, Roma se habría fundado en 751 a.C.

Aun en mis días la ciudad de Roma celebra cada año esta fiesta situándola entre sus mayores festividades, la llaman “*Pariles o Paliles*”, fiesta antigua que los pastores celebraban el 21 de abril en honor a *Pales*, diosa protectora de los rebaños y pastores, cuyo nombre se ha puesto en relación con el de la colina del Palatino.⁴⁴⁴

Respecto del fundador y primer rey de Roma, se cree que fue Rómulo, pero el propio Pomponio reconoce que lo que se sabe es por tradición, informando además que, el derecho de esa época monárquica (753 a 509 a.C.), pudiera haber estado integrado por algunas leyes, aclarando que el pueblo regresó a la costumbre como fuente esencial de su sistema jurídico:

Después de crecer algo la ciudad, se sabe por tradición que el mismo Rómulo dividió al pueblo en treinta partes que llamó curias porque atendía al cuidado de la República según los pareceres de aquellas partes, y así él mismo propuso al pueblo algunas leyes curiadas; también lo hicieron así los reyes siguientes. Todas estas leyes se hallan reunidas en un libro de Sexto Papirio, uno de los principales personajes de aquellos tiempos en que reinó Tarquinio el Soberbio. Este libro, como dijimos, se llama Derecho Civil Papiriano, no porque Papirio añadiera algo suyo, sino porque redujo a unidad las leyes dadas sin orden. Al ser expulsados los reyes por una ley tribunicia, todas estas leyes cayeron en desuso, y el pueblo romano comenzó de nuevo a regirse, más por un derecho indeterminado y por la costumbre que por ley dada, y toleró esto cerca de veinte años.⁴⁴⁵

Es de destacar que las leyes referidas por Pomponio en la época arcaica fueron denominadas “leyes regias”. Al provenir de los reyes y atendiendo a la época correspondiente, se cree que contenían derecho sacro. Al respecto, Heineccius escribe que se trata de costumbres patrias,⁴⁴⁶ es decir, referentes a derecho sacro e instituciones patriarcales, presumiendo que no tenían la fuerza para obligar que posteriormente tuvo el derecho escrito. Se afirma que incluso, esas leyes regias de carácter religioso, debieron recibir como título exacto el *De ritu sacrorum*.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Dionisio de Halicarnaso, *op. cit.* libro I, 88.

⁴⁴⁵ D.1,2,2.2,3.

⁴⁴⁶ Cfr. Heineccius, Johann Gottlieb, *Historia del Derecho Romano*, trad. del latín al castellano, D. Juan Muñiz Miranda y D.R. González Andrés, Madrid, Imprenta del boletín de jurisprudencia, 1845, § 15.

⁴⁴⁷ Cfr. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas*, México, Porrúa, 2013, p. 81.

Dada la ausencia de fuentes y la confusión entre historia, mito y leyenda, el análisis del surgimiento de Roma es hasta el día de hoy muy complejo.

Por lo que sin negar el valor que el mito y la tradición juegan en la historia de cualquier civilización, Roma puede ser historiada con fuentes dotadas de precisión a partir de los siglos VI-V a.C., cuando su civilización comenzó a generar elementos o vestigios culturales que, a pesar de sus tintes arcaicos dan pauta para poder historiarla.

Al respecto existe la tendencia que Gonzalo Bravo señala:

... hoy se puede afirmar sin reserva que Rómulo no existió,⁴⁴⁸ que Roma no fue fundada, como quiere la tradición, el 21 de abril del año 753 a.C., que la propia ciudad no puede haber existido antes del 600 a.C., que no hubo reyes legendarios sino tan sólo históricos y, en fin, que el verdadero fundador habría sido, por tanto, Tarquino Prisco a comienzos del s. VI.⁴⁴⁹

Así como la de investigadores que dan peso al mito y la leyenda, tal vez basándose en Cicerón:⁴⁵⁰

Cicerón.- En verdad te responderé, pero no antes de que tú mismo me respondas, Ático, si ciertamente Rómulo, después de su muerte, caminando no lejos de tu casa, dijo a Próculo Julio que él era dios y se llamaba Quirino, y ordeno que se le dedicara un templo en ese lugar...

Ático.-¿Para qué, en fin, o por qué preguntas esas cosas?

Cicerón.- Realmente por nada, sino para que no averigües demasiado estas cosas que de ese modo han sido transmitidas a la posteridad.

...

Quinto.- Entiendo, hermano, que tú piensas que deben observarse unas leyes en la historia, otras, en un poema.

⁴⁴⁸ Es importante mencionar que en 2020 un equipo de arqueólogos dio a conocer la noticia de vestigios que pudieran ser la tumba de Rómulo. Información consultable en: *National Geographic*. "Hallan la posible tumba de Rómulo, fundador de Roma – *National Geographic* en español", febrero, 2020. <https://www.ngenespanol.com/descubrimientos/hallan-la-posible-tumba-de-romulo-fundador-de-roma/>

⁴⁴⁹ Bravo, *op. cit.* pp. 45-46.

⁴⁵⁰ Cfr. Cicerón, *Las Leyes*, I,3-5.

Cicerón.- Sí, Quinto, puesto que en aquélla todas las cosas se refieren a la verdad; en éste, la mayoría de ellas, a la delectación; aunque tanto en Heródoto, padre de la historia, como en Teopompo hay innumerables fábulas.

Al margen de no poder precisar los detalles fundacionales de Roma, es necesario tener en cuenta que, “desde su edad más remota, hubo tres aspectos que quedaron fundados y sólidamente establecidos en las sociedades italianas: la religión doméstica, la familia y el derecho de propiedad, los cuales en su origen tuvieron una relación manifiesta y que parecen haber sido inseparables”.⁴⁵¹

Tal como sostiene Paolo Carafa, “lo esencial no es que Rómulo haya existido o no. Lo que importa es que esta figura sea considerada como el punto de partida que los antiguos eligieron para marcar el nacimiento político de la ciudad”.⁴⁵² La verdad de los mitos y leyendas no es lo más importante, sino la trascendencia que tienen en la construcción del ser nacional.

Regresando a los orígenes de Roma, fue en esos oscuros ámbitos en los que desde temprana edad, se comenzó a desarrollar el germen de instituciones que de una u otra manera han dado forma y contenido al derecho civil, implicando la división de las materias comprendidas en el mismo (*v.gr.*: bienes, persona, familia, sucesiones, proceso, obligaciones, etc.) para convertirse en la piedra angular de la formación de diversas instituciones jurídicas (de manera enunciativa y no limitativa: patrimonio, matrimonio, adopción, posesión, sucesiones, tutela, curatela, contratos y convenios, etc.)

“En los inicios de la *Urbs* su rito fundacional se reproduce en el escenario doméstico del ciudadano. Y tal como lo recuerdan Varrón, Cicerón y Plinio: Rómulo habría atribuido a cada ciudadano *bina iugera*, lo que constituiría el *heredium*: el

⁴⁵¹ Cfr. Coulanges, Fustel de, *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, México, Porrúa, 2015, p. 53.

⁴⁵² Hernández Laura, “Roma, encuentran una tumba que puede estar dedicada al creador de la ciudad italiana”, *La Sexta*, marzo 2020, https://www.lasexta.com/viajestic/curioso/roma-encuentran-tumba-que-puede-estar-dedicada-romulo-creador-ciudad-italiana_202003105e66d10a1eff860001091329.html

hombre toma el arado romano y marca sobre la tierra asignada un surco que sirve como mojón o lindero; el espacio interior de esa demarcación territorial es el *ortus* que más tarde se transformará en *fundus*. Sobre ese trozo constituirá el ciudadano su casa y su familia, y así dará existencia jurídica a la figura del *paterfamilias*".⁴⁵³ Es así como en medio de la leyenda y el mito, se inició la creación de las instituciones socio culturales y jurídicas.

La Roma arcaica, dice Cannata, "instauró instituciones jurídicas, que se constituyeron como son una constante en la historia de la humanidad, y se revelan tan antiguas como ella".⁴⁵⁴

El no contar con elementos suficientes para hacer historia de esa lejana época, es producto de su misma circunstancia; sin embargo, sí es posible advertir que en la sociedad existía un rudimentario sistema jurídico de carácter consuetudinario apegado a la religiosidad como única respuesta para explicar el mundo.

Así es como suele suceder en toda civilización que inicia su desarrollo, pues dentro de su fase más arcaica no cuenta con más elementos para explicarse, afirmarse y dar respuestas, más allá de la naturaleza y la magia. Ello que se refleja en sus normas jurídicas consuetudinarias y orales, que en ningún caso significan ausencia de derecho, mismo que es inherente a cualquier forma y fase de convivencia humana (*Ubi societas, ibi ius*), que tal como se deriva de la lectura de Fustel de Coulanges se inicia con dos instituciones: "la familia y la religión".

Y es que tal como lo afirma Heineccius, "si bien es cierto que el pueblo romano arcaico careciera de derecho escrito y promulgado, eso no significa que

⁴⁵³ Cfr. Castresana, *op. cit.* p. 24.

⁴⁵⁴ Cannata, Carlos Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 18.

carecía enteramente de leyes o reglas fijas que sirvieran de pauta a sus acciones, pues no es posible subsistir de modo desordenado y grosero”.⁴⁵⁵

Es entonces cuando la costumbre se convierte en la principal (y seguramente única) fuente del derecho de una sociedad que inicia su desarrollo, lo que por lógica indica que, precisamente esa costumbre, aceptada y reconocida de generación en generación por la *Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*, será uno de los nutrientes esenciales para dar sustancia al contenido de las primeras normas jurídicas escritas.

Este proceso no falló en Roma. El resultado fue la elaboración y promulgación de las XII Tablas.

Respecto de la costumbre, Dionisio de Halicarnaso refiere la existencia de juicios para mantener la paz desde la fundación misma de Roma, por parte de Rómulo:

Los juicios por agravios entre ciudadanos no los aplazaba, sino que los hacía rápidamente, juzgándolos unas veces él (-Rómulo-) en persona, confiándolos en ocasiones a otros, e imponía castigos de acuerdo con la gravedad de las faltas. Como vio que el miedo tenía el poder de alejar a los hombres de todo hecho malvado preparó muchos detalles para inducirlo: el lugar en que juzgaba sentado en la parte más destacada del Foro, el aspecto amedrentador de los soldados que lo acompañaban en número de trescientos, varas y hachas portadas por doce hombres con las que azotaban en el Foro a los autores de delitos merecedores de latigazos y cortaban públicamente las cabezas de los acusados por crímenes más graves. Tal era el ordenamiento establecido por la constitución de Rómulo. A partir de todo lo anterior es posible imaginar también lo demás.⁴⁵⁶

Sin menoscabo de la importancia que el mito y la leyenda tienen en la historia de una sociedad, y anclándonos en el pensamiento de Voltaire (muy parecido a la idea ciceroniana) que define a la historia como “el relato de los hechos que se tienen como verdaderos, al contrario de la fábula, que es el relato de los hechos que se

⁴⁵⁵ Cfr. Heineccius, *op. cit.* § 2.

⁴⁵⁶ Dionisio, *op. cit.* Libro II, 29.

tienen por falsos”,⁴⁵⁷ seguiremos el criterio de Alejandro Guzmán Brito. Dicho autor señala que “convencionalmente podemos dar por empezada la historia del Derecho Romano en los años 451-50 a.C. cuando fue promulgada la ley conocida como *lex XII Tabularum*”.⁴⁵⁸ Así referida por la forma externa de su texto.

Es importante para efecto de la Historia del Derecho Romano, destacar lo que cita Guzmán Brito, fundado en Tito Livio:

No es, por cierto, que ella (la Ley de las XII Tablas) hubiera originado el derecho de los romanos; pero desde un punto de vista historiográfico tiene relevancia periodificadora, entre otras tantas, porque de su texto se nos conservan testimonios que incluso han permitido una reconstrucción aproximada; también la tiene desde un punto de vista histórico, porque efectivamente la ley implicó un vuelco en el derecho de su época: no sólo dejaron de regirse exclusivamente por costumbres (*mores maiorum*) los romanos, sino que además el derecho mismo contenido en el nuevo texto legal presentó aspectos novedosos en relación con las antiguas costumbres, fundados aquéllos en el criterio político que había guiado la exigencia de su confección, a saber: la “igualación del derecho” (*aequatio iuris*) entre patricios y plebeyos.⁴⁵⁹

2.1.2. Las XII Tablas, su surgimiento y trascendencia

Se ha dicho que la historia de Roma puede estudiarse a partir de las XII Tablas por ser el primer hito histórico en todos los aspectos. Tito Livio señala que:

... en el año 302⁴⁶⁰ desde la fundación de Roma, se cambió de nuevo la constitución, pasando el poder de los cónsules a los decenviros...⁴⁶¹

...En medio de una enorme expectación expusieron en público las diez tablas, convocaron al pueblo a asamblea y, deseando que fuese para bien, prosperidad y felicidad del Estado, de ellos mismos y de sus hijos, lo invitaron a ir a leer los textos legales que se le presentaban; que ellos, en la medida en que la capacidad de diez hombres podía lograrlo, habían equiparado los derechos de todos, grandes y

⁴⁵⁷ Cfr. Bernal, Beatriz, *Historia del derecho... cit.* p. 11.

⁴⁵⁸ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano, t. I*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 21.

⁴⁵⁹ *Idem*.

⁴⁶⁰ Considerando la datación de Livio, la fecha de las XII Tablas quedaría establecida en el año 451 a.C. La fecha coincide con la planteada por Aulio Gelio quien estableció en su obra las Noches Áticas que “las Tablas fueron compuestas y escritas en el año 300 después de la fundación de Roma”. Atendiendo a lo anterior, se estaría hablando del año 453 a.C. Véase también, d’Ors, Xavier, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid, Akal/Clásica, 2001, p. 66.

⁴⁶¹ Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* libro 3, 33,1.

pequeños, pero que más valía la capacidad y la sabiduría de una multitud; que cada uno en particular sopesase cada disposición, después la discutiesen en sus conversaciones y, finalmente, pusiesen en común lo que en cada norma había que quitar o añadir: el pueblo romano iba a tener las leyes que el acuerdo de todos se podría decir que no sólo había sancionado, sino propuesto.⁴⁶²

...los comicios por centurias aprobaron las leyes de las Diez Tablas que incluso en la actualidad, en medio de este inmenso conglomerado de leyes acumuladas unas sobre otras, constituyen la fuente de todo el derecho público y privado.⁴⁶³

Con las XII Tablas queda fijado el punto de partida de la Historia del Derecho Romano. Son consideradas como la ley⁴⁶⁴ por excelencia y nunca perdieron materialmente su validez.

La narrativa histórica de la creación decenviral de Livio coincide con la que hace en el *Enchiridion* el jurista clásico Pomponio:

Al ser expulsados los reyes por una ley tribunicia (-conclusión monarquía-), todas estas leyes (-leyes regias-) cayeron en desuso, y el pueblo romano comenzó de nuevo a regirse, más por un derecho indeterminado y por la costumbre, que, por ley dada, y toleró esto cerca de veinte años. Luego, para que esto no continuara más tiempo, se decidió públicamente nombrar diez personas que fueran a pedir leyes a las ciudades griegas, a fin de que Roma se basara en leyes escritas las cuales, en tablas de marfil, se colocaron en la plaza pública para que pudieran conocerse más abiertamente. Y durante aquel año se les dio máximo poder de derecho en Roma para que corrigieran las leyes, si fuera necesario, y las interpretasen, y no pudiese apelar de sus decisiones como podía hacerse respecto de los demás magistrados. Advirtieron ellos que algo faltaba a estas primeras leyes y, por ello al año siguiente añadieron otras dos a las anteriores tablas, y por esta circunstancia se denominaron leyes de las Doce Tablas; cuya legislación dijeron algunos, había inspirado a los decenviros un tal Hermodoro de Éfeso, que andaba desterrado por Italia.⁴⁶⁵

⁴⁶² *Ibidem*, libro 3, 34,1-2.

⁴⁶³ *Ibidem*, libro 3, 34, 6.

⁴⁶⁴ Entiéndase por ley, una de las fuentes del derecho civil reconocida por el Digesto: "Es derecho civil el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes". D. 1,1,7. Por su parte las Institutas de Justiniano señalan lo que debemos entender por Ley: "Es lo que el pueblo romano constituía". I.1,2,3. Posteriormente Papiniano establecerá que ley es: "El precepto común, el dictado de personas prudentes, la represión de los delitos que se comenten voluntariamente o por ignorancia, el convenio de la república". D.1,3,1.

⁴⁶⁵ D.1,2,2,4.

Las crónicas anteriores concuerdan en que hubo embajadores enviados por Roma a Grecia en búsqueda de modelos de leyes. Dionisio de Halicarnaso, al igual que Tito Livio, señalan en sus relatos que fueron tres embajadores: Espurio Postumio, Servio Sulpicio y Aulo Manlio.⁴⁶⁶

Tito Livio menciona que dichos embajadores fueron enviados a Atenas y Dionisio de Halicarnaso se refiere a un discurso del ex cónsul Tito Romilio en el que éste sugirió que creada la embajada fueran en búsqueda de las mejores leyes griegas tanto en las ciudades griegas de Italia (seguramente la Magna Grecia⁴⁶⁷), como en Atenas, aclarando que dichas leyes deberían ser las más acordes al modo de vida de los romanos, para que los legisladores pudieran establecer unas leyes coherentes con la reputación decorosa de la dignidad.⁴⁶⁸

En los relatos históricos citados, que fueron elaborados con casi cuatro siglos de distancia de los hechos reales,⁴⁶⁹ es importante destacar los vestigios de la admiración que Roma expresaba por la cultura griega.

Los escritos de Livio y Dionisio evocan el reconocimiento de los romanos por la legislación de los griegos, al grado de considerarla, atendiendo a su reputación, digna de arquetipo, sea porque efectivamente las XII Tablas tuvieron alguna influencia griega, o bien porque en la narrativa de los referidos historiadores se

⁴⁶⁶ Dionisio, *op. cit.* libro X, 52.

⁴⁶⁷ Respecto de la emigración griega a Italia, es importante tener en consideración que mitológicamente se presume presencia griega en el sur de la península desde el siglo XI a.C. Sin embargo, el punto de partida histórico de los griegos en Italia es la fundación de la aquea Sibaris en 721 a.C. o la doria Tarento en 708 a.C. Mommsen escribe: "La historia de la Grecia sículo itálica no forma parte de la historia de Italia. Los colonizadores griegos del oeste continuaron en relaciones cotidianas con la madre patria, tomando parte en todas las fiestas nacionales y ejerciendo todos sus derechos como helenos. No es menos útil averiguar los diversos caracteres de las colonias griegas y encontrar en ellos las fuentes múltiples y variadas de su influencia sobre la civilización italiana". Véase, Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II. Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los Estados Itálicos.* iBooks, p. 283.

⁴⁶⁸ Dionisio, *op. cit.* X, 51,5.

⁴⁶⁹ Dionisio de Halicarnaso 60 a 7 a.C. Tito Livio 59 a.C. a 17 d.C. Pomponio vivió en el siglo II d.C.

convirtiera en una constante, por ser uno de los elementos necesarios para sostener el relato.⁴⁷⁰

Lo cierto es que, en uno u otro momento histórico, los romanos comenzaron a sentir una especie de admiración por lo griego, la necesidad de expresarla y el gusto en manifestarla.

A pesar de las especulaciones sobre el hecho de que las leyes que sirvieran para modelar el contenido de las XII Tablas fueron específicamente las de Solón, basándose seguramente en las referencias que Cicerón hace en las Leyes,⁴⁷¹ esto no tiene mayor fundamento histórico.

Incluso afirmar la influencia de leyes griegas en las XII Tablas presenta cierto anacronismo, ya que es poco probable que los romanos hubieran viajado a Atenas en ese entonces, en virtud de que Roma todavía no había iniciado el proceso de expansión territorial.

Sin menoscabo de lo anterior, queda la duda de la posible influencia de las colonias griegas de la Magna Grecia, o del pensamiento de Hermodoro de Éfeso.

Al respecto, romanistas como Margadant⁴⁷² descartan la influencia griega en el contenido de las XII Tablas, argumentando la naturaleza nacionalista,

⁴⁷⁰ Al respecto Mary Beard dice que gran parte de la tradición romana que nos ha llegado, lejos de ser real, es una fascinante proyección mítica hacia el pasado de las prioridades y desvelos posteriores de los romanos. Véase, Beard, *op. cit.* p. 104. En este sentido es muy probable que la narrativa tanto de Tito Livio, como de Dionisio de Halicarnaso, y más aun de Pomponio, no tengan fuentes estables sencillamente por no existir, siendo que, seguramente recopilaron (y tal vez hasta adornaron) la leyenda romana, para engrandecer el pasado del pueblo del que eran parte, sin importar (por la intrascendencia o el desconocimiento) la historia del pueblo que antes había sido. Tal vez ello tiene que ver con la necesidad que diversas sociedades y culturas tienen por justificar desde sus orígenes la grandeza de su pueblo, ligada generalmente a orígenes divinos y mágicos, creando héroes míticos, historias épicas y referencias que construyan y alimenten el orgullo nacional.

⁴⁷¹ “En fin, las demás disposiciones en las XII Tablas son para disminuir el gasto y el lamento fúnebre, casi traducidas de leyes de Solón”. Véase, Cicerón, *Las Leyes*, II, 59. “Después, como, según escribe el Falereo (Demetrio de Falero gobernó Atenas 317-307 a.C.), comenzaron a hacerse funerales suntuosos y acompañados de lamentaciones fueron suprimidos por la ley de Solón, ley que, casi con las mismas palabras, nuestros decenviros pusieron en la Décima Tabla”. Véase, *Ibidem*, libro II, 64.

⁴⁷² Véase, Margadant, *op. cit.* p. 50.

consuetudinaria y religiosa propia del Derecho en ese momento. Además, en ese mismo sentido podríamos agregar el tema territorial, pues en esos tiempos aún no alcanzaban siquiera el Mediterráneo.

Lo que sí podemos inferir es que la escritura fue uno de los aspectos que manifiestan influencia de las costumbres griegas (y específicamente de la Magna Grecia). Incluso cuando todavía no se había consolidado del todo en Grecia,⁴⁷³ ya daba sus primeros frutos en materia jurídica (leyes de Dracón s. VII a.C. y de Solón s. VI a.C.); y la escritura llegó a Roma⁴⁷⁴ para afianzarse a lo largo de su historia como un importante elemento cultural determinante en el aspecto jurídico.

De la escritura como elemento trascendental de lo jurídico en Roma, así como de la influencia que los romanos reconocían de Grecia, las *Institutas* de Justiniano prevén: “Pero consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas”.⁴⁷⁵

Continúa más adelante:

Y no sin razón aparece dividido en dos especies el derecho civil, pues su origen parece que ha provenido de las instituciones de dos ciudades, a saber: de Atenas y de Lacedemonia. En efecto, en estas ciudades se había solido proceder de suerte que los lacedemonios preferentemente encomendaban a la memoria las reglas que

⁴⁷³ La consolidación en Grecia de la práctica de la escritura sobre la oralidad se concretó hasta el siglo IV a.C. “En efecto, la revolución cultural en la cual la escritura obtiene la victoria definitiva sobre la civilización de la oralidad se desarrolla, en sus momentos más significativos, en los últimos decenios del siglo V y, en particular, en la primera mitad del siglo IV a.C. [...] Por tanto, el arco cronológico de la vida de Platón coincide exactamente con el arco de tiempo en el cual se desarrolló y concluyó aquella mutación radical de la tecnología de la comunicación”. Véase, Guzmán Ruíz, Héctor y Lira, Carlos B., “Platón y el principio de oralidad”. *Revista Mexicana de Justicias Orales*, Año I, Núm. 1, ene-julio 2018, pp. 121-160. Nota 11. <https://www.revistajusticiasorales.com.mx/platon-y-el-principio-de-oralidad/>

⁴⁷⁴ Los primeros vestigios de escritura en un latín arcaico datan entre los siglos VII a VI a.C. Se trata específicamente del pilar con una escritura prácticamente ininteligible, que pudiera haber sido parte de un santuario a Vulcano, es conocida como Piedra Negra o *Lapis Niger* del Foro Romano, cuya única palabra que se alcanza a comprender en latín es *Recei* (*Rex* o *rey*), y que ha sido determinante para los estudiosos de la romanidad pues prueba la existencia de una etapa monárquica en la vida arcaica de Roma. Cfr. Beard, *op. cit.* pp. 95-103.

⁴⁷⁵ I.1,2,3.

como leyes observaban, y los atenienses guardaban las que veían escritas en las leyes.⁴⁷⁶

Las costumbres, o derecho no escrito, fue lo que más probablemente dotó de contenido a las XII Tablas. Fustel de Coulanges escribe en torno a las costumbres arcaicas y religiosas de los pueblos itálicos, griegos e indos que:

Es gran prueba de la antigüedad de esas creencias y prácticas encontrarlas a la vez entre los hombres de las costas del Mediterráneo y entre los de la península india. Seguramente que los griegos no han recibido esta religión de los indos, ni los indos de los griegos. Pero los griegos, los italianos, los indos pertenecían a una misma raza; sus antepasados, en una época remotísima, habían vivido juntos en el Asia central. Allí es donde primitivamente habían concebido esas creencias y establecido esos ritos.⁴⁷⁷

Se puede además inferir que, en su momento, el contenido de las XII Tablas fue una recopilación de las normas no escritas que ya regían la vida de los romanos antiguos y que constituyeron la primera fuente del Derecho de toda civilización: la costumbre.

Según el relato de Dionisio de Halicarnaso, “los *decenviros* redactaron leyes a partir de las griegas, y de sus propias costumbres no escritas, y las expusieron en diez tablillas para perfeccionarlas hasta que convocaron al pueblo. Esto para que, una vez reunido en asamblea por centurias, estando presentes los flámines, los augures y los demás sacerdotes, y habiendo dirigido los ritos religiosos según la costumbre, se procediera a su votación. Una vez ratificadas las grabaron en estelas de bronce y las colocaron en el Foro”.⁴⁷⁸

Cabe mencionar, que, según lo narra “Tito Livio, las XII Tablas se perdieron en un incendio provocado por los galos en la invasión a Roma en el año 390 a.C.”⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ I,1,2,10.

⁴⁷⁷ Coulanges, *op. cit.* pp. 22-23.

⁴⁷⁸ Dionisio, *op. cit.* Libro X, 55.

⁴⁷⁹ Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* libro 6,1.

Desde entonces se transmitieron en forma oral,⁴⁸⁰ tal vez hasta su publicación por parte de Cneo Flavio (304 a.C.) y posteriormente por Sexto Elio Peto (204 a.C.) y su *Tripertita*.⁴⁸¹

Lo que hoy sabemos de la historia del código decenviral deriva, tal como ha quedado sentado, de los textos históricos de Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y del jurista Pomponio. Y por lo que a su contenido se refiere, es invaluable lo que nos aportan las *Instituciones* de Gayo, los escritos de Cicerón y de Aulo Gelio, así como por *Antología de textos jurídicos de Roma* de Xavier d'Ors.

Respecto de la trascendencia de las XII Tablas, Bonfante citado por Margadant, reconoce que “se mencionan en la historia jurídica occidental de la misma manera en la que se recuerdan las obras juveniles de hombres que luego realizaron auténticas proezas”.⁴⁸²

Al respecto resulta inevitable citar a Heineccius:

Finalmente debe observarse que los fragmentos de estas leyes (XII Tablas) pueden proporcionar grande utilidad a los que se dedican al estudio del derecho. Con su auxilio podrán conocer el origen de muchas leyes, el orden y fundamento de las *Pandectas*, del Código, del mismo Edicto perpetuo, y hasta la índole y naturaleza de muchas acciones. Algunos escritores eran de parecer que el estudio de la jurisprudencia debía principiarse por las doce tablas: yo, tan solo aconsejo que se familiaricen con las disposiciones de estas tablas los que con ánimo resuelto aspiren a obtener conocimientos profundos en la ciencia del derecho civil; pues a los que creen que los estudios serios no son necesarios en el foro, y solo tratan de aprender aquellos principios estrictamente indispensables para vivir, debe decirseles: mantente alejado, oh mantente alejado, profano.⁴⁸³

⁴⁸⁰ Cicerón (106-43 a.C.), reconoce que “de niño aprendió las XII Tablas como un poema obligatorio”, lo que deja constancia de su transmisión oral aun durante los inicios del siglo I a.C. Véase, Cicerón, *Las Leyes*, II, 59.

⁴⁸¹ A la *Tripertita* de Sexto Elio Peto, Jorge Adame le atribuye carácter de jurisprudencia arcaica, señalando que contenía tres partes: la Ley de las XII Tablas, su *interpretatio* y un formulario de acciones procesales. Cfr. Adame, *Curso de Derecho Romano*, cit... p. 18.

⁴⁸² Cfr. Margadant, *op.cit.* p. 51.

⁴⁸³ Heineccius, *op. cit.* §35.

El estudio, la formación jurisprudencial y el conocimiento de la ciencia jurídica se desarrolló a partir de las XII Tablas, esencialmente en el ámbito privado, en materia civil. Es por ello que se hace necesario atender lo que las normas decenvirales nos dicen al respecto, pues ellas mismas nos permiten entender las fuentes reales o materiales que los romanos validaron como Derecho.

Entre sus disposiciones encontramos normas que se refieren a brujerías y encantamientos, pero también se vislumbran aspectos que sentaron las bases para generar pilares esenciales de la ciencia jurídica romana.

Lo que pudo haber derivado de la multicitada reverencia que los romanos tuvieron por el pasado, y de su natural condición y disposición para generar contenido jurídico en cualquier circunstancia.

El jurista Papiniano reconoció que el derecho honorario tenía la función de corregir o suplir el derecho civil,⁴⁸⁴ no de abrogarlo o derogar sus disposiciones. Porque los romanos honraban la tradición y se sentían orgullosos de ella, por eso imposible comprender el derecho clásico romano y la consecuente ciencia jurídica romana, sin entender, primero, el origen de Roma y de su derecho.

De Martino, citado por Juan Iglesias señala que “el romano sabe conjugar tradición y progreso, de suerte que la esencia de lo radical, adaptándose a las nuevas circunstancias, permanezca”.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ D.1,1,7.

⁴⁸⁵ De Martino citado por Iglesias, *Las fuentes... cit.* p. 19.

Respecto del contenido que nos ha llegado del derecho arcaico, se puede entrever la división entre derecho público y privado,⁴⁸⁶ entre derecho civil,⁴⁸⁷ sacro⁴⁸⁸ y penal, y entre derechos reales y personales,⁴⁸⁹ la importancia que daban los romanos al otorgamiento de garantías (en esta etapa esencialmente personales), así como el contenido y origen de las obligaciones y de la materia sucesoria.

El contenido de las XII Tablas⁴⁹⁰ trataba el derecho procesal, familiar, sucesorio, de los bienes, agrario, penal y sacro. Todos ellos fueron rubros que, en su mayoría, marcarían de alguna forma la división del derecho civil en diferentes materias jurídicas, tal como lo integran hasta el día de hoy.

Acatando la importancia del código decenviral es necesario reconocer que cualquier estudio serio sobre el Derecho Romano debe iniciar refiriéndose a él. Pues, así como los romanos reconocían el valor de la tradición y del pasado, el historiador del Derecho Romano debe honrar ese modo de ser y con ello entender el fenómeno cultural que se operó en la Roma clásica con el surgimiento de la ciencia jurídica, cuyo cimiento primario, se encuentra, sin duda, en las XII Tablas.

Igualmente, es necesario tomar la distancia y la precaución que el mismo Tito Livio establece al señalar que:

⁴⁸⁶ La división se deriva por exclusión, ya que en el contenido decenviral prácticamente se omite lo relacionado con la constitución estatal o con las funciones de los órganos de gobierno, etc. Posteriormente Ulpiano definió qué se debía entender por lo público y lo privado, categorización que quedó en la compilación justiniana: “Es derecho público el que respecta al estado de la república, privado el que respecta a la utilidad de los particulares”. D.1,1,1.

⁴⁸⁷ “Entiéndase por derecho civil el propio de los ciudadanos romanos”. Según lo establecido en las *Institutas* de Justiniano, por lo que al derecho civil se refiere, los romanos lo entendieron como “el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, que es propio de la ciudad misma y se apellida con el nombre de cada ciudad, por lo que el derecho emanado de la Ley de las XII Tablas será derecho civil de los romanos o derecho de los quirites”. I,2,2-3.

⁴⁸⁸ Es derecho sacro, según Cicerón el de carácter perpetuo de los ritos sagrados y el de los Manes. Cicerón, *Cfr. Las Leyes*, II, 45. Es el derecho religioso o sacro, el de lo que corresponde a los dioses, y por tanto tiene carácter perpetuo. *Cfr. Ibidem*, II, 47,48.

⁴⁸⁹ Categorización que proviene de lo previsto en las *Instituciones* de Gayo, en la división que hace de la *legis actio per sacramentum*, en *in rem* e *in personam*. Véase, Gayo, IV, 13-17.

⁴⁹⁰ Véase, d’Ors, Xavier, *op. cit.* pp. 47-59.

La historia de los romanos desde la fundación de la ciudad hasta la toma de la misma, primero bajo los reyes y, después, bajo los cónsules y los dictadores, decenviros y tribunos consulares, guerras exteriores y sediciones internas son acontecimientos oscurecidos, en parte, por su excesiva lejanía en el tiempo, como cuando se vislumbra con dificultad algo que está muy distante en el espacio, y en parte, porque durante aquel período eran escasos los testimonios escritos, únicos guardianes fieles de los hechos históricos.⁴⁹¹

2.1.3. Del sistema procesal denominado “Acciones de la Ley”

El derecho procesal es esencial en el sistema jurídico romano, incluso el Derecho Romano se ha definido no como un sistema de derechos subjetivos, sino de acciones; por lo que es importante considerar que los romanos nunca aislaron el derecho procesal del derecho sustantivo, y estudiaron éste y aquel como una unidad.⁴⁹²

Además, como bien dice d’Ors: “el acto jurídico por excelencia es la acción, entendida como la actuación enderezada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva”.⁴⁹³

Todo lo que conocemos del derecho procesal derivado de las XII Tablas vigente durante la época preclásica y la etapa clásica primaria, es gracias a las *Instituciones* del jurista Gayo.

Por él sabemos que de las XII Tablas⁴⁹⁴ se derivaron 5 acciones (tres declarativas – *legis actio per sacramentum in rem o in personam, per condictionem, per arbitrive postulationem*– y dos ejecutivas –*manus iniectio y pignoris capio*–) de las que llama especialmente la atención la “*legis actio per sacramentum*” por ser la más utilizada, ya que servía para perseguir derechos reales o personales. De las demás, cabe mencionar que el propio Gayo duda que la *actio per condictionem* haya

⁴⁹¹ Tito Livio, *Historia de Roma ...cit.* Libro VI,1.

⁴⁹² Margadant, *op. cit.* p.138.

⁴⁹³ d’Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano... cit.* § 69.

⁴⁹⁴ Gayo menciona también la *lex Silia* y la *lex Calpurnia*, *op. cit.* comentario IV, 19.

tenido utilidad al existir ya la *legis actio per sacramentum*,⁴⁹⁵ y respecto de la *pignoris capio*,⁴⁹⁶ de plano señala que se duda de que sea acción de la ley.

De la *manus iniectio* resulta lógico pensar que fue inoperante a partir de la *lex Poetelia Papiria* del año 326 a.C. que abolió el *nexum*.⁴⁹⁷

Respecto del origen de este sistema procesal, Heineccius nos dice que:

Las leyes de las XII Tablas no habían expresado los ritos y fórmulas con que debían usarse las acciones de la ley. Pero los patricios creían que les correspondía la jurisprudencia por razón de patronato, cuyo derecho vindicaban como una posesión hereditaria. Los pontífices, que a la sazón sólo eran los patricios, habían inventado ciertos ritos y ciertas fórmulas a cuyo tenor debían practicarse todos los actos de jurisdicción voluntaria como los de contenciosa, habiéndose fijado ciertos días en que era permitido o no usar de las acciones de la ley; los fastos los instituyó Numa Pomponio, y estaban bajo la custodia de los pontífices. Todas estas solemnidades se expresaban bajo el nombre de “acciones de la ley”.⁴⁹⁸

Las solemnidades seguramente provenían de la *Inveterata consuetudo* desde la fundación del pueblo romano. Tito Livio establece que el mismo Rómulo las utilizó:

Una vez realizadas ritualmente las ceremonias religiosas y convocada a asamblea la población, que únicamente a través de lazos jurídicos podía cohesionarse como un solo pueblo, le dio leyes; considerando que éstas serían inviolables para aquellos hombres rudos únicamente si él mismo se hacía respetable con los símbolos externos de la autoridad, resaltó su majestuosidad con los demás elementos de su presentación externa, pero sobre todo con la autoadscripción de doce lictores. Creen, unos que se atuvo a esta cifra por el número de aves que habían presagiado

⁴⁹⁵ “Se discute ampliamente, sin embargo, por qué se sintió necesidad de esta acción siendo así que tanto la acción por apuesta solemne como la por designación de juez existían ya para reclamar lo que se debe” (Gayo, IV, 20).

⁴⁹⁶ “Pero algunos entendieron que no se trataba de una acción de ley: en primer término, porque la toma de prenda tenía lugar fuera del tribunal, es decir, no en presencia del pretor y además muchas veces en ausencia del demandado, siendo así que las restantes acciones no se pueden entablar sino ante el pretor y estando presente el contrario. Por último, cabía hacerla en un día inhábil, es decir, cuando no es lícito emprender una acción de ley” (*Ibidem*, comentario IV, 29).

⁴⁹⁷ ... los cónsules recibieron el mandato de proponer al pueblo que nadie fuese sujeto con grilletes o encarcelado, a no ser que hubiese merecido castigo y hasta que fuese purgase su culpa; el dinero prestado hipotecaría los bienes del deudor, no su cuerpo. Quedaron así en libertad los esclavizados por deudas, y se tomaron medidas para que adelante no hubiese más detenidos. Véase, Tito Livio, *Historia de Roma ...cit.* Libro VIII, 28.

⁴⁹⁸ Heineccius, *op. cit.* §44.

en augurio su reinado: yo, por mi parte, no dudo en unirme al parecer de los que opinan que esta clase de servidores fue importada de los etruscos limítrofes, de donde proviene la silla curul y la toga pretexta.⁴⁹⁹

Por su parte, el jurista Pomponio en el *Enchiridion*, reconoce que:

...luego, derivadas de estas leyes (-XII Tablas-), se formaron casi a un tiempo las acciones con las que los hombres pudieran pleitear entre sí, las cuales acciones, para que el pueblo no las practicara a su arbitrio, quisieron que fueran determinadas y solemnes; y esta parte del derecho se denomina acciones de la ley, es decir, acciones legítimas. Y así, casi en la misma época nacieron estos tres derechos a partir de la ley de las XII Tablas; de ellas derivó el derecho civil y, de ellas procedió la formación de las acciones de la ley. Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes, así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices.⁵⁰⁰

“Tanto en las XII Tablas, como en el sistema procesal de acciones de ley, se advierte una actitud religiosa fundamental del romano primitivo que consistió en asegurarse una buena relación con las fuerzas divinas, procurando fomentar la benevolencia de las divinidades benéficas y aplacar a las malélicas. Esto lo lograban a través de adecuadas ceremonias de culto”,⁵⁰¹ que incluían ritos inamovibles, gestos especiales y oraciones específicas, concretamente determinadas, que no admitían modificaciones ni errores.

Esas características fueron heredadas por el Derecho de la época, por lo que las normas decenvirales eran rígidas, de ejercicio oral, ritualista y solemne, pudiendo afirmarse que fueron más una compilación de las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*). No fueron un mero instrumento jurídico, herméticamente razonado entendido como legislación o código en el sentido moderno.

Su rigidez y solemnidad queda específicamente expresada en el contenido de la tabla VI: “tal como la lengua declaró solemnemente, así sea el derecho”.⁵⁰²

⁴⁹⁹ Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* I,8, 2-4.

⁵⁰⁰ D.1,2,2,6.

⁵⁰¹ Cfr. Churruca y Mentxaka, *op. cit.* p. 29.

⁵⁰² d’Ors, Xavier, *op. cit.* p. 54.

La misma Tabla VI establecía que “los árboles cortados, mientras no se arrancan, no pueden ser reivindicados”; al respecto Gayo señaló: “supuesto el caso de que uno, al reclamar sus árboles cortados, hubiese usado en la acción la palabra “cepas”, han decidido los jurisconsultos que habría perdido la cosa reclamada, fundados en que debería haber empleado la palabra “árboles”, porque la ley de las XII Tablas, de donde este caso procedía la acción, habla en general de árboles cortados”.⁵⁰³

Gayo da noticia de que las acciones de la ley se ajustaban puntualmente a los términos de las leyes. Y por esta razón eran observadas con la misma inmutabilidad que si se tratara de las propias leyes.⁵⁰⁴

2.2. Las XII Tablas, sus principales fuentes reales

El contenido de las XII Tablas, es reflejo de los elementos, circunstancias y características de la sociedad romana de entonces. Una sociedad que reverenciaba y temía a sus dioses, con una importante carga religiosa que implicaba relacionar al rito y a la solemnidad prácticamente con todos los aspectos de su vida.

Por ello, nada más equivocado que pretender ver a los *decenviros* como legisladores creando leyes. De Coulanges escribe que:

Las leyes antiguas no son inventadas por los hombres, sino escritas por ellos. Si por legislador entendemos un hombre que crea un código con la fuerza de su genio y que lo impone a los demás hombres, esta legislación jamás existió entre los antiguos. La ley tampoco se originó por los votos del pueblo... ¿Quién es, por lo tanto, el verdadero autor?... las leyes correspondían exactamente a las creencias de las antiguas generaciones. El hombre no ha tenido que examinar su conciencia para decir: Esto es justo y esto no lo es. No es de este modo como ha nacido el derecho antiguo.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Gayo, IV, 11.

⁵⁰⁴ Cfr. *Idem*.

⁵⁰⁵ Coulanges, *op. cit.* p. 183.

Las XII Tablas son un importante instrumento para entender y valorar el hecho de que en forma temprana los romanos concibieron al derecho como un orden normativo cuya eficacia dependía en buena medida de la dosis de tipicidad que contuviera, generada en el seno de la vida cotidiana de una sociedad que exigía la existencia de ese orden.

Es lo que Villoro Toranzo resume al establecer que “el derecho positivo es la forma práctica que tienen los hombres para realizar la justicia”.⁵⁰⁶

Lo interesante es que las XII Tablas fueron una respuesta jurídica (válida, ya no sólo religiosa, ni tampoco social o meramente política). Obtenida mediante un proceso “legislativo” de creación y utilizando la escritura como instrumento de legitimación para abonar seguridad jurídica, “justa” (según sus criterios circunstanciales y accidentales) y suficiente, que el pueblo romano arcaico encontró en ese momento para satisfacer sus necesidades esencialmente sociales, denominadas “civiles”, derivadas de la vida privada⁵⁰⁷ de las personas.

Mary Beard establece que: “Las XII Tablas nos ofrecen la ruta más directa hacia la sociedad de mediados del siglo V a.C., nos muestran sus casas, sus familias, sus preocupaciones y sus horizontes intelectuales”.⁵⁰⁸ Es decir, afrontan problemas domésticos.

Tal vez los romanos tenían una especial predisposición para comprender que justicia era también, como lo dice Cicerón, “la observancia de las leyes escritas e

⁵⁰⁶ Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 460 y ss.

⁵⁰⁷ Lo privado era el reconocimiento de las desigualdades, era la esfera de la familia (*domus*) donde se cuidaban y garantizaban las necesidades de la vida, la supervivencia individual y la continuidad de la especie. El original sentido primitivo de “lo privado” es estar privado de ser visto y oído por los demás, estar privado de una objetiva relación con los otros que proviene de hallarse relacionado y separado de ellos a través del intermediario (que si es público) de un mundo de cosas. La privación radica en la ausencia de los demás. *Cfr.* Arendt, Hannah, *La condición humana*, trad. Ramón Gil Novales, España, Paidós, 1993, pp. 35-83.

⁵⁰⁸ Beard, *op. cit.* p. 149.

instituciones de los pueblos”.⁵⁰⁹ Para dicho autor, las XII Tablas siguieron a la naturaleza, que es la norma de la ley, pero también descansaron en la costumbre.⁵¹⁰

Es importante considerar que “la ley se respetaba, no tenía que dar sus razones, no se le discutía, no se imponía; era obra de la autoridad: los hombres la obedecían porque tenían fe en ella”.⁵¹¹

Si las XII Tablas son entonces una compilación de parte del derecho consuetudinario, derivado de la vida diaria, es conveniente reseñar brevemente los elementos más importantes que integran las fuentes reales de ellas, y que nutrieron el modo de ser de los romanos y que generaron dichas disposiciones.

El fin de dicho análisis es comprender como fue la gestación y el nacimiento de la ciencia jurídica, a partir de las diversas realidades que marcaron el rumbo de la vida en Roma. El punto de partida es desentrañar el contenido del código decenviral, asumiendo la interdisciplinariedad del Derecho y la consecuente importancia de sus fuentes reales. Dichos aspectos son los siguientes:

a) Religioso: El derecho civil decenviral es incomprendible sin el culto y la religión. Tan es así, que el ejercicio de los derechos estaba monopolizado por los sacerdotes, quienes celosamente guardaban para su gremio el poder aplicar e interpretar el Derecho, la rigidez que el ejercicio de la norma exigía. No es sino el traslado de la ritualidad solemne de la vida romana, que imbuida en la religión conllevaba día a día, al mundo jurídico.

Cicerón cita a los juristas Escévola (Publio Mucio y Quinto Mucio):

¡Cuán extenso hacen aquello los Escévolas, pontífices ambos y, además peritísimos en derecho!

⁵⁰⁹ Cfr. Cicerón, *Las Leyes*, I, 42.

⁵¹⁰ Cfr. *Ibidem*, II, 61.

⁵¹¹ Cfr. Coulanges, *op. cit.* p. 185.

'A menudo' -dijo el hijo de Publio- escuché de labios de mi padre que nadie era un buen pontífice, sino el que conocía el derecho civil".⁵¹²

Continúa Cicerón:

El de los sacrificios, creo, el de los votos, el de las ferias y el de los sepulcros, y algún otro de esa índole. ¿Por qué, pues, hacemos tan extensas estas cosas, siendo muy pequeño lo demás y habiendo acerca de los ritos (tema que se extiende más ampliamente) esta sola sentencia: que se conserven siempre y se transmitan sucesivamente a las familias, y, como puse en la ley, 'que los ritos sean perpetuos'.⁵¹³

Tomando en cuenta la impronta religiosa que el Derecho de esta época tenía, es de considerarse lo previsto por De Coulanges, cuando afirma que "lo que obliga al hombre en este derecho antiguo no es la conciencia ni el sentimiento de lo justo, sino la fórmula sagrada".⁵¹⁴ Es decir, el equivalente a lo que la oración era en el mundo religioso.

Kunkel prevé que:

Es por ello que los pontífices dominaron en la antigüedad, no sólo las reglas para que la ciudad se comunicara con los dioses (*ius sacrorum*), sino también las fórmulas eficaces para la comunicación de los ciudadanos entre sí; fórmulas para litigar o para concluir negocios jurídicos, porque pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas: sólo podía hacerlo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres.⁵¹⁵

Es importante comprender, que el *ius civile* surge plagado de religiosidad, lo que implicó que sus normas fueran un secreto celosamente guardado, digno de ser ejercido sólo por quienes podían hablar con los dioses, y únicamente aplicable para quienes eran merecedores de él: los ciudadanos romanos.

Guzmán Brito establece que "las características más sobresalientes del derecho arcaico son: el formalismo externo, más calificable incluso de ritualismo, y

⁵¹² Cicerón, *Las Leyes*, II, 47.

⁵¹³ *Idem*.

⁵¹⁴ *Cfr. Coulanges, op. cit.* p. 186.

⁵¹⁵ Kunkel, *op. cit.* p. 106.

una cierta indiferenciación de conceptos y actos jurídicos. Su cultivo, conservación y transmisión, por otro lado, ya desde sus momentos más lejanos, estuvieron confiados a un estamento profesional representado por los pontífices”.⁵¹⁶

b) Social y Militar: Roma estaba imbuida en una lucha intestina de dos estamentos sociales: patricios y plebeyos.

Tito Livio, y especialmente Dionisio de Halicarnaso, encuentran en las XII Tablas la solución jurídica a un conflicto de órdenes sociales, presentando dicha legislación como un instrumento de “igualdad” entre patricios y plebeyos. No obstante, es difícil creer que a partir de entonces se logró la igualdad social, pues las luchas entre clases sociales fueron una constante en la vida romana, y la igualdad, como tal, nunca existió.

Es prácticamente imposible determinar el origen de los patricios y los plebeyos;⁵¹⁷ ambos ciudadanos romanos, pero con diferentes derechos (se asumió una jerarquización), cuyo criterio de división más claro fue el económico.

Dicha división también es expuesta por Dionisio de Halicarnaso:

A los notables por su nacimiento, elogiados por sus virtudes y considerados ricos en aquellos momentos, que ya tenían hijos, los distinguió de los oscuros, humildes y pobres. Llamó a los de la clase más necesitada “plebeyos”, que los griegos llamarían *demotikói*. A los de la clase mejor los llamó ‘padres’ bien por ser mayores de edad que los otros, bien porque tenían hijos, bien por la distinción de su linaje, bien por todo ello a la vez.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Guzmán Brito, *op. cit.* p. 22.

⁵¹⁷ Tito Livio remonta el origen a la fundación misma de Roma, atribuyendo a Rómulo el haber elegido de entre los habitantes, una ordenada dirección a cargo de cien senadores, bien porque le pareció suficiente el número, bien porque no encontró más que mereciesen aquel honor. A dichos senadores les llamó padres (*patres*), y este nombre se convirtió en título y honor; sus descendientes se llamaron “patricios”. Véase, Tito Livio, *Historia de Roma ...cit.* Libro I,8,7. Cicerón, también refiere que fue el senado de Rómulo formado por aristócratas a quienes el rey llamó padres (*patres*) y sus descendientes “patricios”. Cicerón, *la República*, II, XII, 23.

⁵¹⁸ Dionisio, *op. cit.* libro II, 8.

Es de destacar que Dionisio ve una influencia griega en esta división social, en la que pretende fundamentar o justificar los criterios utilizados para la separación de los grupos sociales. Aun cuando dicha división data de la época de Rómulo (lo que podría determinar el anacronismo del dato), Dionisio señala:

Como cualquiera puede suponer (Rómulo) tomó el modelo de la constitución ateniense, que aún estaba en vigor en aquel tiempo. Los atenienses dividieron a la población en dos partes: llamaban *eupátridas* a los de casas ilustres y poderosos en fortuna, y a ellos les correspondía el gobierno de la ciudad; a los restantes ciudadanos los llamaban *agroîcoi*, que no tenían autoridad en los asuntos públicos.⁵¹⁹

Así nuevamente, se enfatiza la importancia que reviste la influencia de aspectos griegos en las cuestiones romanas, al menos en la época en la que vivió Dionisio.

No podemos afirmar que efectivamente hayan sucedido las cosas como él las narra, ya que no existen mayores fuentes para creer que Rómulo, en caso de haber existido, se hubiera inspirado en la división social de Atenas⁵²⁰ que supuestamente hizo Teseo.⁵²¹ Sin embargo, la narración del de Halicarnaso deja claro que, para los romanos de su tiempo cobraba relevancia justificar su ser nacional apoyándose en el modo de ser griego, tal vez en busca de prestigio o de credibilidad.

En el conflicto patricio-plebeyo, la situación económica era el criterio que imperaba en la división, misma que se acrecentó con la creación de los comicios

⁵¹⁹ *Cfr. Idem.*

⁵²⁰ La división social griega incluía tres estamentos, en donde la clase intermedia eran los demiurgos (artesanos o comerciantes), que es omitida por Dionisio de Halicarnaso. Véase, Dionisio, *op. cit.* libro II, 8, específicamente nota 6.

⁵²¹ Teseo fue un rey mítico a quien se le atribuye la fundación de Atenas. Información consultable en: Mitología, "Teseo – Mitos y Relatos", septiembre, 2015, <https://mitosyrelatos.com/europa/mitologia-griega-romana/teseo>

por centurias,⁵²² en los que, dicho sea de paso, Kunkel encuentra otra influencia griega a través de la introducción de la táctica hoplítica en materia militar.⁵²³

El SPQR (*Senatus populusque romanus*), siglas que representaban a la república romana, no se refería a los plebeyos, pues el pueblo lo constituían solamente los patricios,⁵²⁴ ciudadanos con plenos derechos políticos, sociales, religiosos y militares. Los plebeyos poco tenían en cuanto a derechos, aun cuando

⁵²² Las centurias eran una forma de asamblea ciudadana, instaurada según Tito Livio, por el monarca Servio Tulio, mediante la cual dividió al pueblo romano en 5 clases sociales y en 193 centurias utilizando un criterio meramente económico. El modo de votar evitaba que los plebeyos y, en general, los desposeídos, realmente participaran en los tres asuntos más importantes que según Dionisio de Halicarnaso tenían como fin estas asambleas: designación de magistrados civiles y militares, ratificación o rechazo de leyes, declarar o poner fin a la guerra. En las primeras centurias llamadas a votar, se concentraba el poder económico, quedando prácticamente nulas posibilidades a los desposeídos de participar efectivamente en la toma de decisiones en la vida política o militar de Roma, pues solo se les llamaba cuando no había acuerdo entre los primeros votantes. Véase, Bernal y Ledesma, *op. cit.* pp. 72-73. Cita Beard a Cicerón, quien reflexiona precisamente sobre esto cuando resume los objetivos políticos de Servio Tulio: "Dividió al pueblo de esta manera para asegurar que el poder del voto no estuviera bajo el control de la chusma sino de los ricos, procurando así que el mayor número no tuviera el mayor poder, un principio al que siempre deberíamos adherirnos en política". Véase, Beard, *op. cit.* p. 114.

⁵²³ "La soberanía absoluta de la nobleza patricia estaba asegurada en tanto la caballería, que se reclutaba de sus filas, siguiera siendo la verdadera fuerza de combate en las levadas romanas. Pero esta situación cambió cuando se introdujo la llamada "táctica hoplítica", la cual, procedente de Grecia, se difundió por Italia y, a finales del siglo VI había penetrado ya en Roma". Véase Kunkel, *op. cit.* p. 15. "El hallazgo del fenómeno hoplítico puede considerarse sin ninguna duda como uno de los momentos clave en el desarrollo político de la Grecia arcaica. La importancia de este acontecimiento radica en que no solamente comportó grandes innovaciones en el arte de la guerra -armamento y táctica, sino que rebasando el ámbito estrictamente militar influyó de manera notable en la organización política y social de las comunidades griegas, provocando en cierta manera una acusada tendencia hacia un ordenamiento democrático al ampliar la base de representación, como acertadamente ya alcanzó a ver el propio Aristóteles, ya que el papel político del individuo se medía por su participación en la defensa de la comunidad. Las nuevas corrientes bélicas se introdujeron en Roma por mediación del intermediario etrusco, como expresamente lo menciona la tradición, y el momento en que se produjo tal acontecimiento es situado por la generalidad de la investigación moderna en el reinado de Servio Tulio, cuyo ordenamiento timocrático aparece estrechamente unido a la propia táctica hoplítica". Cfr. Martínez-Pinna, Jorge, "La introducción del ejército hoplítico en Roma", *Itálica: Cuadernos de trabajo de la Escuela Española de Historia y Arqueología*, No. 16, 1982, pp. 33-44, <https://digital.csic.es/bitstream/10261/164889/1/La%20introducci%C3%B3n%20del%20ej%C3%A9rcito%20hopl%C3%ADtico%20en%20Roma.pdf>

⁵²⁴ I.1,2,4. Más la plebe difiere del pueblo en lo que la especie del género. Pues con la palabra pueblo se significan todos los ciudadanos, comprendidos también los patricios y senadores; más con el dictado de plebe indícanse los demás ciudadanos sin los patricios y los senadores. En *Las Leyes*, Cicerón diferencia entre el *cum plebe agendi* y el *cum populo agendi*, refiriéndose a la facultad que tenían los augures de convocar con fines jurídicos, específicamente legislativos, al pueblo y a la plebe. Situación que necesariamente nos refiere a la diferencia entre ambos grupos. Véase, Cicerón, *Las Leyes*, II, 31.

estaban obligados a participar en las contiendas militares que el senado y los cónsules determinaban; aparentemente desde la caída de la monarquía (509 a.C.).

Adicionalmente al conflicto interno, Roma tuvo que enfrentarse constantemente con otros grupos rivales de la península itálica.⁵²⁵ Podría decirse que, a partir de entonces la vocación militar del pueblo romano nunca cesó, convirtiéndose en un elemento fundamental para transformarlo en el más grande imperio que ha conocido la humanidad.

Es válido afirmar que el aspecto militar,⁵²⁶ y lo que conllevó, fue determinando en gran parte el desarrollo de otros campos de la realidad romana, tales como la cultura, la política, la economía, y ni que decir, del derecho.

Evidentemente, durante el siglo V a.C. las luchas no tuvieron los tintes que alcanzaron durante el siglo I a.C. o durante el s. II d.C. cuando Roma llegó a la máxima extensión territorial (durante el gobierno de Trajano), por lo que más que de guerras deberíamos referirnos a enfrentamientos tribales. Mary Beard dice al respecto:

En cuanto a todas las guerras heroicas que tanto abundan en los relatos romanos (de la época de las XII Tablas), y que debieron de desempeñar un importante papel en el imaginario romano, no fueron más que combates locales, librados en un radio de unos pocos kilómetros de distancia de la ciudad. Lo más probable es que se tratase de las tradicionales incursiones entre comunidades vecinas o ataques de guerrillas.⁵²⁷

Esos enfrentamientos tribales o vecinales fueron el inicio del crecimiento tanto del territorio, como de la población. Roma, ya fuera por defensa o por ataque, fue descubriendo en la batalla además de su vocación militar, un modo de

⁵²⁵ Grupos latinos, sabinos, volscos y ecuos.

⁵²⁶ Respecto del aspecto militar, solo se menciona su trascendencia como fuente real del derecho en todo tiempo, en virtud de que la literatura que existe de la época (específicamente Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso, Polibio y Apiano), narran con lujo de detalle todas las campañas militares, y pretender un análisis de dichas obras sería un proceso por demás ambicioso e innecesario para el tema histórico-jurídico que nos ocupa.

⁵²⁷ Beard, *op. cit.* p. 148.

incrementar la propiedad tanto pública como privada.⁵²⁸ Dichas batallas también crearon conciencia en los plebeyos respecto a la trascendencia que su actividad tenía en materia militar y la insignificancia que políticamente representaba su opinión en la toma de decisiones, pues carecían de derechos tanto políticos como religiosos.

El maltrato que los plebeyos sufrían (principalmente por deudas) queda retratado en los relatos de Tito Livio:

...la ciudad, enfrentada consigo misma, estaba encendida por el odio intestino entre senadores y plebeyos, debido sobre todo al esclavizamiento por las deudas. Protestaban con indignación de luchar en el exterior por la libertad y el imperio, y estar en el interior convertidos en esclavos y oprimidos por sus conciudadanos; de que la libertad de la plebe estaba más a salvo en la guerra que en la paz, entre enemigos que entre compatriotas...⁵²⁹

Ante tal situación, los plebeyos instigados por un tal Sicinio Beluto, tomaron la decisión de retirarse al Monte Sacro (Aventino);⁵³⁰ pronto los patricios les pidieron regresar, a lo que Sicinio respondió:

Ya que desean poseer ustedes solos la ciudad, márchense sin recibir ninguna molestia de los pobres y humildes; a nosotros nos bastará con considerar nuestra patria toda tierra, cualquiera que sea, en la que tengamos libertad.⁵³¹

Finalmente, y después de un sinnúmero de gestiones entre los representantes de ambos estamentos, los patricios convencieron a los plebeyos de regresar a Roma. Esto quedó plasmado en el célebre discurso atribuido a Menenio Agripa:

Hombres de la Plebe, el Senado no nos ha enviado a vosotros para que hablemos en su defensa ni para que os acusemos, sino para que empleemos todos nuestros

⁵²⁸ Gayo reconoce que, adquirimos por razón natural no sólo las cosas que se hacen nuestras por entrega. También se hacen nuestras por razón natural, las cosas que tomamos del enemigo. Véase, Gayo, II, 66 y 69.

⁵²⁹ Tito Livio, *Historia de Roma ...cit.* libro II, 23,1-2.

⁵³⁰ Cfr. Dionisio, *op. cit.* libro VI, 45.

⁵³¹ *Idem.*

medios para poner fin a la sedición y restauremos la antigua forma de gobierno, contando para ello con plenos poderes...⁵³²

La retórica utilizada por Agripa, en donde se obliga a otorgar leyes a favor de la protección plebeya y en la que compara al estado romano con el cuerpo humano,⁵³³ y la necesidad que se tiene de todas y cada una de las partes integrantes de uno y otro se tienen para el correcto funcionamiento del mismo, generó en el ánimo de la plebe el deseo de volver, no sin antes solicitar la aparición de una magistratura anual plebeya, por conducto de un tal Bruto, con el fin de que se dedicará a proteger sus derechos y a defenderlos en contra de las injusticias o violencia.

El resultado de la históricamente conocida como Secesión del Aventino o del Monte Sacro, iniciada en el 494 a.C. tuvo grandes repercusiones en la formación de la vida republicana romana, que marcarían la vida política y jurídica de Roma, la creación de la magistratura plebeya conocida como tribunos de la plebe (no se sabe bien la fecha, pero pudo ser entre el 499 y el 471 a.C.), con carácter sagrado e inviolable, al respecto Cicerón señala que:

En aquella ocasión, en cambio, se descuidó esta medida y con ello se dio motivo al pueblo para recortar el poder y la autoridad del Senado, al crear por medio de la sedición dos tribunos de la plebe.⁵³⁴

Por su parte, Livio establece que:

...se comenzó entonces a discutir con el fin de establecer la concordia y, por medio de concesiones, se concluyó que la plebe tendría sus propios magistrados, sacrosantos, con derecho de intercesión contra los cónsules y que ningún patricio podría ejercer esta magistratura.⁵³⁵

Aspecto que también reconoce Dionisio, del siguiente modo:

⁵³² *Ibidem*, libro VI, 83-86.

⁵³³ Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* libro II, 32, 8-12.

⁵³⁴ Cicerón, *la República*, II, 34,59.

⁵³⁵ Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* libro 2, 33,1.

Que nadie obligue a un tribuno de la plebe a hacer algo contra su voluntad, como si se tratara de una persona cualquiera, ni lo golpee, ni ordene a otro que lo haga, ni lo mate ni ordene matarlo. Si alguno viola alguna de estas prohibiciones sea expulsado como impío y sus bienes consagrados a Ceres; y el que mate a alguno de los que realicen estos actos, quede libre de culpa.⁵³⁶

El tribunado, que nació como una institución para acudir al llamado de los plebeyos (*auxilii latio*) y proteger sus intereses, se convirtió en figura clave en la vida romana, de tal modo que la república verá su ocaso, entre otras causas, por el enfrentamiento de poder entre tribunos y senado.⁵³⁷

De tal magnitud fue el poder que los plebeyos fueron sumando que, con el tiempo lograron ser parte de todas las magistraturas republicanas, incluyendo el consulado. Llegando hasta obtener el cargo de *Pontifex maximus*.⁵³⁸

Los tribunos de la plebe consiguieron con la *lex Icilia* de 456 a.C. el reparto de lotes de tierra del *ager publicus*, la prohibición de intereses usurarios (*lex Genucia* 342 a.C.), la condonación y moratoria de deudas, y participación en la división del *ager publicus* (*Leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C.); así como la abolición de la ejecución sobre las personas –*manus iniectio*- por razón de deudas (*Lex Poetelia Papiria* 326 a.C.).⁵³⁹

La *tribunicia potestas* resultó ser una facultad tan importante que fue en la que Augusto pudo justificar la constitución del Principado como un sistema administrativo paralelo a la república durante la época de la diarquía (17 a.C. a 230 d.C.). Kunkel manifiesta que “el Principado solo estaba anclado en la esfera del derecho constitucional de la república a través de dos facultades, la potestad

⁵³⁶ Dionisio, *op. cit.* libro VI, 89, 3.

⁵³⁷ V.gr.: Los hermanos Tiberio y Cayo Graco con su reforma agraria.

⁵³⁸ El acceso al sacerdocio se logró mediante la publicación de una *Lex Ogunia* (300 a.C.), esto incluía augures, pontífices e incluso pontífice máximo, cuyo cargo fue ocupado por primera vez en el año 254 a.C. por Tiberio Coruncanio.

⁵³⁹ Cfr. Iglesias, *Derecho... cit.* p. 22.

tribunicia y el *Imperium proconsulare* del *princeps*, configuradas a imitación de las magistraturas republicanas, aunque no fueran ellas mismas magistraturas”.⁵⁴⁰

Además de la inviolabilidad conocida como *sacrosanctitas*, los tribunos tuvieron derecho de veto (*intercessio*) contra cualquier decisión de los magistrados republicanos, así como la facultad de reunir a sus representados en asamblea (*ius agendi cum plebe*) y convocar también, si lo consideraban conveniente, al senado (*ius agendi cum senatus*).

Se les reconoció a los plebeyos el derecho de reunirse en asamblea, las cuales se denominaron *concilia plebis*, presididas y convocadas por los propios tribunos de la plebe, de cuya actividad surgieron los plebiscitos⁵⁴¹ como fuente formal del Derecho Romano.

En un principio los plebiscitos fueron disposiciones legislativas aplicables únicamente para los plebeyos, pero a partir del año 287 a.C. mediante una *lex Hortensia*,⁵⁴² se convirtieron en el modo ordinario de legislar, dejando atrás las *leges rogatae*⁵⁴³ que perdieron relevancia y en las que se legislaba a través de la colaboración institucional de los comicios centuriados, las magistraturas mayores y el senado.

Todo el conflicto social que Roma había padecido fue el marco en el que se elaboraron las XII Tabas, en cumplimiento de las promesas efectuadas a los

⁵⁴⁰ Cfr. Kunkel, *op.cit.* pp. 61-62. Kunkel cita que el poder tribunicio concedido vitaliciamente al *princeps* le daba todos los derechos de un tribuno de la plebe, esto es, la inviolabilidad, el derecho de convocar tanto a asamblea cívica como al senado y del derecho de veto contra todas las actuaciones de todos los magistrados en ejercicio de sus funciones. Lo anterior, no representaba poder soberano, eran solamente emanaciones de una función protectora de los tribunos a favor de los ciudadanos.

⁵⁴¹ Plebiscito es, lo que establecía la plebe, interrogándole un magistrado plebeyo, como un tribuno, I.1,2,4.

⁵⁴² Pero, promulgada la ley Hortensia, los plebiscitos comenzaron a tener no menos fuerza que las leyes. I.1,2,4.

⁵⁴³ Ley es lo que el pueblo romano constituía interrogándole un magistrado senador, por ejemplo, un cónsul. I.1,2,4.

plebeyos, por los representantes del senado y de los cónsules durante la secesión del Aventino.

Se debe destacar que el también llamado código decenviral tiene especial importancia dentro de la Historia del Derecho Romano porque representa el germen de la seguridad jurídica⁵⁴⁴ generada por un derecho que se plasma por escrito.

Es importante tener en cuenta, como se ha dicho, que aun cuando en principio quedaron escritas, se perdieron en el siglo IV. a.C. De modo tal que su transmisión se debe a la oralidad. Siendo que el ejercicio del procedimiento previsto en el código decenviral se mantuvo también, de modo primordialmente oral.

Las normas decenvirales establecieron los principios de lo que se conoce como *ius civile* en Roma, sin el cual, sería imposible comprender el surgimiento y objetivo del *ius honorarium*, así como el reconocimiento del *ius gentium* y del *ius naturale*.

Respecto de la referida lucha estamental entre patricios y plebeyos, que fue una de las principales fuentes materiales de las XII Tablas, se debe decir que quedó superada durante el s. III a.C. Sin embargo, ello no implicó igualdad social alguna, pues aun cuando la segmentación social patricio-plebeyos quedaba en el pasado, surgía una nueva división derivada, una vez más de criterios económicos y clasistas, que se trasladó a lo político, convirtiéndose en otra de las causas que provocó la caída republicana.

El viejo conflicto fue sustituido por el conflicto entre los *optimates* y los *populares*. Los primeros, representantes del rancio patriciado, así como plebeyos ricos, ambos de corte conservador, que argumentaban ser legítimos herederos de

⁵⁴⁴ Así, por ejemplo, podemos derivar una arcaica seguridad jurídica en lo que la Tabla IX establecía: "No se propongan leyes particulares". Al respecto Xavier d'Ors dice que las leyes particulares (*privilegia*) prohibidas por este precepto son, ante todo, las dadas, no a favor, sino en contra de persona determinada, imponiendo requisito de generalidad de leyes comiciales y plebiscitos. Véase, d'Ors, Xavier, *op. cit.* p. 58.

la verdadera tradición romana; los segundos, jóvenes, con ideas nuevas, tal vez provenientes de familias plebeyas sin abolengo pero con dinero, con ideas progresistas, y a favor de la supuesta defensa de los derechos de los oprimidos: bandera de lucha, que tal vez era más para saciar sus intereses de poder político y económico, que para superar la desigualdad social, lo que nunca se logró alcanzar en Roma.

Margadant considera que “la lucha social en Roma es esa historia tantas veces repetida, en la que surgen nuevas oligarquías utilizando a la gran masa contra las antiguas autoridades. Luego, cuando los nuevos grupos se logran incorporar a los círculos gobernantes, la masa queda tan desamparada como antes. Es este conocido esquema político sociológico en el que debemos ver la clave de la transición de la lucha patricios vs. plebeyos al nuevo contraste *populares vs. optimates*”.⁵⁴⁵

La eterna lucha estamental fue una verdadera disputa por el poder dentro de la aristocracia romana. Por ello resulta peligroso hablar de los términos democracia e igualdad en Roma, pues la evolución de esta sociedad, y de su derecho, no alcanzó ninguno de estos ideales en ninguna etapa de su historia.

Respecto de las diferenciaciones sociales que existían, podemos citar los siguientes ejemplos derivados precisamente de las XII Tablas:

Es en la Tabla I, en la que se deja ver el trato diferente que se daba a las personas según el criterio económico, dividiendo jurídicamente a quienes tenían propiedad y a quienes no: “Del *adsidui* (propietario inmobiliario), sea garante otro *adsidui*. Del *proletarii* (que solo tiene su propia prole) ya ciudadano, sea garante cualquiera que lo desee”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Cfr. Margadant, *op. cit.* p. 33.

⁵⁴⁶ d’Ors, Xavier, *op. cit.* p. 47.

También la Tabla VIII, tiene prevista otra escala social al marcar la diferencia entre patrono y cliente. Respecto del patrono no nos queda duda que eran los patricios, pero en torno a la clientela, existen diversas teorías (tal vez eran extranjeros que requerían protección o esclavos liberados), coincidiendo en que eran hombres libres que estaban bajo la protección y el poder del *pater familias* y debían acompañarlo en la guerra y en la política, a cambio de protección y otorgamiento de tierra en *precarium*.⁵⁴⁷

Por último, hay que mencionar que en las dos tablas que se agregaron posteriormente al código decenviral (específicamente la XII), se prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos, lo que deja entrever la reticencia de los patricios a todas las solicitudes de los plebeyos; tal situación no duró mucho tiempo, debido a que en el año 445 se promulgó una *lex Canuleia* que daba el *ius connubium* en igualdad a romanos patricios y plebeyos.

c) Económico: La sociedad romana arcaica y esencialmente rural que generó las XII Tablas, era principalmente agraria, ganadera y pastoril, basada en la pequeña propiedad privada⁵⁴⁸ de lo que se conoció *como ager Romanus*⁵⁴⁹ que por

⁵⁴⁷ El *precarium* fue una institución jurídica que resolvió la incapacidad de los clientes para tener *dominium* (propiedad) en Roma. Consistía en las tierras entregadas en precario por parte de un romano, el cliente las recibía a título de préstamo a largo plazo libremente revocable. En el precario es posible encontrar el germen de la posesión (-protegida más tarde por el derecho pretorio u honorario a través de interdictos-) y por tanto de la usucapión (prescripción positiva), que posteriormente daría lugar a la *praescriptio longi temporis* y *preaescriptio longissimi temporis*. Véase, d'Ors Álvaro, *Derecho Privado...cit.* §143 iii), §172 y §180., y véase también, Iglesias, *Derecho... cit.* p. 284.

⁵⁴⁸ Sin duda la propiedad conocida con el nombre de *dominium* es de las primeras instituciones jurídicas que surgen en Roma, ligada a la cuestión religiosa y familiar. Vale recordar lo que De Coulanges manifiesta al respecto: "Cuando se establece el hogar, se hace con el pensamiento y la esperanza de que persistirá siempre en el mismo sitio. El dios se instala allí, no por un día, ni siquiera por la vida del hombre, sino por todo el tiempo que esta familia dure y de ella quede algún miembro que alimente su llama con el sacrificio. Así, el hogar toma posesión del suelo: esta parte de la tierra la hace suya, es su propiedad". Y más adelante, "Sin discusión, sin fatiga, sin sombra de duda, llegó (para el hombre de la antigüedad romana) de un solo golpe y por la sola virtud de sus creencias a la concepción del derecho de propiedad, de ese derecho de donde surge toda civilización pues por él el hombre mejora la tierra y él mismo se hace mejor". Véase, De Coulanges, *op. cit.* p. 53 y 58.

⁵⁴⁹ El *Ager Romanus* es el territorio perteneciente a los ciudadanos romanos (a la *civitas*), susceptible solo de pertenecer por derecho civil (origen del derecho real conocido como propiedad). Información

lógica se dividía entre unos pocos (los patricios), La primera división se atribuye míticamente a Rómulo,⁵⁵⁰ sin embargo, pudiera ser que Servio Tulio haya sido el primero en dividir el territorio, a través de las tribus⁵⁵¹ y de las curias,⁵⁵² de las que poco se sabe.

Kunkel nuevamente encuentra una similitud institucional que sugiere la influencia de lo griego en Roma, al decir que los comicios curiados, compuestos por 30 curias, de las que cada 10 formaba una tribu, eran iguales a las fratrias griegas.⁵⁵³

Roma seguramente fue en un principio una sociedad de autoconsumo, con prácticas de trueque para el que utilizaba el ganado (*pecus*, de ahí el término pecunia o pecuniario); sin embargo, existe conocimiento del uso de metal como moneda de cambio desde la época arcaica, así como se prevé en la *mancipatio* o *mancipium*⁵⁵⁴ como acto privado solemne traslativo de propiedad, institución jurídica de suma relevancia que fue utilizada para la creación de otras instituciones jurídicas como la emancipación del hijo, adopción, matrimonio *in manu*, la donación, el testamento, etc.

consultable en: Enciclopedia-juridica.com, "Ager Romanus", 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ager-romanus/ager-romanus.htm>

⁵⁵⁰ Véase, *supra*, nota 445. Cicerón señala que: "Su primera medida (-de Rómulo-), fue repartir entre todos y cada uno de los ciudadanos las tierras que Rómulo había obtenido con la guerra, enseñándoles que podrían tener abundancia de toda clase de bienes cultivando los campos..." Cicerón, *la República*, II, XIV, 26.

⁵⁵¹ Los comicios por tribus son atribuidos a Servio Tulio, quien dividió el territorio en cuatro regiones o tribus urbanas: Palatina, Esquilina, Collina y Suburana. Y en dieciséis tribus rústicas a las que se adscribieron los *quirites* o propietarios de tierras. Véase, Bravo, *op. cit.* p. 17.

⁵⁵² Los comicios por curias (agrupación de varones) fueron sustituidos por los comicios centuriados, se desconoce su fecha cierta de surgimiento, pero se presume que fue la primera asamblea ciudadana en Roma, establecida en la época monárquica y que dividía a la población considerando como tal solamente a los patricios. La división era en tres tribus: *Ramnes* (Rómulo), *Tities* (Tacio) y *Luceres* (Lucumón) (relacionadas con las estirpes fundadoras de la civitas: latinos, sabinos y etruscos), cada tribu se dividía en 10 curias cada una con 10 gentes, las treinta curias, daba un total de 300. Podría pretenderse que los comicios por curias son, al menos en la narrativa histórica, un síntoma de isonomía, pero sólo entre el patriciado. Véase, Iglesias, *Derecho... cit.* p. 16., y también Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 71.

⁵⁵³ *Cfr.* Kunkel, *op. cit.* p. 17.

⁵⁵⁴ Es un acto privado y negocio solemne del *gestum per aes et libram*, que consiste en la declaración del adquirente que se apodera formalmente de una cosa, en presencia del propietario de la misma, y en el acto de pesar un pedazo de metal (*raudusculum*) en una balanza de platillos con la presencia de 5 testigos y un encargado de pesar el metal (*libripens*). Véase, Gayo, I, 119 y ss.

Gayo escribió que:

Se utiliza el bronce y la balanza porque antiguamente sólo se utilizaban monedas de bronce⁵⁵⁵...como podemos deducir de las XII Tablas; y respecto de esas monedas no radicaba en el número su valor o su poder, sino en el peso...Y así el que antiguamente daba dinero por una cosa no lo contaba, sino que lo pesaba.⁵⁵⁶

En virtud de lo anterior, se deduce que la sociedad de la época decenviral contaba ya con un sistema rudimentario de moneda, así como de peso y medida.

c) Político. Respecto del ámbito político, para la fecha en la que surgen las XII Tablas, la república romana tenía, según la cronología histórica, poco más de un decalustro de existencia.

El sistema republicano consular que pervivió casi 5 siglos fue gestándose lentamente, atendiendo a las necesidades de la sociedad romana.

La república surgió como la perfecta antagónica de la monarquía, en la que el principio básico era la no permanencia en el poder para mantener el control; es por lo que se creó el consulado (con poderes jurídicos, administrativos, políticos, militares y económicos) de ejercicio anual, gratuito, colegiado y electivo, que a su vez tenía como contrapeso al senado, además de las asambleas ciudadanas e instituciones plebeyas.

La república consular también fue el primer paso para la secularización o laicización del derecho, debido a la que las funciones religiosas fueron separadas del consulado y conservadas por un *pontifex maximus*.

El consulado, fue sufriendo un proceso de desmembramiento; debido al crecimiento territorial y poblacional que Roma fue teniendo, haciéndose necesario durante los siglos V y IV a.C. crear nuevas magistraturas además del consulado,

⁵⁵⁵ *Idem*. Gayo se refiere al *aes rude* (lingotes irregulares de bronce o cobre) sin estampado alguno, marca o inscripción.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, I,22.

que asumieran parte de sus funciones, y permitieran la efectividad del sistema republicano: cuestura en el 447, censura en 443, edilidad curul 366, pretura urbana 367 y pretura peregrina 242. Las dos últimas serán instituciones relevantes y pieza clave para el surgimiento del *Ius*.⁵⁵⁷

El sistema político que se gestó durante la época republicana es trascendental para entender el Derecho Romano clásico, debido a que éste abrevó de diversas fuentes formales,⁵⁵⁸ mismas que derivaron de la actividad de los diferentes órganos involucrados en la vida política romana, la cual es imposible comprender a partir de una visión vertical o piramidal del ejercicio del poder.

El éxito de Roma estuvo en su acertada administración que era horizontal; cada órgano se encontraba de frente con otro que de algún modo le limitaba el ejercicio del poder. Así por ejemplo, el consulado podía convocar al senado y a los comicios centuriados, pero eran éstos últimos quienes le nombraban. Además, entre cónsules tenían derecho de veto mutuo respecto de sus decisiones, y siempre tomaban en cuenta la opinión del senado, siendo los censores los que cuidaban el *Ius honorum* (control moral), realizando la admisión formal de exmagistrados al Senado. Por si esto fuera poco, estaba el tribuno con su poder de veto.

Se debe reconocer, que durante la república se fue creando el sistema político que permitió la expansión de Roma, la formación del imperio, el surgimiento del Derecho y, en general, la grandeza de esta civilización. A través de ese sistema

⁵⁵⁷ Hubo diversos factores que abonaron en el surgimiento del *Ius*: la creación de la pretura peregrina (242), la liberación de las XII Tablas (304), *la Tripertita* (204) y la salida de Roma al Mediterráneo con la caída de Cartago (146) y finalmente el reconocimiento formal del sistema procesal formulario (130), todo esto antes de Cristo.

⁵⁵⁸ “Pero consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos”. I,1,2,3.

“Procede del no escrito, el derecho que el uso convalidó. Pues las costumbres constantes, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen semejan a la ley”. I,2,10.

clave estudiado por Polibio, en el que, los romanos comenzaron a mostrar su inclinación por hacer suyo todo aquello que les resultaba conveniente para sus fines.

La república romana, tal como lo señala Mary Beard, “nació despacio, se reinventó una y otra vez, durante los años 500 y 300 a.C. en los que los romanos no solo definieron los principios básicos de la política y libertades republicanas, sino que también empezaron a desarrollar las estructuras, los supuestos y una manera de hacer las cosas que sustentaron su posterior expansión territorial”.⁵⁵⁹

d) Cultural. La definición del término cultura resulta compleja, pero a fin de acotar el concepto para los efectos del tema en comento, utilizaré la definición dictada por Héctor Zagal:

La cultura es un patrón de vida que se adquiere mediante el aprendizaje, es un diseño que se transmite de generación en generación (tradicción) y por tanto permite la socialización.⁵⁶⁰

La cultura proviene del término cultivo que implica cuidado y crecimiento. Por lo tanto, la cultura tiene que ver con la generación y preservación de los elementos que permiten el desarrollo de las personas en una sociedad, pero también está relacionada con el culto, con el núcleo sagrado que necesariamente encontramos en toda sociedad, por más laicizada que esté.⁵⁶¹

Las XII Tablas son un elemento de enorme valor no sólo jurídico, sino cultural, ya que nos dejan ver a través de sus disposiciones, precisamente ese patrón de vida de la sociedad romana que las generó. En dicho patrón detectamos la importancia de la norma como pauta de comportamiento para mantener el orden, la introducción de la escritura, la existencia del latín como lenguaje, las divisiones sociales, la existencia de un incipiente sistema monetario, etc., pero sobre todo, un

⁵⁵⁹ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 143.

⁵⁶⁰ Cátedra de la maestría en historia del pensamiento dictada en la Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana por Héctor Zagal Arreguín el 6 de septiembre de 2010.

⁵⁶¹ Cfr. Conceptos acuñados en la cátedra impartida en el doctorado en Derecho de la Universidad Panamericana por Héctor Ghiretti en el mes de diciembre de 2018.

aspecto sin el que no podría comprenderse esta etapa y sus manifestaciones culturales: la religión, acompañada de creencias, ritos y cultos solemnes.

La cultura es el ser humano y el conjunto de manifestaciones derivadas de su quehacer. Las XII tablas fueron una de esas manifestaciones al igual que lo fue el Derecho.

La ley decenviral, fue sustento para la formación y continuidad de la cultura romana. Más importante aún, fue el fundamento que dio origen al sistema jurídico sempiterno creado por los juristas.

Capítulo Tercero. Del *ius honorarium* y el sistema formulario

Las XII Tablas rigieron la vida jurídica preclásica⁵⁶² y, aun cuando el correr del tiempo implicó el cambio radical de la fisonomía de Roma que había servido de base para su elaboración, continuaron siendo la única alternativa jurídica hasta el siglo II a.C.

Roma crecía y evolucionaba a pasos agigantados, cambiando las realidades sociales, territoriales, políticas, culturales y económicas que habían permeado el código decenviral; los cambios impactaron en el derecho, exigiendo un sistema renovado y eficiente para el nuevo modo de ser.

La reinención del derecho no se hizo esperar y fue formalmente reconocida en el siglo II a.C. cuando tuvo lugar una reforma legal que oficializó un nuevo tipo de proceso, cuyo uso marcó un cambio sustancial en el derecho. Se trata de la *lex Aebutia*, propiamente un *plebiscitum*, que por vez primera dio carácter legítimo al *Agere per formulas* en un cierto ámbito, lo cual serviría de modelo para ampliar paulatinamente la esfera de uso de ese procedimiento.⁵⁶³

3.1. La secularización del *ius*

Uno de los elementos esenciales involucrados en la transformación del derecho en Roma, fue la liberación de los formularios procesales de las XII Tablas que habían permanecido en manos de los pontífices, marcando el surgimiento del *ius* y el comienzo de la secularización del derecho.

La laicización del derecho inició en el s. IV a.C. (tal vez, 334 o 304 a.C.),⁵⁶⁴ con un personaje llamado Cneo Flavio,⁵⁶⁵ liberto de Apio Claudio el Pontífice y

⁵⁶² Cfr. Kunkel, *op cit.* § 2.

⁵⁶³ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.* p. 22.

⁵⁶⁴ La diferencia de 30 años es entre las fechas establecidas por Heineccius y Tito Livio, respectivamente.

⁵⁶⁵ Tito Livio nos dice que Cneo Flavio era hijo de padre liberto, de origen humilde, pero por lo demás hombre de perspicacia y facilidad de palabra. Véase, Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* Libro IX, 46.

cónsul ciego, quien tomó de éste las fórmulas procesales celosamente guardadas, así como el calendario procesal y procedió a su publicación.

Acudamos a la descripción que Pomponio hace del acontecimiento:

Posteriormente, habiendo Apio Claudio reunido y puesto por escrito estas acciones, su escriba Cneo Flavio, hijo de un liberto entregó al pueblo el libro que había sustraído y hasta tal punto agradó al pueblo este regalo, que le nombró tribuno de la plebe, senador y edil curul. Este libro que contiene las acciones se denomina derecho civil Flaviano (*ius Flavianum*).⁵⁶⁶

Tito Livio complementa a Pomponio, al señalar que:

Cneo Flavio luchó con tenacidad, y en esto no hay discrepancias, contra los nobles que despreciaban sus humildes orígenes; divulgó el derecho civil, guardado en las recónditas estancias de los pontífices, y publicó los fastos en tablas expuestas en distintos puntos del foro, a fin de que se supiese cuándo se podía administrar justicia.⁵⁶⁷

Un siglo después de la hazaña flaviana (en el 204 o 201 a.C.), aparece otro personaje trascendental en la liberación pontifical del derecho: Sexto Elio Peto, quien publicó el derecho Eliano (*ius Aelianum*) o *Tripertita*,⁵⁶⁸ cuyo mérito es contener, además de las acciones y el calendario procesal, una interpretación, y según Heineccius, las nuevas fórmulas que los patricios habían inventado ante el despojo orquestado por Cneo Flavio.⁵⁶⁹

Estos actos de secularización del *ius civile* implicaron que cualquier persona, y no sólo los pontífices, tuvieran acceso al mismo y que lo pudieran estudiar, analizar, comentar, interpretar, modificar y enriquecer.

Margadant, siguiendo a Schulz, escribe que Flavio fue un auténtico Prometeo democrático, ya que llevó el fuego del derecho desde el cielo hasta los hombres. Véase, Margadant, *op. cit.* pp. 55-56.

⁵⁶⁶ D. 1,2,2,7.

⁵⁶⁷ Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* Libro IX, 46, 4-6.

⁵⁶⁸ D. 1,2,2 (7) "Creciendo la ciudad, como faltaran algunos géneros de acciones, Sexto Elio no despues de mucho tiempo, creó otras acciones y dio al pueblo el libro que se llama Derecho Eliano".

⁵⁶⁹ Cfr. Heineccius, *op. cit.* §49.

La referida liberación acompañada de una serie de factores transcendentales (de los que más adelante nos ocuparemos) formó el caldo de cultivo perfecto para que surgiera una clase de profesionistas del derecho: los juristas, jurisperitos, jurisconsultos o jurisprudentes, orquestadores materiales de la ciencia jurídica romana, del *Ius*.

Publicado el *Ius Aelianum*, y habiendo transcurrido aproximadamente 250 años de la elaboración de las XII Tablas, se inició en Roma un proceso de creación jurídica que impactaría a todas las sociedades que le sucedieron, principalmente en Occidente, dentro de las que la nuestra, no es la excepción.

En la historia es una falacia fijar fechas exactas que impliquen cambios absolutos. Por tanto, hemos de decir que la secularización del derecho fue todo un proceso, en el que los primeros en estudiar e interpretar el *Ius civile* fueron los mismos pontífices, abriendo espacio a los particulares reclutados de la *nobilitas*, que por propia iniciativa se entregaban a tales actividades como oficio intelectual anexo a sus ocupaciones privadas o públicas.⁵⁷⁰

Kunkel señala que “la publicación de las colecciones de fórmulas conllevó a que los mismos miembros del colegio de pontífices comenzaran a dar pareceres jurídicos públicamente y, con una exposición abierta de los puntos de vista relevantes. Esto rompió teóricamente con el monopolio de los pontífices, quedando allanado el camino para el desarrollo de la ciencia jurídica libre y accesible para todos”.⁵⁷¹

Ese desarrollo de la ciencia jurídica fue resultado de una serie de factores que actuaron en su favor y que bien pueden ser considerados fuentes materiales. La laicización fue el inicio; sin embargo, existió otro factor sin el que no se

⁵⁷⁰ Cfr. Guzmán Brito, *op. cit.* pp. 22-23.

⁵⁷¹ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 106.

comprendería este proceso, la figura del pretor urbano, pero sobre todo del pretor peregrino, creados a partir del desmembramiento consular.

3.1.1. La pretura y el *ius honorarium*

En el año 366-367 a.C., a propósito de una *lex Liciniae Sextiae* se creó la magistratura mayor denominada pretura⁵⁷² que tenía a su digno cargo dos facultades que abonarían en mucho para el progreso jurídico romano: la *iuris dictio* (facultad de decir el derecho) y el *ius edicendi* (facultad de emitir edictos).

El Digesto prevé:

Y como los cónsules fueran requeridos por las guerras con los vecinos y no había en la ciudad quien pudiera atender la jurisdicción, vino a nombrarse también un pretor, que se llamó urbano porque ejercía su jurisdicción en la ciudad.⁵⁷³

Derivado del ejercicio de las facultades otorgadas a los pretores nació, al lado del *ius civile*, un nuevo derecho: el *ius honorarium* o pretorio.⁵⁷⁴

El pretor urbano, no siempre docto en derecho, acudía a los primeros jurisperitos para solicitar su opinión jurídica y poder decir el derecho a través de los edictos. Evidentemente en un primer momento se llevó a cabo sólo mediante la interpretación o ajuste del derecho civil (que sin duda los juristas —pontífices— dominaban).

Sin embargo, en el año 242 a.C. se crea una nueva magistratura: el pretor peregrino, que surgía con las mismas facultades que el pretor urbano, pero para atender asuntos en los que estuvieran involucrados los extranjeros, a quienes no se les podía aplicar, en modo alguno, el derecho civil romano. Pomponio deja constancia de ello en el Digesto:

⁵⁷² Cfr. Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* libro VII, 1.

⁵⁷³ D.1,2,2(27)

⁵⁷⁴ Derecho que tal como ya se ha citado, surgió según Papiniano, para corroborar, suplir o corregir el derecho civil. D.1,1,7.

Transcurridos algunos años, no siendo suficiente aquel pretor, porque acudía también a la ciudad gran multitud de extranjeros, se creó otro pretor, que se denominó peregrino, en atención a que ordinariamente ejercía su jurisdicción entre los extranjeros.⁵⁷⁵

Fue tal la trascendencia que comenzaron a tener la actividad pretoria en lo formal, y la jurisprudencial en lo material, que el derecho honorario, alimentado necesariamente del derecho de juristas (en lo sucesivo jurisprudencia), dio lugar a un nuevo sistema procesal denominado sistema procesal formulario.

3.1.2. La *lex Aebutia*

Es en este escenario, en el que se promulgó la *lex Aebutia* o Ebucia.⁵⁷⁶ Desconocemos la fecha exacta de su elaboración y/o publicación, pero se ha fijado como fecha mnemotécnica el año 130 a.C.⁵⁷⁷ a decir de solamente dos autores de la Roma antigua quienes citan dicha ley. El primero es Gayo en sus *Instituciones*, al prever:

Así, pues, estas acciones de ley fueron derogadas por la ley Ebucia y las dos leyes Julias, por virtud de las cuales litigamos desde entonces mediante términos prefijados, esto es, mediante fórmulas.⁵⁷⁸

El segundo, Aulo Gelio, quien señala en sus *Noches Áticas*:

Empero, como los *proletarii*, los *adsidui*, los *sanates*, los *vades* y *subvades*, los *viginti quinque asses*, los *taliones* y el proceso de hurtos *cum lance et licio*⁵⁷⁹ han desaparecido, y, una vez promulgada la *lex Aebutia*, ha caído en desuso toda aquella antigüedad de las Doce Tablas, experto las acciones legales de las causas centurviales.⁵⁸⁰

⁵⁷⁵ D.1,2,2 (28)

⁵⁷⁶ Cfr. Adame, *Curso de Derecho Romano... cit.* §98.

⁵⁷⁷ Cfr. Kunkel, op. cit. p. 100.

⁵⁷⁸ Gayo, IV, 30.

⁵⁷⁹ Se refiere a los proletarios, propietarios, clientes, garantes y sub garantes, a los 25 ases, los taliones y el procedimiento para investigar el robo en el que se requería de un plato y una cuerda. En el plato se colocaba lo robado si se encontraba, y pudiera ser que la tela o lazo sirviera para ahorcar al delincuente.

⁵⁸⁰ Aulo Gelio, *Noches Áticas III*, XVI, 10, 8.

Aun cuando las citas son breves, aportan elementos significativos para historiar el Derecho Romano, ya que a partir de la *lex Aebutia* se permitió formalmente el uso del nuevo sistema formulario derivado del derecho honorario o pretorio.

Al respecto afirma Kaser que:

Es muy probable que el procedimiento formulario hubiera tenido vigencia material anterior a la formal, tal vez a partir de la aparición de la pretura peregrina en el 242 a.C. que conllevó el acceso a procesos legales para los extranjeros, siendo que la *lex Aebutia*, formalizó su aplicación para los ciudadanos romanos. Es decir, convirtiendo el procedimiento formulario en parte del *Ius Civile*.⁵⁸¹

Esto deriva seguramente de que, tal como Kaser lo señala, el procedimiento formulario fue formalmente admitido como parte del *Ius Civile*, sólo para ciertos casos. Kaser señala específicamente a la *condictio*,⁵⁸² “siendo que para los demás casos en que se hacían valer otras pretensiones civiles, subsistió *inter cives romanos*, el antiguo procedimiento de ley”.⁵⁸³

La *lex Aebutia* es además relevante porque gracias a los datos que de ella tenemos se sabe que durante la época en que comenzó a florecer el *Ius* estaban vigentes dos sistemas procesales: las acciones de la ley derivadas de las XII Tablas y el procedimiento formulario derivado del derecho honorario y de la actividad de la magistratura llamada pretura.

Históricamente resulta evidente que ese proceso de aplicación y adaptación debió ser paulatino y gradual, por lo que Gayo cita también las leyes Julias que datan del 17 a.C.

⁵⁸¹ Véase, Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §80, II, 4.

⁵⁸² Se refiere a la *legis actio per condictioem*, la que según Gayo había sido creada por las leyes Silia y Calpurnia y servía para que el actor emplazara al adversario para que se presentara a los 30 días a elegir juez, siempre y cuando el objeto fuera cierto. El propio Gayo manifiesta que se discute ampliamente, sin embargo, por qué se sintió necesidad de esta acción, siendo así que tanto la acción por apuesta solemne como la de designación de juez existían en las acciones de la ley para reclamar lo que se nos debe. Véase, Gayo, IV, 17-20.

⁵⁸³ Cfr. Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §80, II, 4.

Recapitulando: existen tres acontecimientos relevantes que actuaron en sinergia para el fortalecimiento del nuevo derecho honorario, la instauración de las preturas (367 y 242 a.C.), la liberación y secularización del *ius civile* (304 y 204 a.C.), con la consecuente aparición de los jurisprudentes y la promulgación de la *lex Aebutia* (130 a.C.).

3.1.3. La *lex Iulia iudiciorum privatorum* y la *Pax Augustea*

Es muy probable que el ya citado sentido de adaptación de los romanos a las circunstancias fuera gran parte del éxito de su derecho, debido a que estaban siempre atentos a las realidades que les rodeaban, entendiendo así, y de manera fáctica, que para ser eficaz, el derecho debe ser interdisciplinario y conveniente socialmente.

Rudolf von Ihering reconoce que:

En derecho la historia procede con lentitud extraordinaria, y para un pequeño resultado a veces emplea siglos. Nada importa que en un corto período se promulguen muchas leyes, porque pueden ser como las nubes, que pasan. Lo que desarrolla al organismo jurídico no es lo que consume, sino lo que digiere. Pocas veces el derecho emprende una marcha rápida, pero estas erupciones van precedidas de un largo trabajo de preparación en el que se ha ido gestando lo que luego se lanza volcánicamente. Cuanto más larga la gestación, y más penoso el parto, más robusto el fruto.⁵⁸⁴

Y tal como lo hemos venido analizando, eso fue lo que sucedió con la ciencia jurídica romana, que se tomó siglos para ir bordando finamente las costuras que le darían soporte para ser una de las más grandes aportaciones de Roma al mundo.

El *Ius* recorrió un largo camino y fue en el siglo II a.C. con la *lex Aebutia* que se concretó formalmente su proceso de surgimiento, para alcanzar la época de mayor esplendor con la *lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a.C. — mnemotécnicamente 30 a.C. —).

⁵⁸⁴ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 48.

La *lex Iulia* fue promulgada por Augusto, y tuvo como fin eliminar prácticamente por completo el sistema procesal de *legis actionis*, para dejar vigente únicamente el *per formulas*.

Gayo menciona en sus *Instituciones*, que “las acciones de la ley fueron abolidas por la ley Ebutia y las dos leyes Julias, estableciendo que en adelante se procediese en los litigios, por medio de fórmulas”.⁵⁸⁵

Esas dos leyes Julias (*leges Iuliae iudiciorum privatorum y publicorum*) representaron una reforma augusta que conllevó la abrogación de las acciones de la ley, para dar paso a la utilización del procedimiento formulario en todos los casos y procedimientos, no sólo del *ius honorarium*, sino también del *ius civile*.

Por falta de indicios, se ignora el contenido de las reformas específicas de cada ley. Lo que sí sabemos es que en el intervalo de tiempo (130 a 30 a.C.) que separa la *lex Aebutia* de las leyes Julias, las fórmulas de acción se desarrollaban sin que hubieran desaparecido en su totalidad las *legis actiones* que, de uno u otro modo, nutrían al joven derecho honorario.

La conjetura más conforme con estos hechos consiste en admitir que “la *lex Aebutia*, aun sancionando un nuevo procedimiento, habría dejado a las partes la facultad de escoger entre los dos sistemas y que poco a poco, fueron abandonadas las *legis actiones*, a causa de las ventajas de la fórmula, por lo que las leyes Julias terminaron por suprimirlas”⁵⁸⁶ formalmente.

Con dicha reforma, el procedimiento formulario fue el procedimiento civil propio del período clásico. “Junto a él, a partir de Augusto, se desarrolló además,

⁵⁸⁵ Gayo, IV, 30.

⁵⁸⁶ Cfr. Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9ª edición francesa por José Fernández González. México, Época, 1977, p. 625.

un procedimiento imperial en el que la indagación y la sentencia incumben al funcionario público (*cognoscere*)”.⁵⁸⁷

De ese procedimiento imperial, basta con decir que es conocido como *extraordinaria cognitio*, y que alcanzó su época de mayor aplicación durante la época postclásica. Coincidió con el Dominado como sistema político y el período de vulgarización del Derecho Romano.

De la referida *lex Iulia*, en las *Res gestae Divi Augusti*, el propio Cayo Octavio escribe:

Mediante nuevas leyes que propuse saqué del desuso muchos ejemplos de nuestros antepasados, decaídos ya en Roma, y yo mismo dejé a la posteridad muchas acciones como ejemplo que imitar.⁵⁸⁸

La *lex Iulia*, “fue producto de la actividad que Augusto llevó a cabo al revisar todas las leyes”,⁵⁸⁹ teniendo especial interés en lograr que el sistema de aplicación de justicia en Roma fuera eficiente. Al respecto, Suetonio nos recuerda que:

Augusto administró la justicia por sí mismo con asiduidad, y algunas veces hasta por la noche. Cuando estaba enfermo juzgaba desde una litera colocada frente al tribunal, o en su casa y en el lecho. No sólo aplicaba gran cuidado al juicio de las causas, sino que, además desplegaba suma dulzura.⁵⁹⁰

Aquí se confirma el decir de von Ihering, en torno a la lentitud con la que se gesta el derecho, y es interesante ver cómo la publicación de la *lex Iulia*, reconoce formalmente lo que de hecho ya sucedía, pues fue la *lex Aebutia* la que permitió la coexistencia y el optar por el sistema de acciones de la ley o formulario, concomitancia que duró un siglo. Al respecto Floris Margadant dice:

Obsérvese en lo anterior un rasgo muy romano. El legislador no decretó que, determinado día, el sistema A sería reemplazado por el B, sino que permitió que la práctica eligiera entre los dos (*lex Aebutia*), y sólo cuando, después de un siglo, se

⁵⁸⁷ Cfr. Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §80, II, 5.z

⁵⁸⁸ Augusto, *Res gestae Divi Augusti*, § VIII.

⁵⁸⁹ Cfr. Suetonio, *op. cit.* Octavio Augusto XXXIV.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, XXXIII.

notó claramente que uno de los sistemas había sido casi abandonado, se declaró la obligatoriedad del otro, reconociendo el hecho de que una antigua y venerable institución había sufrido una muerte natural. A los romanos no les gustaba que las instituciones fueran asesinadas a golpes del legislador, con frecuencia no exentos de arbitrariedad.⁵⁹¹

Durante el último siglo antes de Cristo, el inicio de la etapa política conocida como Principado en el año 27 y la promulgación de la *lex Iulia* del 17, coinciden con el inicio de la etapa clásica central (30 a.C.-130 d.C.), época en la que ya han sido sentadas las bases por los juristas de la clásica primaria (entre los que destacan Quinto Mucio y Servio Sulpicio) para que sus discípulos y predecesores continúen la construcción del *Ius*.

Así, la cumbre del derecho se alcanzó durante esta época gracias a los cimientos sólidos que pudieron florecer en el marco de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* y del sistema formulario, con la intensa actividad de los pretores tanto urbanos como peregrinos y con la actividad de los juristas, que nunca olvidaron los orígenes jurídicos previstos en la legislación decenviral.

No es casualidad que la época de mayor esplendor de la ciencia jurídica romana sea también la de Roma, pues con Augusto se inició la llamada *Pax Augustea* o *Pax Romana*, época de mayor estabilidad política, social, económica y cultural que tuvo Roma, período en el que se logró también la máxima expansión territorial en el año 117 d.C. con el emperador Trajano.

La *Pax Augustea* inicia simbólicamente en el 24 a.C. con el cierre, por segunda vez de las puertas del templo de Jano por parte de Augusto, mismas que se mantenían abiertas en tiempo de guerra, y concluye con la muerte del emperador Cómodo en el año 192 a.C.

En la narración que Suetonio hace de la vida de Augusto, señala que:

⁵⁹¹ Margadant, *op. cit.* p. 152.

El templo de Jano Quirino, que sólo había estado cerrado dos veces desde la fundación de Roma, lo estuvo entonces tres, en un trascurso de tiempo mucho más corto, estando asegurada la paz por mar y por tierra.⁵⁹²

Y el propio Augusto escribió:

El templo de Jano Quirino, que nuestros antepasados quisieron estuviese cerrado cuando la paz se hubiera logrado con victorias, por tierra y mar, en toda la extensión de los dominios del pueblo romano, por más que, antes de mi nacimiento y desde la fundación de la ciudad, sólo se conserva el recuerdo de su clausura en dos ocasiones, el Senado decidió por tres veces que debía ser cerrado, bajo mi Principado.⁵⁹³

Esto es relevante, porque sin duda la ciencia jurídica fue una consecuencia de lo que Roma había construido. El Derecho Romano, el *Ius* surgía en la práctica, alimentado de realidades sociales, políticas, económicas, militares y culturales, más no encapsulado en una ley rígida, dependiendo de una norma escrita y difícilmente mutable.

El período de paz que se logró a partir del gobierno de Augusto permitía el florecimiento y desarrollo de las artes, la ciencia y en general, de todos los rubros del saber y de la cultura, de la que el derecho forma parte.

Esta *Pax Augustea* es recordada hasta nuestros días mediante el *Ara Pacis Augustae*,⁵⁹⁴ monumento erigido a partir del 13 a.C. e inaugurado en el 9 a.C., dedicado a la paz y a la prosperidad que Augusto había traído a Roma. El monumento fue construido a instancias del Senado, en señal de agradecimiento por

⁵⁹² Suetonio, *op. cit.* Octavio Augusto XXII. Las dos veces a las que se refiere Suetonio, son durante el reinado de Numa Pompilio (753-673 a.C.), durante el cual supuestamente se mantuvieron cerradas las puertas del templo que construyó el propio Numa, y después de la Primera Guerra Púnica 235 a.C. con Tito Manlio Torcuato. Información consultable en: Diccionario Tesoro de Historia Antigua y Mitología, “Manlio Torcuato”, 2023, <https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/63131-manlio-torcuato>

⁵⁹³ Augusto, *op. cit.* § XIII. De las tres veces que Augusto refiere que las puertas se cerraron durante su principado, Dion Casio (51.20 y 53.23) establece que fueron en los años 29 y 25 a.C. la fecha exacta del tercer cierre continúa siendo objeto de debate académico.

⁵⁹⁴ Información consultable en: “Virtual Tour - Museo Dell’Ara Pacis”, 2023, <https://tourvirtuale.arapacis.it/>

las exitosas campañas de Augusto, llamándole Altar de la paz de Augusto. El propio Augusto escribió:

Quando regresé de Hispania y de Galia, durante el consulado de Tiberio Nerón y Publio Quintilio [13 a.C.], tras haber llevado a cabo con todo éxito lo necesario en esas provincias, el Senado, para honrar mi vuelta, hizo consagrar, en el Campo de Marte, un altar dedicado a la Paz Augustea y encargó a los magistrados, Pretores y Vírgenes Vestales que llevasen a cabo en él un sacrificio en cada aniversario.⁵⁹⁵

La *Pax Augustea* quedó entonces representada por el *Ara Pacis* y el *Horologium Augusti* (un reloj solar que utilizaba con *gnomon* un obelisco de granito rojo procedente de Egipto) cuya construcción también fue decretada por el Senado.⁵⁹⁶

Fue así como el gobierno de Augusto, el gran constructor o arquitecto de Roma⁵⁹⁷ en el sentido más amplio del término, marcó la era de prosperidad para Roma, de auge en todos los sentidos y de mayor esplendor en materia jurídica, lo cual modificaría el destino de la ciencia jurídica en Occidente.

Siete siglos *ab urbe condita*⁵⁹⁸ le tomó a Roma transformarse en la gran potencia militar, económica, social, cultural, pero sobre todo jurídica, que la convertiría en el origen de la ciencia jurídica y de su historia, en el punto inicial de referencia para estudiar una de las ciencias más necesaria para la humanidad: el Derecho.

Es por ello, que comprender su origen es comprender el nuestro, porque históricamente no cabe la menor duda de que Occidente está absolutamente romanizado, romanización que permea con fuerza la ciencia del Derecho y cuya

⁵⁹⁵ Augusto, *op. cit.* § XII.

⁵⁹⁶ Información consultable en: “Rómulo y Remo – La Túnica de Neso”, 2018, <https://latunicadeneso.wordpress.com/tag/romulo-y-remo/>

⁵⁹⁷ “Augusto supo embellecerla (a Roma) de tal suerte, que con razón pudo alabarse de dejarla de mármol habiéndole recibido de ladrillos”. Aplíquese la famosa frase literal en el campo de la arquitectura y metafóricamente en las artes y muy principalmente en el Derecho. Véase, Suetonio, *op. cit.* Octavio Augusto XXIX.

⁵⁹⁸ “Desde la fundación de la ciudad”.

historia nos permite entender que en realidad se trata de una romanización helenizada.

3.2. El pretor y el jurista

A partir de la liberación de las XII Tablas, los juristas vieron en su época la oportunidad de pensar en términos jurídicos generando soluciones eficaces y satisfactorias a problemas reales. Ellos fueron verdaderos “deportistas intelectuales aristocráticos” (como les llama Kunkel⁵⁹⁹), que buscaban en la nueva disciplina (*iurisprudencia*) la oportunidad de hacerse de un prestigio social, de gozar de *auctoritas*⁶⁰⁰ y, tal vez, de allegarse algún cargo público.

Recordemos que la opinión del jurista vinculaba, precisamente por la autoridad que tenía, siendo sinónimo de hombre culto y respetable que asesoraba no sólo a particulares, sino también a magistrados, jueces, senadores, etc.

Por eso dice Kunkel que “en el consejo de amigos de prestigio (*consilium*) de que se rodeaba todo romano, cuando tenía que dar públicamente una decisión de trascendencia, el asesor jurídico decía frecuentemente la última palabra”.⁶⁰¹

La reinención del modo de ser jurídico romano que sucedió formalmente a partir de la *Lex Aebutia*, tuvo dos grandes protagonistas, que lo son también en la generación del *Ius* durante la época clásica: el pretor y su derecho honorario y el jurista con su jurisprudencia. Ambos formaron una mancuerna perfecta para dotar a la sociedad de un sistema jurídico eficaz que, reitero, que sería incomprendible sin conocer antes a su antagónico e imprescindible derecho civil.

⁵⁹⁹ Kunkel, *op. cit.* p. 107.

⁶⁰⁰ Saber socialmente reconocido.

⁶⁰¹ Kunkel, *op. cit.* p. 107.

3.2.1. El surgimiento e importancia de las preturas urbana y peregrina

La república consular romana tuvo un elemento permanente que fue el cambio y la adaptación a las circunstancias que la iban determinando.

La *Res Publica* como gobierno temporal, que surge en oposición a la Monarquía, es un producto romano que busca la titularidad del poder político en organismos colegiados.

Respecto del surgimiento de la república, Cicerón establece:

De aquí resulta el que, al no soportarse la dominación de los reyes, se limitara su poder a un año y se pusiera en manos de dos jefes que recibieron el nombre de cónsules, palabra que viene de consultar, en lugar de reyes o dueños, derivadas de reinar y dominar.⁶⁰²

Esto significó el origen del sistema político horizontal y de sobrepesos, que tanto interés despertó en el historiador Polibio, por representar una aparente armonía de las principales formas de gobierno estudiadas en la antigüedad: monarquía, aristocracia y democracia. Al respecto señala:

En el caso de los romanos, el desarrollo institucional de su patria los ha conducido a la misma meta, pero han llegado allí no gracias a una operación racional, sino a través de numerosas luchas y tentativas, la experiencia de cuyas vicisitudes los llevó a elegir siempre la mejor solución. Fue así como alcanzaron un resultado que, siendo igual al de Licurgo, representa la más perfecta organización constitucional de nuestro tiempo.

Gracias a ellos –monarquía, aristocracia y democracia- cada cosa operaba y se regía dentro de su parcela con tan apropiada regularidad, que nadie, ni aun los naturales del país, podían decir con seguridad si el régimen era en líneas generales aristocrático, democrático o monárquico. Confusión ésta lógica. Pues si atendiésemos a las atribuciones de los cónsules, la impresión sería la de un régimen perfectamente monárquico y regio, si a las del senado, la de uno aristocrático, y si fuesen las atribuciones del pueblo las que se considerasen, claramente parecería tratarse de uno democrático.⁶⁰³

⁶⁰² Cicerón, *La República* II, XXXI, 53.

⁶⁰³ Polibio, *op. cit.* libro IV, 10 y 11.

La estructura política horizontal fue tejida finamente a lo largo del período republicano, y con independencia de que realmente funcionaran las formas de gobierno referidas. Lo que sí existía era un claro equilibrio entre facultades y obligaciones de los diferentes órdenes de gobierno.

De ahí las siglas SPQR (*Senatus Populusque Romanus*),⁶⁰⁴ pues el gobierno de Roma estaba literalmente en manos de estas dos entidades: el senado y el pueblo romano (representado por los cónsules y por los *comitia centuriata*).

Al considerar el devenir histórico, seguramente el cambio de Monarquía a República fue mínimo al principio, y tal vez hasta imperceptible. “En un inicio el consulado fue la continuación de la monarquía. Los nuevos magistrados tenían las mismas funciones que el rey, salvo la competencia religiosa que le fue confiada a un *rex sacrorum*, lo que implicó el primer paso de la secularización del derecho”.⁶⁰⁵

Cicerón, al hablar del inicio de la República señala:

En aquellos tiempos, la república era mantenida por el Senado en un régimen tal, que, aun tratándose de un pueblo libre, eran muy pocas las cosas que se gestionaban por medio del pueblo: la mayor parte se hacía de acuerdo con la autoridad, institución y tradición del Senado, de manera que los cónsules detentaban un poder que, si bien en el tiempo estaba limitado a un año, tanto por su naturaleza como por su carácter jurídico era semejante al de un rey.⁶⁰⁶

Respecto del senado, recordemos que según los relatos del propio Cicerón⁶⁰⁷ y de Tito Livio⁶⁰⁸ fue la primera institución política creada en Roma. De hecho, fue

⁶⁰⁴ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 17.

⁶⁰⁵ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 75.

⁶⁰⁶ Cicerón, *la República*, II, XXXII, 56.

⁶⁰⁷ Véase, *Ibidem*, libro II, II, X.17 y XII. 23. “X.17 Rómulo tras reinar durante treinta y siete años y haber dado estos dos pilares fundamentales de nuestra república, los auspicios y el Senado...” “XII. 23. Pues bien, aquel Senado de Rómulo de que hablamos, que estaba formado por aristócratas a quienes el propio rey había concedido tantas prebendas que, por voluntad suya, se les llamó “padres” y a sus descendientes “patricios”.

⁶⁰⁸ Véase, Tito Livio, *Historia de Roma ... cit.* libro I, 8. “Creó cien senadores, fuese porque ese número era adecuado o porque sólo había un centenar de jefes -de *gens*-. En cualquier caso, se les llamo “*Patres*” en virtud de su rango, y sus descendientes fueron llamados “patricios”.

la más longeva, pues apareció en la monarquía, continuó y se fortaleció durante la República, tuvo su máximo esplendor en la Diarquía y feneció en el Dominado.

Conforme pasaba el tiempo, y ante la inevitable evolución y crecimiento, Roma tenía que “renovarse o morir”. En el proceso de adaptación al nuevo modo de ser intervino el recurrente sentido romano nato de utilidad detectado por Polibio mediante el cual los romanos elegían siempre la mejor solución, lo que los llevó a no detenerse demasiado en especulaciones o meditaciones frente a las circunstancias cambiantes, sino a actuar, atendiéndolas y enfrentándolas de manera práctica.

Ese sentido de lo oportuno fue analizado por von Ihering como elemento esencial del Derecho Romano. Le llamó “*realizabilidad material*” definiéndola como “la utilidad u oportunidad con que las disposiciones del derecho satisfacen las exigencias de una época, responden al carácter del pueblo y a las condiciones de su vida”.⁶⁰⁹ Realizabilidad en la que los romanos, fueron expertos: “así como los griegos hallaban instintivamente lo bello, los romanos encontraban mecánicamente lo oportuno”.⁶¹⁰

De la pretura urbana. Considerando lo anterior, tratándose de la república y frente al desarrollo que Roma iba teniendo en todos los sentidos, el cónsul adquiría proporcionalmente más responsabilidades y actividades sociopolíticas, administrativas, militares y jurídicas, lo que propició el surgimiento de un fenómeno que Margadant llama acertadamente: “desmembración del consulado”.⁶¹¹

Fue así como, a partir del siglo V a. C., los romanos crearon nuevas magistraturas en las que el consulado iba delegando facultades y responsabilidades.

⁶⁰⁹ Cfr. Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 44.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁶¹¹ Margadant, *op. cit.* p. 30.

En virtud del proceso de desmembración consular surgieron los censores (443), los cuestores (421), los ediles curules, los pretores urbanos (366) y peregrinos (242).⁶¹²

De la naturaleza de las magistraturas dice Iglesias que no constituían un cuerpo jerarquizado con funciones bien deslindadas y que más bien, en el curso de la Roma republicana y ascendente, la magistratura se distinguió por obrar de acuerdo con una mentalidad elemental y práctica, acorde siempre con el real sentido político de la sociedad romana.⁶¹³

Entre las magistraturas, los cónsules, pretores, procónsules y propretoreos estaban investidos de *imperium*, “un poder originario y soberano al que ningún ciudadano puede sustraerse”,⁶¹⁴ razón por la cual recibieron el nombre de magistraturas mayores, siendo todas las demás, magistraturas menores.

El *imperium*, tal como lo establece Iglesias, “tenía como atributos la suprema dirección del gobierno, el mando militar, el *ius edicendi*, la *ius dictio*, el *ius agendi cum patribus* y *ius agendi cum populo*, *coercio* y el *ius auspiciorum*”.⁶¹⁵

Es importante recordar que la lucha entre patricios y plebeyos no concluyó con la elaboración de las XII Tablas, ni con la aparición del tribuno de la plebe — magistratura plebeya— y de los *concilia plebis* —asambleas plebeyas—; los intereses de los grupos de poder, y el enfrentamiento de ideas en el ámbito político, implicó que el conflicto continuara, cambiando solamente los nombres de los bandos protagonistas.

Como antes se ha mencionado, el otrora conflicto patricio vs. plebeyos se convirtió en la disputa *optimates* vs. *populares*, que terminó por poner fin a lo mejor

⁶¹² Véase, Bernal y Ledesma, *op. cit.* pp. 62 y ss. Explicación de las magistraturas patricias ordinarias.

⁶¹³ Cfr. Iglesias, *Derecho... cit.* p. 23.

⁶¹⁴ Cfr. *Idem*.

⁶¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 24., y también Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 123.

de la aristocracia romana y dio como resultado el inicio de la Diarquía o Principado, que representó el origen de lo que más tarde se consagraría como el triunfo del poder individual y del gobierno autocrático frente a la derrota del sistema político de contrapesos analizado por Polibio.

Al abordar los referidos conflictos, es importante mencionar de nuevo que en Roma no existió realmente una lucha a favor de las clases sociales, sino más bien una división entre las ideas y los intereses de la clase que detentaba el poder (normalmente personas adineradas independientemente de su origen social) ávidas, unas de conservar el poder, otras de obtenerlo, siendo que, un grupo de ellos utilizaba para sus fines, como bandera de lucha los intereses de las clases sociales menos favorecidas.

En ese contexto sociopolítico, fue en el que los tribunos Gayo Licinio y Lucio Sextio elaboraron las *Leges Liciniae Sextiae* (aprobadas en 367 a.C.) que entre otras importantes disposiciones⁶¹⁶ preveían que uno de los dos cónsules sería plebeyo. Ello que se tradujo en un golpe político trascendental a la rancia aristocracia que, como vestigio del arcaico patriciado, todavía quedaba en Roma.

En respuesta a dichas *Leges* que, en el año 366 tal como lo señala Tito Livio:

“... se establecieron dos nuevas magistraturas: la pretura y la edilidad curul, con ellas, los patricios buscaban reivindicar dignidades ante el consulado que habían cedido al pueblo, mediante las *Leges Liciniae Sextiae*.

⁶¹⁶ Las *Leges Liciniae Sextiae* abrieron la entrada de los plebeyos a uno de los tres grandes colegios sacerdotales, el de los decenviros sagrados, encargados de los oráculos sibilinos. También preveían que ningún ciudadano podría llevar a pastar en los terrenos comunales más de mil bueyes y de quinientos carneros, y ninguna parcela, concedida a título de ocupación a un solo tenedor, excedería las 500 yugadas (126 hectáreas). Asimismo, se estableció que los poseedores de fundos además estarían obligados a emplear siempre trabajadores libres en número proporcional al de sus esclavos. Por último, para aliviar la suerte de los deudores, los intereses pagados serían imputados como capital, mientras que el resto sería pagadero en ciertos términos y plazos. Las *Leges Liciniae Sextiae* conllevaban la abolición de privilegios, la reforma social y la igualdad civil. Véase, Mommsen, *Historia de Roma, libro I y II...cit.* pp. 432 y ss.

... el pretor que administraba justicia y era colega de los cónsules, nombrado bajo los mismos auspicios.⁶¹⁷

Mommsen establece que:

Ante la grave herida ocasionada a los patricios por dichas leyes (*Licinia Sextiae*), éstos intentaron que se les diese una indemnización a cambio de las concesiones que se les habían arrancado. Pretendían así salvar del naufragio por una especie de juego de báscula política, algunos restos de sus antiguos privilegios políticos. Con el pretexto de que sólo los patricios conocían la jurisprudencia hicieron desmembrar del consulado, que ya estaba abierto a los plebeyos, todas las atribuciones judiciales. Se nombró entonces a un tercer cónsul especial, un pretor, para administrar justicia.⁶¹⁸

El nacimiento de la pretura⁶¹⁹ es una respuesta práctica y contestataria al imparable movimiento plebeyo que, a partir del nacimiento del tribunado de la plebe, no se detuvo hasta conseguir colarse en todos los cargos políticos e incluso religiosos relevantes de Roma. Fue de tal magnitud, que el poder que tenía el sacrosanto tribuno de la plebe aunado al derecho de veto respecto de todo acto de los órganos públicos de Roma, “nos sugiere una derrota del senado —léase patriciado— mucho más grave de lo que la historiografía romana quiere confesaros”.⁶²⁰

Es de imaginarse que el patriciado se rehusó a dejar en manos de la plebe el poder que consideraba le correspondía de manera originaria y legítima, por lo que fueron tratando de frenar o aminorar los avances y triunfos que los plebeyos iban teniendo.

El nacimiento del pretor como un tercer cónsul (*Minor collega consulum*⁶²¹), representó una medida útil y pertinente para mitigar el éxito que significaban las *Leges Licinia Sextiae* y el consecuente triunfo del avance político de los plebeyos.

⁶¹⁷ Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* Libro VII, 1, 1, 5-6.

⁶¹⁸ Mommsen, *Historia de Roma, libro I y II... cit.* p. 435.

⁶¹⁹ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 25.

⁶²⁰ Cfr. Margadant, *op. cit.* p. 32.

⁶²¹ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 25. El pretor en un principio fue uno solo, se encontraba pospuesto a los cónsules, aunque su poder era completamente igual al consular y normalmente le incumbía la *iurisdictio*.

Además se logró mantener el equilibrio entre los dos grupos detentadores del poder. Sin embargo, la necesidad práctica en el ejercicio de las diversas funciones consulares hizo que la pretura tomara pronto otro camino.

Recordemos que los cónsules y el pretor, al ser magistraturas mayores, estaban dotados de *imperium* en sentido amplio que incluía *potestas*, *coertio*, el *ius edicendi* y la *iuris dictio*; sin embargo, en la práctica, estas dos últimas facultades eran normalmente ejercidas por el pretor, siendo que el aumento de las tareas en todos los ámbitos de la vida romana, hizo que se tuvieran que nombrar más pretores que, como dice Kunkel,⁶²² pudieran asumir en parte la jurisdicción urbana y, en parte, la dirección de la guerra, mientras la importancia de estas misiones no exigiera el envío de un cónsul.

Heineccius establece que:

En el 365 a.C. se instituyó el pretor urbano para administrar justicia, al cual se le agregó otro en el año 246, que desempeñase estas funciones entre los ciudadanos y los extranjeros. El número de estos fue aumentándose primero a cuatro, luego a seis, después a ocho, y por último a diez, doce y hasta dieciséis.⁶²³

Las circunstancias y necesidades de la vida diaria en Roma fueron determinantes en la separación (nunca tajante) de funciones. Así pues, el consulado conservó principalmente todo lo relativo a lo militar (*imperium* en sentido estricto) y los pretores lo relacionado con la impartición de justicia. A partir de entonces, la pretura se convirtió en pieza fundamental e indispensable en el surgimiento del Derecho Romano clásico y del *Ius*.

Cabe mencionar que con la *iuris dictio* los pretores no juzgaban, no emitían sentencia (actividad de los jueces), sino que otorgaban normas jurídicas procesales que encausaban los litigios esencialmente civiles.

⁶²² Cfr. *Ibidem*.

⁶²³ Heineccius, *op. cit.* §55.

La novedad fue que los pretores tenían la facultad de generar disposiciones específicas atendiendo a la tipicidad o casuismo jurídico. Es decir, “el pretor, tenía la facultad de ir más allá del *ius civile* (no en su contra), para suplir o subsanar sus deficiencias”.⁶²⁴

Fue así como el pretor se convirtió en el orquestador formal del derecho honorario, un derecho de carácter ágil y práctico que se movía tan rápido como la sociedad romana, frente a un *ius civile* viejo y anquilosado que no contaba con los elementos para hacer frente a las necesidades de la sociedad romana, cuya faz poco tenía ya que ver con la que le había visto nacer.⁶²⁵

No obstante el surgimiento de este joven y vigoroso derecho honorario, los romanos continuaron reverenciando y reconociendo el valor que jugaba el vetusto *ius civile* en la formación de su idiosincrasia.

Los romanos aceptaron que la sociedad en la que se desenvolvían los seres humanos estaba, como cualquier otra, sujeta a sus circunstancias y al devenir de su propia historia, misma que era trascendental conocer.

En ese momento histórico, enfrentaban de la mejor manera posible un *status* social, político, económico y cultural, totalmente nuevo y desconocido; entendiendo que las realidades que conllevaba ese nuevo modo de ser no se daban el lujo de esperar respuestas, sino que exigían, al menos en lo que al sistema jurídico se refiere, un derecho que se moviera tan rápido como ellas. Los romanos siempre prácticos, actuaron en consecuencia.

De la pretura peregrina. Al respecto, es posible afirmar que el proceso que Roma enfrentó como resultado de su expansión territorial (principalmente fuera de

⁶²⁴ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 93.

⁶²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 100 y 101.

la Península Itálica), puede ser comprendido a través de lo que hoy entendemos como interculturalidad.⁶²⁶

La interculturalidad surgió debido esencialmente a que la dominación territorial romana, en la mayoría de los casos no buscaba absorber a las nuevas comunidades para que formaran parte del modo de ser romano.

Roma dominaba, ganaba territorios, pero no tenía la capacidad administrativa para gobernarlos como propios, por lo que establecía con sus dominados una relación jurídica que daba lugar a la llamada propiedad provincial.

Al respecto Gayo en sus Instituciones aclara:

Sin embargo, según la opinión general, en suelo provincial, un solar no puede ser convertido en religioso, porque en él la propiedad es del pueblo romano o del César, entendiéndose que nosotros tenemos tan sólo la posesión o el usufructo.⁶²⁷

Dicha propiedad era sobre inmuebles ubicados en las provincias que eran de dominio de Roma y, en consecuencia, estaban sometidas al pago de tributo. Es decir, “se trataba de una especie de poseedores en virtud de un usufructo sufragado por una especie de impuesto que precisamente les acreditaba para tener el goce del inmueble”.⁶²⁸

Fuera del dominio territorial referido y el control que ello representaba, a los pueblos conquistados se les permitía continuar con todas sus instituciones sociales, políticas, administrativas, religiosas y jurídicas, habiendo un representante de Roma

⁶²⁶ En la actualidad según la UNESCO, es “interculturalidad” la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, a través del diálogo y del respeto mutuo. Evidentemente esta definición podría resultar anacrónica para la época que se analiza, sin embargo, independientemente de las razones que se privilegiaban entonces, lo cierto es que, sí existieron expresiones culturales compartidas, derivadas de la convivencia y mestizaje que se provocó. Información consultable en: Interculturalidad, Diversidad de las expresiones culturales, noviembre, 2015, <https://es.unesco.org/creativity/interculturalidad>

⁶²⁷ Gayo, II, 7.

⁶²⁸ Iglesias, *Derecho...* cit. p. 254.

(gobernador o procurador) encargado de vigilar sus intereses y de mantener el orden.

La referida interculturalidad fue dando origen a nuevas situaciones jurídicas que requerían una resolución que no podía aportar el derecho civil romano tajantemente nacionalista, por lo que resultaba imposible aplicarlo a situaciones que tuvieran que ver con extranjeros. Esta carencia tomó especial relevancia cuando Roma se extendió hasta Oriente.

Al respecto Kunkel menciona que:

Mientras Oriente, dominado por la cultura y el idioma griego, prácticamente había superado esta situación de aislamiento, al menos hasta cierto grado, forjando un derecho del tráfico panhelénico basado en la afinidad de todos los ordenamientos jurídicos griegos, el antiguo Derecho civil romano, con sus formas tan peculiares se encontró, en un principio, como elemento extraño en el tráfico jurídico internacional e, incluso, parecía no querer acoplarse en modo alguno, porque, mientras el derecho del tráfico helénico estaba configurado por la práctica y era sumamente elástico, el antiguo derecho civil romano, dominado por el formalista arte interpretativo de los pontífices, era rígido y áspero.⁶²⁹

El encuentro con el derecho panhelénico hizo que los romanos, una vez más, honrando su capacidad nata para hacer suyo lo útil, se dieran a la tarea de generar una nueva especie de derecho, al lado del *ius civile* y del *ius honorarium*, con el que ambos resultarían beneficiados: el *ius gentium*.⁶³⁰

La referida situación generó que en el año 242 a.C. se creara una nueva magistratura encargada de ejercer las funciones de la *iuris dictio* y el *ius edicendi*, entre romanos y peregrinos, o entre peregrinos, llamada pretor peregrino.⁶³¹

No se sabe prácticamente nada de la jurisdicción del pretor peregrino, pero es lícito suponer que “desempeñó un papel decisivo, tanto en la liberación del procedimiento del formalismo de las XII Tablas, como en el reconocimiento de

⁶²⁹ Kunkel, *op. cit.* p. 84.

⁶³⁰ Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos (D.I,I,1,4)

⁶³¹ *Cfr.* Kunkel, *op. cit.* p. 94.

ciertos contratos obligatorios, concluidos sin forma (compra venta, arrendamiento de cosas, obras y servicios, sociedad, mandato), que podían celebrar personas que no gozaran de la ciudadanía romana”.⁶³²

Al respecto Margadant cita:

El pretor peregrino, debía administrar justicia en pleitos entre romanos y no romanos, o entre no romanos que viven, por ejemplo, en Roma, aplicando entonces no el *ius civile* de Roma con sus formas rígidas y con sus múltiples actos reservados exclusivamente a ciudadanos romanos, sino inspirándose en aquel derecho supranacional aceptado por el comercio mediterráneo, que se denominaba *ius gentium*.⁶³³

Partiendo de la base de que los pretores eran políticos y no especialistas en derecho, las facultades asumidas por esos nuevos magistrados ampliaron el campo de aplicación del Derecho Romano a los extranjeros. Asimismo, permitieron que se privilegiara la formación del grupo de personas encargadas de estudiar los nuevos casos que conllevaban planteamientos totalmente nuevos a los que antes se habían visto en Roma. Sabemos que esas personas fueron los jurisprudentes.

Es por ello que, en el estudio y comprensión del surgimiento de la ciencia jurídica romana, se debe considerar la mancuerna pretor/jurista como uno de sus fundamentos. Su conocimiento y análisis es requisito *sine qua non* para comprender el verdadero sentido y alcance de la *iurisprudentia*, que dista mucho de ser sólo la compilación justiniana, y que jamás hay que confundir con la *lex*.

El surgimiento del *ius gentium* y del pretor peregrino, como bien dice del Arenal:

Conllevó a la transformación de toda la historia del Derecho, pues al ser los pretores funcionarios republicanos anuales encargados de la *iuris dictio*, debieron necesitar personas calificadas para proceder cada año a publicar en su edicto las fórmulas procesales que podrían ser utilizadas en su encargo. En la medida que los problemas jurídicos aumentaban, se hizo cada vez más necesario y frecuente que

⁶³² Cfr. *Ibidem*, p. 85.

⁶³³ Margadant, *op. cit.* p. 71.

se requiriera un grupo de ciudadanos sabios y dotados de prestigio, precisamente los juristas.⁶³⁴

3.2.2. El sistema *per formulas*, la *iuris dictio* y el *ius edicendi* del pretor

Durante la época clásica, y habiendo quedado la *iuris dictio* y el *ius edicendi* principalmente a cargo de los pretores,⁶³⁵ ellos se convirtieron en piedra angular de la gestación, desarrollo y esplendor de la ciencia jurídica.

a) De la *iuris dictio*. Es importante aclarar que se ejercía esencialmente en la llamada *ordinaria cognitio*,⁶³⁶ que era un proceso judicial caracterizado por ser bipartito: a) la fase *in iure* ante el pretor quien ejercía su *iuris dictio* y, en su caso, el *ius edicendi*, con el fin de encausar el proceso; b) la fase *apud iudicem*, ante el juez (*iudex*), colegio de recuperadores o tribunal de los *centunviro*s, en la cual se valoraban las pruebas con el fin de dictar sentencia.

La *iuris dictio* era la facultad derivada del *ius dicere*, que se concretaba al pronunciar o decir la norma para un litigio específico. Consistía, por tanto, en la atribución que tenía el pretor para analizar el planteamiento litigioso (*causae cognitio*) que las partes hacían para negar u otorgar una acción (*-negare o dare actionem-*) y que, en su caso, encausaba el proceso. La base esencial de la *iuris dictio*, fue la facultad que tenía el pretor para crear derecho.⁶³⁷

El otorgamiento de la acción procesal comprendía: (i) el tipo de acción (*v.gr.:* real, personal, determinada, indeterminada) y las excepciones admitidas

⁶³⁴ Arenal Fenochio, *Historia Mínima... cit.* pp. 23-24.

⁶³⁵ La *iuris dictio* correspondía también a los gobernadores, cónsules, procónsules, propretorees y ediles curules, sin embargo, la mayor referencia para el surgimiento de la ciencia jurídica romana es a los pretores.

⁶³⁶ El procedimiento *ordinaria cognitio* derivaba o bien del sistema procesal de las XII Tablas llamado acciones de la ley (*legis actionis*) o bien del sistema formulario (*per formulas*) que surgió a partir del ejercicio de las funciones del pretor; mientras que el *extraordinaria cognitio*, fue el sistema procesal que surgió con el principado y se consagró como único con el Dominado. Para el análisis del derecho procesal. Véase, Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho Romano*, 4ª ed. México, Mc Graw Hill, 2008, pp. 121 y ss.

⁶³⁷ Cfr. Adame, *Curso de Derecho Romano... cit.* §61, 62 y 101. También Cfr. Kunkel, *op. cit.* pp. 94 y ss.

(entendidas como medio de defensa del demandado),⁶³⁸ (ii) el nombre del juez que en la *fase apud iudicem* valoraría pruebas y emitiría sentencia (*iudicatio*) y (iii) el planteamiento de la cuestión litigiosa a través de un silogismo jurídico⁶³⁹ del caso específico para que el juez juzgara y condenara o absolviera, según los elementos que las propias partes hubiesen presentado ante el pretor, y éste había validado.

Esos términos prefijados, llamados fórmulas, servían para accionar procesalmente y eran consensuados por las partes ante el pretor, quien en ejercicio de su *iuris dictio* estaba legitimado para otorgar la norma procesal en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias específicas de tipicidad, mediante un procedimiento lógico inductivo.⁶⁴⁰

La labor del pretor, al ejercer la *iuris dictio*, era dar acogida o denegar las alegaciones de las partes, permitiendo o no el planteamiento del proceso. Su misión, pues, estribaba en instituir y formalizar la causa del litigio.⁶⁴¹

Utilizando el lenguaje procesal actual es posible decir que el pretor era la institución responsable de fijar la *litis*. De hecho, “la fase *in iure* celebrada ante él, concluía precisamente con un momento procesal llamado *litis contestatio*, con efectos consuntivos respecto de la acción y novatorio en relación con el objeto del litigio”.⁶⁴²

“La fórmula de acción que el pretor otorgaba a las partes por escrito era el inalterable planteamiento jurídico del litigio, mismo que en la parte *apud iudicem*”,⁶⁴³ era valorado por el juez a través de las pruebas presentadas por las partes, a efecto de que se emitiera una sentencia definitiva e inapelable.

⁶³⁸ Es importante hacer la aclaración, en virtud de que en Roma no existió la posibilidad de reconvenir o contrademandar, sino hasta con el procedimiento extraordinario de la época post clásica.

⁶³⁹ V.gr.: “Juez, condena a Numerio Negidio hasta la cantidad de diez mil solamente a favor de Aulo Agerio: si no aparece probado, absuévelo”. Véase, Gayo, IV, 51.

⁶⁴⁰ Cfr. Adame, Curso de Derecho Romano...*cit.* §99 y 100.

⁶⁴¹ Cfr. Iglesias, *Derecho... cit.* p. 206.

⁶⁴² Cfr. Adame, Curso de Derecho Romano...*cit.* §144 y ss.

⁶⁴³ Cfr. *Ibidem*, cap. IX. El proceso *apud iudicem*.

El planteamiento del silogismo⁶⁴⁴ en la fórmula de acción requería no sólo del conocimiento del derecho sino de un método específico, mismo que fue aportado por los juristas, quienes lo aprendieron a partir de las disciplinas griegas que constituían parte del helenismo.

Respecto del silogismo, Betancourt indica que:

En el procedimiento clásico encontramos la estructura del litigio jurídico conforme a la lógica formal, es decir, encontramos, tal como se entendió a partir de entonces hasta nuestros días, el silogismo judicial. Es una formulación lógica en la cual se da una premisa mayor (el *Ius*, categoría abstracta) que se omite en la fórmula procesal (premisa entimemática), una premisa media o menor hipotética condicional que hay que probar (*factum* apariencia jurídica y *factum* que lesiona directamente al anterior y solo indirectamente al *Ius*, categoría abstracta) y una conclusión que se basa en un acuerdo (condena) o desacuerdo (absolución) entre las dos premisas.⁶⁴⁵

b) El *Ius edicendi* y los edictos. El *Ius edicendi* era la facultad que formalizaba, como fuente del Derecho Romano, las normas emitidas por el pretor, a través de los edictos, convirtiéndose en el complemento *sine qua non* de la *Iuris dictio*.

Iglesias establece que el *imperium* incluye el *Ius edicendi*, que es el derecho de dirigirse al pueblo y dictar ordenanzas, ya sea de palabra o por escrito. Dicha facultad se expresa en el *edictum*, que es un programa de actuación⁶⁴⁶ del pretor durante el año que duraba su encargo.

Los edictos eran elementos relevantes y trascendentales para el conocimiento de la ciencia jurídica romana y el surgimiento de la jurisprudencia, ya que a través de ellos se actualizaba la tipicidad y el casuismo del derecho honorario.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, § 100.

⁶⁴⁵ Betancourt, Fernando, *Derecho Romano clásico*, España, Universidad de Sevilla, 2012, p. 160.

⁶⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 24 y 57.

⁶⁴⁷ Cfr. Adame, Curso de Derecho Romano... *cit.* §61 a 65.

De tal modo, las normas derivadas de los edictos fueron parte fundamental de la riqueza de las fuentes formales del derecho en Roma, las Instituciones de Justiniano prevén que:

Los edictos de los pretores tienen también no poca autoridad de ley (-en sentido amplio-⁶⁴⁸). A éste solemos llamarlo además derecho honorario, porque dieron autoridad a este derecho los que gozan de honores, esto es, los magistrados.⁶⁴⁹

Kunkel reconoce que la creación jurídica en el ámbito de la jurisdicción se cristalizó en los edictos de los magistrados jurisdiccionales, los cuales eran bandos de los magistrados de muy diversa naturaleza y contenido.⁶⁵⁰

Los pretores, al igual que los demás magistrados, tenían limitaciones que garantizaban la funcionalidad del sistema. Destacaba la temporalidad, específicamente la anualidad, en el ejercicio de sus funciones.⁶⁵¹

Esa temporalidad también jugó un papel importante en el conocimiento de la ciencia jurídica romana y la construcción jurisprudencial. Puesto que, al iniciar el año de sus actividades, los pretores emitían, por escrito, un edicto llamado perpetuo.

Ventura Silva establece que:

Los edictos perpetuos eran notificaciones que conservaban su vigencia durante el tiempo del cargo del magistrado. Entre ellos se encontraban los edictos jurisdiccionales, que eran las normas que los pretores consideraban conveniente publicar para aplicarlas durante el ejercicio de su jurisdicción, así también se hallaban formularios que iban a utilizar al conceder la fórmula procesal, y que, por tanto, podían ser invocados por las partes en los procesos judiciales.⁶⁵²

⁶⁴⁸ Al decir ley en sentido amplio, me refiero esencialmente a lo establecido por el Digesto, citando al jurista Marciano. Véase, *infra*, nota 890. Ley en sentido estricto sería "lo que el pueblo romano constituía, interrogándole un magistrado senador, por ejemplo, un cónsul" (1.1,2,4).

⁶⁴⁹ l.1,2,7.

⁶⁵⁰ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 102.

⁶⁵¹ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 121.

⁶⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 135 y 136.

En la teoría jurídica de los romanos, el edicto perpetuo (llamado así a partir de la *Lex Cornelia* de 67 a.C.)⁶⁵³ era un acto de pura facultad del pretor. Por ello, si el nuevo pretor quería ignorar por completo el edicto del anterior y reescribirlo desde cero, podía perfectamente hacerlo. Pero con buen sentido común, esto hubiera introducido el caos en los asuntos jurídicos.

Honrando entonces la agilidad del derecho honorario y poniendo nuevamente en práctica el sentido de utilidad, los nuevos pretores que sucedían a los anteriores, trasladaban el edicto perpetuo del año anterior y lo hacían suyo (edicto traslaticio), introduciéndole cambios y reformas en donde hiciera falta, siempre haciéndose asesorar por los jurisprudentes. La mencionada *Lex Cornelia* fijó el edicto perpetuo y lo consagró como una obligación del pretor y, con ello, esta costumbre se oficializó.⁶⁵⁴

Fue en el año 131 d.C., pasadas las grandes conmociones en Roma, cuando viviendo en el auge de su civilización, habiendo alcanzado su máxima expansión territorial y gozando por tanto de calma y tranquilidad, el emperador Adriano (76-138 d.C.) juzgó prudente fijar aún más el edicto perpetuo.

Adriano instruyó al jurista Salvio Juliano para que ordenara y sistematizara el Edicto Perpetuo, mismo que promulgó como ley definitiva, a la que ya no se le podrían introducir modificaciones año tras año.

La cristalización del Edicto Perpetuo fue una de las primeras causas que provocó la esclerotización del hasta entonces dinámico Derecho Romano, así como una confirmación del avance avasallador del poder absoluto que poseía el Emperador, vislumbrándose la construcción de la última etapa política del Imperio, conocida como Dominado, cuya característica esencial fue la autocracia.⁶⁵⁵

⁶⁵³ Cfr. Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado*, 24ª ed. México, Porrúa, 2019, p. 30.

⁶⁵⁴ Información consultable en: Gato, General, "El Edicto Perpetuo", Blogspot.com, noviembre 6, 2023, <https://sigloscuriosos.blogspot.com/2010/11/el-edicto-perpetuo.html>

⁶⁵⁵ Véase, Bernal y Ledesma, *op. cit.* cap. 79. El edicto de los magistrados.

Fue también el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano el que marcó el inicio del fin de la época clásica, conocida como clásica tardía, que anunciaba la llegada de la vulgarización y elementalización del Derecho Romano clásico, así como la entronización de la ley como única fuente formal del derecho, al lado de la costumbre durante la que sería la etapa post clásica o tardía.

c) El edicto repentino.⁶⁵⁶ Regresando al *ius edicendi*, por último y de modo más importante, es necesario señalar que de la mano del edicto perpetuo y del traslaticio, estaba la gran innovación de la referida facultad, conocida como edicto repentino.

El edicto repentino consistía en que, cuando hubiera una situación litigiosa que atender, y las partes en conflicto y/o el pretor no encontraran norma procesal aplicable (dentro del edicto perpetuo y traslaticio), el magistrado dotado de *potestas* y en uso de su *imperium*, estaba plena y legalmente facultado para emitir la norma específica para el caso concreto. En esta situación como en la gran mayoría de los casos, estaba asesorado por un jurisperito.

La riqueza de la ciencia jurídica romana clásica se alcanzó, en gran medida, gracias a esta facultad del *ius edicendi*, cuya máxima expresión fue el edicto repentino. El cual, normalmente requería del sabio consejo y dictamen de los juristas de cabecera de los pretores, para su ejercicio.

El *ius edicendi* explica y acredita en gran parte la flexibilidad, agilidad, tipicidad, casuística e innovación del derecho honorario, pieza fundamental en el surgimiento de la multicitada ciencia jurídica romana durante la época clásica.

Con el edicto repentino, tal como lo reconoce Heineccius, los romanos honraban la opinión establecida en la *Política* (lib.3. cap. 11) de Aristóteles:

⁶⁵⁶ Véase, Lozano Véliz, *El edicto repentino ... cit.* pp. 387-407.

...que convenía que las leyes fuesen estrictamente observadas siendo justas, y que los magistrados las interpretasen y publicasen edictos respecto de aquellos puntos que las mismas no comprendiesen; pues no es fácil en una disposición general comprender cada uno de los casos que pudiesen ocurrir.⁶⁵⁷

Las normas jurídicas adjetivas así dictadas, dieron origen al *ius honorarium* o derecho pretorio que emanaba de una fuente formal del derecho diversa de la ley, pero igualmente válida y eficaz: el edicto del pretor.⁶⁵⁸

Es necesario insistir en que el surgimiento de la ciencia jurídica en la Roma clásica se debe comprender a partir de las instituciones que, dotadas de las facultades necesarias para tutelar la seguridad jurídica, fueron las responsables formalmente de dar origen a dicha ciencia.

El *ius edicendi* y la *ius dictio* del pretor aportaron ese elemento, pues la norma promulgada por dicho magistrado, aun cuando no es considerada *lex*, se instituía a través del *imperium* del que gozaba la magistratura pretoria, por lo que no faltaba al requisito de dotar la norma de seguridad jurídica.

3.2.3. El valor del binomio jurídico: pretor y jurisconsulto

Se ha hecho alusión a que los acontecimientos sociales, políticos, económicos, militares y culturales introdujeron a Roma en un vertiginoso mundo en continuo movimiento, que ya no era acorde con el derecho civil romano arcaico.

Sabemos, por tanto, que las XII Tablas y su sistema procesal de acciones de la ley quedaron rebasados por las nuevas realidades, no sólo de la sociedad romana, sino también de los pueblos conquistados por Roma.

El *ius civile* rígido, no permitía flexibilidad alguna en su aplicación. Podría decirse que utilizaba un método de aplicación “deductivo”, severo y riguroso, monopolizado por los pontífices, lo que le imprimía tintes sacros y ritualistas.

⁶⁵⁷ Heineccius, *op. cit.* §62.

⁶⁵⁸ Cfr. Ventura, *op. cit.* p. 32.

Aunando al cambio de Roma, la secularización, liberalización o mundanización del derecho civil abonó a que dejara de verse como algo immaculado e intocable. De manera que ya podía estudiarse, comentarse, cuestionarse, criticarse y mejorarse.

Todo ello sucedía en un momento en el que el naciente grupo de estudiosos del derecho tenían acceso al aprendizaje de métodos griegos tales como la dialéctica, que les permitió dotar al derecho de los elementos necesarios para convertirlo en un sistema racional de conocimiento práctico (*ars* o *techné*).

Max Kaser señala que:

Sabemos ya que el gran impulso político, económico y social de la República exigió una renovación del derecho privado y del procesal para que se adaptaran al intenso tráfico comercial, a las necesidades de una economía adinerada y a la superior cultura jurídica de la época. Esta renovación no la confiaron los romanos a la legislación, sino que la emprendieron utilizando un medio original. El resultado fue que junto al complejo de normas y organizaciones propios del *ius civile*, apareció el *ius honorarium*.⁶⁵⁹

El derecho visto así, permitió el nacimiento de la ciencia jurídica, del *Ius*, de un sistema alimentado de realidades sociales, de casos prácticos que requerían solución y permitían el nacimiento de nuevas instituciones jurídicas, de acciones procesales inéditas e incluso, del planteamiento de casos hipotéticos.

“El nervio de la ciencia clásica del derecho es la casuística. Es decir, el estudio exhaustivo y entusiasta del caso. El Derecho Romano es un Derecho de casos. Las ideas jurídicas romanas se han ido induciendo en gran parte de los casos; no fueron creadas como en los derechos continentales por un legislador”.⁶⁶⁰

Las partes en conflicto acudían ante el pretor, solicitándole el otorgamiento de una acción que les permitiera poner en marcha la maquinaria procesal con el fin de dirimir la controversia en torno al derecho que se consideraba vulnerado.

⁶⁵⁹ Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §2-II.

⁶⁶⁰ Cfr. *Idem*.

El restringido número de acciones procesales civiles aunado a la rigidez de las mismas, facilitó el camino de la creación pretoria a través del derecho honorario y de los edictos repentinos principalmente.

En este proceso, “no sólo el pretor, sino también las partes litigantes acudían en busca de los juristas, para solicitar su opinión. Ésta era emitida a través de un dictamen (*responsum*)”.⁶⁶¹ En este punto es posible afirmar que los pretores no otorgaban fórmula alguna si no contaban con el dictamen de su jurista de confianza.

Es por ello por lo que “la materia sobre la que versa el derecho honorario es obra de los juristas, de quienes los magistrados dependían para sus creaciones institucionales y su labor reformadora del derecho”.⁶⁶²

En palabras de Margadant:

A menudo sucedía que los pretores eran jóvenes aristócratas para quienes la pretura no constituía otra cosa más que un escalón en su carrera. El no ser precisamente especialista en derecho se compensó, empero, con su sentido de responsabilidad, que les inducía a rodearse de auténticos expertos jurídicos, y a tomar en serio sus consejos. En tal forma la joven jurisprudencia secularizada se desarrollaba en íntimo contacto con la práctica y la enseñanza.⁶⁶³

Tal situación no sucedía solo en la fase *in iure*, sino también en la *apud iudicem* debido a que, el juez o el colegio de jueces encargados de dictar sentencia, acudían al sabio consejo de los jurisperitos para emitir el *iudicatum* correspondiente.

El procedimiento formulario fue el escenario perfecto para la creación jurisprudencial, debido a que se generalizó el uso de tomar en todas las disputas el dictamen de uno o varios jurisconsultos. “Los magistrados tomaron la costumbre de rodearse de un *consilium* compuesto, sobre todo, de *prudentes*, a los cuales consultaban en cada pleito. Los jurisconsultos adquirieron así en la sociedad

⁶⁶¹ Cfr. Adame, Curso de Derecho Romano...*cit.* p. 19.

⁶⁶² Cfr. Kaser, *Derecho Privado Romano...* *cit.* p. 20.

⁶⁶³ Margadant, *op. cit.* p. 57.

romana un prestigio y una consideración desconocidos entre los demás pueblos de la antigüedad”.⁶⁶⁴

“Hacia el fin de la República, la autoridad de los prudentes toma una nueva fuerza con la filosofía griega que, después de una oposición temporal del senado y de los censores, fue profesada libremente en Roma. Los jurisconsultos encontraron especialmente en el estoicismo una noción nueva: la de un derecho innato, fundado sobre la razón y superior a las leyes escritas, al *ius* emanado de las prescripciones del legislador”.⁶⁶⁵

Heineccius relata la labor que iniciaron los juristas a partir de la liberación del derecho y en el marco del sistema formulario:

Como los juristas disintiesen muchas veces en el momento de interpretar y aplicar el derecho, discutían entre sí las cuestiones, bien en el mismo foro, bien cerca del templo de Apolo. Así pues, lo que al cabo de grandes debates se resolvía tenía autoridad y fuerza de derecho, de modo que se suponía traía origen *EX DISPUTATIONE FORI* y se le designaba con el nombre de *JURIS RECEPTI VEL RECEPTAE SENTENTIAE*.⁶⁶⁶

Hemos de considerar que la época clásica del derecho se caracterizó, entre otras cosas, por la pluralidad en sus fuentes formales. El derecho fluye de diversos modos que se relacionan con los diferentes órganos de gobierno participantes en la horizontalidad política del régimen republicano: costumbre, *leges rogatae*, plebiscitos, edictos, senadoconsultos, constituciones imperiales (a partir de Augusto) y jurisprudencia (con el *Ius publice respondendi ex auctoritate principis*⁶⁶⁷ otorgado también por Augusto).

⁶⁶⁴ Cfr. Petit, *op. cit.* p. 43.

⁶⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 44.

⁶⁶⁶ Heineccius, *op. cit.* §51.

⁶⁶⁷ *El Ius publice respondendi*, fue una medida que arrancó con Augusto y por lo tanto con el Principado, misma que estableció durante largo tiempo un vínculo entre el *princeps* y los juristas e influyó decisivamente en el carácter y *modus operandi* de la jurisprudencia. *Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderente* (las respuestas emanadas de los juristas deben equipararse a las del príncipe a modo de los rescriptos y tener fuerza obligatoria para el juez). Casi siempre se han entendido estas palabras en el sentido de que Augusto, sin tocar la libertad general de la actividad jurídica, concedió a algunos destacados juristas el

La pluralidad de fuentes formales explica en gran parte la riqueza jurídica propia de la época clásica. El surgimiento del *Ius*, sería incomprendible sin la jurisprudencia, que a partir de su aparición se convirtió en la principal fuente de la ciencia jurídica romana, pero que se alimentó de todas las demás fuentes jurídicas (históricas, reales y materiales).

Si pretendiéramos priorizar las fuentes formales del derecho durante la época clásica, al menos, tratándose de la materia civil que es la que nos atañe, tendríamos que reconocer que el primer lugar (antes de que la jurisprudencia tuviera el *Ius publice respondendi*) lo ocupó el edicto del pretor. El cual, a su vez, tomaba contenido de la opinión de los jurisconsultos. Es por lo que, como ya lo hemos dicho, la mancuerna pretor/jurista es elemento *sine qua non* para analizar y comprender el *Ius*.

Así como el edicto fue la fuente formal por antonomasia durante el período clásico primario, los juristas se convirtieron en los verdaderos fundadores materiales de la ciencia jurídica romana clásica. Lo hicieron a través de la jurisprudencia, en cuya formación fue determinante la preparación y conocimiento que obtuvieron de las disciplinas filosóficas griegas, provenientes del llamado helenismo, que se sumaron al saber que ya tenían del Derecho Romano (generado a partir de las demás fuentes formales) y de su propia historia jurídica (fuentes históricas).

Los jurisperitos, sin ser abogados, jueces, ni legisladores emitieron dictámenes en los que manifestaron su opinión jurídica dotada de *auctoritas*, llegando incluso a imaginar nuevos casos a través de planteamientos hipotéticos (*quaestiones*), también elaboraron manuales dedicados a la enseñanza del derecho (*instituciones*), analizaron de modo concreto y exhaustivo instituciones específicas,

privilegio especial de dar dictámenes *ex auctoritate principis*, es decir, en cierto modo, en nombre del emperador. Véase, Kunkel, *op. cit.* p. 114.

materias o funciones de ciertas autoridades (*monografía*) e hicieron colecciones de sus dictámenes y *quaestiones (digesta)*.⁶⁶⁸

Por ello los jurisperitos son la columna vertebral de la creación jurídica romana, de la jurisprudencia; la cual es posible conceptualizar como “el conjunto de opiniones jurídicas expresadas por los jurisconsultos, basadas en el conocimiento del derecho civil, honorario y de gentes, en la aplicación de la equidad como lo que dicta la razón justa y el bien común, que, utilizando el método dialéctico, elevó el Derecho Romano a la categoría de arte”.

Tal como lo expresa del Arenal:

... la historia del derecho tiene un hilo conductor...este es el caso de la Jurisprudencia, entendida no como el resultado de la actividad judicial, sino como la tarea esencial del profesionista del Derecho por excelencia: el jurista, el *iuris prudente*, surgido en la Roma clásica hacia el siglo II a.C.⁶⁶⁹

El estudio histórico del Derecho, considerando a la jurisprudencia (entendida como el saber de los juristas expresado en textos) como el punto de inicio, “no niega la existencia anterior del Derecho, simplemente niega que antes de la aparición de esta fuente del Derecho en Roma hubiera existido una clase profesional, especializada y secularizada que estuviera cultural, social y políticamente facultada para contribuir al surgimiento del Derecho”,⁶⁷⁰ en su acepción de ciencia práctica.

El derecho pre-romano, estaba intrínsecamente ligado a otras disciplinas, tales como la filosofía y normalmente la religión, tal como sucedió en la etapa histórica de la Roma arcaica o preclásica.

Ahora bien, esa clase profesional, especializada y secularizada, compuesta por auténticos polímatas, consiguió su plena preparación para estar a la altura de las circunstancias gracias a su nivel de instrucción y capacitación en la que tuvo

⁶⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 118. También Cfr. Adame, Curso de Derecho Romano... cit. §70.

⁶⁶⁹ Arenal Fenochio, *Historia Mínima...* cit. p. 14.

⁶⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 15-16.

mucho que ver el encuentro con Grecia, el helenismo y las diferentes disciplinas derivadas de la filosofía (destacando la dialéctica, ética, retórica y gramática), que aunada a otros factores propios de la romanidad, hicieron de los juristas, hombres total y absolutamente aptos para dar paso a la develación del *Ius*.

Los juristas fueron un producto romano, pues nunca antes del clásico había surgido “esa clase profesional de especialistas, que desde un plano meramente racional y secular pensaron y actuaron positivamente sobre el *Ius*, la *iustitia* y la *lex* para coadyuvar en la prevención y solución de los problemas entre los romanos, y entre éstos y otras *gentes*”.⁶⁷¹

Un producto romano, que ya hemos dicho no puede comprenderse sin la influencia griega, que dotó de conocimientos a los jurisprudentes, para que éstos definieran el rumbo del modo de ser jurídico occidental.

Los romanos fueron pioneros en comprender que “la experiencia jurídica es vida dotada de saber, es cúmulo de conocimiento con sus acciones y reacciones correspondientes. Es sabiduría para saber vivir en orden y es también sabiduría para saber morir y trascender”.⁶⁷²

Respecto de la influencia griega en el surgimiento del *Ius*, Margadant cita a Schulz y a Schoenfield:

El influjo helenístico llegó en un momento feliz. El Derecho Romano se había desarrollado ya lo suficiente para poder absorber una influencia extranjera sin perder su esencia, mientras que, por otra parte, no se había petrificado todavía y, por lo mismo, aún era capaz de recibir el benéfico influjo de la filosofía griega. Así desde el siglo II a.C. lo que los griegos no habían logrado, aunque poseían mentalidad superior a la romana, es decir, forjar una ciencia del derecho, lo hicieron los romanos con la ciega seguridad de los favorecidos por la gracia divina.⁶⁷³

⁶⁷¹ Cfr. *Idem*.

⁶⁷² Cfr. Ledesma, *El cristianismo en el Derecho Romano*, op. cit. p. 20.

⁶⁷³ Margadant, op. cit. p. 56.

El prestigioso saber jurídico estaba entrando en el período de un gran cambio, impulsado como hemos visto, por los edictos de los pretores, con los cuales la jurisprudencia debía enfrentarse todo el tiempo.⁶⁷⁴

El genio de los romanos abonaba cada vez más el campo, de por sí ya fértil, para que pudiera surgir la ciencia jurídica romana. Para ello, y reconociendo todos los cambios que se operaban en los órdenes de la vida cotidiana, se reconoció formalmente, lo que de hecho seguramente ya sucedía desde el surgimiento del pretor y la secularización del *ius civile*: la generalización del sistema formulario para atender los conflictos jurídicos.

Es por lo que las funciones atribuidas a los pretores generaron el escenario idóneo para que los jurisprudentes comenzaran a aplicar todos sus conocimientos en la resolución justa de los casos concretos, enriqueciendo el derecho con sus dictámenes jurídicos. Dando origen a la ciencia jurídica, dotada de un método específico.

Recapitulando, podemos afirmar que la liberalización del derecho civil que llevó a la secularización del Derecho Romano; al nacimiento de la pretura (tanto urbana como peregrina) como magistratura jurisdiccional; al legal reconocimiento del *ius honorarium* y de su correspondiente sistema procesal formulario, como una nueva especie de Derecho Romano al lado del *ius civile* y de su *legis actionis*, y el nacimiento del *ius gentium*, fueron piezas esenciales para generar el ambiente que permitiría el surgimiento y esplendor que en Roma alcanzó la ciencia jurídica.

Los juristas, responsables finales del conocimiento del *Ius* y de la obra jurisprudencial, tal vez no hubieran surgido, o no hubieran logrado la obra sempiterna que es el derecho jurisprudencial, sin todos los acontecimientos que fueron allanando el camino de su obra y llevando siempre a Roma a adaptarse a las nuevas circunstancias propias de su devenir histórico.

⁶⁷⁴ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 185.

Sin embargo, como dice Schiavone:

En el proceso de adaptación, los cambios no cancelaban lo viejo, sino que convivían con ello y lo superaban lentamente. Este modo de conducirse se habría revelado como una piedra fundamental de la más madura identidad intelectual romana, heredera de aquel temor hacia lo nuevo y lo discontinuo cuyo origen hemos descubierto en la mentalidad arcaica. En este trabajo, los magistrados encontraron siempre a los juristas a su lado.⁶⁷⁵

3.3. Principales fuentes reales que incidieron en el surgimiento del *Ius*

El surgimiento del *Ius* es multifactorial, siendo tres los acontecimientos históricos esenciales que actuaron en su favor: la instauración de la pretura y el surgimiento del *Ius honorarium*, la liberación y secularización del *Ius civile* y la aparición de los jurisprudentes.

El derecho honorario, al igual que el viejo derecho civil lo hizo en su momento, buscaba responder a las necesidades de la Roma de esa época, que ya nada tenía que ver con aquella sociedad pastoril, agraria y arcaica de las XII Tablas.⁶⁷⁶

La nueva y transformada sociedad exigía un derecho eficaz, y acorde con las circunstancias propias de su tiempo.

Esas circunstancias se traducen jurídicamente en las fuentes reales o materiales del derecho jurisprudencial o *Ius* que nuevamente dan testimonio de la interdisciplinariedad del derecho. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

a) Económico: Roma ha dejado de ser una pequeña comunidad agrícola, en la que privaba la pequeña propiedad, para dar paso al desarrollo de una economía con actividad agraria de índole latifundista y esclavista, además de contar con un comercio consolidado debido a diversos factores entre los que destacan el sistema

⁶⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 163.

⁶⁷⁶ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 13.

monetario establecido y el surgimiento de nuevas actividades como la artesanía, la navegación y un incipiente sistema bancario.⁶⁷⁷

Desde finales del s. IV o a principios del III a.C.⁶⁷⁸ Roma se fue transformando en una sociedad monetizada y comercial. Debido al avance en sus conquistas territoriales se fue encontrando con diversos modos de ser que, de una u otra forma fueron influenciando para modificar, adaptar o cambiar el suyo.

Sabemos que la moneda metalizada ya se empleaba en la época decenviral (s. V a.C.), aunque no era circular y estampada, pues la referencia es al *aes rude* (lingotes de bronce o cobre) y debían tener un peso determinado.

Como ejemplo, Livio establece que durante la secesión de la plebe al Aventino (493 a.C.), la muerte de Menenio Agripa (negociador durante el conflicto), quien no disponía de suficiente dinero para sufragar los gastos de su funeral, provocó que fuera enterrado por los plebeyos, y cada uno aportó un sextante⁶⁷⁹ (moneda romana de cobre de dos onzas -54,56 gramos- de peso llamada sexta parte de un as).

Siguiendo con Livio, cuando trata el triunfo de Roma sobre los volscos (406 a.C.), dice que en aquella época no había moneda acuñada:

Los patricios defendieron con perseverancia la obra que tan felizmente habían comenzado, siendo los primeros en contribuir, y como no había aún plata acuñada, muchos llevaron en carros al tesoro pesadas cargas de cobre...⁶⁸⁰

La primera estampación de moneda (*aes signatum*) data del siglo IV a.C. “cuando se acuñaron las primeras monedas romanas, en el sur de Italia, probablemente para sufragar la guerra”.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ Cfr. Churruca y Mentxaka, *op. cit.* 49 a 58.

⁶⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

⁶⁷⁹ Cfr. Tito Livio, *op. cit.* II, 33.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, IV, 60.

⁶⁸¹ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 176.

Posteriormente apareció el *as libral* de forma lenticular con tipos y peso, dando origen a la unidad básica del sistema monetario romano: el as, unidad y peso de 375 gramos.

Al concluir las Guerras Pírricas, el denario se convirtió en la moneda acuñada que inspirada en el dracma griego, equivalía a 10 ases, 2 quinaros y a 4 sestercios, convirtiéndose en la unidad monetaria base de Roma.

Para cuando trascurrían las Guerras Púnicas, específicamente la batalla de Cannas (216 a.C.), dentro de la segunda guerra pírrica, Tito Livio refiere que:

Acordaron entregar sus armas y caballos, y pagar por cada romano trescientos denarios (*nummis quadrigatis* en el original latino; se refiere al denario que en el reverso llevaba una cuadriga con la Victoria sobre ella y equivalía a 12 ases, con un peso de 3,9 gramos de plata).⁶⁸²

Fue a partir del siglo III a.C. cuando el *denario argentum*, se convirtió en la moneda oficial de Roma, cuyo valor se fijó en diez ases y se marcaba por ello con una X. El denario fue tan importante, que de él deriva el término dinero.⁶⁸³

En otras actividades económicas, cabe destacar que la agricultura comenzó a adquirir tintes latifundistas debido a la conquista de nuevos territorios y a las guerras.

El comercio se desarrolló principalmente por las oportunidades que conllevó el avance de Roma por nuevos territorios, además de la red de caminos que facilitaba la comunicación, así como la seguridad que Roma iba estableciendo en los lugares conquistados. Al mismo tiempo que se iniciaba el desarrollo de otras actividades económicas.⁶⁸⁴

⁶⁸² Tito Livio, XXII, 52. Otras referencias señalan que era la efigie de Júpiter montado en una cuadriga.

⁶⁸³ Información consultable en: etimología.com Origen de la palabra Dinero, 2019, <https://etimologia.com/dinero/>

⁶⁸⁴ Cfr. Kunkel, *op. cit.* § 3.

Las riquezas aflúan a Roma gracias a las enormes ganancias de los botines de guerra, incluido un significativo número de esclavos que se utilizaban en diversas actividades económicas (como la construcción o la agricultura).

Dice Mommsen que:

El comercio de los romanos marchaba completamente a la par con los progresos de su poder, y se hizo grandioso como este... Pero en la moneda y en los asuntos que con ella se rozaban es donde mejor se confirma la extensión y la intensidad del movimiento comercial. El dinero romano, o pieza de plata de diez ases, sigue paso a paso a las legiones romanas.⁶⁸⁵

En esta época, “la supremacía de la riqueza romana sobre el mundo civilizado era tan incuestionable como su dominación militar y política”.⁶⁸⁶

La puesta en práctica de nuevas actividades económicas, desconocidas en el pasado por los romanos, conllevaban la necesidad de establecer mecanismos jurídicos preventivos, de protección y también de solución a conflictos derivados de las operaciones realizadas. Como ya se ha mencionado, fue en este campo en el que el pretor peregrino, el derecho honorario y el derecho de gentes jugaron un papel trascendental. Pues el sistema jurídico romano requería adaptarse a la agilidad que los mercados representaban para Roma en términos económicos.

b) Militar y territorial. Roma, desde el siglo V a.C. había iniciado un camino en dirección a convertirse en el gran imperio que fue. Según lo establece Ernesto Dihigo:

No es probable que Roma tuviere desde época temprana la conciencia de su destino como cabeza de un gran imperio, ni creemos tampoco que desarrolló desde sus inicios una política exterior con dicho fin. Probablemente cada victoria originó un nuevo problema y con él la necesidad de resolverlo; pero dicha solución en la mayoría de los casos implicó una nueva guerra, un nuevo triunfo y el consiguiente aumento del Imperio.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros III. Desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia*, trad. Alejo García Moreno (1876), espaebook.com, editorial digital: liete, p. 637.

⁶⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, 582.

⁶⁸⁷ Referido por Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 89.

En este sentido es importante considerar que el escenario del mundo antiguo era el de un mundo en el que la violencia era endémica, “las escaramuzas con los vecinos eran acontecimientos anuales, el saqueo era una importante fuente de ingresos para todos los pueblos del mundo antiguo y la mayoría de las disputas se resolvían por la fuerza”.⁶⁸⁸

La guerra era vista de forma tan natural y normal, que lo adquirido por ese medio era un modo totalmente legal de incrementar el patrimonio, mediante el *ius occupationis bellicae* y el *Res hostium*.

En el Digesto se establece la legalidad de la guerra al prever que “por el derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades...”⁶⁸⁹

Siendo así, los romanos no eran más beligerantes que sus contemporáneos, pues la guerra era un modo de ser común que tenía todo que ver con lo social, lo político, lo económico y, evidentemente, lo jurídico; las sociedades de la antigüedad no pueden ser comprendidas sin tener en cuenta su naturaleza bélica.

En lo que al desarrollo jurídico se refiere, el *ius gentium* y el *ius honorarium*, el surgimiento del pretor peregrino, y el avance de la ciencia jurídica, serían incomprensibles sin el contexto del encuentro que, como consecuencia de la guerra, tuvo Roma con otros pueblos y que conllevó a la conquista de nuevos territorios.

La guerra era una constante, lo que faltaba por definir era quién ganaba y quién perdía, los romanos eligieron o tuvieron la fortuna de ganar, casi siempre; al respecto hay dos posturas, la de Polibio que presenta a Roma como una potencia agresiva, con objetivos imperialistas de apoderarse del mundo entero:

Hicieron una apuesta arriesgada para el dominio y el control universal, y consiguieron su propósito; y la de muchos otros romanos, e incluso griegos, que

⁶⁸⁸ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 171.

⁶⁸⁹ D.1,1,5.

insistían en que su expansión era producto de una serie de guerras justas, puesto que eran contiendas emprendidas con el necesario apoyo de los dioses, en defensa propia o en defensa de los aliados, que a menudo solicitaban ayuda a Roma. No era en absoluto una agresión.⁶⁹⁰

O la de pensadores como Mommsen, quien entendía que Roma tuvo que defenderse de los posibles ataques de sus vecinos y presuntos rivales o enemigos en conformidad con la aplicación del principio “si quieres la paz, prepara la guerra”.⁶⁹¹

...la dominación romana ha tenido también su fundamento en la constitución política de las antiguas sociedades. El mundo antiguo ignoraba el sistema de equilibrio entre las naciones. Por lo común, una vez que los pueblos antiguos realizaban su unidad interior se desbordaban inmediatamente sobre sus vecinos, ya para someterlos, como hacían los griegos, o para ponerlos en estado de no poder dañar, como hicieron los romanos mediante la sujeción, procedimiento no menos infalible, pero sí menos inmediato.⁶⁹²

Al margen de conocer cuál fue la verdadera tendencia de los romanos, lo cierto es que la guerra fue elemento esencial en la formación de la Roma antigua, del imperio romano y del legado que este pueblo dio a la humanidad, del cual nos atañe esencialmente, el derecho.

El aspecto militar provocó que para el siglo II a.C. Roma tuviera un crecimiento exponencial de su extensión territorial, haciéndose primero de la Península Itálica y posteriormente de parte de la Europa meridional, del norte de África, Asia Menor y de Europa Oriental.

En los eventos militares destacan las Guerras Latinas (498-338), las Guerras Samnitas (343 y 290), las Guerras Pírricas (280-275), las famosas Guerras Púnicas (264 a 146), las Guerras Macedónicas (200-148) y la Batalla de Corinto (146).⁶⁹³

⁶⁹⁰ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 204.

⁶⁹¹ Bravo, *op. cit.* p. 46.

⁶⁹² Mommsen, *Historia de Roma, III...* cit. p. 480.

⁶⁹³ Véase, Bernal y Ledesma, *op. cit.* pp. 97-103.

Fue así como Roma llegó a ser dueña de gran parte de lo que era considerado el mundo, “con una enorme riqueza que provocó que en el año 167 a.C. se convirtiera en un estado libre de impuestos. El tesoro era tan desbordante, que se suspendieron los impuestos directos de los ciudadanos romanos, excepto en caso de emergencia”.⁶⁹⁴

El auge económico tiene todo que ver con la salida de Roma al Mediterráneo Occidental como resultado de las Guerras Pírricas y Púnicas, que de una u otra manera fueron la causa por la cual Roma pisó por primera vez Oriente, emprendiendo la lucha en aquellas tierras y convirtiéndose en la época de Augusto (27 a.C.-14 d.C.) en dueña y señora de toda la cuenca mediterránea.⁶⁹⁵

El avance sobre los territorios que conformaban la población en la antigüedad condujo a que Roma fuera uno de los más grandes imperios en la historia de la humanidad, cuya mayor extensión territorial fue alcanzada en la época del emperador Trajano (98-117 d.C.)

Las necesidades surgidas de las nuevas realidades generadas a partir del encuentro con diferentes pueblos fueron llevando a Roma a la adaptación y generación de nuevas instituciones, no solo jurídicas, sino también políticas, sociales y culturales.

Por ello no es casualidad que prácticamente de modo conjunto al nacimiento de la pretura peregrina (242 a.C.) se concluyera la primera Guerra Púnica (241 a.C.) con la que Roma se anexionó Sicilia, Córcega y Cerdeña, además de que, para entonces los romanos ya eran dueños de toda la Península Itálica, incluyendo la Magna Grecia, territorio que hicieron suyo a través de las Guerras Pírricas (280-275 a.C.)

⁶⁹⁴ Cfr. Mommsen, *Historia de Roma*, III... cit. p. 189.

⁶⁹⁵ Cfr. Kunkel, op. cit. p. 42.

Durante el año 218 a.C. se inició la segunda Guerra Púnica en virtud de la que Roma sumó a sus territorios los de Hispania y que concluyó con el triunfo romano definitivo en el 201 a.C. La tercera Guerra Púnica se centró básicamente en Cartago de 149 a 146 a.C., determinando la salida victoriosa y definitiva de Roma, como la gran potencia del Mediterráneo Occidental.

Cabe recordar que el territorio galo aún no había sido conquistado, pues en el 390 a.C. los romanos habían sufrido una terrible derrota infringida por los galos, que serían vencidos hasta el siglo I a.C. por las legiones comandadas por Julio César.

Es importante citar la derrota frente a los galos, por el valor que Tito Livio le infunde, marcándola como un parteaguas entre el antes y el después del estudio de la historia de Roma:

En cinco libros, dejó consignada la historia de Roma desde su fundación hasta su toma por los galos: historia que abarca la época de los reyes, la de los cónsules y dictadores, los decenviros y los tribunos consulares: las guerras extranjeras, las disensiones intestinas; historia oscura, y que por su extraordinaria antigüedad aparece como los objetos que apenas se ven por su mucho alejamiento, y por la insuficiencia y escasez en aquellas mismas épocas de documentos escritos, únicos guardianes fieles de los hechos pasados; y en fin, por la destrucción casi completa, en el incendio de la ciudad, de los registros de los pontífices y de otros monumentos públicos y particulares.⁶⁹⁶

El icónico año 146 en el que cayeron Cartago y Corinto, marca la conclusión de las Guerras Púnicas y fue testigo del inicio del siglo del ocaso republicano, estableciendo, además, los cimientos de lo que sería el imperio romano.

c) Político: La república romana se había consolidado a lo largo de los siglos. El ejercicio horizontal del poder y los límites establecidos entre las propias instituciones consiguió el equilibrio entre el senado, las magistraturas, los tribunos de la plebe y las asambleas ciudadanas. De ello nos ilustra Polibio quien escribió:

⁶⁹⁶ Tito Livio, *Historia de Roma, primera década...cit.* VI, 1.

Hay tres tipos de constitución, a uno de los cuales llaman realeza, aristocracia a otro y al tercero democracia... evidentemente ha de tenerse por mejor constitución la integrada por la suma de los tres tipos individuales antedichos.⁶⁹⁷

Continúa diciendo:

La forma de verificar con máxima nitidez la exactitud de cuanto acabo de afirmar consiste en observar los fundamentos, la génesis y los cambios que experimenta según la ley natural cada régimen. Pues sólo quien comprende cómo nace cada uno de ellos puede también comprender cómo, cuándo y dónde volverán a producirse sus respectivos desarrollos, florecimientos, mutaciones y finales. Tal procedimiento de explicación he creído que resulta especialmente aplicable a la constitución romana, dado que la emergencia y la formación de esta se producen desde el principio según los patrones de la naturaleza.⁶⁹⁸

Sin embargo, el citado equilibrio republicano no pudo sostener el tal vez inesperado crecimiento de Roma, que implicó realidades no previstas por la administración republicana y que ante la incapacidad que el sistema existente mostraba, irrumpió exigiendo, nuevamente, un traje a la medida. La limitación de las instituciones existentes para atender las nuevas situaciones, aunado a los intereses de diversos grupos políticos, colocaban en una ardua prueba al sistema republicano, de la que ya se sabe, no pudo salir bien librado.

Esa búsqueda de un nuevo modo de ser detonó, casi de la mano del referido año 130 de la *lex Aebutia*, el inicio de uno de los siglos más dolorosos y sangrientos de la historia romana. Marcado por las guerras civiles,⁶⁹⁹ y las luchas de poder, culminó hasta el año 27 a.C. con la llegada Augusto al poder, y el consecuente comienzo de la tercera etapa política de la Roma antigua, la Diarquía o el Principado y de la etapa clásica central o alta del Derecho Romano.

⁶⁹⁷ Polibio, *op. cit.* libro. VI, 3.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, libro VI, 4.

⁶⁹⁹ Entre las luchas sociales cabe destacar la Primera Guerra Civil protagonizada por Sila y Cayo Mario a partir del año 90, el movimiento agrario de los hermanos Tiberio y Cayo Graco durante los años 133 y 123, así como la revuelta esclavista simbolizada en Espartaco del 73 al 71. También los movimientos en la península para la obtención de la nacionalidad romana que concluyen en el 89. Políticamente, destaca la instauración del triunvirato entre Julio César, Craso y Pompeyo, el golpe entre Senado y tribunos de la plebe, la lucha entre *optimates* y *populares*, el rompimiento entre César y Pompeyo, la dictadura de César y los *idus* de marzo del 44. Véase, Bernal y Ledesma, *op. cit.* cap. V, pp. 97-120.

Esa lucha por el poder determinaría gran parte de la historia de Roma durante los dos últimos siglos antes de Cristo, “lucha en la que los *populares* fundamentaban su legitimidad en defender los derechos, la libertad y los beneficios del pueblo. Mientras que los *optimates*, sintiéndose herederos naturales de la tradición política en Roma desde tiempos inmemoriales, reclamaban para sí, por ser los mejores, el derecho de continuar dirigiendo el destino del estado romano”.⁷⁰⁰

Personajes como Tiberio y Cayo Graco, Sila, Mario, Julio César, Pompeyo Magno, Craso, Catón el Viejo y Cicerón, sólo por mencionar algunos, fueron parte de esta pugna que hundió a Roma en la Guerra Civil, y que tuvo como desenlace político la conclusión fáctica de la era republicana en Roma. Acompañada de un enorme desgaste social, así como el inicio de la Diarquía o Principado, después de tantas guerras y enfrentamientos internos y externos, anunciaría la llegada de la mejor época en toda la historia de Roma antigua.

Al respecto, Bernal y Ledesma establecen que “en todas las sociedades rápidamente desarrolladas se presenta el personalismo político, especialmente en el caso de Roma cuya expansión territorial fue tan violenta. Primero Mario y Sila, luego César y por fin Augusto, vienen a solucionar de hecho las necesidades políticas creadas por las nuevas exigencias de gobierno, que no podían ser resueltas en los antiguos moldes de la República”.⁷⁰¹

Sin embargo, es importante decir que, desde el inicio de las guerras púnicas y hasta su conclusión, la República romana se mantuvo en constante renovación y adaptación para intentar hacer frente a los constantes cambios que iba viviendo y tenía que asumir. De ahí la famosa frase que reza “el progreso consiste en renovarse”.⁷⁰²

⁷⁰⁰ Cfr. Kunkel, *op. cit.* pp. 53-55.

⁷⁰¹ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 113, nota 44.

⁷⁰² Frase atribuida a Miguel de Unamuno que dio pie al pueblo para hacer suyo el refrán renovarse o morir. Información consultable en: Navarraweb.com, Renovarse o morir, 2023, <https://www.navarraweb.com/renovarse-o->

A pesar de todos los esfuerzos, el desgaste provocado por las luchas externas e internas y la incapacidad administrativa del sistema republicano, hundieron a Roma en un sangriento siglo de guerras civiles, proscripciones, persecuciones, acuerdos y traiciones.

Esa época inició con los hermanos Graco (133-123 a.C.) y su intención de reforma agraria, y concluyó algunos años después de los *idus* de marzo del 44 a.C. con el inicio del Principado (27 a.C.), inaugurado por Cayo Octavio Turino, quien recibiría por parte del Senado el *cognomen* de Augusto. Según Suetonio⁷⁰³ “esto fue una propuesta de Munacio Planco, aunque algunos senadores deseaban que se le llamara Rómulo, por haber sido, en cierto modo, el segundo fundador de Roma”.

Tal como lo manifiesta Mary Beard, “los sucesos del siglo II a.C. se consideraron el inicio del colapso de la República y el anuncio de un siglo de guerras civiles, asesinatos en masa y magnicidios que condujeron al retorno de un gobierno autocrático”.⁷⁰⁴

Paulatinamente, sin embargo, las armas romanas se volvieron no contra enemigos extranjeros sino contra los propios romanos. Olvidando a los troyanos de Eneas, aquel era el legado de Rómulo y Remo, los gemelos fraticidas. La sangre del inocente Remo, como lo expreso Horacio en la década de los años 30 a.C. empezaba a vengarse.⁷⁰⁵

“El último siglo de la República fue más (mucho más) que un simple baño de sangre. Tal como bien lo indica el florecimiento de la poesía, de la teoría y del arte”,⁷⁰⁶ y se debe agregar, el nacimiento de la ciencia jurídica.

morir/#:~:text=Se%20atribuye%20al%20fil%C3%B3sofo%20y, trabajo%2C%20en%20definitiva%20en%20el

⁷⁰³ Cfr. Suetonio, *Los doce Césares*, México, Porrúa, 2016, p. 41.

⁷⁰⁴ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 225.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 227.

⁷⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 232.

Jurídicamente, durante ese siglo de contrastes entre el triunfo de la política imperialista y expansionista romana y el sangriento ocaso republicano, aparecieron los *patres* fundadores, los pioneros de la ciencia jurídica romana, entre los que destacaron: principalmente Quinto Mucio Escévola (102 - 81 a.C.) y Servio Sulpicio Rufo (105-43 a.C.), considerados precursores de la *iurisprudencia*.

La respuesta para comprender el contraste entre las guerras sociales y políticas, y el florecimiento de la ciencia jurídica, es la transformación cultural que la sociedad romana experimentó en virtud de sus circunstancias históricas.

En Roma se gestaba entonces la *Pax Romana* o *Augustea* y estaba próximo el inicio de la época de mayor esplendor de la cultura romana. La grandeza de Roma pronto abriría los ojos a la luz del mundo; había tocado fondo, era hora de salir a flote, como sólo los romanos podían hacerlo: como los grandes.

d) Cultural: Roma fue teniendo contacto con los pueblos que iba conquistando, debido a que independientemente del motivo último que tuviera para avanzar continuamente sobre nuevos territorios, en la mayoría de los casos prefería los tratados de alianza y las sociedades que la guerra como tal.⁷⁰⁷

La anterior situación explica la pervivencia de diversas culturas en territorios bajo el dominio romano. De hecho, esos tratados implicaban respeto a sus instituciones sociales, políticas, jurídicas y religiosas, por lo que el control de Roma era manteniendo el orden y la estabilidad mediante representantes del gobierno.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 43. Considerando jurídicamente, este gigantesco imperio constituía un sistema extraordinariamente complicado, un complejo de alianzas y situaciones de dependencia de carácter muy diverso, cuyo centro era el estado ciudad Roma. Este sistema fue el resultado de un método político genial.

⁷⁰⁸ Cfr. Grimal, *op. cit.* p.14. Los romanos no se batían por saquear o por anexionarse territorios respecto a ellos, y preferían siempre un tratado o una alianza formal a una guerra. ¡Singulares conquistadores, que deseaban, ante todo, la paz! Conquistadores a pesar de ellos mismos, que, en cada batalla, apostaban doble o nada.

Históricamente, a partir de las Guerras Púnicas, “la vida del pueblo romano en lo exterior se dirige hacia la conquista de la hegemonía mundial y en lo interior, al florecimiento de la cultura romana”.⁷⁰⁹

Tal como lo expresa Mary Beard, culturalmente había un cisma:

La ciudad de Roma estaba a punto de dejar de ser una madriguera de conejos sin planificación alguna para transformarse en la impresionante capital que todos tenemos en mente.⁷¹⁰

En este escenario, destaca uno de los encuentros que marcaron la historia no sólo de Roma, sino de la humanidad: el que tuvo con Grecia. Es importante recordar que la región del sur de la Península Itálica y Sicilia dominada por Roma a través de las Guerras Pírricas estaba habitada por colonias griegas desde el s. VIII a.C., razón por la que dichos territorios recibieron el nombre de Magna Grecia.

Por lo que al margen de que el primer contacto cultural entre romanos y griegos hubiera sido en la época arcaica a través del pueblo etrusco, son las Guerras Pírricas el evento que marcó el inicio del contacto directo entre Roma y Grecia, que se incrementó con la salida y dominio del pueblo romano al mediterráneo oriental. Dicho contacto cambiaría de nuevo el modo de ser romano incluyendo el Derecho, mismo que se perfilaba hacia el surgimiento de la ciencia jurídica romana.

El inicio de ese determinante encuentro, puede ubicarse después de la conclusión de la segunda guerra púnica (201 a.C.), cuando las fuerzas romanas hicieron presencia por vez primera en tierras griegas y los romanos entraron en contacto con el mundo helenístico. Abriéndose así un nuevo capítulo de la historia política y social de la Roma antigua: sus relaciones con Oriente.⁷¹¹

⁷⁰⁹ Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §1.

⁷¹⁰ *Idem.*

⁷¹¹ *Cfr. Bravo, op. cit.* p. 46.

Capítulo Cuarto. El *Ius*: Polimatía e interdisciplinariedad de cara al helenismo

La historia de Roma nos permite afirmar que su derecho se fue construyendo al mismo tiempo que su sociedad, llegando a su apoteosis con el surgimiento del Derecho Romano clásico, el *Ius*.

Éste ha sido sinónimo de ciencia jurídica y *praxis* jurisprudencial, debiendo ser estudiado, analizado y comprendido como un producto cultural de la sociedad en la que se gestó a través de siglos.

Paolo Grossi establece que “la historicidad es carácter esencial del Derecho, porque es un material social y cultural extraordinariamente adecuado para ser observado y evaluado históricamente”.⁷¹²

En esa línea de pensamiento “los jurisperitos romanos entendieron al Derecho como organización, estructura, situación de la misma sociedad en la que se desarrolla y que lo constituye como unidad”.⁷¹³

El *Ius* fue una de las manifestaciones primarias de la más alta cultura romana, que sigue y seguirá siendo digna de estudio y análisis para alcanzar la comprensión de la naturaleza del Derecho.

El *Ius*, durante su creación, crecimiento y consolidación, dio prueba plena de la idiosincrasia de sus *patres* y del pueblo romano, misma que se reflejó en su interdisciplinariedad, dando lugar a que se enriqueciera de realidades y circunstancias propias y extrañas, pero siempre útiles y provechosas.

Para llevar a cabo su *magnum opus*, los jurisperitos no se limitaron al estudio de las disposiciones legales vigentes, sino que se nutrieron de todo aquello

⁷¹² Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 44.

⁷¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

que pudiera abonar a su conocimiento; convirtiendo el saber al que se dedicaron en una ciencia práctica en constante movimiento definida por el jurista Celso como “el arte de lo bueno y de lo equitativo”.

Esa movilidad provenía principalmente de las diversas realidades humanas a las que se dirigía, trayendo aparejada la consecuente tipicidad de cada caso en específico, lo que exigía del jurista conocer no sólo la norma existente o sus fuentes de creación, sino que era indispensable saber de otras artes y disciplinas que determinaban y alimentaban dichas realidades.

Lo anterior da razón de por qué los juristas fueron eruditos que comprendieron que el Derecho era mucho más que el puro acto legislativo, pues se trataba de una ciencia práctica alimentada de diversas disciplinas que convergían en las realidades humanas, de las que surgía el caso concreto que exigía respuesta jurídica, es decir, “el dar a cada uno lo suyo”.

Parte importante de esas disciplinas que enriquecieron el saber de los jurisperitos y que sirvieron para dar fondo y forma al *Ius* fueron conocidas y aprendidas a partir (y a través) del contacto que Roma tuvo con el mundo heleno.

No hay duda de que el encuentro con Grecia marcó el camino de Roma y viceversa, surgiendo los clásicos grecorromanos que modificarían a su vez el destino de la humanidad.

La injerencia que a raíz de ese encuentro tuvo el helenismo en el *Ius* marcó su trascendencia y majestuosidad, siendo parte del detonante de la revolución jurídico-romana, convirtiéndose en una de las más destacadas fuentes reales del *Ius*. Dicho de otro modo, lo griego fue un elemento fundamental que Roma utilizó para dar origen a la ciencia jurídica.

Respecto de la importancia de las fuentes materiales, recordemos lo que Fustel de Coulanges señala:

La historia no estudia solamente los hechos materiales y las instituciones; su verdadero objeto de estudio es el alma humana: debe aspirar a conocer lo que esta alma ha creído, ha pensado, ha sentido en las diferentes edades de la vida del género humano.⁷¹⁴

Ya sabemos que los romanos fueron prácticos en todos los sentidos, tuvieron una enorme capacidad de irse adaptando y modelando su modo de ser a las circunstancias que determinaban sus vidas, pero reverenciando y reconociendo su pasado del que siempre se sintieron orgullosos y dignos depositarios, porque para ellos eso era elemento esencial de su realidad. Iglesias dice que:

El romano no especula, no mira desde la atalaya. Su razonar se produce aquí abajo. Actúa a ras de suelo, tratando de arrancar a la naturaleza su ser vivo y bullente. Todo menos forzar la realidad para que hable un lenguaje que no es el suyo. Todo menos que someterla a los caprichosos y tornadizos juegos de la imaginación.⁷¹⁵

Ese modo de ser romano imprime mayor valor a las fuentes reales porque el *Ius* surgió en medio de esas circunstancias que determinaban sus realidades, y que, a su vez, no sólo permeaban el derecho, sino que daban contenido a otras disciplinas que era necesario comprender porque se entrecruzaban con el derecho y le aportaban dándole sentido de utilidad.

Siguiendo a del Arenal, cabe aclarar que si el destacar la importancia del helenismo aparentara reducir esta investigación a una historia de las ideas en torno a la ciencia del derecho, o a una historia de la filosofía, del arte o de la sociología, o simplemente a la historia de un pueblo, habría que hacer énfasis en la aclaración de que no es así, debido a que justo en las épocas de mayor crisis como la que vivía Roma en el siglo I a.C., “los órdenes jurídicos vigentes y quienes gozan de autoridad y/o poder para modificarlos y engrandecerlos, recurren a los filósofos, historiadores y pensadores en general, para enriquecer su ciencia y sacarla de la oscuridad. Probando que el derecho, es y será siempre una ciencia interdisciplinaria, situación que la fortalece dándole contenido y sentido”.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Coulanges, *op. cit.* p. 85.

⁷¹⁵ Iglesias, *Derecho... cit.* p. 92.

⁷¹⁶ Cfr. Arenal Fenochio, *Historia Mínima... cit.* p. 17.

Es por lo que el estudio de la historia, la filosofía, la sociología, la economía y hasta la psicología o la religión en relación con el derecho, no debe generar confusión respecto del fin último, que es el conocimiento de la ciencia jurídica y su desarrollo. Entendiendo que la ciencia jurídica nació autónoma pero inmersa en la interdisciplinariedad, que conlleva al conocimiento de la naturaleza del ser humano, visto como el destinatario natural del *Ius*.

El *Ius* así considerado no sólo es creación de normas, instituciones, elaboración de términos y conceptos que aún hoy influyen nuestro modo de ser jurídico; sino que, además, gracias a la historia y a la filosofía que lo nutrieron y lo hicieron ser lo que es.

El *Ius* fue producto de los juristas, que conocían antes que nada la historia de Roma desde su fundación, pasando por el conflicto patricio vs. plebeyo, el nacimiento de la República y la ley decenviral, el surgimiento de las magistraturas y su *Ius honorum*, las asambleas populares y su *Ius sufragii*, el pretor urbano y peregrino con su *Iuris dictio* y su *Ius edicendi*, la expansión territorial de Roma y las necesidades creadas en los nuevos territorios, el *Ius civile romanorum*, el *Ius honorarium* y el *Ius gentium*, el *Ius publicum* y el *Ius privatum*, el *Ius* y el *fas*, la constitución de las *domus*, de las *gens*, de los municipios, colonias y provincias, y de todo aquello que confluía en lo que ya se perfilaba como el gran Imperio Romano: la historia que marcaba el primer elemento esencial para comprender las realidades humanas a las que se dirigía la ciencia jurídica.

Entender el mundo que prevalecía en el s. I a.C. en el que apareció el *Ius* es sumar elementos en favor de la comprensión de ese histórico momento que se convirtió en un paradigma sempiterno que ha alumbrado diversos sistemas jurídicos, incluyendo el mexicano.

El origen del *Ius* no fue el legislador, ni la codificación, ni la compilación justinianea, sino el pensamiento de los juristas. El *Ius* fue un derecho jurisprudencial

elaborado por quienes se distinguían y eran reconocidos por su *auctoritas* para ser dignos depositarios de un saber prestigioso: la *iuris scientia*.

Sabiendo que “el Derecho Romano, ante todo, es un derecho consuetudinario viviente, de estructura casuística ordenado por los juristas”.⁷¹⁷ Se comprende que si los juristas fueron los protagonistas de la cultura civil y jurídica, es necesario analizar e historiar lo que vivieron para entender su creación, ya que su obra no pudo haber nacido ajena a su realidad porque no puede darse lo que no se tiene, ni transmitirse lo que no se sabe.

“Ignorar lo anterior, podría implicar un riesgo, ya que el fenómeno jurídico sufriría una odiosa y antinatural separación de la complejidad de la realidad social en la que nace y vive. Dicho riesgo sería enorme porque se dejaría de percibir su historicidad que es la esencia misma del derecho, por ser expresión natural e inseparable de la comunidad que lo produce”.⁷¹⁸

Según lo prevé Schiavone, el pensamiento de los juristas romanos debe ser analizado desde las condiciones y modalidades que permitieron su surgimiento, y luego orientaron el desarrollo de sus paradigmas conceptuales. Planteando, además, la posibilidad de un desciframiento de los elementos que explican sus características y actitudes; y que le otorgaron rasgos que han hecho, en definitiva, que la razón jurídica de Occidente haya sido la que es.⁷¹⁹

Tal como lo sostuvo Hans Fehr, es necesario hacer más historia espiritual:

A la historia del Derecho no sólo le corresponde conocer lo que se halla expresado en leyes, libros de Derecho, fueros territoriales y locales, sentencias y decisiones de toda clase. Debe llegar hasta el pueblo. Debe explicar las convicciones jurídicas del pueblo. Debe ver si el derecho legislado correspondió al sentir jurídico colectivo, si fue aplicado en realidad, seguido verdaderamente. La historia del Derecho necesita

⁷¹⁷ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 48.

⁷¹⁸ Cfr. Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 41.

⁷¹⁹ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 50.

hacer ver claramente lo que pensaron e hicieron los que vivían en el mundo y cómo vivió y laboró el derecho entre ellos.⁷²⁰

En este orden de ideas, el intento por reconstruir el trasfondo de la historia, así como de las ideas filosóficas, políticas, religiosas o económicas de las cuales el pensamiento jurídico es su expresión, igualmente importante es analizar las instituciones jurídicas y los conceptos que los romanos nos han legado y que crearon a partir de esas ideas.

Sin esos conocimientos e ideas, sin ese *modus vivendi* de los juristas, que determinó un modo de ser cultural idóneo y que estaba absolutamente imbuido en el helenismo, la construcción jurídica no hubiera resultado en lo mismo.

Entender ese modo de ser cultural es importante porque el genio de los primeros juristas, traspasó el espacio y el tiempo, ya que los jurisconsultos de la clásica central, y posteriormente los de la clásica tardía, entre los que destacan Papiniano, Ulpiano, Paulo y en general, la gran mayoría de los mencionados en la lista de alrededor de 40 juristas citados en el Digesto, fueron influenciados por el pensamiento de los pioneros del *Ius*.

Frente a la interdisciplinariedad del Derecho Romano, la historia se convierte en elemento *sine qua non* para comprender y entender, qué fue lo que dio forma y contenido al sistema jurídico de ese momento universalmente histórico, para la ciencia del derecho.

Siendo así y con el fin de sumar a la comprensión del paradigma jurídico romano, debemos de tener en cuenta aquello que se atribuye a Maquiavelo: “Todo aquel que desee saber qué ocurrirá debe examinar qué ha ocurrido, pues todas las cosas de este mundo, en cualquier época, tienen su réplica en la antigüedad”.

⁷²⁰ Citado por Solar Rojas, *op. cit.* p. 70.

Y así como el estudio filosófico debe iniciar en la Grecia antigua, el estudio jurídico debe arrancar en Roma clásica considerando sus antecedentes, para después comprender el surgimiento del *Ius* como elemento esencial de su cultura. Como el pináculo de la misma y una de las máximas expresiones del modo de ser romano.

4.1. Roma y Oriente

De Oriente es importante recordar que la muerte de Alejandro Magno (323 a.C.) no sólo marcó el inicio del helenismo, sino también el fraccionamiento de su imperio en una serie de unidades políticas entre las que destacaban Egipto, Macedonia y el imperio Seléucida.

Tito Livio establece que: “Los macedonios que ocuparon Alejandría, Seleucia, Babilonia y todas sus otras colonias por todo el mundo, han degenerado en sirios, partos y egipcios”.⁷²¹

En relación con Roma, cabe destacar que desde la batalla contra Pirro de Epiro (280 a.C.), a quien Tarento (*polis* de la Magna Grecia) solicitó apoyo para la guerra que Roma le declaró, y que históricamente se conoce como Guerras Pírricas, y hasta 146 a.C., año en el que los romanos destruyeron Cartago y Corinto, hubo una continuidad en las batallas sostenidas por los romanos con los pueblos considerados orientales, aunada a la guerra que sostenían con sus enemigos cartagineses.

Sin ánimo de historiar todo lo sucedido militarmente entre Oriente y Roma, es primordial destacar algunos aspectos que son trascendentales para comprender la forma en la que Roma llegó al mundo heleno, del que tanto se sirvió, al grado de convertirlo, hacia finales de la República, en uno de los más importantes factores que provocó el surgimiento de un nuevo modo de ser romano.

⁷²¹ Tito Livio, *Historia de Roma...* cit. XXXVIII, 17.

La primera vez que Roma cruzó el Adriático y pisó tierras orientales fue mediante las Guerras Ilirias (229-219 a.C.), con el fin de controlar el pirataje en dicho mar, y que concluyeron con el surgimiento de un protectorado. Al respecto, Polibio establece:

Y gracias al mencionado acuerdo (tratado celebrado entre Roma e Iliria -229 a.C.-), en adelante se vieron los griegos exentos de un considerable motivo de temor. Pues ocurría que a la sazón los ilirios se habían convertido en enemigos no de algunos de ellos, sino de todos. Tal fue la ocasión y tales las causas del primer paso armado de los romanos a Iliria y las regiones circundantes de Europa, y también de las primeras relaciones diplomáticas con países del Héléade. Y a partir de aquí, pronto los romanos enviaron otras embajadas a los corintios y los atenienses, con motivo de lo cual los corintos aceptaron por primera vez la participación de los romanos en los juegos Ístmicos.⁷²²

Es de destacar que la política entre los pueblos helenos era absolutamente expansionista, y que Filipo V de Macedonia, sabiendo las complicaciones en las que los cartagineses habían metido a los romanos derivadas de diversas batallas de la Segunda Guerra Púnica,⁷²³ quiso extender su territorio al protectorado romano de Iliria, en donde Demetrio de Faro causaba problemas a Roma:

Pues a la sazón Demetrio de Faro, con olvido de los favores que previamente le había dispensado Roma, se conducía con una arrogancia nutrida por la alarma que primero los galos y después Cartago habían despertado en Roma.⁷²⁴

Roma triunfó y recuperó su protectorado sobre Iliria. Demetrio por su parte huyó a Macedonia, en donde lo acogió Filipo V, quien en 215 a.C. negoció con Aníbal ayuda militar a cambio de una garantía diplomática en Iliria.⁷²⁵

Fue así como se inició la primera de las tres Guerras Macedónicas (214-168 a.C.). Para este momento histórico, en la Grecia continental resaltaba como

⁷²² Polibio, *op. cit.* II, 12.

⁷²³ Entre las que destacó la batalla de Cannas (216 a.C.) en la que fue derrotado el ejército romano bajo el consulado de Cayo Terencio Varrón y Lucio Emilio Paulo, frente a las tropas púnicas al mando de Aníbal Barca.

⁷²⁴ Polibio, *op. cit.* III, 16.

⁷²⁵ Roldán, José Manuel, *El imperialismo romano. Roma y la conquista del mundo mediterráneo*, Madrid, Editorial Síntesis, 1994, p. 68.

potencia militar Macedonia, siendo que las demás *póleis* griegas desarrollaron la tendencia al régimen federal reuniéndose en ligas, destacando la etolia y aquea:⁷²⁶ la primera, enemiga natural de Macedonia, la última, su aliada incondicional.

Al respecto, Polibio menciona que cuando Filipo V recibió noticias del triunfo que Cartago había obtenido sobre Roma, Demetrio, antiguo líder de Iliria afirmó:

En lo relativo a Grecia, toda ella se plegaba a las órdenes de Filipo ya ahora y se plegaría en lo sucesivo, con los aqueos afectos por voluntad propia a su persona y los etolios intimidados por los percances sobrevenidos en la presente guerra. El paso a Italia y a las regiones de aquella zona, por otro parte, iniciaría la empresa de la supremacía universal, empresa que a nadie cuadraba tanto como a él. Y el momento era ahora cuando los romanos yacían abatidos.⁷²⁷

Ante el asedio de Macedonia a Iliria y la imposibilidad de atender el asunto por la guerra que sostenía con Cartago, Roma se acercó a la Liga Etolia con la que firmó un tratado de apoyo militar contra Macedonia, mismo que le fue imposible cumplir, lo que derivó en la derrota de los etolios frente a Macedonia.

Aun así, “dicho tratado es considerado la primera inserción activa del estado itálico en los asuntos griegos”,⁷²⁸ que también se traduce en un elemento de naturaleza jurídica que justifica la relación entre Roma y algunas entidades orientales.

Para estar en condiciones de vencer a Cartago sin tener otras distracciones, Roma necesitaba controlar la situación en Oriente. De modo tal que en 205 a.C. firmó la paz de Fénice con Macedonia, quien se quedaba a cargo de diversas ciudades griegas, destacando los aqueos, Bitinia, Beocia y Tesalia.⁷²⁹

⁷²⁶ La liga etolia se expandió por Grecia central y controlaba el santuario de Delfos, pretendiendo ser un verdadero estado nacional, aliada de Macedonia. La liga aquea era una confederación de ciudades autónomas, que se alineo con Esparta y llegó a convertirse en la tercera fuerza de Grecia, incluyendo grandes comunidades del Peloponeso, entre las que destaca Corinto. *Cfr. Ibidem*, pp. 82 y 83.

⁷²⁷ Polibio, *op. cit.* V, 101. La derrota referida es la de la batalla del Lago Trasimeno en 217 a.C.

⁷²⁸ *Cfr. Roldán, op. cit.* p. 86.

⁷²⁹ Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* XXIX, 12.

En dicho tratado, del lado de Roma aparecían los *amici*, cuya inclusión era voluntaria; “los mismos eran Pérgamo, a través de su rey Atalo; Esparta; Élide; Mesenia; el rey ilirio Pleurato; los lacedemonios; Atenas e Ilión”.⁷³⁰

El referido tratado es jurídicamente trascendental para comprender la intervención de Roma en una serie de conflictos en Oriente que terminaron por hacerla su dueña, porque la intromisión de Roma ya no sería arbitraria, o sin fundamento, sino que correspondería al apoyo que estaba obligada a dar a sus *amici*.

Pese a la paz de Fénice, Macedonia insistió en su afán expansionista. Mientras tanto los etolios, Rodas y Pérgamo (201 a.C.) solicitaron apoyo a Roma, quien envió una comisión a Filipo para exhortarlo a que no causara daño a los griegos, y a dar cuenta ante jueces equitativos de su conducta injusta con Atalo.⁷³¹ Iniciándose así a la Segunda Guerra Macedónica.

Dicha guerra concluyó con el éxito de Roma y el final de Macedonia como potencia griega en el año 197 a.C. Al respecto Tito Livio señala:

...se concedió la paz en los siguientes términos: todas las ciudades griegas de Europa y Asia deberían ser libres e independientes; Filipo retiraría todas sus guarniciones de aquellas que habían estado bajo su dominio y, tras su evacuación las entregaría a los romanos antes de la fecha establecida para los juegos Ístmicos... Filipo también debía devolver todos los prisioneros y desertores a los romanos, y entregar todas sus naves cubiertas, menos cinco... Su ejército nunca excedería de cinco mil hombres y no se le permitiría tener un solo elefante, ni tampoco hacer la guerra más allá de sus fronteras sin la autorización expresa del Senado. La indemnización que debía pagar ascendía a mil talentos... como garantía de la observancia de estas condiciones los romanos tomaron diez rehenes, entre los que se encontraba Demetrio, hijo de Filipo...⁷³²

En la inauguración de los Juegos Ístmicos, se anunció que el senado de Roma y Tito Quincio, su general, habían vencido al rey Filipo y a los macedonios,

⁷³⁰ Cfr. *Idem*.

⁷³¹ Cfr. Roldán, *op. cit.* p. 90.

⁷³² Tito Livio, *Historia de Roma... cit.* XXIII, 30.

decretando que todos los pueblos que habían estado bajo el dominio de dicho rey serían libres y quedaban liberados del pago de tributos, viviendo bajo sus propias leyes.⁷³³

Tito Livio refiere que la alegría fue de tal magnitud, que se expresaba en pensamientos y palabras de gratitud, tales como:

Hay una nación –decían las gentes- que, a su propia costa, por su propio esfuerzo y a su propio riesgo ha ido a la guerra en nombre de la libertad de otros. No prestan este servicio a los que están al otro lado de sus fronteras, ni a los pueblos de estados vecinos o a los que viven en su mismo continente, sino que cruzan los mares para que en parte alguna del mundo pueda existir la injusticia y la tiranía, y para que el derecho y la ley divina y humana prevalezcan en todas partes. Mediante este simple anuncio pregonero, todas las ciudades de Grecia y Asia recuperan su libertad. Era preciso un espíritu audaz para haberse propuesto un fin como este; el haberlo llevado a cabo es prueba de un valor excepcional y una extraordinaria buena suerte.⁷³⁴

Posteriormente, Roma vencía a Esparta y hacia el 194 a.C. se retiraba de Grecia en cumplimiento de su palabra, pero poco después se inició un nuevo conflicto entre Roma y Siria, representada por el rey seléucida Antíoco III, que concluyó con su derrota absoluta en 189 a.C., firmando al año siguiente la paz de Apamea.

La derrota de los seléucidas representó el fin de la segunda potencia militar del mundo helenístico. Hemos mencionado que tres fuerzas habían destacado a la muerte de Alejandro Magno: de las que Macedonia y los sirios ya habían sido derrotadas, sólo quedaba Egipto.

Es en este momento histórico cuando más claramente Roma dejó sentir uno de sus principios básicos de dominación sobre otros territorios: *"divide et impera"*. Pues ahora el mundo helénico estaba compuesto por muchos pequeños estados, sin que ninguno llegara a constituir una potencia militar que pudiera enfrentar a los

⁷³³ *Ibidem*, 32.

⁷³⁴ *Ibidem*, 33.

romanos, aunado a que gran parte de dichas entidades, guardaban respeto a Roma, ya fuera por temor, por gratitud o por conveniencia.

Fue así como la ciudad de Roma se convirtió entonces en el verdadero centro del mundo helenístico.⁷³⁵ Esta nueva situación cambiaría el rumbo, tanto de los estados helenos como de la propia Roma.

Posteriormente se desarrollaron otros conflictos bélicos con Esparta y nuevamente con Macedonia y su rey Perseo, dando lugar a la Tercera Guerra Macedónica que se definió con el triunfo romano en la batalla de Pidna 168 a.C. y concluyó definitivamente con la declaración de Macedonia como la primera provincia romana de Oriente en 148 a.C.

Los campos de Pidna habían visto al último imperio que aún quedaba independiente en el universo civilizado combatir contra Roma con armas iguales... En adelante, el mundo civilizado reconoció en el senado romano su jurisdicción suprema.⁷³⁶

En 147-46 a.C., tras los conflictos sostenidos por integrantes de la Liga Aquea (conocidos como guerra aquea) Roma declaraba libres e independientes de la confederación a Argos, Esparta y Corinto entre otras, lo cual provocó la furia de Corinto, que declaró la guerra a Esparta.

Roma decidió dar un ejemplar escarmiento a todos en el mundo helénico, sumado al que ya había dado en Occidente, dejando claro el poder que le amparaba, por el cual sus mandatos no estaban sujetos a negociaciones o incumplimientos. Fue así como, unos meses después de la destrucción de Cartago, los romanos también saqueaban y derruían Corinto.

Mary Beard nos dice que “independientemente de las motivaciones que subyacían tras la violencia del 146 a.C. (refiriéndose a Cartago y Corinto), los

⁷³⁵ Cfr. Roldán, *op. cit.* p. 103.

⁷³⁶ Mommsen, citando a Polibio, afirma que es precisamente la batalla de Pidna en donde Roma corona su poderío universal. Mommsen, *Historia de Roma, III... cit.* pp. 446-47.

acontecimientos de aquel año pronto se consideraron como un punto de inflexión. En cierto modo marcaron el cénit del éxito militar romano. Ahora Roma había aniquilado a sus rivales más antiguos, ricos y poderosos del mundo mediterráneo”.⁷³⁷

Las relaciones entre los pueblos helenos y Roma se transformaban, entonces, bajo el *imperium* y el *dominium* de quien se convertía en dueña y señora de gran parte de lo considerado entonces el mundo entero. Roma dominaba Grecia, al menos militar, política y territorialmente.

En adelante, “todos los estados griegos quedaron sujetos a la clientela romana. Roma, heredera de los herederos de Alejandro, reinaba como soberana en todo el Imperio de aquel héroe. De todas partes afluían reyes y embajadores a hacer sus votos por la felicidad de la gran ciudad”.⁷³⁸

Fue así como los conflictos entre las diversas *póleis* griegas que nunca lograron una cohesión política que se tradujera en estabilidad, aunada a los intereses expansionistas que llevaron a unos y otros a celebrar diversos acuerdos y tratados, seguidas de sus respectivas traiciones, provocaron que Roma no volviera a salir de Oriente. Haciéndolo parte de su territorio, que crecía de modo inconmesurado y anunciaba la decadencia natural del régimen republicano, para dar inicio al Principado o Diarquía, sistema político que permitiría la sutil transformación de la República en el Imperio Romano o Dominado.

La genialidad de la política expansionista romana, que se dejó sentir claramente en el mundo oriental tuvo como base lo que Kunkel resume en tres principios básicos:⁷³⁹

⁷³⁷ Beard, *op. cit.* p. 225.

⁷³⁸ Cfr. Mommsen, *Historia de Roma, III... cit.* p. 476.

⁷³⁹ Véase, Kunkel, *op. cit.* pp. 42-44.

- *Divide et impera*; Roma destruyó unidades políticas, cuya existencia hubiera sido peligrosa para la dominación romana. No se toleraron alianzas de los aliados y súbditos de Roma entre sí, del tal modo que cada una de las comunidades dependientes sólo se encontraba en relación jurídica con Roma, faltando toda conexión periférica en el sistema romano de alianzas.

Sólo era posible serle leal a Roma, cualquier otra lealtad corría el riesgo de ser considerada como traición.

- Independientemente de las razones que hubiera para ello, Roma permitió que los súbditos, en la medida de lo posible, llevaran por sí mismos sus asuntos internos; que conservaran, si ello era factible, la administración autónoma y el derecho propio. Tuvo además, una amplia tolerancia religiosa.

Punto trascendental, debido a que la libertad referida, será ingrediente *sine qua non* del surgimiento del Derecho Romano clásico, que resultó permeado por las diferentes realidades sociales inmersas en situaciones jurídicas tan nuevas, como la fisonomía que Roma adquiría.

- La tendencia a consolidar firmemente los territorios sometidos. Esto repercutió en un redondeamiento de las fronteras del imperio y en la red de carreteras estratégicas y puertos fortificados con que se circundó a Italia y a las provincias fronterizas.

De este principio de dominación imperialista romano deriva la muy famosa frase: “Todos los caminos llevan a Roma”,⁷⁴⁰ así como de la existencia, aun en la actualidad del famoso “punto cero” en diversas ciudades del mundo.

Después de Corinto, Roma estaba totalmente inmersa ya en el mundo helénico, mismo que haría suyo, para dar paso a la romanización helénica y/o a la

⁷⁴⁰ Información consultable en: Inventos de la Antigua Roma que aún utilizamos. Muy Interesante, abril, 2020, <https://www.muyinteresante.es/historia/31305.html>

helenización de Roma. Rendido el mundo oriental ante Roma, conseguía la pacificación que tanto había soñado. Aunque sin lograrlo, inyectaba su esencia en esa nueva filiación que Roma adquiriría, al poner en práctica, una vez más, su criterio de lo conveniente. Esta vez haciendo suyo ese mundo helénico que tanto le cautivó.

Sucedía entonces, uno de los más relevantes casos de mimetización cultural, siempre digno de ser estudiado y analizado, debido a que sentó las bases de lo que hoy conocemos como “cultura occidental”, permeando todos los aspectos de la vida humana, de la que el derecho no escapó, sino que, por el contrario resultó altamente beneficiado.

Fueron de tal magnitud los acontecimientos brevemente descritos y que tienen relación con la expansión de Roma, que la misma fue comprendida por Polibio como el preludio de una historia universal:

Pues en tiempos anteriores ocurría que los asuntos del mundo estaban, por así decirlo, separados, ya que cada empresa tenía su propio arranque y aun su propia culminación, e igualmente se desarrollaba en un marco espacial propio. Pero a partir de los sucesos mencionados, la historia viene a presentarse como algo orgánico, de manera que los acontecimientos de Italia y Libia se entrelazan con los de Asia y Grecia y todos concurren a un mismo fin.⁷⁴¹

4.1.1. Roma y el helenismo. Historia de una doble conquista

El helenismo⁷⁴² abarca el lapso comprendido de la muerte de Alejandro Magno (323 a.C.) a la batalla de Accio (31 a.C.) o el suicidio de Cleopatra (30 a.C.), durante el cual surgió un específico modo cultural de ser. Se diseminó lo griego a lo largo de prácticamente todo el mundo antiguo, provocando su reinvención debido a

⁷⁴¹ Polibio, *op. cit.* libro I,3.

⁷⁴² Es importante la consideración de que el helenismo como un período independiente dentro de la Historia Antigua es una aportación del historiador alemán Johann Gustav Droysen (1808-1884). A él hay que agradecer que la época que siguió al final de la cultura de la *polis* griega clásica en el siglo IV y anterior al comienzo del dominio romano, sobre toda la cuenca del Mediterráneo no fuera concebida sólo como un apéndice decadente de la historia griega, sino como una época con contornos propios y creaciones importantes para la historia de la humanidad. Véase, Heiner, Heinz, *Historia del helenismo. De Alejandro a Cleopatra*, trad. Elena Bombin Izquierdo, revisada por Luis Ballesteros Pastor, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 10.

la influencia y extensión de la cultura griega (de los helenos como ellos se auto llamaban por ser habitantes de la Hélade) en los demás pueblos de la antigüedad.

Ahora bien, aun cuando históricamente se establecen las fechas antes mencionadas para su delimitación, es importante tener en cuenta que, en la realidad histórica, esto puede llegar a ser un tanto cuestionable, debido a que atendiendo a la *praxis* pareciera que no existe fecha precisa en la que el helenismo hubiera concluido.

Al respecto Heiner establece:

Pero aún más difícil que señalar el principio del helenismo con fechas precisas sería señalar su final. La cultura helenística sobrevivió no sólo en las provincias orientales del Imperio Romano, sino que también irradió al oeste del imperio con gran intensidad... Solo la victoria del cristianismo en el siglo IV marcó el comienzo de una nueva época, no sólo en el sentido de la historia de las ideas.⁷⁴³

Como lo manifiesta Grimal,⁷⁴⁴ el helenismo es “sin duda una civilización griega, pero adoptada y asimilada por poblaciones y reinos que poco tiempo antes eran extraños”. En este sentido, es importante comprender que para este momento histórico el concepto griego o Grecia no era territorial, sino cultural y, por tanto, estaba diseminado en todos los territorios del mundo antiguo en donde hubiera personas de origen griego. Lo mismo en la península de los Balcanes, que en la Magna Grecia, o en territorios de Asia.⁷⁴⁵

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 104.

⁷⁴⁴ *Cfr. Grimal, op. cit.* pp. 152 y 153.

⁷⁴⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 112. Al ascenso de Roma responde, en Oriente, el desgaste recíproco, la destrucción mutua de los reinos. Pero lo que es cierto en el orden político no lo es en el de la vida espiritual y, más generalmente, de la civilización y por una paradoja se advierte que la desintegración política del Oriente favoreció la supervivencia de un pensamiento y de unas formas de vida que no debían nada, o muy poco, a los Estados como tales. En el mundo helenístico, el marco de la ciudad sigue siendo, en la mayoría de las ciudades helenizadas, el marco espiritual, cuando la ciudad no tiene ya importancia política; inversamente, es cuando las realidades espirituales tienden a trascender la ciudad, no piden ayuda al reino o a la confederación, sino que avanzan sin preocuparse de las fronteras ni de los imperios

En el pensamiento griego, “el ideal de la *polis* había sido sustituido por el ideal cosmopolita (el mundo entero es una *polis*), y al hombre ciudadano le había sustituido el hombre individuo. Hubo una concepción del hombre en una dimensión de igualitarismo universal”.⁷⁴⁶

En palabras de Heiner:

Los griegos, tras la caída de su *polis*, dejaron de fundamentar su cultura en la ciudad; ahora el griego llevaba consigo su patria, como concepto supra territorial. Además, gracias al impulso que Alejandro Magno había dado al mundo helénico, el genio griego representaba un admirable instrumento de poder para quien sabía utilizarlo: de Grecia procedían los mejores soldados, arquitectos, escultores, poetas, filósofos, legisladores, comerciantes, y en general, todos los hombres hábiles para sacar, en todos los terrenos, el mejor partido posible de los recursos del espíritu humano, así como para dar un sentido a la vida y al esfuerzo de los pueblos.⁷⁴⁷

La helenización implicaba que, en el mundo antiguo y sobre todo con dirección oriental, prácticamente todo tuviera connotación griega. Entonces, esta cultura era una especie de sinónimo de “modernidad”, que se traducía en un elemento inmaterial basado en lo cultural, lo artístico y lo espiritual, el cual de algún modo cohesionaba y daba unidad al llamado “mundo panhelénico”, con el que Roma se encontraría y al cual consolidaría territorial, material y políticamente.

La helenización es una civilización, que cohesionada en virtud de los elementos que aporta la cultura griega, tales como la lengua común (*koiné*) y la filosofía, generó, una cultura específica que facilitó el nuevo modo de ser oriental.

“En la antigüedad el término *hellenismos* designaba el dominio de la lengua griega y también la adopción de la cultura y la realidad griegas”.⁷⁴⁸

De suyo, el helenismo representó una internacionalización de lo griego por todo el Oriente, movimiento que se continuó en Roma, tomando un nuevo matiz,

⁷⁴⁶ Cfr. Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia de la Filosofía. I. De la antigüedad a la edad media*, trad. Juan Andrés Iglesias, et al. España, Herder, 2010, p. 251.

⁷⁴⁷ Heiner, Heinz, *op. cit.* p. 8.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

que sería el sello distintivo que Roma le aportó, y que generó lo que podemos llamar romanización del helenismo. Cuando Roma tuvo contacto con ese modo de ser cultural lo hizo suyo y lo fue adaptando a sus circunstancias, tomando todo aquello que de ese movimiento le fuera útil para reafirmar y aumentar su grandeza.

Según lo establecen Paul Petit y André Laronde:

En conjunto, gracias a la difusión de elementos griegos se forjó una civilización común, una *koiné*: la facilidad relativa de las comunicaciones, el uso generalizado de la lengua, que los nativos aprendían para levantarse social y materialmente, la tendencia a uniformar la legislación y las prácticas de vida familiar y doméstica, según las normas helénicas, el gusto casi universalmente extendido de un modo de vida a la griega, en las ciudades edificadas la mayoría de las veces siguiendo el plan hipodámico, en escaque, donde encontramos los mismos monumentos característicos: templo, *bouleutería*,⁷⁴⁹ gimnasios y palestras. Todo lo anterior imprimía a la vida social un aspecto a primera vista estereotipado.⁷⁵⁰

Para los griegos era normal marchar hacia lo lejano, el extrañamiento por su patria, porque el universo era una única gran *polis*. De ahí que el helenismo diera lugar al surgimiento de una civilización multicultural.

El filohelenismo propio de los griegos a partir de la muerte de Alejandro el Grande, se extendió a los demás pueblos de Oriente, a una civilización panhelénica, que no logró cohesionarse política ni territorialmente, tal vez porque la cultura helénica llevaba consigo el ADN que contenía la intención expansionista y la idea de que el mejor gobierno era el que estaba a cargo de una sola persona. Es decir, la monarquía, lo que generó en Oriente la constante lucha por ser “el líder”.

Es por ello que políticamente el helenismo representó el triunfo de la monarquía, generándose por tanto, la falta de cohesión política entre los pueblos helenos.⁷⁵¹ Esto tuvo una doble consecuencia para Roma: la primera fue que allanó el camino a los romanos para dominar y expandir su poder en tierras orientales; la

⁷⁴⁹ Tribunal, sala de consejo.

⁷⁵⁰ Petit, Paul y Laronde, André, *La civilización helenística*, trad. Josefina Anaya. México, Jus, 2008, p. 43.

⁷⁵¹ Véase, *supra*, 4.1. Roma y Oriente.

segunda, es que abonó y apuró a la caída de la república romana, sirviendo de inspiración para la confirmación de la época diárquica e imperial, que conforme trascurría el tiempo, tenía rasgos más nítidos de las monarquías helénicas.

Este último punto es relevante debido a que con él se comprende la conquista mutua entre romanos y griegos, aquellos dominaron militarmente, éstos culturalmente.

“La era helenística, instruida por la filosofía, se desprende del exclusivismo poliade, de estructura compuesta, y el ciudadano se vuelve hacia el cosmopolitismo. Los filósofos estoicos, cínicos y epicúreos se sienten ciudadanos del mundo o individualmente libres, como quiera fuera del marco de la ciudad. Médicos, intelectuales y artistas viajan en busca de cursos y de élites urbanas que los honraran y entretuvieran”.⁷⁵²

Por lo que al aspecto jurídico se refiere, existía una tendencia a uniformar y facilitar las normas jurídicas aplicables, a través de la formación de un derecho panhelénico, de naturaleza ágil e internacional, que facilitaba la actividad comercial.

Cuando Roma descubrió ese mundo helénico, quedó, sin duda, gratamente sorprendida por su cultura, al grado tal que Horacio escribió “*la Grecia vencida había vencido a su bárbaro vencedor*”, refiriéndose a la conquista espiritual, si es que en el campo del espíritu hay victorias y derrotas.⁷⁵³ Lo anterior se traduce en la posibilidad de referirnos, sin temor a equivocarnos, a una helenización de Roma, y no sólo a una romanización helena.

La gestación de la época de Augusto, de la *Pax Romana*, así como el nacimiento y esplendor del Derecho Romano como ciencia práctica, sin duda provinieron del mérito y del genio político y militar de Roma, de su natural practicidad y de su indudable vocación por el orden, el poder y la estabilidad; pero sería

⁷⁵² Petit y Laronde, *op. cit.* p. 45.

⁷⁵³ Cfr. Citado por Grimal, *op. cit.* p. 19.

inverosímil negar que hubo elementos que coadyuvaron a la perfecta amalgama, ingredientes culturales, supra materiales, que aportó Grecia.

Esa doble conquista, en la que Roma, seguramente debido a su nato sentido de la utilidad y pragmatismo, vio la oportunidad de hacer suyo, todo aquello que pudiera significarle enriquecimiento, trajo como consecuencias cambios trascendentales en todos los ámbitos del quehacer humano, incluido el derecho.

El sistema jurídico fue parte de esa transfiguración, en la que Roma sabía que el derecho era el instrumento necesario de orden y estabilidad; Grecia, por otro lado, le aportaría, a partir de sus disciplinas filosóficas, aportaría los elementos que Roma hizo suyos adaptándolos a sus intereses, para crear más que un instrumento de convivencia, una disciplina teórico-práctica de carácter racional encaminada a la búsqueda de la justicia y del bien común, una verdadera ciencia jurídica.

Al respecto, Jaime del Arenal destaca que “la labor realizada por los juristas quienes ya hemos dicho fueron los orquestadores materiales de la ciencia jurídica romana, fue una labor en la que se necesitaron los métodos griegos de la retórica y, sobre todo, de la dialéctica. Estos dos elementos que el helenismo aportó a Roma, hicieron del derecho una ciencia exigente, autónoma y rica en posibilidades”.⁷⁵⁴

Asimismo, Kunkel reconoce que los métodos y las categorías de la labor jurídica sufrieron una profunda transformación en los últimos siglos de la República:

El impulso necesario provino de la toma de contacto con la ciencia griega y, sobre todo, con las disciplinas de la retórica y de la filosofía. De ellos aprendieron los juristas romanos el método dialéctico que se basa en el análisis conceptual y en la síntesis, lo que hacía posible extraer ampliamente el núcleo esencial del supuesto jurídico, unir las analogías, separar las diferencias y, de este modo profundizar en la materia jurídica y dominarla. Del mero conocimiento del derecho, de saber las prescripciones de la ley y los formularios del tráfico jurídico se pasa ahora a una ciencia del derecho en el sentido estricto de la palabra.⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ Arenal Fenochio, *Historia Mínima... cit.* pp. 24-25.

⁷⁵⁵ Kunkel, *op. cit.* pp. 108-109.

Así pudo nacer, del contacto de la vieja jurisprudencia romana con el espíritu griego, una creación que en sus entrañas era verdaderamente romana, una ciencia que ni los griegos ni ningún otro pueblo habían poseído: la ciencia del derecho.⁷⁵⁶

La comparación jurídica grecorromana conllevó la generación del “derecho de gentes” de influencia panhelénica, pero de naturaleza romana, que fue derecho romano vigente, pero no exclusivista o personalista, sino llamado a regir entre romanos, y entre romanos y extranjeros. “Fruto, por una parte, del remozamiento y vigorización del sistema tradicional, representa la acogida de algunos principios jurídicos extraños, que fueron injertados con sutileza en el viejo tronco de la visión romana, sin que ello implicara un simple trasplante, sino la ayuda que otros órdenes prestaron a la inventiva jurídica propia de los romanos”.⁷⁵⁷

De tal suerte que la comparación jurídica grecorromana no fue una transposición de instituciones, ni una copia, sino un verdadero proceso en el que los juristas romanos aspiraron y lograron generar racionalidad para resolver conflictos y dar paso a la conformación de la ciencia jurídica práctica. Los juristas conocieron el pensamiento de los griegos, lo hicieron suyo y, a partir de él y de los elementos con los que ya contaban, concibieron y elaboraron sus propias creaciones jurídicas.

Tanta importancia revistió esta creación jurídica romana de influencia helénica que, a la larga, en el Digesto, el derecho sería dividido en derecho civil (que para entonces ya era sinónimo también de derecho honorario) y derecho de gentes:

Más el derecho se divide así, civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye el mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; más el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes. Y, así pues, el pueblo romano usa también de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁷⁵⁷ Cfr. Iglesias, *Derecho... cit.* p. 109.

⁷⁵⁸ I.1,2,1.

Los romanos nunca dudaron de la superioridad de su derecho, pero “aceptaron instituciones de validez general para todos los pueblos relacionados con Roma e hicieron suyos ciertos métodos, conceptos e ideas, mediante un proceso de adaptación, que les permitió fundar un derecho de gentes basado en la denominada *fides*, idea central del pensamiento jurídico y político romano que no significa sino lealtad a la palabra dada”.⁷⁵⁹

Fue así como, en respuesta a la incapacidad del viejo *ius civile*, el dinámico y casuístico *ius honorarium*, derivado de la actividad pretoria y admitido formalmente por la *lex Aebutia*, resultó alimentado o enriquecido con el derecho de gentes, generándose un círculo jurídico virtuoso, pues ese derecho honorario, al mismo tiempo era derecho de gentes (con aplicación y vigencia en el tráfico jurídico con los extranjeros) y derecho civil (por ser aplicable a los romanos).

En este proceso, “la labor jurisprudencial fue determinante para acomodar el derecho a las exigencias de la sociedad romana, generando una conciencia jurídica orientada hacia principios universales tales como la lealtad (*fides*), la equidad (*aequitas*) y la justicia (*iustitia*)”.⁷⁶⁰ Todo ello, sin que se necesitara de una gran cooperación del factor político, legislativo, ni codificador; y dando como resultado el surgimiento de una verdadera ciencia jurídica práctica, en el sentido más amplio de un *ars o techné*, por primera vez en la historia de la humanidad.

Entre esas fuentes llamadas reales o materiales que nutrieron el surgimiento del *Ius*, el helenismo destacó con un papel preponderante y merece una detenida observación histórica para definir su verdadera influencia en el Derecho Romano.

4.1.2. La sociedad romana y el helenismo como fuente real del *Ius*

El helenismo penetró en la sociedad romana en la que, como en cualquier otra comunidad, siempre hubo desigualdades. Esto se reflejó en el ámbito político,

⁷⁵⁹ Cfr. d’Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano... cit.* §32.

⁷⁶⁰ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 101.

ya que aunque Polibio tratara de justificar el éxito de Roma en el equilibrio perfecto entre todos los sistemas políticos, lo cierto es que Roma nunca fue democrática.

En todo caso, la democracia aludida por Polibio se refiere a la igualdad de votación de una élite siempre aristocrática, que de pronto se dividió por el origen dinástico y de linaje provocando que unos utilizaran los intereses de los más desvalidos para enarbolar su lucha, pero sin que ello les convirtiera en verdaderos demócratas.

Este aspecto cobra relevancia, debido a que lo social es el primer punto que debe destacarse para comprender la influencia del helenismo y de las circunstancias culturales en las que actuaron los *patres del Ius*.

Los pioneros del *Ius* eran aristócratas y el nacimiento de la ciencia jurídica en Roma se derivó de la clase más privilegiada. Considerándose que en gran medida, parte los juristas pudieron dedicarse a pensar en términos de la *iurisprudentia*, como un *hobby* y no como una actividad económicamente remunerada, pues tenían resuelta su vida y cubiertas las necesidades básicas que la misma implicaba.

Ese pensar en términos de la *iurisprudentia* requería que los jurisperitos fueran hombres sabios para quienes adquirir conocimientos conllevaba invertir su tiempo en horas de estudio. En virtud de esto, no sería posible comprender el surgimiento del derecho en Roma, sin tener en consideración el nivel social de sus fundadores, ya que podríamos decir que del ejercicio de la vida contemplativa,⁷⁶¹ tal como surgió la filosofía en Grecia, floreció en Roma el derecho.

La erudición y el estudio constante son elementos indispensables en la obra jurídica romana, pues el derecho en la antigüedad siempre fue símbolo de sabiduría. Así fue incluso en las épocas más arcaica de las sociedades, en aquellos momentos

⁷⁶¹ Entendamos por vida contemplativa la dedicada a observar y escudriñar con atención y detenimiento una realidad, especialmente de forma tranquila y placentera, sin que necesariamente tenga connotación de índole religioso.

en los que el derecho no logró su secularización, o permaneció unido o fusionado a otras disciplinas.

Schiavone establece que:

La experiencia del *ius* asumió las características de una época que la condujo a un derecho jurisprudencial. Construido alrededor del saber particular de hombres a los cuales la colectividad guiada por la aristocracia, les había asignado la tarea de dictar las reglas de la convivencia entre los ciudadanos buscando el “dar a cada uno lo suyo” y no alrededor de la forma de la ley general votada por la asamblea.⁷⁶²

Siendo el helenismo la tendencia cultural más difundida y arraigada durante el último siglo antes de Cristo, se comprende que haya invadido todo el modo de ser y de pensar en los círculos sociales aristocráticos.

Hablando del *ius*, los hombres cultos no eran aquellos que conocían la historia y el *ius civile*, sino quienes además gozaban del privilegio de poder estudiar griego y las diversas disciplinas que formaban parte de la filosofía, todo lo que en conjunto, les permitía tener una riqueza cultural muy amplia en términos de las circunstancias de su época.

La aristocracia era la clase que dominaba el conocimiento y ejercicio del *ius* de la política y de todos los conocimientos de la época, razón que la convertía en la principal receptora y difusora del pensamiento griego.

Recordemos que “la cultura busca su perpetuación y perfeccionamiento”,⁷⁶³ el helenismo lo demostró cuando su recepción, aceptación y difusión alcanzó el cenit en la sociedad romana, durante la conocida época de oro. La época de la *Pax Romana* o *Pax Augustea*, dando lugar a un fenómeno de mimetización cultural del que el derecho no sólo no escapó, sino que resultó de tal modo favorecido que pudo dar a luz a la ciencia jurídica romana.

⁷⁶² Schiavone, *op. cit.* p. 132.

⁷⁶³ Miralles, Carles, *El helenismo, épocas helenística y romana de la cultura griega*, Barcelona, Montesinos, biblioteca de divulgación temática, 1989, p. 28.

Una ciencia materializada en el dinámico *Ius*, cuya movilidad provenía de las diversas realidades humanas a las que se dirige, trayendo aparejada la consecuente tipicidad del caso en específico, exigía del jurista conocer mucho más que sólo la norma existente o sus fuentes de creación. Era indispensable tener un conocimiento sólido respecto de otras artes y disciplinas que determinaban y alimentaban dichas realidades.

4.1.3. Escritura, literatura y lengua

Ha quedado claro que la transformación cultural del mundo romano durante los dos últimos siglos antes de Cristo es incomprensible sin el influjo helénico. El hecho de que la metamorfosis de la que fue protagonista Roma, y que se extendió a todos los ámbitos del quehacer y conocer humano de entonces, se debió en gran parte al helenismo.

Durante la época republicana se sentaron las bases para el florecimiento cultural que se llevaría a cabo en los inicios del imperio (léase Diarquía), siglo de oro de la cultura latina. “Los romanos no fueron grandes creadores en este terreno, pero supieron asimilar la cultura creada por los griegos imprimiéndole un carácter propio y proyectándola a su vez sobre todos los pueblos conquistados (romanización) que le añadieron, a su vez, sus propios rasgos nacionales”.⁷⁶⁴

Muy seguramente los griegos visualizaron a los romanos de la misma forma en la que éstos verían siglos más tarde a los bárbaros. Pero tal situación no representó mayor agobio para los romanos. Fue al contrario, pues ellos, tal como Watson lo establece, en la misma línea de pensamiento de von Ihering, “se consideraban a sí mismos un pueblo activo, que luchaba, administraba y hacía sus cosas. Esto nos devuelve a la noción de *utilitas*, a la doctrina de la utilidad”.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 119.

⁷⁶⁵ Cfr. Watson, Potter, *Ideas, historia intelectual de la humanidad*, Barcelona, Crítica, 2006, p. 334.

Aunque bien es cierto que “la famosa piedra negra es el indicio arqueológico de que en Roma había escritura en la mitad del siglo VI a.C.”⁷⁶⁶ también lo es que la adopción y desarrollo de ésta democratizó el conocimiento hasta el período helénico.

Al respecto Mary Beard considera que:

Durante siglos, los romanos habían utilizado la escritura con distintos fines: avisos públicos, normas y regulaciones, marcas de propiedad garabateadas en un recipiente. Sin embargo, el creciente contacto con las tradiciones del mundo griego, desde mediados del siglo III a.C. actúa de catalizador en la producción y conservación de la literatura como tal.⁷⁶⁷

La escritura no sólo destaca cuando se considera a Roma como la primera sociedad alfabetizada de la antigüedad,⁷⁶⁸ sino porque a través de ella se pudo acceder al conocimiento de forma más sencilla y universal. Anteriormente se transmitía solo de persona a persona, mediante la reverencia casi religiosa que existía en torno a la memoria como vehículo idóneo para transmitir conocimientos.

La escritura como tendencia transformadora del modo de ser cultural de la antigüedad se inició en el siglo V a.C. y se consagró con el movimiento cultural que nos ocupa.

Así las cosas, se impone: “o bien analizar la realidad sobre el material de la escritura, es decir, pensarla para decirla luego reflexivamente o según una técnica determinada y particular, con sus normas propias; o bien interiorizarla: del modo como la escritura expresa “por las formas las impresiones del alma”, según dice Sócrates de Jenofonte (Memorables, III, 10,8). Es así que parece que la literatura puede intentar expresar estas mismas impresiones mediante la palabra”.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ Beard, *op. cit.* p. 97.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁷⁶⁸ Véase, *supra*, nota 473.

⁷⁶⁹ Citado por Miralles, *op. cit.* p. 18.

Según Isócrates (Panatenaico, XII, 11) “la escritura es el vehículo necesario de la literatura más reflexiva, de tendencia filosófica: conduce a una expresión conceptualmente elaborada”.⁷⁷⁰

Para comprender la trascendencia de la escritura, y más aun de la literatura, es importante recordar que, después de la caída de las grandes *póleis* los griegos desarrollaron una especie de culto al individuo. La propia vida humana se convirtió entonces en el mayor bien, la ciudad se llevaba en el alma como una especie de patrimonio espiritual que los podía acompañar independientemente de su ubicación geográfica.

La unidad de los griegos se dio a través de una cultura común, que se había venido transmitiendo en modo oral de generación en generación e incluso se llegó a pensar que todos los hombres eran por naturaleza iguales y sólo cambiaban sus tradiciones y costumbres.⁷⁷¹

Según lo prevé Carles Miralles:

En este contexto, la cultura escrita favoreció la consideración de estas relaciones, que son asunto de reflexión. La unidad de lo humano por encima de las diferencias étnicas, de historia común, etc., se impuso, en efecto, en la filosofía helenística... Las diferencias fueron vistas como un asunto de erudición que interesó grandemente, pero que no dañaba la verdadera norma.⁷⁷²

La literatura se convirtió así en palabra escrita que escapaba del control de quien la había creado; la materialización del producto literario implicaba un destino que era llegar no se sabe de dónde, a manos de no se sabe quién.⁷⁷³

Los romanos encontraron en la escritura un elemento de gran utilidad específicamente para el desarrollo de la ciencia jurídica,⁷⁷⁴ pues, además de servirse de la literatura para incrementar su patrimonio intelectual, utilizaron la

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁷¹ *Idem*.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 21.

⁷⁷³ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁷⁴ Lozano Véliz, *Oralidad y escritura ... cit.* pp. 36-76.

tendencia generalizada a la escritura para que obrara en favor de la seguridad jurídica que consiguió el sistema formulario derivado de la actuación del pretor y de la sabiduría de los juristas.

La escritura introdujo la técnica del libro⁷⁷⁵ que había alcanzado su máxima perfección en los grandes centros culturales del mundo helenístico como Alejandría (con la utilización del papiro) y Pérgamo (de ahí el término pergamino). Tal como Watson lo establece, “la escritura favoreció la difusión de la gradual e importante alfabetización en Roma”,⁷⁷⁶ sin la que no podría comprenderse el desarrollo cultural y el impacto que tuvo en el mundo jurídico.⁷⁷⁷

Margadant también reconoce que “el pensamiento helenístico penetró en Roma con la filosofía griega y que a partir de la combinación del antiguo derecho campesino de Roma, sólido y algo tosco, con el refinado pensamiento griego, naciendo así la famosa literatura jurídica clásica”.⁷⁷⁸

Además, Roma fue la primera cultura de la antigüedad en la que se generalizó la difusión de las bibliotecas primero privadas, y después públicas. No es en vano la frase del emperador Tito Flavio Vespasiano: “*Verba volant, scripta manent*”.

Fue en el año 167 a.C. cuando desde Atenas, llegó a Roma la biblioteca más importante desde la fundación de la ciudad: “la de Perseo de Macedonia, que contenía entre sus fondos la obra completa de grandes filósofos griegos como Platón, Aristóteles y los estoicos”.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ Entendamos por “libro”, el rollo obtenido de pegar hojas del mismo tamaño hasta formar una tira de entre 6 a 10 metros de ancho por 25 o 30 metros de largo, y luego las tiras se enrollaban sobre un eje de madera, quedando lo escrito en el interior del rollo. Libro, era, por tanto, esa unidad bibliográfica. Véase, Churruca y Mentxaka, *op. cit.* p. 65.

⁷⁷⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 331.

⁷⁷⁷ *Cfr. Lozano Véliz, Oralidad y escritura ... cit.* pp. 50-67.

⁷⁷⁸ Margadant, *op. cit.* p. 56.

⁷⁷⁹ *Cfr. Fernández de Buján y Fernández Antonio, Sistemática y Ius Civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2002, núm. 6, ... cit.* pp. 57-80.

Según Plutarco, esta biblioteca perteneciente al rey de Macedonia, fue aceptada por Lucio Emilio Paulo (llamado el Macedónico) para destinarla a sus hijos. Esto sucedió después de haber vencido a Perseo en la batalla de Pidna en 168 a.C.

Con la biblioteca de Perseo llegaron a Roma el comercio librero, la práctica editorial, y la organización de la biblioteca, todo ello impregnando de técnicas del mundo helenístico.⁷⁸⁰

“La primera biblioteca pública romana de la que tenemos noticia fue reunida por Asinio Polión en 39 a.C. Para la caída de Roma había por lo menos 29 sólo en esta ciudad. Además los miembros de la élite, por supuesto, tenían sus propias bibliotecas”.⁷⁸¹

Los griegos ya se habían hecho cargo de inventar prácticamente todas las disciplinas: la historia, literatura (incluyendo todos sus géneros), filosofía, oratoria, dialéctica, matemática, astronomía, botánica, medicina, etc., por lo tanto, en general, tal como Watson lo señala, “los escritores romanos consideraban aceptable limitarse a emular a los griegos: la *imitatio* era un recurso literario legítimo”.⁷⁸²

Dicha imitación ha sido estudiada por Richard McKeon señalando que “en el mundo antiguo era válida la imitación de una persona, misma que es común entre los tratados retóricos helenísticos y romanos, que se refieren a una imitación de un *exemplum*”,⁷⁸³ considerada por Quintiliano como *mimesis*, precisamente uno de los pilares de la educación retórica:

Pues no puede dudarse de que una gran parte del arte se fundamenta en la imitación. Porque así como fue la invención lo primero y lo más importante, así es

⁷⁸⁰ Información consultable en: Bofill, Maribel, “Las Bibliotecas Romanas”, Blogspot.com, julio, 2019, <https://gladiatrixenlaarena.blogspot.com/2019/07/las-bibliotecas-romanas.html>

⁷⁸¹ Watson, *op. cit.* p. 333.

⁷⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 339.

⁷⁸³ González Rendón Diony, “La función de las imágenes en la reflexión filosófica de Cicerón”, *Revista de Estudios Sociales*, No. 44, 2012, pp. 77-90.

útil seguir lo que está bien inventado. Y así está constituido todo el modo de ser de la vida, de suerte que deseamos hacer lo que en otros consideramos loable.⁷⁸⁴

Una de las imitaciones más destacadas,⁷⁸⁵ tal como lo establece Zoll Gallus,⁷⁸⁶ es la que Cicerón hace de Platón. Dice que aquel reconoce la emulación con su *imitandus* en la expresión *memoria veterum*, ya que es solamente en el recuerdo de los antiguos donde sus discursos encuentran autoridad:

¿Qué es, en efecto, la vida de un hombre, si no se une a la vida de sus antepasados mediante el recuerdo de los hechos antiguos? El recuerdo del pasado y el recurso a los ejemplos históricos proporcionan, con gran deleite, autoridad y crédito al discurso.⁷⁸⁷

Al respecto, cabe destacar que Cicerón⁷⁸⁸ no tuvo problema alguno en llamar (a modo de homenaje) a sus obras *La República* y *Las Leyes* con los mismos títulos de las magnas obras de Platón.

Además, en el caso de las Leyes, es frecuente la referencia al nombre de Platón. Entre dichas citas vale la pena mencionar las siguientes:

Veo que eso es lo que hizo también aquel tu querido Platón, a quien admiras y pones por delante de todos los demás; no hay duda de que es el autor que más estimas (Ático a Cicerón).⁷⁸⁹

Platón, el hombre más sabio el más profundo de todos los filósofos, el primero y más importante autor que escribió sobre la república, y lo mismo, en obra aparte, sobre las leyes, eso creo debo hacer yo: hablar de los méritos de esta ley, antes incluso

⁷⁸⁴ Quintiliano, *Inst*, 10,2. 2-1. citado por Gonzalez Rendón. *Idem*.

⁷⁸⁵ La imitación de Cicerón a Platón se considera una de las más destacadas debido a que la misma es elemento fundamental para comprender la apoteosis de la presente investigación contenida en el apartado 4.3., intitulado Mundo de las Ideas Jurídicas, título que recibe como *imitatio* y homenaje al Mundo de las Ideas platónicas y al cielo de los conceptos jurídicos de von Ihering, por considerar a ambos *exemplum* digno de imitar en el ámbito de la ciencia jurídica.

⁷⁸⁶ Zoll Gallus citado por González Rendón, *op. cit.* pp. 77-90.

⁷⁸⁷ Cicerón, *De Oratore*, 120.

⁷⁸⁸ En el *corpus* ciceroniano son constantes las alusiones al filósofo griego. Los pasajes en los que se hace referencia a la figura de Platón nos permiten apreciar el gusto que Cicerón profesaba tanto por las ideas como por el estilo con el que Platón escribió sus diálogos filosóficos, siendo la preeminencia de Platón evidente por encima del resto de los filósofos griegos de quienes también recibió influencia. Cfr. González Rendón, *op. cit.* pp. 77-90.

⁷⁸⁹ Cicerón, *Las Leyes*, I,15.

de dar lectura a la propia ley... Platón consideró que era también función de la ley el persuadir y no obligar a todo por la fuerza y la coerción.⁷⁹⁰

Estoy de acuerdo con Platón... esa es la razón por la que el hombre más sabio y más docto de Grecia (refiriéndose a Platón) teme tanto esa degeneración.⁷⁹¹

Que se escuche a Platón quien no deja lugar a dudas sobre qué pensará la divinidad, toda vez que ningún hombre bueno acepta recibir regalos de un hombre malvado.⁷⁹²

Seguiré, pues, como empecé, a aquel divino varón, a quien tal vez alabo más a menudo de lo que es necesario, movido por una enorme admiración (refiriéndose a Platón).⁷⁹³

Y esto no es menos cierto que lo que piensa nuestro admirado Platón.⁷⁹⁴

En otra de sus obras Cicerón manifiesta: “Porque esto mismo manda Platón, cuya autoridad y parecer sigo yo de muy buena gana”.⁷⁹⁵

Otros autores de la antigüedad dejan también constancia de la admiración que Cicerón sentía por Platón. Al respecto Plinio escribió:

Sabed que al cotejar distintos autores he descubierto que los antiguos han sido copiados literalmente, sin citarlos, por algunos de los autores más prestigiosos y cercanos a nuestra época; y no precisamente con aquella finalidad que constituye una de las virtudes de Virgilio, esto es, la de emularlos; ni con aquella sinceridad tan propia de Cicerón, quien en su tratado sobre la república confiesa que es un compañero de viaje de Platón.⁷⁹⁶

Por su parte Lactancio, dice que: “El discípulo de éste (Sócrates), Platón, a quien Cicerón llama dios de los filósofos”.⁷⁹⁷

Asimismo, en un pasaje del libro décimo de las Instituciones Oratorias de Quintiliano, aparece la expresión “*Cicero Platonis aemulus*”, haciendo referencia a

⁷⁹⁰ *Ibidem*, II, 14.

⁷⁹¹ *Cfr. Ibidem*, II, 38-39.

⁷⁹² *Cfr. Ibidem*, II, 41.

⁷⁹³ *Cfr. Ibidem*, III, 1.

⁷⁹⁴ *Cfr. Ibidem*, III, 32.

⁷⁹⁵ Cicerón, *Epístolas Familiares. Tomo VII*, p. 33.

⁷⁹⁶ Cicerón, *la República* I,I.1. Véase Comentario relacionado con el Testimonio de Plinio, *nat. praef.* 22.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, IV, V, 5. Véase, Comentario relacionado con el Testimonio de Lactancio (*epit.*, 33 (38) 1-5).

la forma en la que Cicerón ha forjado su pensamiento bajo la imitación de la filosofía de Platón:⁷⁹⁸

Restan todavía los que escribieron de filosofía, en cuya materia ha dado hasta ahora la literatura latina muy pocos escritores con lenguaje elocuente. Así, pues, es Marco Tulio Cicerón quien, como en todo lo demás, fue competidor de Platón.⁷⁹⁹

En adición al paradigma anterior, se debe reconocer que la salida de Roma al Mediterráneo oriental permite comprender que es el encuentro grecorromano la punta de lanza de la producción literaria de la cultura romana antigua.

Así por ejemplo, podemos hablar de autores tales como el comediante Plauto (254-184 a.C.); Polibio (200- 118 a.C.) un griego haciendo historia de Roma; Terencio Varrón (116-27 a.C.) y su obra *De lingua latina*; Cicerón (106-43 a.C.) y su prolífica obra que nos ayuda a entender el *modus vivendi* de la sociedad romana durante el s. I a. C., Lucrecio (99-55 a.C.) el defensor del epicureísmo; Catulo (84-54 a.C.) el poeta; Virgilio (70-10 a.C.) y su Eneida; los poemas de Horacio (65-8 a.C.) y su "*Carpe diem*"; Ovidio (43 a.C.–17 d.C.) y sus Metamorfosis retomando mitos griegos en versos latinos; el gran Tito Livio (59 a.C.-17 d.C.) con su historia de Roma en 142 libros (de los que solamente conocemos 35)⁸⁰⁰ y Dionisio de Halicarnaso 60-7 a.C.), el historiador y profesor de retórica, autor de Historia Antigua de Roma, entre otros.

También se debe destacar que aun cuando el latín alcanzó su mayor esplendor con autores como Cicerón y Varrón,⁸⁰¹ la helenización de Roma condujo a otra clara manifestación del cambio cultural: el idioma, ya que desde las Guerras Púnicas entre los romanos surgió la inquietud de aprender el griego, convirtiéndolo

⁷⁹⁸ Vale destacar que la expresión "*Platonis aemulus*" ha sido empleada por diversos autores para señalar la imitación que hace Cicerón de Platón tanto del estilo como del contenido. González Rendón, *op. cit.* pp. 77-90.

⁷⁹⁹ Quintiliano, *Inst.* 10.1.123, citado por González Rendón. *Idem.*

⁸⁰⁰ Cfr. Asimov, *op. cit.* pp. 38-43.

⁸⁰¹ Cfr. Watson, *op. cit.* p. 329.

en una especie de *lingua franca*, de idioma internacional y común a todo el mundo antiguo.

En relación con el griego, Mommsen destaca que:

El éxito de Roma puso a los ciudadanos por todas partes en contacto incesante con los extranjeros y los países del exterior, considerándose el uso del griego como esencialmente útil, y hasta absolutamente necesario.⁸⁰²

Incluso hubo autores como Dionisio de Halicarnaso que con su obra trató de hermanar a los griegos con los romanos, lo que evidentemente, abonaría al concepto que hasta hoy tenemos de los clásicos⁸⁰³ y que, como tal, fue acuñado por los romanos.

Así, por ejemplo, Dionisio de Halicarnaso encuentra los orígenes de los primeros romanos en los griegos que alguna vez habitaron Acaya y emigraron muchas generaciones antes de la guerra de Troya,⁸⁰⁴ señalando que “los pueblos que contribuyeron a la fundación de la ciudad de Roma eran colonias griegas procedentes de los más célebres lugares y no, como creen algunos, bárbaros y vagabundos”.⁸⁰⁵

Y qué decir de la religión, que finalmente tenía mucho que ver con la cultura en el mundo antiguo: los panteones de los dioses de ambos pueblos eran extremadamente parecidos. Al respecto, Dionisio escribió:

...las imágenes de los dioses, que presentaban figuras iguales a las realizadas entre los griegos, y con los mismos ropajes, símbolos y obsequios de los que cada uno, según la tradición, es artífice y dispensador para los hombres. Estas imágenes no sólo eran de Júpiter, Juno, Minerva, Neptuno y de otros que los griegos cuentan entre los doce dioses, sino también de los más antiguos, de los que la tradición cuenta que nacieron los doce dioses, a saber, Saturno, Rea, Temis, Latona, las

⁸⁰² Mommsen, *Historia de Roma, III... cit.* p. 630.

⁸⁰³ El invento de la idea de los clásicos por parte de los romanos tiene la noción de que era importante preservar lo mejor que había sido pensado, dicho y escrito en épocas anteriores (en especial, en la antigua Grecia). Esta idea está íntimamente ligada al nacimiento del estudio de los textos, actividad que constituyó un rasgo sobresaliente de la vida romana. Véase, Watson, *op. cit.* p. 334.

⁸⁰⁴ Cfr. Dionisio de Halicarnaso, *op. cit.* libro, I, 11.

⁸⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, libro, VII. 70.

Parcas, Mnemósine y todos los demás de quienes hay templos y recintos sagrados entre los griegos; y también de los que la leyenda dice que nacieron más tarde, después de que Júpiter tomara el poder, es decir, Proserpina, Lucina, las Ninfas, las Musas, las Horas, las Gracias...⁸⁰⁶

Frente a este fenómeno cultural que se expandió en todos los ámbitos de la vida romana, es inevitable no volver la mirada una vez más, al multicitado principio consagrado por von Ihering respecto de la habilidad nata en los romanos para detectar y hacer suyo lo útil y oportuno. El helenismo fue un elemento altamente beneficioso para Roma, que no dudó ni un instante en apropiarse de todo aquello que le sirviera, dándole carta de nacionalidad.

“Roma vivió una helenización profunda, que penetró en la totalidad de su vida espiritual y material”,⁸⁰⁷ lo cual es incuestionable a partir del encuentro directo entre Roma y el mundo helénico primero en la Magna Grecia y después en gran parte del Oriente.

En palabras de Mommsen:

La República rompía el molde de Italia al extender sus conquistas por Oriente y Occidente, desapareciendo la antigua sencillez italiana, siendo reemplazada por la civilización helénica que todo lo había invadido. Y es que, desde la muerte de Alejandro, el helenismo había invadido todo Oriente. Roma era entonces heredera del legado alejandrino y con ello también del helenismo parte de esa herencia.⁸⁰⁸

Respecto de la referida influencia cultural helena dice Mary Beard:

Durante el siglo I a.C. la élite romana se ocupaba de temas más allá de la guerra y la política, ya que sus intereses abarcaban desde la curiosidad por la lengua que hablaban, hasta la intensa especulación científica sobre los orígenes del universo y el debate teológico sobre la naturaleza de los dioses.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, libro, VII, 72,13.

⁸⁰⁷ Cfr. Kunkel, *op. cit.* pp. 12-13.

⁸⁰⁸ Cfr. Mommsen, *op. cit.* III, pp. 603-604.

⁸⁰⁹ Cfr. Beard, *op. cit.* p. 223.

4.2. Los juristas romanos y la filosofía helena

Durante el helenismo, las islas de Rodas⁸¹⁰ y Delos de Cirene, Pérgamo y especialmente Atenas⁸¹¹ se convirtieron en centros culturales y escuelas filosóficas, que impactaron el pensamiento romano y a los que acudían los miembros de las clases altas para complementar o perfeccionar su formación. Garantizando con ello la permanencia y primacía cultural de la Hélade.

“Incluso al perder su entidad política, Atenas pudo subsistir hasta el fin de la antigüedad gracias a las rentas generadas por la idea de haber convertido su supremacía en una cultura, en unas enseñanzas”.⁸¹²

Atenas fue la capital del helenismo por excelencia, debido principalmente a que en su territorio se encontraban las escuelas fundadas por Platón (la Academia) y por Aristóteles (el Liceo), cuyas enseñanzas dieron lugar a la fundación de nuevas escuelas filosóficas como el cinismo, el epicureísmo y el estoicismo. Como se sabe, ésta última fue la que más impactó e influyó a las élites aristocráticas romanas.

Al respecto Petit señala “la importancia de tener en cuenta que, entre las escuelas filosóficas de la época, los romanos eligieron la Academia y el Pórtico Central, cuya combinación define el eclecticismo ciceroniano”.⁸¹³

Durante el siglo I a.C. Rodas fue, junto con Atenas, una de las grandes villas universitarias donde griegos y jóvenes romanos iban a perfeccionar sus estudios.

Imbuidas Roma y Grecia en la fruición de este contacto, el derecho resultó beneficiado, y aun cuando la ciencia jurídica es un producto romano, es de justicia reconocer la influencia que la filosofía helena tuvo en el mismo. Es importante

⁸¹⁰ Podemos mencionar personajes como Posidonio, Panecio y Apolonio Molón, todos de Rodas que influyeron enormemente en la cultura Romana, debido a que, personajes de la talla de Cicerón, Julio César y el gran jurista Servio Sulpicio Rufo, estudiaron con ellos.

⁸¹¹ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 120.

⁸¹² Cfr. Miralles, *op. cit.* p. 17.

⁸¹³ Petit, *op. cit.* 157.

aclarar que “influencia” no significa copia y reiterar que el Derecho Romano es de nacionalidad y matriz romana, pero ello no obsta para admitir también que, tal como antes ya lo hemos citado, tiene ascendencia griega y por sus venas corre sangre helena.

Así pues, honrando la interdisciplinariedad del Derecho, esta investigación se adhiere al pensamiento de Grossi, quien acertadamente señala que:

El historiador, adquiriendo conocimientos a través de su certidumbre profesional, no puede sino refugiarse en la reflexión filosófica -que ha roto el vínculo necesario entre Derecho y Estado- con el fin de intentar la recuperación del Derecho en la naturaleza misma de la sociedad civil (en este caso la romana), dimensión ineludible de la socialidad y fruto espontáneo de la comunidad que se autoordena. Más aun que la rigidez, más aún que el autoencerramiento en preposiciones normativas generales, la historicidad se muestra como el carácter sobresaliente del fenómeno jurídico. Es decir, el Derecho pertenece a la égida de la historia, a la vida misma de la sociedad civil en su devenir; es, en resumen, por su estructura íntima, un material que, en modo superlativo, puede y debe ser observado históricamente.⁸¹⁴

Al historiar el *Ius*, encontramos precisamente en esa influencia filosófica-helena, elementos esenciales que dan base al método de pensamiento de los juristas, a algunas instituciones jurídicas, a la axiología del Derecho Romano, a la gestación de los conceptos que lo preceptuaron y que generaron respuesta al origen de su perennidad. Las razones anteriores justifican la necesidad de profundizar en el estudio de esa influencia de la que abrevaron los juristas romanos los conceptos que sirvieron de base para definir lo justo, lo prudente, lo bueno y lo equitativo.⁸¹⁵

Lo anterior coincide con lo previsto por Grimal:

Roma, difícilmente destruía la cultura de sus conquistados; por el contrario, la integraba a la suya en aquello que le favorecía. Tratándose de la Hélade creó condiciones económicas, sociales y políticas que permitieron la renovación del mundo griego, así como las condiciones para nuevas experiencias en el campo del espíritu. Existe un arte, una religión, una filosofía, una poesía, que pertenecen a Roma, que han salido de ella tanto como de los modelos helénicos. Estos modelos

⁸¹⁴ Grossi, *El orden jurídico medieval ... cit.* p. 43.

⁸¹⁵ Lozano Véliz, María del Carmen, *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, informe de actividad profesional para obtener el título de Maestra en Historia del Pensamiento, México, Universidad Panamericana, 2007, p. 21. <http://biblio.upmx.mx/tesis/193904.pdf>

no son rehusados, sino trasfigurados. Gracias a Roma, su eficacia se prolonga, a través de los siglos, hasta nosotros.⁸¹⁶

En las creaciones romano helenas sobresale por su influencia la escuela de la *Stoa* y de sus destacados personajes como Atenodoro, maestro de Octavio; Séneca, maestro de Nerón, quien tendió a convertir la filosofía en una moral práctica, además de acuñar el concepto de voluntad integrado en la definición de justicia de Ulpiano; el liberto Epicteto y el emperador Marco Aurelio, quienes acentuando la igualdad de la naturaleza humana, el sentido de filantropía y el cosmopolitismo, propugnaron la concentración del ser humano en su propia intimidad con fines de perfeccionamiento.⁸¹⁷

Tal como ya se ha citado, reiteramos la mención especial que merece Cicerón, quien es uno de los representantes del estoicismo ecléctico y cuyas obras son una constante apelación a la naturaleza como fundamento del derecho, que no nace de las XII Tablas ni del edicto del Pretor, sino del fondo de la filosofía.⁸¹⁸ Señala el de la *gens* Tulia:

Así pues, a doctísimos varones (se refiere a los estoicos) les ha placido partir de la ley, no sé si rectamente, si es que, como ellos la definen, la ley es la razón suma, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario. Esa misma razón, cuando se ha fortalecido y perfeccionado en la mente humana, es ley. Y así, consideran que la prudencia es ley, cuya fuerza es tal, que ordena actuar rectamente y veda delinquir, y ellos piensan que esa cosa fue llamada con un nombre griego (*vóμος* -partir, distribuir, atribuir, dar), de la idea de dar a cada cual lo suyo; yo, con uno nuestro, de *legere* (escoge, elegir). Pues así como ellos ponen en la ley la idea de equidad, así nosotros la de elección, y, sin embargo, ambas cosas son propias de la ley. Y si así se dice rectamente como en verdad suele parecerme de ordinario, debe tomarse la ley como principio del derecho. Ella es, en efecto, la fuerza de la naturaleza; ella, la mente y razón del prudente; ella, la regla de lo justo y de lo injusto. Pero, dado que todo nuestro discurso se ocupa en el razonamiento popular, a veces será necesario hablar popularmente, y llamar ley, como la llama el vulgo, a la que, escrita, sancionada lo que quiere u ordenando o vedando. Pero el principio de la constitución del derecho tomémoslo de aquella ley

⁸¹⁶ Cfr. Grimal, *op. cit.* p. 20.

⁸¹⁷ Cfr. Bernal y Ledesma, *op. cit.* p. 160.

⁸¹⁸ Cicerón, *Las Leyes*, I, 5.

suma que, común a todos los siglos, nació antes de que ninguna ley fuera escrita o de que fuera constituida absolutamente ninguna ciudad.⁸¹⁹

Respecto del Arpinate hay que reiterar que su obra es esencial para comprender la formación educativa que tuvieron los primeros juristas, dentro de la cual necesariamente se incluía la filosofía griega, con énfasis en la platónica. “Al respecto hay que destacar que para Cicerón, la memoria lleva consigo el sentido de la conmemoración, es decir, con ella no busca reubicar el pasado sino proyectar el pasado hacia el futuro”.⁸²⁰

Otro romano formado en la escuela estoica que merece ser mencionado es Marco Aurelio, el emperador filósofo de Roma, de quien nos sobrevive su obra titulada *Meditaciones* y que manifestó su vocación filosófica estableciendo que él no creía en la felicidad sino en la tranquilidad; creía en la sabiduría, la justicia, la resistencia y la templanza. Pudiera ser Marco Aurelio el vivo ejemplo del prototipo de gobernante ideal según lo previsto en *la República* de Platón.

Todos los elementos antes referidos que trajo consigo el helenismo, más lo que la propia cultura romana vivía se aglutinaron ante una inevitable transformación más que enfrentaba Roma en el último siglo antes de Cristo.

Es en este ambiente de reinención cultural en el que surgió, por primera vez, un grupo de especialistas dedicados a estudiar el Derecho, un círculo de sus estudiosos: los juristas; un grupo de verdaderos polímatas, creadores materiales de la jurisprudencia, de la ciencia o saber jurídico, del *Ius*. Hombres sabios y con *auctoritas*, que se dedicaban a analizar casos reales y prácticos, surgidos de las circunstancias propias de su época, y a darles respuesta con un sistema lógico.

Gracias a los juristas, la ciencia jurídica surgió como una disciplina absolutamente romana. Considerada una de las más grandes aportaciones que esa

⁸¹⁹ *Ibidem*, libro I, 18-19.

⁸²⁰ González Rendón, *op. cit.* pp. 77-90.

cultura legó a la humanidad, en la que no aplicó la *imitatio* como en otras disciplinas del saber humano, pero sí el multicitado sentido de utilidad. Dicha ciencia sería incomprensible sin los métodos de estudio y análisis que los juristas aprendieron de los griegos y que romanizaron para elaborar la ciencia jurídica.

En esta línea de pensamiento, cabe enfatizar que era práctica común que los griegos impartieran sus cátedras en Roma, *v.gr.*, el caso de Panecio de Rodas y Apolonio Molón de Rodas. Lo anterior llegó al grado de formar círculos de cultura en los que se buscaba ser instruido por maestros griegos e intercambiar con ellos criterios y conocimientos, tal es el caso del círculo de los Escipiones.

Además de éste, podemos mencionar otros ejemplos por antonomasia, de la influencia que la cultura griega comenzó a tener entre los círculos más selectos de la sociedad romana:

El propio Augusto estudió en Apolonia de Iliria,⁸²¹ con el filósofo estoico Atenodoro Cananita o Atenodoro de Tarso⁸²² y con el retórico Apolodoro de Pérgamo;⁸²³ Cicerón, además del círculo escipiónico, estudió filosofía con Antíoco

⁸²¹ Fue en Apolonia donde Cayo Octavio recibió la noticia del asesinato de César.

⁸²² “Atenodoro (74-7 a.C.) Filósofo estoico griego, y hombre de letras. Nació en Cana, cerca de Tarso, y fue hijo de Sandon. Estudió con Posidonio en Rodas y enseñó en Apolonia, en Iliria, donde Octavio, el futuro Augusto, fue su discípulo en la época del asesinato de César. Probablemente viajó con Octavio de vuelta a Roma. Según parece, Atenodoro ejerció una gran influencia sobre Augusto. Más adelante fue enviado por su protector a Tarso para destituir a Boeto, el gobernador nombrado por Marco Antonio, y sustituirlo. Aquí Atenodoro redactó una nueva constitución para la ciudad. Fue amigo de Cicerón y de Estrabón y mantuvo correspondencia con el primero sobre las opiniones de Posidonio, cuando Cicerón escribía *Sobre los deberes*”. Información consultable en: Diccionario Tesouro de Historia Antigua y Mitología, “Atenodoro”, 2023, <https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/51869-atenodoro>

⁸²³ “Retórico griego. Nació en los comienzos del siglo I a. de J. C.; murió hacia el año 22 a. de nuestra era. Estrabón, su contemporáneo, habla de él como de un hombre verdaderamente notable. Enseñó retórica en Roma, conocida bajo su nombre y que rivalizaba con la de Teodoro de Gadara. Más tarde contó entre sus discípulos a Octavio, que luego llegó ser emperador. Cuando éste fue el año 44 a Apolonia, Apolodoro, agasajado por su discípulo, fue a Roma, donde siempre estimado por el emperador, murió de edad muy avanzada. Solo compuso un escaso número de obras, y aun éstas, citadas por Estrabón y Quintiliano, se han perdido”. Información consultable en: Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano (vol.2, pág. 413-editado 3-10-2007) APOLODORO, griegos ilustres (biografía) <https://www.e-torredbabel.com/Enciclopedia-Hispano-Americana/V2/Apolodoro-biografia-D-E-H-A.htm>

de Ascalón y Filón de Larisa, dialéctica y retórica con Diodoto y Apolonio el Molón teniendo como compañero al gran Servio Sulpicio Rufo (105-43 a.C.), “uno de los primeros juristas romanos que fue francamente receptivo a las influencias griegas y cuya figura fue decisiva en los juristas del clásico central; tal fue su importancia, que Cicerón lo señaló como verdadero creador de la dialéctica jurídica”.⁸²⁴

La ascendencia griega que tiene el *Ius*, no se debe negar, ni tomar a la ligera, si lo que se pretende es hacer un profundo estudio del mismo, se debe incluir la comprensión de cómo eran y qué pensaban los hombres que le dieron contenido.

Dicha ascendencia debe considerarse a fondo para un análisis meticuloso de la Historia del Derecho Romano. Max Kaser resume lo anterior diciendo que “el contacto con Grecia y con lo griego proporcionó a la cultura romana su fuerza y también su peculiaridad”.⁸²⁵

Si hasta entonces los romanos se habían contentado con un Derecho elemental, apto para entender unas necesidades rudimentarias, el contacto de Roma con la filosofía griega les procuró 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 fue aplicado al Derecho por vez primera por los romanos, pero con todo, la jurisprudencia de Roma posee un típico cuño autóctono. Su genio jurídico consiguió elevar la ciencia del Derecho a gran altura, formular principios jurídicos y crear instituciones de valor imperecedero.⁸²⁶

“El mérito de haber conseguido una perfecta adaptación del Derecho a las nuevas relaciones culturales, económicas y sociales corresponde a los juristas de

⁸²⁴ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 111.

⁸²⁵ Cfr. Kaser, *Derecho Privado Romano... cit.* §1.

⁸²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 7.

los dos siglos anteriores al cristianismo”,⁸²⁷ mismos que se formaron en un mundo que estaba reinventándose y en el que se reclamaban respuestas jurídicas ágiles a problemas reales.

Esto puede redundar en que: así como la filosofía griega se reconoce como la más alta manifestación de la cultura helena, los juristas romanos y la jurisprudencia sean considerados, por antonomasia, la máxima expresión de la cultura en Roma.

Churruca y Mentxaca coinciden con lo anterior, al señalar:

En todo caso, el derecho del último siglo antes de Cristo fue extraordinariamente importante en la evolución del Derecho Romano. Paralelamente a lo ocurrido en el campo económico-social y cultural, el derecho de Roma dejó de ser el derecho rudo y elemental de una ciudad-estado poblada de agricultores y ganaderos de modesto nivel cultural y en esta época fue regulando progresivamente los nuevos problemas que en el campo jurídico le planteaba la nueva situación económica-social, cultural y política. Los romanos supieron hacer esa transformación sin romper con su tradición, por cauces específicamente romanos y dejándose enriquecer por factores procedentes de fuera, sobre todo de la cultura helenística, sin perder en nada lo específico del Derecho Romano.⁸²⁸

4.2.1. El estoicismo

Se ha mencionado que el estoicismo tuvo gran aceptación entre las clases aristocráticas de la sociedad romana. Esto tiene relevancia para el *ius* ya que, el método utilizado por los juristas deriva de esa corriente filosófica griega, que de alguna manera secundaba las ideas de la Academia platónica.

Es importante destacar que “Jenócrates, quien estuvo al frente de la Academia, fue quien dividió la filosofía en tres partes: física, ética y dialéctica. Tal división gozó de un notable éxito, ya que durante medio milenio, fue utilizada por el

⁸²⁷ Cfr. *Idem*.

⁸²⁸ Cfr. Churruca y Mentxaca, *op. cit.* p. 92.

pensamiento helenístico y el de la época imperial para fijar la estructura del saber”.⁸²⁹

Reale y Antiseri, nos informan que:

De hecho, Zenón de Citio (fundador del estoicismo), aceptó, al igual que su escuela, dicha división con la que los estoicos comparaban la filosofía en conjunto a un huerto de árboles frutales. La lógica constituye el muro exterior que delimita el ámbito propio y que al mismo tiempo servía como baluarte defensivo, los árboles representan la física, (porque son una especie de estructura fundamental, sin la cual no existiría el huerto) y los frutos, que son el objetivo que se propone conseguir el huerto, representan la ética.⁸³⁰

Resalta la mención de esta referencia porque fue precisamente la dialéctica, la disciplina que dotó de un sistema al *Ius* y dar pasó al nacimiento de la ciencia jurídica.

Por su parte, Heineccius enfatiza:

Todos los que se habían dedicado al estudio de la jurisprudencia procuraban no llegar a su santuario desprovistos de los recursos que prestaba el estudio de la filosofía. Pululaban entonces muchas sectas que tenían divididos los ánimos de los filósofos, pero los jurisconsultos prefirieron la escuela estoica a todas las demás, porque creían que las otras contribuían a formar hombres turbulentos y ambiciosos. En virtud de esto no es de extrañar que un jurisconsulto llámese en el Digesto a la filosofía estoica *Summam sapientiam*, puesto que la habían cultivado con gusto sobre todas las demás.⁸³¹

Ahora bien, además del método lógico racional conocido como dialéctica, que permitió generar un sistema en torno del *Ius*, las ideas helenas abonaron también, en algunos casos, al contenido específico de la norma, tanto como a la axiología de los principios del *Ius*.⁸³² Con esto, el helenismo dotó al Derecho Romano de

⁸²⁹ Cfr. Reale Giovanni y Antiseri Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico. I Antigüedad y Edad Media*, trad. Juan Andrés Iglesias, España, Herder, 1988, p. 155.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁸³¹ Cfr. Heineccius, *op. cit.* §155.

⁸³² Petrak, Marko, “Plato and Ulpian’s *praecepta iuris*”, *Fundamina: A Journal of Legal History (Ensayos en honor a Laurens Winkel)*, 20 (2014), pp. 694-701. http://www.scielo.org.za/scielo.php?pid=S1021-545X2014000200019&script=sci_abstract

elementos que los juristas convirtieron en prácticos y pertinentes para dar paso a la construcción de la cultura jurídica romana con un carácter sistemático. De lo anterior se desprende que los aspectos derivados del helenismo son elementales para comprender el nacimiento y desarrollo de la ciencia jurídica romana; porque ese ambiente cultural cuya tendencia era lo griego, que se vivía y respiraba en todo el mundo antiguo del último siglo antes de Cristo, fue un factor determinante para la creación del *Ius*.

Esto da razón suficiente para comprender que el helenismo se convirtió en una importante fuente material primaria del Derecho Clásico Romano, del *Ius*, de la ciencia jurídica creada por los jurisconsultos, hombres sabios que lejos de renunciar tanto a lo propio de su cultura matriz, como a lo vanguardista de su época, optaron por adoptarlo para romanizarlo y obtener del helenismo literalmente todo lo que a su derecho conviniera.

En el ámbito jurídico, el helenismo se transfundió en el Derecho Romano clásico, convirtiéndose en parte de su ser cultural, dando lugar a uno de los momentos más dignos de ser analizados en la Historia del Derecho: el surgimiento del *Ius*, cuyo desarrollo sería perpetuo.

Como lo hace notar Mommsen:

La civilización griega no se llamaba, ni era en realidad, civilización helénica: era humanitaria y cosmopolita. Había sabido resolver el gran problema en el orden intelectual de las cosas, y hasta cierto punto en el orden político. Había formado un todo con una multitud de nociones diversas; y en el momento en que Roma ocupaba el vasto escenario de la historia y la sucedía en su misión, en más vasta escala, hallaba también el helenismo en la herencia del gran Alejandro. El helenismo en Roma no es, pues, un movimiento parcial ni un detalle accesorio; penetra hasta en el corazón de la nación itálica.⁸³³

Específicamente llama la atención la influencia que del pensamiento platónico (contenido esencialmente en la República) existiera en las definiciones de *Ius*, de *iustitia* y de los *Praecepta iuris*, contenidos en el Digesto de Justiniano.

Véase, Lozano Véliz, *Oralidad y escritura ... cit.* pp. 36-76.

⁸³³ Mommsen, *op. cit.* III, p. 565.

Y si el helenismo penetró hasta el corazón de Roma, y en ese corazón destacaba el mundo jurídico, sería imposible e infructuoso negar la simbiosis cultural y el necesario e inevitable impacto del helenismo en el *Ius*.

Es el propio Dionisio de Halicarnaso, historiador de la época de Augusto, quien nos ha dejado en su obra una clara manifestación de cómo los hombres de su época percibían a Roma y de la innegable admiración que tenían por la Hélade:

Esto es lo que me fue posible descubrir con gran empeño, tras leer todos los escritos de griegos y romanos sobre el origen de Roma.

De modo que ya uno puede con confianza hacerla ver como una ciudad griega, y mandar callar a quienes hacen a Roma un refugio de bárbaros, fugitivos y vagabundos; mostrando que es la ciudad más hospitalaria y amigable.

Incluso el de Halicarnaso afirma que “el mismo Aristóteles, y con él su escuela, sostenían que la colonización de Italia se hizo con caudillos aqueos, no con troyanos, que de vuelta a casa terminaron en las costas de Italia”.⁸³⁴

El impacto que tuvo el helenismo en el Derecho Romano fue principalmente aportando un método; sin embargo, su influencia se ramificó en otros aspectos del derecho tales como instituciones, contenido conceptual y axiología.

Fue así como *ius civile*, *honorarium*, *gentium*, pretores peregrino y urbano, expansión y dominio territorial, movimientos sociales, órganos políticos, influjos culturales esencialmente helénicos y diversidad de fuentes de creación del derecho, estaban ahí a la espera de un método de sistematización. Faltaba el engaste que produjera la magna obra jurídica romana, faltaba el quién. La respuesta: los *patres* del *Ius*, los primeros juristas romanos, y a partir de ellos se identificó el cómo, que fue descubierto con el pensamiento heleno que irrumpía en la historia de Roma para abonar a su transformación y a la de su derecho.

⁸³⁴ Dionisio, *op. cit.* 1,72,3-4

El sistema lógico que los juristas romanos utilizaron en el conocimiento del *ius* y la elaboración de la jurisprudencia es de lo más admirable. El modo de pensamiento deductivo, pero sobre todo inductivo, respetando esencialmente la Tópica, fue lo que hizo del Derecho Romano el paradigma sempiterno que hasta la fecha es.

El sistema romano de la época clásica, nunca fue cerrado, sino abierto y práctico, proveniente en gran parte de los métodos de pensamiento helénico, diseminados a través de la filosofía.

El modo de pensamiento lógico en la tópica es la inducción, que se realiza de modo dialéctico,⁸³⁵ analizando como lo establece Kaser los argumentos y contraargumentos que se discuten con un contrincante real o imaginario.

El método dialéctico que los romanos aplicaron a su derecho provenía del mundo heleno, en el que Aristóteles discípulo de Platón, formuló claramente las generalidades en torno a la dialéctica, como “método a partir del cual podemos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario”.⁸³⁶

Los romanos aprendieron que el razonamiento es un discurso (*lógos*) construido sobre cosas plausibles, es decir, aquellas que parecen bien a todos, o a

⁸³⁵ “Dialéctica (del griego *dialektiké tekhné*, arte dialéctico, del verbo *dialego*, conversar, discutir) Desde un punto de vista histórico, dialéctica es tanto el arte de la conversación y discusión, y el equivalente medieval de la lógica. En los primeros diálogos de Platón, la dialéctica aparece como el arte o esfuerzo de hallar definiciones, mediante el método socrático de preguntas y respuestas; en diálogos posteriores, la *synagogé*, la reunión, y la *diáiresis*, la separación; aparecen como los elementos definidores de la dialéctica platónica, en cuanto representa saber dividir por géneros y diferencias, hasta que Platón identifica su propia filosofía con la misma dialéctica, o la visión de conjunto que adquiere quien logra ascender por todos los escalones de la opinión y la episteme hasta el conocimiento de las ideas”. Información consultable en: [baixardoc.com](https://baixardoc.com/documents/matodo-platanico) El método platónico: *la dialéctica*, 2017, <https://baixardoc.com/documents/matodo-platanico> 5cc75ee7d4824

⁸³⁶ Cfr. Aristóteles, *Organón*, Libro I, 100a, 20.

la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados.⁸³⁷

Según Aristóteles, la dialéctica es útil “para ejercitarse, para las conversaciones y para los conocimientos en filosofía”, los romanos no dudaron en decantarse por la primera y la segunda de las utilidades, pues continúa diciendo Aristóteles que: “es útil para ejercitarse porque teniendo un método podremos habérmolas más fácilmente con lo que nos sea propuesto; y para las conversaciones, porque, habiendo inventariado las opiniones de la mayoría, discutiremos con ellos, no a partir de pareceres ajenos, sino de los suyos propios, forzándoles a modificar aquello que nos parezca no enuncian bien”.⁸³⁸

Y efectivamente, qué era sino dialéctica, la práctica de la *disputatio fori* a través de la cual los juristas encontrar la *ratio iuris* que lograba actualizar en la praxis el fin último del Derecho, dando así, a cada uno lo que suyo. Cumpliéndose la “utilidad que la dialéctica tiene en las cuestiones primordiales de cada conocimiento”,⁸³⁹ pues nadie duda que la justicia es trascendental en el conocimiento jurídico.

Los referidos sentidos romanos de oportunidad y de utilidad, asisten en la comprensión de que la mayor parte de la jurisprudencia clásica sea tópica. Y esto obliga al estudioso del Derecho Romano, a historiar el momento de su surgimiento, para entender el juego de fuentes materiales que dieron sentido al pensamiento de los jurisperitos, y su lógica consecuencia: el contenido de la norma.

Ahora bien, si se piensa que en la idiosincrasia del pueblo romano existen características que favorecían las aptitudes jurídicas⁸⁴⁰ y a las mismas les sumamos ese criterio de lo conveniente, mediante el cual hacían suyo todo aquello que

⁸³⁷ Cfr. *Ibidem*, 100 a, 25-30 y 100 b, 20.

⁸³⁸ Cfr. *Ibidem*, 101 a, 25-30.

⁸³⁹ Cfr. *Ibidem*, 101 a, 35.

⁸⁴⁰ Von Ihering, *El espíritu... cit.* p. 24.

consideraban digno de sumarse a su grandeza y avance, se comprende que esa capacidad jurídica se vio fortalecida y perfeccionada por circunstancias externas.

Posteriormente, la evolución que Roma experimentaba trajo también consigo el desarrollo de ese joven derecho jurisprudencial.

La tónica jurídica romana, no era otra cosa que la necesidad de dar solución práctica a las nuevas situaciones que de hecho se presentaban principalmente en el ámbito de la *iuris dictio* del pretor, y para las cuales no existía prevista norma alguna en los ordenamientos fueran ya civiles, fueran ya honorarios; en cuyo caso, el pretor revestido de su *potestas* y del *ius edicendi*, tenía la facultad de emitir la norma, mediante un edicto repentino.

Sin embargo, el pretor no siempre conocía el derecho, ni gozaba de la *auctoritas* suficiente, por lo que acudía en busca del apoyo de las *responsa* del jurista. Es justo ahí, en uno de los campos de mayor trascendencia de actuación jurisprudencial, donde el jurista echaba a andar toda su capacidad de pensamiento compuesta no sólo por los elementos propios de la romanidad a la que nos hemos referido, sino también por el ser cultural propio de sus tiempos.

Era tal la fruición que el pensar en términos del *ius* provocó en los juristas, que pronto se inconformaron con la sola citación de sus antecesores, buscando justificar de modo más claro y eficiente sus *responsa*, ya de suyo dotadas de *auctoritas*.

El jurisconsulto logró dar respuestas útiles, prácticas y justas, y a partir de su actividad y de sus múltiples conocimientos iba perfeccionando su *techné*, llegando al punto en el que no bastaban los casos reales, sino que además habría que imaginar nuevos (*quaestiones*).

4.2.2. Quinto Mucio Escévola; entre la tradición y la novedad

Es un hecho que los juristas perfeccionaron su *techné* entre otras cosas, con el estudio de las disciplinas griegas propias de su filosofía. Con las cuales fueron dando mayor certeza a su actividad, logrando convertirla en una ciencia práctica, un sistema tópico, lógico inductivo. En este sentido, Kaser establece que:

Hacia la mitad del siglo II antes de Jesucristo se produce un cambio fundamental en el método de los juristas romanos, quienes, impulsados por la filosofía griega, dan a la materia jurídica un enfoque dialéctico.⁸⁴¹

Autores como Schultz reconocen la trascendencia de la influencia helena al grado de optar por periodizar la historia de Roma, utilizando un lapso específico al que le llama “helenístico”:

En ningún período que conozcamos, la ciencia jurídica romana estuvo completamente exenta de la influencia griega, pero fue sólo en los dos últimos siglos de la República que se aceptó el movimiento intelectual específico que llamamos “helenismo”.

No hubo revolución repentina, el cambio se llevó a cabo con verdadera cautela y deliberación romanas.

La ciencia jurídica romana contenía en sí misma grandes potencialidades, pero para liberarlas y ponerlas en actividad era necesaria la energía de las formas griegas.⁸⁴²

“La transformación que el helenismo operó en el *Ius* fue nada menos que el desarrollo de la ciencia jurídica romana hasta convertirse en una ciencia profesional de tipo helenístico en el marco de la ciencia helenística. Esta nueva ciencia no era una combinación de elementos griegos y romanos, sino una unidad orgánica. La disciplina formativa de Grecia permitió que la energía natural y nacional de la ciencia romana se revelara *Vim promovet insitam*”.⁸⁴³

⁸⁴¹ Kaser, *En torno al método...* cit. p. 49.

⁸⁴² Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, London, Oxford, 1967, p. 38.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 39. “*Vim promovet insitam* (la educación agudiza las facultades innatas)” Horacio, *Carmina*, IV,4, 33. Doctrina *Sed vim promovet insitam*. La educación agudiza las facultades innatas (la educación amplía los poderes naturales de la mente). Término filosófico. (Horacio, “*Carmina*”, IV,4,33). Información consultable en: Términos Filosóficos en Latín, <http://latin.dechile.net/?Filosofico=46ç>

Los jurisperitos lograron ser un grupo social trascendental para el desarrollo cultural en Roma, siendo el equivalente de lo que los filósofos fueron en Grecia.

La trascendencia de los jurisperitos queda resumida en el dicho de Pomponio: “No puede conservarse el derecho si no hay algún jurisperito gracias al cual pueda perfeccionarse cotidianamente”.⁸⁴⁴

El *Ius*, el Derecho jurisprudencial o la Ciencia Jurídica romana clásica, fue todo un proceso, que se fue refinando con su propio ejercicio, alcanzando un verdadero grado de magnificencia. Tal como lo resume Kaser, “el proceso de creación jurídica romana inició con la comprensión intuitiva y evolucionó a la argumentación lógica”.⁸⁴⁵

Por lo que aun cuando el producto es perfecto, el proceso fue lento, tomó siglos. En un primer momento y con la secularización del derecho, lo más probable es que la única fuente del derecho jurisprudencial fuera la *auctoritas*, es decir, la citación de la opinión de los primeros juristas pontífices que era argumento suficiente para establecer criterio jurídico.

Con esa larga y prolífica actividad jurisprudencial tópica, se prueba que el Derecho en Roma no nació como código, ni como norma fija con tendencias axiomáticas, sino en medio de la necesidad que toda sociedad tiene de hacer justicia, entendiendo ésta como una virtud alcanzable mediante la *praxis*; “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, es un hábito, cuyo ejercicio puede lograr el refinamiento que los juristas romanos alcanzaron, deduciendo e induciendo soluciones gracias a la experiencia acumulada y al conocimiento con el que contaban.

⁸⁴⁴ D.1,2,2.13.

⁸⁴⁵ Kaser, *En torno al método... cit.* p. 27.

De los jurisprudentes, Pomponio nos recuerda que “la ciencia del derecho civil fue profesada por muchas personas importantes, que gozaron de la máxima reputación en el pueblo romano”.⁸⁴⁶ Destaca que:

Quinto Mucio, hijo de Publio, que fue Pontífice Máximo, fue el primero en sistematizar el derecho civil en una obra de dieciocho libros. Muchos fueron los discípulos de Mucio, pero los de mayor autoridad fueron Aquilio Galo, Balbo Lucilio, Sexto Papirio y Cayo Juvencio; entre ellos afirma Servio que Galo gozó de la máxima autoridad pública.

Todos ellos, no obstante, aparecen mencionados por Servio Sulpicio; no tenemos obras de ellos que se consulten directamente, ni corren en absoluto sus escritos de mano en mano, sino que Servio perfeccionó sus libros, y gracias a los escritos de éste se conserva también la memoria de aquellos jurisconsultos.

De Servio Sulpicio, que alcanzó el primer lugar en la oratoria forense, más exactamente, el segundo después de Marco Tulio Cicerón ... se conservan muchos volúmenes suyos, pues dejó cerca de 180 libros. De él proceden muchos discípulos: Alfeno Varo, Aulo Ofilio, Tito Cesio, Aufidio Tuca, Aufidio Namusa, Flavio Prisco, Cayo Ateyo, Pacuvio Labeón Antistio (padre de Labeón Antistio), Cayo Cinna, Publicio Gelio.⁸⁴⁷

La figura de Quinto Mucio Escévola toma gran relevancia, de él dijo Cicerón: “el Pontífice Escévola, es el único en nuestra ciudad al cual me atrevo a llamar eminentísimo por ingenio y justicia”.⁸⁴⁸

Asimismo, según Heineccius, “Mucio fue llamado por Valerio Máximo el intérprete más claro y verdadero de las leyes, y por Diodoro de Sicilia el más ilustre de los romanos”.⁸⁴⁹

Quinto Mucio, el Pontífice, fue introducido al mundo jurídico por su padre. Tenía a su favor el provenir de una familia aristócrata de importante inclinación al estudio del derecho. Fue un personaje trascendental en la Historia del Derecho Romano, porque como bien dice Schultz:⁸⁵⁰ “con Escévola se alcanza a la vez el

⁸⁴⁶ D.1,2,35-44.

⁸⁴⁷ D.1,2,1,41-44.

⁸⁴⁸ Cicerón, *Lelio o de la Amistad*, 1.

⁸⁴⁹ Cfr. Heineccius, *op. cit.* §144.

⁸⁵⁰ Cfr. Schultz, *op. cit.* p. 41.

clímax y el final de la ciencia pontificia del derecho privado, es decir, Mucio vio nacer el derecho como ciencia, y al mismo tiempo aportó en la colocación de los cimientos del *Ius*".

Por su parte Churruca y Mentxaka sostienen que:

Quinto Mucio Escévola, el *Pontifex*, con su formación que fluía entre la tradición de lo romano y la innovación de lo helenístico, superó en sus obras la forma de meras colecciones de fórmulas y aforismos que antes tuvo la literatura jurídica, y con base en la dialéctica helenística estableció géneros, especies, diferencias, normas generales y principios básicos de una sistematización de las materias del derecho en cuatro grandes secciones (sucesiones, familia, cosas y obligaciones).⁸⁵¹

Quinto Mucio Escévola (140-62 a.C.) perteneció a una familia patricia, de la nobleza senatorial y de al menos cuatro generaciones de juristas, su bisabuelo fue Quinto Mucio Escévola (s. III a.C.). Hijos de este último fueron Publio Mucio Escévola (cónsul 175 a.C.) y Quinto Mucio Escévola (cónsul 174 a.C.) quien fue el padre de Quinto Mucio Escévola el Augur (pretor y cónsul en 120 y 117 a.C. respectivamente) que fue maestro de Cicerón⁸⁵² y de quien éste dijera que "aprendió el derecho civil en casa". El Augur fue el padre de Quinto Mucio Escévola el Pontífice o el sistematizador.⁸⁵³ Dice Cicerón de los Escévolas:

¡cuán extenso hacen aquello los Escévolas, pontífices ambos y, además peritísimos en derecho!

A menudo -dijo el hijo de Publio- escuché de labios de mi padre que nadie era buen pontífice, sino el que conocía el derecho civil".⁸⁵⁴

⁸⁵¹ Cfr. Churruca y Mentxaka, *op. cit.* p. 104.

⁸⁵² Cfr. Fernández de Buján Antonio, *Sistemática y Ius Civile ... cit.* pp. 57-80.

⁸⁵³ *Idem.*

⁸⁵⁴ Cicerón, *Las Leyes*, II, 47. De lo dicho por Cicerón se deriva la trascendencia del conocimiento del derecho civil, para lograr una verdadera comprensión del derecho honorario, de la jurisprudencia, y, por tanto, del surgimiento de la ciencia jurídica romana. Cuando Cicerón señala la frase ¡cuán extenso hacen aquello los Escévolas! se refiere a dividir hasta el infinito lo que está puesto en un solo conocimiento.

La trascendencia del Pontífice es la sistematización del derecho mencionada por Pomponio, lo que nos permite considerar a Quinto Mucio como el verdadero padre de la ciencia jurídica romana. Asimismo, el *Digesto* deja constancia de que Quinto tuvo muchos discípulos que evidentemente trabajaron sobre sus enseñanzas.

Respecto de la aportación de Escévola al *Ius*, Kunkel aclara que “la sistemática jurídica creada por el llamado Pontífice no era cerrada; incluso los romanos nunca llegaron a eso, sino que, seguramente se habla de sistematización como expresión para distinguir diversas categorías, dentro del mismo nombre, así como, por ejemplo, las cinco clases de tutela. Este rasgo, como también la tendencia a dar definiciones de los conceptos jurídicos más importantes, caracteriza a Quinto Mucio como representante del nuevo método dialéctico”.⁸⁵⁵

Los discípulos de Quinto Mucio Escévola son mencionados según Pomponio por Servio Sulpicio -Rufo-, quien estudió con Aquilio Galo⁸⁵⁶ (pretor 66 a.C.), discípulo de Quinto, y perfeccionó diversos escritos, dejando cerca de 180 libros. Fue, además, el primer lugar en oratoria forense. Más exactamente, el segundo después de Cicerón, quien fue su contemporáneo y amigo.⁸⁵⁷

Quinto Mucio Escévola, fue uno de los más destacados juristas primarios. Al igual que los hombres de su época y de cualquier otra, estuvo condicionado por la sociedad en la que vivió y conoció. Es bien sabido que no nos ha llegado ninguna de sus obras y ante su inexistencia es de gran utilidad el analizar su contexto de

⁸⁵⁵ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 110.

⁸⁵⁶ Según Pomponio, Servio Sulpicio dijo que Aquilio Galo gozó de la máxima autoridad pública.

⁸⁵⁷ Cabe destacar que la amistad de Cicerón y Servio queda inmortalizada en la obra de aquel, al señalar que: Sólo Servio ha tenido la ciencia (se refiere a la dialéctica), a la cual nunca hubiera llegado, sin aprender antes el arte de dividir un asunto, explicar y definir, explicar o interpretar cosas oscuras, distinguir las ambiguas, y, finalmente, tener una regla para separar lo verdadero de lo falso, y las consecuencias reales de las ilegítimas. Él trajo la luz de este arte, el primero y más excelente de todos, a las confusas respuestas y consultas de los jurisconsultos anteriores. Véase, Menéndez Pelayo, Marcelino, *Obras completas de Marco Tulio Cicerón II. Bruto o de los ilustres oradores*, 2ª parte, Madrid, librería y Casa Editorial Hernando, 1927, p. 272.

vida para entender lo que determinó su pensamiento y, por ende, el surgimiento del *Ius*, del que Escévola es uno de sus principales *patres*.

Y es que “el Pontífice debe ser considerado el más importante de la excelsa familia de jurisconsultos que fue la de los Mucios Escévola, así como el más prestigioso jurista de su generación y de la República”.⁸⁵⁸

El pensamiento de Mucio toma mayor relevancia, si no olvidamos el especial aprecio que los romanos tenían por el pasado, del que como ya se ha mencionado, nunca renegaban, sino por el contrario, siempre lo tomaban en cuenta para construir a partir de él.

En este contexto ideológico es posible afirmar que el pensamiento de Escévola es el espíritu del pensamiento de los juristas que le precedieron, incluidos los clásicos centrales y también los tardíos tales como Ulpiano, Paulo, Modestino, Papiniano, Florentino, etc., incluso del mismo Gayo o Pomponio, y, por lo tanto, de buena parte del contenido del *Digesto*.

Mucio es la visión histórica a la que se aspira con esta investigación, lo que significa “una aproximación que, desde el prisma jurídico, implica situar la enseñanza de cada jurista romano en su contexto de vida concreta. Advirtiendo así que lo clásico vive en lo posclásico”⁸⁵⁹ y lo preclásico es formativo de lo clásico, que más tarde será la sustancia de lo justiniano: en pilar del derecho occidental hasta nuestros días.

Mucio representa la formación de conceptos fundamentales que subyacen en esos siglos de experiencia y que se dieron en la civilización que por primera vez aisló al Derecho de otras disciplinas y concibió lo que es la ciencia jurídica. “De ahí

⁸⁵⁸ Cfr. Fernández de Buján Antonio, *Sistemática y Ius Civile ... cit.* pp. 57-80.

⁸⁵⁹ Cfr. Torrent, *op. cit.* p. 555.

que su explicación sea indispensable para proporcionar los rudimentos del Derecho a jóvenes o expertos juristas”.⁸⁶⁰

Comprendamos que el término “aislar” no significó “renegar o renunciar”. Durante la época clásica, con los romanos, el derecho dejó de ser como entre los griegos sinónimo de filosofía, o como en la Roma arcaica homólogo a la religión; pero ya hemos visto que no por ello, negó la influencia de otras disciplinas, de las que abrevaba para cumplir con su objeto.

Es por ello que, en materia de Historia del Derecho, debemos acostumbrarnos a escudriñar ese riquísimo y multifacético pasado, no únicamente con ojos de historiador o de jurista, también es menester afinar la mirada del economista, del filósofo y del teólogo para posarse con mucha inquietud, en esos siglos, en los que se produce el alumbramiento de nuestro ser cultural.

El Derecho Romano clásico, el *Ius*, es un producto manufacturado en una época determinada por circunstancias específicas, la comprensión de éstas es el obligado inicio para aprenderlo y descubrirlo en todo su esplendor. Mismo que, después de al menos veinte siglos de su surgimiento, sigue iluminando los ordenamientos jurídicos occidentales, quedando aún mucho qué decir de él.

“Por ello es imposible negar que la romanidad es una vivencia inseparable del hecho histórico que la origina”.⁸⁶¹

“El clima intelectual en el que se formó Quinto Mucio fue, por una parte, el tradicional de su propia casa, en el que su padre Publio Mucio, al propio tiempo que representaba a los *veteres iurisconsulti*, abrió las puertas a un moderado helenismo que vivifica su obra y su pensamiento”.⁸⁶²

⁸⁶⁰ Cfr. Ledesma, *El Derecho Romano en el siglo XXI... cit.* p. 482.

⁸⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 497.

⁸⁶² Cfr. Fernández de Buján Antonio, *Sistemática y Ius Civile ... cit.* pp. 57-80.

Por un lado, nos informa Fernández de Buján que “Mucio tenía un ambiente intelectual en el domicilio de su padre Publio, al que acudían jóvenes coetáneos de su hijo, tales como Rutilio Rufo; pero por el otro se movía en el foco de la modernidad que representaba el cosmopolitismo y racionalismo helénico”.⁸⁶³

Mucio es la encarnación de la idiosincrasia romana de su época, que es la del surgimiento del *Ius*: la reverencia y respeto por su pasado, y la aceptación de lo conveniente y provechoso que “la modernidad” ofrecía; elementos que el ingenio romano logró combinar a la perfección para lograr manifestaciones de su cultura que marcarían el destino de las sociedades que les hemos sucedido.

Siendo así, la trascendencia de Mucio Escévola deriva no sólo de su prestigio personal y familiar, sino también de ser digno representante de la esencia del *Ius* ya que encarna el ejemplo entre la tradición y la novedad, entre el *Ius* y el *Fas*, entre el *Ius civile* y el *Ius honorarium*; elementos que actuando en sinergia se concilian para honrar la idiosincrasia romana en pro de la fastuosa construcción de la ciencia jurídica.

Por lo tanto, “Mucio debe ser considerado como un pionero en la sistematización del *Ius civile* y en la influencia helenística”.⁸⁶⁴

4.2.3. El círculo de los Escipiones; un paradigma del helenismo

En tiempos del Pontífice, el helenismo dio pretexto para que, entre los círculos aristocráticos se generaran espacios para la cultura y el conocimiento. Uno de los más reconocidos e influyentes fue el llamado círculo de los Escipiones.

Publio Cornelio Escipión Emiliano militar que destruyó Cartago, nieto de Escipión el Africano, protector de Polibio el historiador⁸⁶⁵ y de Panecio el filósofo

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 60.

⁸⁶⁴ *Ibidem*.

⁸⁶⁵ “Con Polibio, la tradición helenística del pensamiento histórico pasa a manos de Roma. El único desarrollo original que se le impone desde entonces procede de Tito Livio, quien concibió la

griego de tendencia estoica ecléctica, fue la cabeza del clan de los Escipiones en el que participaron políticos, filósofos, historiadores y juristas.

En este ambiente de los Escipiones fue en el que también se formó y creció Mucio, con una educación, cultura y conocimiento que determinó su modo de pensar, moldeado por la tradición y la innovación, por todas y cada una de las circunstancias que le fueron dadas.

El citado círculo de los Escipiones jugó un papel protagónico en la cultura romana y en la diseminación del helenismo. A él pertenecieron los *patres del lus*, citados en el Digesto,⁸⁶⁶ tales como Manlio Manilio, Quinto Mucio tanto el Augur como el Pontífice, Publico Rutilio Rufo y Quinto Aelio Tubero, junto con los jóvenes Escipión y Panecio.⁸⁶⁷

El nombre de “Círculo de los Escipiones” es tardío y al parecer proviene del pasaje escrito por Cicerón en *Lelio* (69):

Pero lo más grande en la amistad es que el superior es igual al inferior. Pues, a menudo, hay ciertos casos de superioridad, como era el de Escipión en nuestra, por decirlo así, grey.⁸⁶⁸

Del Círculo de los Escipiones, su época y sus protagonistas, en palabras magistrales de Betancourt se debe destacar que:

El círculo de los Escipiones representa el cenit de la fusión de la cultura romana con la griega, la Roma de esta época ofrece un original fenómeno histórico cultural de la mayor importancia para todas las épocas posteriores, en cuanto que en él aparece el arquetipo del talante cultural del humanismo moderno.

En efecto, la idea de la educación que no perseguía ninguna finalidad práctica ocupa el centro de la historia de la cultura helénica. La realización de esta idea necesitaba del influjo recíproco de naciones emparentadas y al mismo tiempo independientes,

grandiosa idea de una historia de Roma desde sus orígenes. Gran parte de la obra de Polibio se había llevado a cabo a base del método del siglo V, en colaboración con sus amigos del círculo de los Escipiones que habían alcanzado las etapas culminantes en la edificación del nuevo mundo romano”. *Cfr.* Collingwood, *op. cit.* p. 50.

⁸⁶⁶ D.1,2,39-40.

⁸⁶⁷ *Cfr.* Schulz, *op. cit.* p. 63.

⁸⁶⁸ Cicerón, *Lelio*, 69.

porque lo que es común a los hombres traspasa verdaderamente las barreras y las fronteras de todas las naciones.

Pero el espíritu activo y creador actúa de ordinario con la tática del toma y daca, y nace en aquel pueblo que, sin renunciar a sí mismo, está en disposición de apropiarse de lo grande que hay en el extraño y de incorporarlo a su propio ser. Los romanos del círculo de los Escipiones demostraron que el *imperium* del mundo recayó a la sazón sobre una nación que había merecido más por su receptividad que por la fuerza de las armas.⁸⁶⁹

4.2.4. Cicerón y los deberes

En ese círculo de los Escipiones, Panecio de Rodas fue pieza fundamental, porque transmitió a sus miembros sus conocimientos en torno a la filosofía cuya escuela específica era la doctrina estoica.

Panecio tuvo el mérito de devolver a la escuela estoica su esplendor, mediante el eclecticismo. “Abrazó la concepción de la eternidad del mundo, mitigó las asperezas de la ética, afirmando que con la virtud no basta para la felicidad y que también hacen falta la buena salud, medios económicos y fuerza. Concedió gran valor a los deberes, centrando toda su atención en ellos”.⁸⁷⁰

La importancia de Panecio, tratándose de la influencia que tuvo en los *patres* del *Ius*, reside en el valor que le otorgó a los deberes. Su obra “Sobre los deberes” (misma que desafortunadamente no se conserva) influyó mucho en Cicerón, “quien recibió de Panecio el concepto de *officium*, transmitiéndolo a Occidente como una conquista definitiva”,⁸⁷¹ a través precisamente de su obra del mismo nombre.

La trascendencia de “Acerca de los Deberes”⁸⁷² de Cicerón, para el estudio del surgimiento del *Ius* y de la influencia que el helenismo tuvo en el mismo, deriva al comprender que en dicha obra Marco Tulio, siguiendo a Platón, estableció

⁸⁶⁹ Betancourt, *op. cit.* p. 159.

⁸⁷⁰ Cfr. Reale y Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, *op. cit.* p. 237.

⁸⁷¹ Cfr. *Idem.*

⁸⁷² Cicerón, *Acerca de los Deberes*.
[https://www.humanidades.unam.mx/bibliotheca/bsgrm/acerca_de_los_deberes\\$dura\\$1edicion\\$TIT_1.pdf](https://www.humanidades.unam.mx/bibliotheca/bsgrm/acerca_de_los_deberes$dura$1edicion$TIT_1.pdf)

criterios que sin duda marcaron el pensamiento cultural de los romanos de esa época, incluyendo a los juristas, entre los que ya hemos dicho que destacó el Pontífice y Sulpicio Rufo.

Destaca su alusión a las cuatro partes relacionadas con las partes del alma humana y sus respectivas virtudes cardinales que Platón desarrolla en la *República*:

Pero todo lo que es honesto, nace de una de cuatro partes. Pues se mueve o en la penetración y solercia de lo verdadero, o en proteger la sociedad de los hombres, y en atribuir a cada uno lo suyo, y en la fe de las cosas contratadas, o en la grandeza y la robustez del ánimo excelso e invicto o en el orden y el modo de todas las cosas que son hechas y que son dichas, en lo cual están la modestia y la templanza. Aunque estas cuatro entre sí están coaligadas e implicadas, empero nacen de cada una ciertos géneros de deberes.⁸⁷³

Asimismo, además de la admiración que Cicerón tenía por Platón⁸⁷⁴ y su obra, vale la pena mencionar el reconocimiento expreso que el Arpinate hace también de su admiración y de la conveniencia de la filosofía griega que muy probablemente compartía con todos los asiduos al círculo de Escipión:

Yo mismo para mi utilidad, siempre con lo griego conjunté lo latino, e hice eso no sólo en la filosofía, pero también en la ejercitación del decir.⁸⁷⁵

Mas empero, leyendo lo nuestro, lo cual no mucho difiere de los peripatéticos, puesto que unos y otros, socráticos y platónicos, queremos ser.⁸⁷⁶

Y a todos les fue dada la razón; por consiguiente, a todos les fue dado el derecho, y rectamente Sócrates solía maldecir a aquel que, el primero, separó del derecho la utilidad. Se quejaba, en efecto de que ése era el principio de todos los desastres.⁸⁷⁷

Por lo cual, temo dar lugar a que se pongan principios no bien premeditados y diligentemente explorados, y, sin embargo, no para que sean aprobados por todos -pues eso no puede hacerse-, sino por aquellos que consideraron que todo lo recto y lo honesto es deseable por sí mismo, y que no debe contarse entre los bienes absolutamente nada sino lo que es laudable por sí mismo, o que ciertamente no

⁸⁷³ *Ibidem*, I,V.

⁸⁷⁴ Véase, apartado 4.1.3. Escritura, literatura y lengua.

⁸⁷⁵ Cicerón, Marco Tulio, *Acercas de los Deberes*, I,I.

⁸⁷⁶ *Idem*.

⁸⁷⁷ Cicerón, *Las Leyes*, I, 33.

debe tenerse como un gran bien sino lo que en verdad puede alabarse espontáneamente.⁸⁷⁸

Por todos éstos, ora hayan permanecido en la Academia Antigua con Espeusipo, Jenócrates y Polemón; ora hayan seguido a Aristóteles y Teofrasto, coincidiendo en el fondo con aquéllos, un poco diferentes en el modo de enseñar, ora, como le pareció a Zenón, sin cambiar las doctrinas, hayan cambiado los vocablos, ora incluso hayan seguido la secta de Aristón, difícil y ardua, pero, sin embargo, ya fracturada y refutada, pues exceptuadas las virtudes y de los vicios, ponían lo demás en igualdad suma: por todos éstos pueden ser aprobados los principios que dije.⁸⁷⁹

Por lo que al deber se refiere, Cicerón establece una relación directa del mismo con la honestidad y con la justicia, manifestando que:

Ninguna parte de la vida, ni en las cosas públicas ni en las privadas ni en las forenses ni en las domésticas, ni si actúas algo para ti ni si contratas con otro, es posible estar vacante de un deber; en cultivarlo está fundada toda la honestidad de la vida, y la torpeza, en descuidarlo.⁸⁸⁰

Y casi asaz hemos dicho de qué modo a partir de estas cosas que están en el derecho de la sociedad humana, se deriva lo honesto, de lo cual nació el deber.⁸⁸¹

Pues nada que esté vacante de la justicia puede ser honesto. Por consiguiente, preclaro, aquello de Platón: “No sólo”, dijo, “la ciencia que está apartada de la justicia debe ser llamada más bien habilidad que sapiencia, pero también el ánimo aprestado al peligro, si es impelido por su ambición, no por la común utilidad, tenga más bien el nombre de audacia que el de fortaleza”.⁸⁸²

Nada es seguramente más prestante que el que se entienda plenamente que nosotros hemos nacido para la justicia, y que el derecho no fue constituido por la opinión sino por la naturaleza. Esto ya será patente si percibes la sociedad y la unión de los hombres entre sí.⁸⁸³

Por lo tanto, los deberes, no son otra cosa que la ejecución práctica de la virtud. Al respecto Cicerón reconoce:

Del modo como los deberes, Marco, hijo, se derivan de la honestidad y de todo género de la virtud, juzgo que asaz ha sido dicho en el libro anterior.⁸⁸⁴

⁸⁷⁸ *Ibidem*, I, 37.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, I, 38.

⁸⁸⁰ Cicerón, *Acerca de los Deberes*, I, II.

⁸⁸¹ *Ibidem*, I, XVIII.

⁸⁸² *Ibidem*, I, XIX.

⁸⁸³ Cicerón, *Las Leyes*, I, 28.

⁸⁸⁴ Cicerón, *Acerca de los Deberes*, II, I.

Lo honesto, eso mismo, justo; de lo cual se cumple que cuanto sea honesto eso mismo sea útil.⁸⁸⁵

Quien quiera, pues, alcanzar la verdadera gloria, ejercite los deberes de la justicia.⁸⁸⁶

Sin la justicia, nada puede ser laudable.⁸⁸⁷

Por último y en concordancia con *Los Deberes* de Cicerón, cabe hacer una comparación conceptual; recordemos que según Ulpiano “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanos, la ciencia de lo justo y de lo injusto” (D.1,1,10); Cicerón, por su parte, cita que “lo mejor, lo más deseable y digno del hombre es la sapiencia, y que ésta es la ciencia de las cosas divinas y humanas”.⁸⁸⁸

Comparando ambos contenidos conceptuales, es posible deducir que los juristas romanos eran los detentadores de esa ciencia, verdaderos filósofos de derecho, en el sentido que Cicerón define el término filósofo, es decir, “como el hombre que investiga la sapiencia”.⁸⁸⁹

Ahora bien, de acuerdo con el modo de ser romano que se ha estudiado, es posible afirmar que si Panecio quien fuera un personaje relevante en la historia de Roma y en el círculo escipiónico influyó tanto en Cicerón; también tuvo influencia en todos aquellos quienes estuvieron adoctrinados por él, y que gozaban de pertenecer al círculo de los Escipiones, incluyéndose obviamente y por analogía a Mucio.

La influencia griega, se dejó sentir más allá de los textos ciceronianos, puesto que también es posible encontrar ideas de los griegos en el Digesto de Justiniano.

Al respecto citemos lo que el jurista Marciano manifiesta en torno a la ley como norma jurídica (en sentido amplio), y no de expresión política de poder (sentido estricto):

⁸⁸⁵ *Ibidem*, II,III.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, II, XIII.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, II, XXI.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, I, XLIII.

⁸⁸⁹ *Cfr. Ibidem*, II,II.

El orador Demóstenes la define también (hablando de la ley): Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, dogma de hombres prudentes, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad, según el cual deben vivir todos lo que en ella se encuentran. Y también Crisipo, filósofo estoico de gran sabiduría empieza así un libro que escribió sobre la ley: La ley es la reina de todas las cosas divinas y humanas. Debe regir así a los buenos como a los malos, ser gobierno y guía de los seres que por naturaleza viven en comunidades ciudadanas y por ello regla de lo justo y de lo injusto, que mande hacer las cosas que se deben hacer y prohíba las que no se deben hacer.⁸⁹⁰

Teniendo en consideración lo anterior, tres cosas deben tomarse como ciertas, la primera es que fue de la aristocracia romana de donde emergieron los juristas responsables de la construcción jurisprudencial entre cuyos *patres* destacó Mucio Escévola; la segunda, es que esa aristocracia romana desde el siglo II a.C. era esencialmente helenística, pues Roma aceptó sin reparos dicha cultura; es más, seguramente sin la intervención de Roma el helenismo no hubiera tenido la expansión que alcanzó, y sin el helenismo Roma no hubiera gozado de los niveles de excelencia que logró, y la tercera, que esa influencia helena fue ecléctica pero con una marcada tendencia y preferencia por la obra platónica.

Dentro de esa influencia griega, específicamente filosófica cuyo receptáculo fue la élite aristocrática romana, entre la que se encontraban los primeros juristas romanos, estaba la comprensión y aprendizaje de los diversos métodos para llegar a la sabiduría, al conocimiento. Esos métodos permiten generar sistemas que proveen a ese conocimiento.

Si en el Digesto se reconoce a Escévola como el primer sistematizador del derecho, entiéndanse entonces como el primero en utilizar esos métodos de origen griego en pro de la ciencia jurídica. Al respecto Schulz dice que “seguramente hubo otros juristas que utilizaron antes el método, pero es el pontífice el primero en utilizarlo para la disposición de un libro de *ius civile*. Sus distinciones fueron

⁸⁹⁰ D.1,3,2.

discutidas, enmendadas y perfeccionadas con entusiasmo por los juristas posteriores”.⁸⁹¹

Por lo tanto, el primero en poner en blanco y negro la sistematización del derecho para dotarle de un método y dar lugar a la ciencia jurídica romana fue Mucio Escévola. Sobre su trabajo se llevó a cabo la edificación y continuidad en la construcción de la sempiterna obra romana.

Continúa informándonos Schulz:⁸⁹²

Así, donde Mucio distinguió cinco clases de tutela, otros como Servio reconocieron tres. No disponemos de información detallada, pero la prolongada disputa de esta cuestión por parte de los juristas republicanos demuestra su interés por el método. También escuchamos que Mucio distinguió varios géneros de posesión y que Servio reconoció cuatro géneros de robo.

Estos son ejemplos documentados, pero el número de distinciones republicanas debe haber sido considerable, ya que Mucio aplicó el método sistemáticamente a todo el *ius civile*, aunque no tenemos materiales para reconstruir los detalles de su obra, probablemente una gran parte de las distinciones que logró siguió siendo trabajada por los juristas que le sucedieron y formó parte de diversas otras obras clásicas, llegando hasta el Digesto y las Instituciones de Gayo.

Debe continuarse siempre en la claridad de la idea ya manifestada de que el *ius* es para los romanos un *ars*, es decir una ciencia práctica. Porque a partir de dicha concepción se deriva que, el primer paso para generar un *ars* es tener un método que permita la sistematización. Justo esto fue lo que se logró a través del método dialéctico que distingue entre géneros y especies; el segundo paso fue descubrir sus principios rectores.

“Que tanto conocimiento de la naturaleza de los varios tipos pueda ser obtenido por alguien que se tome las molestias necesarias”, fue un dicho de

⁸⁹¹ Cfr. Schulz, *op. cit.* p. 64.

⁸⁹² *Idem.*

Aristóteles que los juristas apenas pudieron haber oído; pero fue en su espíritu que trabajaron.⁸⁹³

4.3. El Mundo de las Ideas Jurídicas

Hemos definido que el punto fino para el surgimiento del *ius* como *ars*, fue el método dialéctico proveniente de la filosofía griega, mismo que fue utilizado por primera vez por Quinto Mucio Escévola el Pontífice.

Lo anterior produjo un cambio de gran alcance, pues mediante dicho método se llegaba a conceptos y clasificaciones jurídicas a la más pura manera de Platón,⁸⁹⁴ quien tal como ha quedado constatado fue estudiado, leído y admirado por Cicerón⁸⁹⁵ y seguramente a partir de la analogía que la historia nos permite hacer, también por los primeros *patres* del *ius* pertenecientes al círculo de Escipión entre los que destacó Escévola.

Mucio, inmerso en el mundo helenístico que le tocó vivir, aprendió dicho método en el círculo de los Escipiones, poniéndolo en práctica y transmitiéndolo

⁸⁹³ *Idem*.

⁸⁹⁴ “Específicamente a alcanzar el mundo de las ideas a través de la línea de Platón en la que divide: lo ontológico (lo que existe) de lo epistemológico (teoría del conocimiento). La ontología se divide en el mundo de las cosas, de lo sensible (lo imperfecto, lo mutable y por tanto temporal) y en el mundo de lo inteligible las ideas (lo perfecto, lo eterno, lo inmutable). La epistemología se divide en: (i) opinión (*dóxa*) y a ésta le corresponde el mundo sensible y en (ii) conocimiento o ciencia (*epístéme*) a la que le corresponde conocer el mundo inteligible, en el que están las esencias o formas de las cosas, el mundo de las ideas. Esto da lugar al dualismo epistemológico entre los sentidos (mundo sensible) y la razón (mundo inteligible). En el conocimiento o *epístéme* a su vez, hay dos grados la *diánoia* y la *nóesis*, la primera es hipotética porque suponemos las entidades que se estudian y por tanto no da razón de la hipótesis, hay solo suposición, esto es pensamiento deductivo (Rep. 509 b). La *nóesis* está relacionada con la dialéctica que se encarga exclusivamente de las ideas, utilizando hipótesis para subir al último principio (no hipotético) que permite explicar racionalmente todas las hipótesis, y por tanto la realidad, esto es pensamiento inductivo, abstracto y ascendente. Si el objeto de la razón es lo inteligible, la *nóesis* es tocar las ideas con el intelecto”. Cfr. Platón, República, 509 b-d).

⁸⁹⁵ “La tradición literaria y filosófica siempre ha señalado el “eclecticismo” que envuelve el pensamiento filosófico de Cicerón, siendo el platonismo una de las corrientes que están presentes”. Información consultable en: Adictos a la Filosofía, “El símil de la LÍNEA de PLATÓN (Aprende fácil) Filosofía Antigua”. YouTube Video. https://www.youtube.com/watch?v=_1XPpzekYRw Existe gran importancia de Platón y de su filosofía en los diálogos de Cicerón, especialmente en el *De Oratore*, *De Re Publica* y, sobre todo en *De Legibus*. Cfr. González Rendón Diony, *op. cit.* pp. 77-90.

naturalmente a sus alumnos, y posteriormente éstos a su vez a sus alumnos, y así sucesivamente entre todos los juristas romanos.

Durante esta época, inaugurada por Mucio, la mayor parte de las grandes personalidades fueron auténticos representantes del espíritu romano con una fecunda formación helenística, por lo que al estudiar el derecho aplicaron al campo jurídico la dialéctica. Al respecto Churruca y Mentxaka informan que:

La dialéctica no era patrimonio exclusivo de ninguna escuela filosófica griega, sino que con variantes de detalle era común a todas ellas. Consistía en un método aplicable a todas las ciencias....

... La aplicación de la dialéctica helenística al derecho hizo que éste dejara de ser un cúmulo desordenado de conocimientos jurídicos y pasase a ser una verdadera ciencia (*iurisprudentia*) o técnica científicamente organizada (*ars*). Cicerón calificó esa labor realizada por los juristas de su época como *Ius civile in artem redigere* (organizar los conocimientos del derecho en forma científica).⁸⁹⁶

Al ser el *Ius* una ciencia práctica, el método se fue adquiriendo en la tipicidad que imponía la propia naturaleza del ser humano, quien es el fin último del *Ius*.

En este orden de ideas, Schulz afirma:

La importancia de la dialéctica fue un asunto de extrema trascendencia en la historia de la jurisprudencia romana y, por tanto, de la jurisprudencia en general. Introdujo la jurisprudencia romana en el círculo de las ciencias profesionales helenísticas y la convirtió en ciencia en el sentido en que ese término es utilizado por Platón y Aristóteles. Es solo una investigación sistemática y el conocimiento organizado lo que propiamente se puede llamar así, y estos son alcanzables solo por el método dialéctico.⁸⁹⁷

Con lo anterior, Schulz aporta elementos para resumir la trascendencia que la influencia del helenismo tuvo en la ciencia jurídica romana, pues resulta evidente que el método es requisito *sine qua non* para la existencia de la ciencia.

Continúa Schulz:

⁸⁹⁶ Churruca y Mentxaka, *op. cit.* p. 104.

⁸⁹⁷ Schulz, *op. cit.* p. 67.

Fue sólo a través de la dialéctica que la jurisprudencia romana se volvió completamente lógica, logró la unidad y la cognoscibilidad, alcanzó su máxima estatura y desarrolló su refinamiento.

Lo importante es que la dialéctica transformó la jurisprudencia romana en ciencia sistemática, y, por tanto, tuvo una importancia incomparable en la historia de la ciencia jurídica romana.

La dialéctica fue para la jurisprudencia romana el verdadero fuego de Prometeo el portador de la luz celestial de la dialéctica en el turbio mundo del derecho.⁸⁹⁸

De las diversas aportaciones que el helenismo hizo a Roma, sin temor a errar, afirmamos que, tratándose del Derecho, fue el método dialéctico como disciplina filosófica una de las contribuciones más determinantes, siendo como Schulz lo señala, “el rasgo característico del período helenístico en el Derecho Romano fue el molde que proporcionó en el que los romanos vertieron su vida nacional manteniendo en su jurisprudencia, la intensidad del nacionalismo romano”.⁸⁹⁹

Con el método proveniente de la cultura helena, los juristas romanos, siempre prácticos, buscaron dar solución a los crecientes casos concretos, mismos que no hallaban cobijo ni respuesta en las disposiciones del viejo *ius civile*. Así fue como trabajando conjuntamente el pretor con su *potestas* y el jurista con su *auctoritas*, dando respuestas lógicas, racionales y útiles, se dio origen a un sistema totalmente práctico y abierto: el *Ius*, una ciencia creada por los romanos utilizando la dialéctica bajo el principio de *mutatis mutandis*.

Y es que, dada su idiosincrasia, es probable que los juristas romanos no tuvieran como fin generar disposiciones eternas sino honrar la resolución de los problemas concretos que la vida y la convivencia humana siempre generan.

No obstante, fueron tan impecablemente utilizados todos los recursos con los que contaban, que tal vez sin proponérselo *ex profeso*, con los elementos que ya contaban, más el hormigón que el helenismo les aportó con la dialéctica, fueron

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, pp. 85-86.

edificando el *Coliseum* del *Ius*, el anfiteatro jurisprudencial, que hasta el día de hoy ocupa a los estudiosos del derecho y que constituye una de las bases esenciales de muchos de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Sostiene Schiavone que “con certeza, en la revolución epistémica del pensamiento romano era toda la filosofía clásica griega la que contribuía a precipitar el gran cambio”.⁹⁰⁰

Con base y fundamento en la información contenida en la presente investigación, así como en las obras de Rudolf von Ihering titulada “*Bromas y Veras en la Jurisprudencia*” y de Aldo Schiavone titulada “*IUS*”; es posible afirmar que los juristas romanos, a partir de sus *patres* representados por Quinto Mucio Escévola, crearon lo que oportunamente von Ihering llamó el Mundo de las Ideas Jurídicas.

Señala von Ihering, que “el mundo de los conceptos jurídicos pertenece exclusivamente al Mundo de las Ideas Jurídicas, es decir, al ascenso de la realidad del ser a la idealidad del pensar”;⁹⁰¹ “en ese mundo de los conceptos éstos tienen vida propia, ahí impera la ciencia pura, la lógica jurídica”.⁹⁰²

Los jurisprudentes en la práctica, en la tipicidad de la vida jurídica romana clásica, inmersos dentro del período helenístico, “fueron generando cánones o reglas jurídicas, principios legales”.⁹⁰³

La negativa propia de los juristas a crear un sistema cerrado y estático, y a generar definiciones que limitaran el conocimiento, los llevó a crear elementos esenciales que dan sustancia al derecho, y aun cuando conocían bien de lo accidental de cada caso que siempre le condicionaba, lograron abstraer lo esencial

⁹⁰⁰ Schiavone, *op. cit.* 238.

⁹⁰¹ Von Ihering, *Bromas y veras ... cit.* p. 259.

⁹⁰² *Cfr. Ibidem*, p. 228.

⁹⁰³ D.50.17,1.

para encontrar los elementos *sine qua non* de la naturaleza del derecho y de muchas de sus instituciones.

Dice Iglesias de ese proceso de creación que:

El *Ius*, según lo entendieron los romanos, tiene su basamento en unos *principia*. Tales *principia*, enraizados, a su vez, en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten del todo con precisiones contables o mensurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad y la validez misma del Derecho”.⁹⁰⁴

“Los romanos lograron comprender que las disputas, los conflictos entre los seres humanos, son el verdadero condimento de la ciencia jurídica, pues sin esos problemas, el ciclo de vida del jurista sería insoportablemente aburrido, llegando a hartarse sólo de contemplar los conceptos”.⁹⁰⁵

Es así como, a través de la conceptualización, lograron construir representaciones mentales que se convierten en unidades básicas del conocimiento, aportando elementos que hasta hoy siguen siendo estudiados como la base para entender la naturaleza no sólo del derecho sino de las instituciones que lo integran. *V.gr*: justicia, equidad, derecho real y personal, acción (ejecutiva y declarativa), obligación, contrato, convenio, condición, término, solidaridad, mancomunidad, novación, confusión, transacción, *litis*, representación, mandato, compra venta, servidumbre, propiedad, posesión, reivindicación, delito, sociedad, rescisión, testamento, legado, prescripción, divorcio, tutela, curatela, adopción, etc.

La dialéctica permitió que los romanos ascendieran al Mundo de las Ideas Jurídicas para después aplicarlo a las realidades sociales, así pues y tal como Grossi lo reconoce, el Derecho se integró a las ciencias que van más allá del mundo sensible y que exigen de un agudo conocimiento:

⁹⁰⁴ Cfr. Iglesias, *Derecho... cit.* p. 92.

⁹⁰⁵ Cfr. Von Ihering, *Bromas y veras... cit.* p. 247.

El Derecho no pertenece al mundo de los signos sensibles y aun cuando confía en ellos para llevar a cabo una comunicación eficaz, es inmaterial; dicha inmaterialidad le concede una dimensión misteriosa para el hombre corriente, que se agrava con la visión politizada del Derecho que lo coloca bajo el riesgo de separarlo de la sociedad, exiliándolo de la conciencia común y colocando a los juristas que sí saben Derecho, en un rincón sin apenas participación en el medio cultural que le rodea.⁹⁰⁶

El Mundo de las Ideas o Conceptos Jurídicos queda plasmado en el dicho de von Ihering:

Los conceptos jurídicos existen, son verdades absolutas, lo han sido siempre, y lo serán por los siglos de los siglos. Querer indagar su esencia y su porqué no sería más juicioso que preguntar por qué dos más dos son cuatro. Son cuatro y sanseacabó. Con decir “son” está dicho todo, y no hay ninguna razón que dar. Con los conceptos ocurre lo mismo. Ellos reposan, como verdades absolutas, en ellos mismos, y tampoco hay razón que dar. Lo único que tiene que hacer respecto de ellos un espíritu pensante es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.⁹⁰⁷

Hemos citado que los jurisperitos fueron los primeros en tocar el Mundo de las Ideas Jurídicas, pero también hemos dicho que fue *mutatis mutandis*, porque si no hubieran hecho los cambios a partir del sentido de utilidad, hubieran caído en la provocación de pretender crear una ciencia axiomática. Bucear en lo más hondo de su esencia es entender que la riqueza de su contenido proviene de la tópica.

“Los romanos conocedores del espíritu de su pueblo y estudiosos de los métodos dialécticos helenos abjuraron la locura de creerse la matemática del derecho, que no tiene más objetivo que calcular los conceptos”.⁹⁰⁸

Los romanos desdeñaron la definición⁹⁰⁹ pero abrazaron el concepto, creando las bases de la esencia de la ciencia jurídica principalmente en el ámbito

⁹⁰⁶ Cfr. Grossi, *La primera lección ... cit.* pp. 17-18.

⁹⁰⁷ Von Ihering, *Bromas y veras... cit.* p. 253.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 288.

⁹⁰⁹ D.50,17,202. “*Omnis definitio in iure periculosa est*” (En derecho civil, toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada).

civil, al respecto es importante mencionar que el jurista Paulo reconoció el concepto de la tópica jurídica al señalar:

“Regla” es la ‘proposición’ que describe brevemente una cosa que existe. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se crea a partir del derecho que existe. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabino, es como el compendio de una causa, que, si en algo está viciada, pierde su función.⁹¹⁰

Los romanos no empleaban la casuística para llegar a unas reglas, ellos buscaban decidir acertadamente el caso en cuestión. Las reglas (*topoi*) son simplemente frutos secundarios de esa tarea.⁹¹¹ Al respecto señala Kaser:

La tópica no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar, por deducción, la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo. Busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales, a los conceptos guía (reglas o *topoi*), que permitan inducir la decisión.⁹¹²

Tal como Viehweg subraya, “la tópica constituye la base metodológica común de la jurisprudencia; esto hace que sea evidente que entre los romanos no es posible hablar de sistema en el sentido de una rígida axiomática, sino de la flexible jurisprudencia”.⁹¹³

Dice von Ihering que “caen los tronos, perecen los pueblos, todo está sujeto a mudanza, pero en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones que hacen mofa de todo cambio de las cosas mundanas, y el tiempo no puede deteriéralas”;⁹¹⁴ y así, ya han transcurrido al menos veintidós siglos desde que aparecieron los juristas romanos develando ese Mundo de las Ideas Jurídicas, sentando las bases para su descubrimiento y estudio.

⁹¹⁰ D.50,17,1.

⁹¹¹ Cfr. Kaser, *En torno al método...* cit. p. 38.

⁹¹² *Ibidem*, pp. 14-15.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 45.

⁹¹⁴ Von Ihering, *Bromas y veras ... cit.* p. 263.

Los juristas entendieron la Idea de la verdadera naturaleza de los conceptos, que consiste en reconocer que, al ser una ciencia práctica, un *ars*, contiene tanto material positivo como histórico y dan lugar a diversas creaciones; por lo que no es más que un espejismo pensar que los conceptos, por el hecho de existir, puedan pretender la jerarquía de verdades lógicas incommovibles. Los mismos nacen y mueren, por ello el *Ius* y la jurisprudencia daban una bienvenida gozosa a las innovaciones que ofrecen precisamente la oportunidad de volver a forjar conceptos.

Schiavone señala que lo que podría considerarse inmutable en el *Ius* es:

Que la naturaleza posee dentro de sí una irresistible vocación normativa, inscrita de forma innata en la razón humana: la ley (en el sentido romano del *Ius*) no es sino la traducción de este orden natural humano, orientado hacia el bien.⁹¹⁵

En la misma línea de pensamiento, Cicerón afirma:

Así pues, a doctísimos varones les ha placido partir de la ley, no sé si rectamente, si es que, como ellos la definen, la ley es la razón suma, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario. Esa misma razón, cuando se ha fortalecido y perfeccionado en la mente humana, es ley.⁹¹⁶

Los romanos supieron encontrar tal como lo señala Cicerón,⁹¹⁷ la naturaleza del derecho, buscándola en la naturaleza del hombre, reconociendo que el ser humano es el fin último de tan noble ciencia, pero también su origen primario.

Con el método dialéctico y con Mucio al frente del mismo, el *Ius* tomó distancia de la religión, de la política y consiguió a través de la abstracción lograda con el método, separarse incluso de las esferas sociales e institucionales que le eran históricamente contiguas y de la propia efectividad material de la vida desnuda a la que, no obstante, se refería (necesidades, conflictos, intereses, relaciones, etc.)⁹¹⁸

⁹¹⁵ Schiavone, *op. cit.* p. 232.

⁹¹⁶ Cicerón, *Las Leyes*, I, 18.

⁹¹⁷ *Cfr. Ibidem*, I, 17.

⁹¹⁸ *Cfr. Schiavone, op. cit.* p. 235.

En este orden de ideas Schiavone escribe:

El propio aislamiento de los custodios del *Ius* en un universo sólo de formas, de proporciones y de compatibilidades definidas y ocultas, y el consecuente disciplinamiento a partir de aquellas abstracciones, liberaba de hecho una inmensa fuerza ordenadora, una sujeción incomparable sobre la realidad de la vida, alejada sólo para ser mejor dominada. Comenzaban a establecerse los difíciles protocolos de una técnica del control social destinada a una fortuna muy larga y sin igual:⁹¹⁹ la ciencia jurídica.

Las representaciones mentales, los conceptos que los juristas romanos fueron abstrayendo del estudio de los casos concretos y particulares mediante la utilización del método dialéctico que según Kunkel es su núcleo esencial,⁹²⁰ fueron convirtiéndose en ideas, en entes dotados de una vida propia, que se desprenderían de su época y de sus creadores, para ajustarse a todas las épocas, circunstancias y accidentes, porque representaban la esencia, la sustancia, la naturaleza del derecho, de su causa primera y de su objeto último: el ser humano.

Honrando el modo de ser romano, el *Ius* al mismo tiempo que exigía a través de los juristas el dejar de ser mimetizado con otras disciplinas, las utilizaba en su beneficio, para obtener de ellas todo aquello que le resultara provechoso, juridizando los aspectos que hacía suyos, a fin de perfeccionar el *ars*, otorgándole con ella, una naturaleza práctica, lógica e interdisciplinaria de origen y que al mismo tiempo respetaba su independencia.

Por ello, es posible afirmar que los juristas romanos con el método dialéctico que asimilaron de los griegos fueron quienes *mutatis mutandis* tocaron por primera vez las ideas jurídicas con el intelecto, mediante el encuentro inductivo a través del cual aprehendieron las ideas jurídicas (en un encuentro intelectual con lo eterno) para legárselas después a la humanidad entera *per saecula saeculorum*.

⁹¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 236.

⁹²⁰ Cfr. Kunkel, *op. cit.* p. 119.

Los juristas romanos clásicos a partir de Mucio generaron su magna obra al margen y con el respeto de las instituciones que detentaban el poder, sustraídos además del arbitrio, prepotencia y dominio; “con ellos los conceptos jurídicos asumieron un valor que permite hablar de una metafísica del derecho, una verdadera ontología que se presenta como el motor de todo desarrollo del *Ius*”.⁹²¹

Schiavone, resume el referido proceso magistralmente al señalar que:

El derecho se consignaba a los principios de una nueva práctica intelectual, que con sus protocolos habría contribuido de modo determinante a formar el cuadro epistemológico de todos los saberes sociales, y que la modernidad no habría dudado en llamar ciencia, generadora de una lógica que lograba combinar positividad y abstracción, de lo concreto del caso a la fuerza del concepto que determina la regla, para volver luego al caso, pero condicionado por la abstracción disciplinante, y por eso regulado por la norma.⁹²²

Ese movimiento de abstracción, de búsqueda de la esencia de la ciencia jurídica fue iniciada en Roma, por los patres del *Ius*, por el llamado *pontifex* que inmersos en el mundo romano-heleno, *pusieron* la semilla en el *humus fecundus*, para que la ciencia jurídica germinara y creciera hasta el nivel de lo sempiterno, siempre enaltecendo la cultura romana, pero adoptando lo que le beneficiara de la griega, Mucio Escévola es el hombre que ejemplifica lo que los juristas hicieron, ya que asumió lo mejor del mundo que le tocó vivir, y supo dar utilidad a lo nuevo, para seguir honrando lo antiguo a partir del conocimiento de la historia de Roma.

Schiavone sostiene que:

Es recién con Mucio que el cuadro cambió de modo drástico. No queda más que admitirlo: la conquista de la abstracción y del concepto se desarrolló, en el pensamiento jurídico romano, no antes, sino junto a la utilización de los modelos diaréticos...

Debemos considerar por eso la abstracción y no la diairesis como el centro de las novedades introducidas por Mucio.⁹²³

⁹²¹ Cfr. Schiavone, *op. cit.* p. 238.

⁹²² *Ibidem*, p. 239.

⁹²³ *Ibidem*, p. 233.

En la práctica, las *quaestiones* dejaban constancia de esta actividad racional de los juristas, ya que, a través de estas se buscaba dar respuesta lógica a casos hipotéticos que eran planteados entre los mismos juristas.

Esto significa que la influencia helena va mucho más allá del ordenamiento físico del derecho civil o de su sistematización material en obras que desaparecieron y cuyo reflejo ha quedado plasmado en el Digesto.

El helenismo influyó en el pensamiento de los jurisconsultos para modificar la forma en la que percibían su realidad, siendo que, muy probablemente esto sucedió de manera natural y siempre en el marco de la *praxis*, porque formaba parte del modo de ser cultural que circunstancial e históricamente les perteneció.

Schiavone afirma que:

Los juristas lograron convertirse en una clase inigualable, manejaron con seguridad verdaderamente pasmosa los métodos de la deducción e inducción lógica, la técnica del procedimiento formulario y el complicado juego de normas jurídicas que se desprendía de la yuxtaposición de instituciones jurídicas, antiguas y nuevas, civiles y honorarias, rígidamente formales y elásticas. Evitaron consideraciones de equidad poco claras, aforismos moralizantes y en general frases vacías.⁹²⁴

A partir de ello, continúa señalando:

Los conceptos abstractos construidos a través de la mirada formal de los juristas no habrían sido considerados, de Mucio en adelante, sólo como categorías del pensamiento. Estos fueron vistos, de modo cada vez más definido, también como figuras del ser, como entes reales dotados de una vida propia y de una ineludible objetividad, que el conocimiento jurídico se limitaba solo a reflejar, en una suerte de adecuación del intelecto de las cosas.⁹²⁵

Del modo de ser cultural de los juristas imbuidos en lo que llamamos cultura greco-romana estaba entonces surgiendo el Mundo de las Ideas Jurídicas que emergió a partir de la labor jurisprudencial que se allegó del método dialéctico de los griegos para elevar el derecho a categoría de saber científico práctico.

⁹²⁴ Cfr. *Idem*.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 238.

Dice Ulpiano que “los juristas están dedicados a una verdadera y no simulada filosofía”,⁹²⁶ y según Giovanni Reale y Dario Antiseri “sólo el filósofo accede a la *noesis*”⁹²⁷ y a la ciencia suprema, en donde “el intelecto y la intelección captan las ideas puras y sus nexos positivos y negativos, es decir, todos sus vínculos de implicación y de exclusión, elevándose de idea en idea hasta llegar a captar la Idea suprema. Lo Incondicionado. Este procedimiento, mediante el cual el intelecto avanza o se mueve de idea en idea, constituye la dialéctica y por ello el filósofo es dialéctico”,⁹²⁸ pero también por ello es dialéctico el jurista.

Sabiendo que el jurista utilizó la dialéctica para generar el *Ius* como ciencia práctica, es posible afirmar que también fue un filósofo del derecho conocedor de la historia y de las circunstancias de su pueblo. Reiterando que eran hombres sabios, verdaderos polímatas al servicio del Derecho.

Tomando como base el pensamiento de Reale y Antiseri y adaptándolo a la ciencia jurídica, es posible afirmar que el mundo de las ideas jurídicas propuesto por von Ihering se constituyó a partir de la captación basada en la intuición intelectual del mundo ideal, de su estructura y del lugar que cada idea ocupa en dicha estructura, en relación con las demás, sabiendo que en esto consiste la verdad.⁹²⁹ Entendiendo así, que dichas ideas surgen a partir de la naturaleza humana, en la esencia del ser en tanto que es, pero que se sujetan también a la circunstancialidad que lo social impone a cada comunidad.

Un momento histórico en el que lo griego y lo romano tuvieron la enorme fortuna de encontrarse para ver el nacimiento de una de las ciencias más humana y necesaria para la correcta y pacífica convivencia social, que aporta abonando al

⁹²⁶ Cfr. D.I,1,1.

⁹²⁷ La *noesis* es pura intelección, es decir, la captación pura de las ideas y del principio supremo y absoluto del cual dependen todas (es decir, la Idea del Bien). Véase, Reale y Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit. pp. 138 y 139.

⁹²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 139.

⁹²⁹ Cfr. *Idem*.

sano desarrollo de los seres humanos y al mantenimiento del orden tan necesario en cualquier civilización: el Derecho.

Ciencia que, desde su surgimiento con Mucio y hasta el día hoy en pleno siglo XXI, sigue comprendiéndose, estudiándose, aprendiéndose y aplicándose, con base en la obra maestra romana; siendo indiscutible la perennidad del *Ius*, así como su importancia, que justifica y avala la existencia del Mundo de las Ideas Jurídicas.

Al respecto Schiavone establece:

En verdad, en el proceso real de su génesis, entre Quinto Mucio y Servio, la desintegración de las formas de contenido material y las relaciones habían precedido la aparición de la ontología: la construcción de los entes jurídicos habría sido un resultado del nuevo formalismo. Pero luego, una vez elaboradas las figuras jurídicas como puras esencias, en el constructivismo de los juristas las formas funcionales de las relaciones habrían terminado apareciendo como el mero reflejo, el efecto de una percepción obligada, de una visión exacta del ente.⁹³⁰

Los juristas debemos recordar y reconsiderar lo que von Ihering llamó la jurisprudencia de conceptos:

Toda jurisprudencia opera con conceptos. Pensar jurídicamente equivale a pensar en conceptos, empezando con la romana. La jurisprudencia de hoy, sin prestar atención a la finalidad última, que es la práctica, ni a las condiciones de aplicabilidad del derecho, ve en él tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad: una arena para las evoluciones lógicas, para la gimnasia del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo.⁹³¹

Continúa von Ihering, estableciendo un parámetro para la enseñanza jurídica que resulta plenamente actual:

La enseñanza universitaria de nuestros días debe estar calculada para proporcionar al alumno un panorama del Derecho Romano puro y de su evolución histórica y compenetrarlo con el espíritu de ese derecho mediante el estudio de sus fuentes, con el fin de ponerlo en condiciones de aplicarlo en la vida práctica.⁹³²

⁹³⁰ Schiavone, *op. cit.* p. 240.

⁹³¹ Von Ihering, *Bromas y veras ... cit.* p. 292.

⁹³² *Ibidem*, p. 297.

No se debe olvidar que, si en algún campo tiene cabida el pensar conceptual, creador de conceptos y rigurosamente consecuente, será en el campo del derecho, y precisamente en el del Derecho Romano presenta sus conquistas más brillantes y su valor práctico.⁹³³

Los juristas romanos piensan consecuentemente, pero se detienen cuando la necesidad práctica se los ordena. Al atenerse a la lógica jurídica, nunca pierden de vista las realidades de la vida.⁹³⁴

Schiavone resume la trascendencia del rescate del Derecho Romano sugerido a partir de lo planteado en esta investigación, señalando que:

Ubicar en la historia esta figura formalizada y extrema de lo jurídico construida por primera vez por los romanos es una tarea demasiado ardua. Se trata de descifrar los contenidos ocultos en las estructuras profundas de la normatividad –la historia cancelada de la forma- y sacarlos a la superficie, a la luz: el obstáculo contra el cual, finalmente, ha naufragado todo historicismo jurídico, de Savigny en adelante.⁹³⁵

Historiar el Derecho y en particular el romano, es el principio para conocer la ciencia jurídica y rescatarla de formas que no le son propias, por eso como bien lo señala Grossi, es labor del jurista y del historiador del Derecho:

Abonar desde la historia a la recuperación del Derecho, para volverlo a mirar sin anteojos deformadores porque una vez eliminados los malentendidos, se podrá esperar el cese del exilio al que se le ha condenado, evitando convertirlo en un simple conocimiento técnico.⁹³⁶

En este orden de ideas, y con el fin de proceder a concluir, la presente investigación hace suyo pensamiento de von Ihering para sostener que todo lo abstracto que hay en el derecho y que proviene del Mundo de las Ideas Jurídicas descubierto por los juristas romanos, sólo tiene por finalidad realizarse, tal como ellos lo hicieron, en el caso concreto, y quien no sepa distinguirlo en su ropaje concreto y casuístico o no sepa aplicarlo a un simple hecho dado, demostrará que, en realidad, no lo ha comprendido.⁹³⁷

⁹³³ *Ibidem*, p. 302.

⁹³⁴ *Idem*.

⁹³⁵ Schiavone, *op. cit.* p. 56.

⁹³⁶ *Cfr.* Grossi, *La primera lección ... cit.* p. 21.

⁹³⁷ *Cfr.* Von Ihering, *Bromas y veras ... cit.* p. 312.

Esa comprensión sólo es posible si se entiende la naturaleza del Derecho, que nació en Roma como una ciencia práctica, interdisciplinaria, privilegiando la historia y la filosofía, y su fin último: la Justicia.

Y qué es la justicia sino una metavirtud con cuyo ejercicio se aspira a alcanzar el bien supremo, la Idea, la verdadera sabiduría.

Conclusiones

El Derecho en ningún caso debe quedar como una especulación teórica, abstracta o utópica, derivada de su reduccionismo a la ley como la fuente por antonomasia para su producción, con el consecuente reconocimiento del monopolio legislativo del Estado en su acepción moderna, como el único autenticado para dotarle de contenido, veracidad y legitimidad.

El reto del jurista moderno, es recordar que la naturaleza del Derecho es ser una ciencia práctica que exige conocer su método, sus principios y preceptos; pero que también es un producto cultural condicionado por lo circunstancial que demanda el conocimiento del grupo social al que se dirige, lo que conlleva reconocer su naturaleza interdisciplinaria. Lo anterior da razones suficientes que obligan a que su realización suceda a partir de la realidad histórica de la sociedad a la que se dirige, para que así, pueda cabalmente cumplir con sus fines.

Reconociendo que la ciencia jurídica está condicionada por la realidad y se realiza en la historia, siendo su finalidad “dar a cada uno lo suyo” dentro de sus límites espaciales y temporales, los juristas, y sobre todo los historiadores del Derecho tenemos el deber de estudiar todo lo que ha aportado a la creación y desarrollo de nuestra ciencia, con el fin de conocer nuestro pasado, entender nuestro presente y definir nuestro futuro.

No queda duda que a Roma antigua le corresponde la legítima maternidad y paternidad de la ciencia jurídica, por lo tanto, el recorrido y análisis histórico que se ha realizado de las diversas fuentes materiales del Derecho Romano con énfasis en el helenismo, nos permite allanar el camino para el conocimiento del momento en el que surgió dicha ciencia, ayudándonos a penetrar en las circunstancias que determinaron la vida y obra de los *patres del ius*.

Con ello, podemos definir más claramente el *modus vivendi* y *operandi* de los primeros juristas romanos, extrayendo las consideraciones que hoy suman al

enriquecimiento de la ciencia jurídica que hunde sus más sólidos cimientos precisamente en Roma y no sólo en el ámbito de los preceptos, términos e instituciones, sino de algo que va mucho más allá: el modo de pensamiento jurídico.

Al historiar el surgimiento del *Ius* a partir de las fuentes materiales de su creación con énfasis en el helenismo, se logra comprender que si bien es cierto, los romanos accedieron al mundo de las ideas jurídicas estableciendo principios y sistemas que marcaron y definieron la historia del Derecho; también lo es que, dichos principios tienen la doble naturaleza que el mismo ser humano presenta, lo inmutable y lo circunstancial, por lo que, la praxis jurídica sucede en medio de la diversa complejidad humana.

Comprender la naturaleza del Derecho tal y como surgió en Roma, abona a que el jurista se libere de los sesgos ideológicos que la modernidad y el positivismo le han impuesto, para que a su vez, tenga elementos suficientes que agudicen su mirada crítica y su ojo clínico, a efecto de no caer en la provocación de seguir considerando que el Derecho es axioma positivizado o abstracción absoluta ajena a la naturaleza del ser humano que se genera mediante la simple creación legislativa.

Las limitadas fuentes jurídicas primarias para llevar a cabo el estudio directo de la historia del surgimiento del *Ius* durante la época clásica y las posibilidades de la historia de las mentalidades, nos han llevado a asirnos de fuentes primarias y secundarias de contenido multidisciplinario, entre las que mucho nos ha iluminado Marco Tulio Cicerón. Es así como se logra un acercamiento a la vida de los *patres* del *Ius*, entre los que destaca por antonomasia Quinto Mucio Escévola el *Pontifex*, reconocido como el Sistematizador por el jurista Pomponio en su obra el *Enchiridion* que se contiene en el Digesto del Emperador Justiniano.

Las circunstancias que rodearon la vida del Pontífice, permiten comprender que los hombres de su tiempo se movían, tal como el *Ius civile* y el *Ius honorarium*,

entre la novedad y la tradición, entre lo quirritario antiguo y lo atractivo griego. En ese *humus fecundus*, la idiosincrasia romana de la utilidad, dio paso al surgimiento de los juristas como la clase especializada que desde entonces sería responsable de la creación y enriquecimiento de ciencia jurídica.

El mismo sentido de practicidad y utilidad de los romanos, les permitió hacerse de lo heleno y los jurisperitos literalmente aprovecharon dicha cultura para obtener lo que a su Derecho convenía, dotándolo de un sistema que lo catapultó a la categoría de ciencia, de *ars*, de *techné*. A partir del encuentro grecorromano, el *Ius* se benefició, principalmente con la dialéctica, dando paso al establecimiento de categorías, géneros, especies, diferencias, pero sobre todo principios, preceptos y método.

Ello nos permite afirmar que, el surgimiento de la ciencia jurídica en Roma fue multifactorial y en respuesta a diversos elementos esenciales, tanto internos, gestados a nivel de la cultura doméstica; como externos, abrevando de las culturas con las que Roma fue teniendo contacto por el expansionismo territorial.

Los *patres* del *Ius* sentaron las bases para la creación y develación del espíritu del Derecho Civil de prácticamente todo Occidente. Sus obras, atendiendo a la reverencia y respeto que sentían por el pasado, acompañadas de la *auctoritas* de la que gozaron, más su multicitado sentido nato del orden y de hacer suyo lo conveniente, fueron base para el desarrollo de la ciencia jurídica romana clásica.

La Historia nos permite acercarnos a ese espíritu del Derecho Romano que develaron los jurisconsultos, para observar y analizar las circunstancias reales de que le rodearon. Emulando a los juristas clásicos al poner en práctica el multicitado sentido de utilidad podemos aprehender la esencia del *Ius*, es decir, la observación histórica nos lleva, tal como Gayo lo sugiere, de modo más cómodo y certero al conocimiento de la ciencia jurídica romana y de sus orígenes, que son también los orígenes de nuestro Derecho.

El *Ius* surgió privilegiando la interdisciplinariedad y se concretó en virtud de ésta y a través de la dialéctica, método que asumió de la filosofía desarrollada en el mundo heleno. Fue a partir de dicho conocimiento que llegó a un peldaño muy alto de conocimiento, al que von Ihering calificó como el Mundo de las Ideas Jurídicas, mismo que sigue rigiendo hasta el día de hoy a la ciencia jurídica.

Con la presente investigación, se pretende abonar a la restitución de lo que por naturaleza corresponde al Derecho:

Primero, entender que es una ciencia interdisciplinaria e histórica, imposible de crearse, estudiarse y comprenderse de manera aislada al mundo en el que nace y al que se dirige, y es que los romanos nos enseñan que el Derecho atendiendo al ser humano en sociedad como su objeto último, se mueve en un margen delimitado por una parte, por lo permanente que le es propio debido a la naturaleza de su objeto; y por la otra, por lo accidental de las circunstancias que a su vez lo delimitan.

De lo anterior, deriva la necesidad y la consecuente justificación, de historiar el Derecho Romano (y el Derecho en general) no sólo a partir de las disposiciones legales que nos han sido legadas y que constituyen invaluable fuentes históricas, sino también a través de temas relacionados con la historia de su pueblo, que incluyen aspectos filosóficos, económicos, religiosos, militares y en general, todo aquello que se constituyó de una o de otra forma, en una fuente material del mismo.

En este sentido, se debe reconocer la historicidad ínsita del Derecho. Si la Historia nos demuestra que las circunstancias del ser humano son cambiantes y variables y que existen al mismo tiempo una tendencia a la búsqueda de la perfección y lo permanente, sujetando la vida de los pueblos y de los hombres y mujeres que los integran precisamente al devenir histórico, es lógico que el Derecho también tenga esas características que le son propias y le dan elementos suficientes para reconocer su natural ductilidad sin menoscabo de su científicidad.

El Derecho es un producto cultural e histórico y somos sus historiadores los más acreditados para estudiarlo desde esa visión con el fin de aportar a su liberación de falsos moldes que no le corresponden y que pueden generar menoscabo de sus fines.

La historia es la ciencia necesaria para captar la esencia del Derecho, lo que hemos venido llamando espíritu siguiendo a von Ihering. El análisis histórico requiere método para identificar elementos que forman parte de un todo social, tomando distancia de juicios anacrónicos y aprendiendo a leer entre líneas, descubriendo en la cultura grecorromana lo que sus creadores nos siguen aportando, respetando la historicidad que les es inherente; de lo contrario será imposible comprender su significado y el papel que juegan en la conformación de nuestras raíces jurídico-culturales.

Las fuentes históricas utilizadas pueden y deben ser de diversa índole, pues en ello está precisamente el reconocimiento de la primera nota característica del Derecho: su interdisciplinariedad. Es así como hemos podido acercarnos a la vida de los padres del *Ius*, abstrayendo los elementos que nos permiten afirmar la trascendencia de la multicitada interdisciplinariedad.

Siendo este el panorama planteado para el estudio de la Historia del Derecho Romano, se suma un aspecto trascendental y es que la historicidad del Derecho es singular por lo que requiere tanto del historiador, como del jurista, pues exige un análisis complejo y completo para la correcta identificación de la propia materia de investigación. Esa materia no es otra sino la historicidad, en este caso del surgimiento del *Ius*, que sólo puede ser analizada desde el hecho histórico contenido en las fuentes fidedignas primarias o secundarias al alcance del jurisprudente historiador.

La Historia del Derecho así planteada, no es un pasatiempo, ni una materia servil del positivismo y la codificación, tampoco debe constituirse en una especie de

introducción a las instituciones, materias o ramas jurídicas, en algo que está ahí y que en ocasiones no tiene mayor valor ni se sabe para qué es.

Por lo contrario, el jurista historiador del Derecho debe hacer auténtica y sólida Historia, más allá del relato cronológico y teniendo un genuino interés presentista que sume a la comprensión de su ciencia, al mejoramiento de los sistemas jurídicos actuales y al robustecimiento de los pilares que inciden en la formación y preparación de los estudiantes de Derecho, a efecto de presentarles la riqueza de su disciplina, ampliándoles su campo visual e intelectual más allá de la ceguera que el positivismo legalista puede llegar a provocarles.

Es impostergable el rescate de la Historia del Derecho como instrumento eficientísimo para el desarrollo de este último, porque con ello se nutren los procesos de comprensión, creación y adaptación, es decir, la Historia coadyuva a entender, y por lo tanto a vivir y construir de una mejor manera el sistema jurídico.

En este escenario, la necesidad de continuar con el estudio e investigación de la Historia del Derecho Romano se justifica porque es el punto del que todo tuvo origen, dicho de otro modo: en Occidente, todos los caminos jurídicos llevan a Roma, la ciudad eterna que dio carácter científico al Derecho y con ello hizo perenne su *Ius*, porque *“La vera poesia di Roma fu nelle sue leggi...la quale creò l’ordine in cui esse sussistono”*.⁹³⁸

Segundo; devolver a la ciencia del Derecho su carácter dinámico, su riqueza que surge de la tipicidad, de la casuística propia de las diversas realidades humanas a las que se dirige; entendiendo que esto solo se puede lograr rescatándola del secuestro legalista estatal al que desafortunadamente se le ha sometido, abogando por la dignificación y rescate de la actividad del jurista y también del historiador del

⁹³⁸ “La verdadera poesía de Roma estaba en sus leyes...las que creaban el orden en el que existían”. Shelley citado por Fernández de Buján, Federico, Presente y Futuro...*cit.* pp. 309-345.

Derecho, que va más allá de ser conocedores de la ley, entendida como acto político.

Desafortunadamente la apropiación estatal del Derecho ha sido bajo la falsa creencia de que es ese el único camino que garantiza la seguridad jurídica y que por tanto, la exclusividad para emitir la norma corresponde al poder político, cayendo en otra falacia al considerar que derecho es igual a ley siendo sus especialistas los leguleyos o codigueros.

Nada más dañino para la ciencia jurídica que expropiarle el privilegio de fluir a partir de diversas fuentes de creación, tantas como sea necesario que deriven de las realidades sociales a las que se dirige, sobre todo en el campo de lo privado.

Hoy, el Derecho se encuentra encarcelado bajo la rígida celaduría de la legislación jurídica positiva que lo ha colocado en un *status quo* de indefensión e inmovilidad, condenándolo a la posible pérdida de su identidad en medio de los relativismos e ideologías de los que puede ser o es objeto, precisamente por desconocimiento de su verdadera naturaleza.

Pues aun cuando los sistemas jurídicos modernos reconocen otras fuentes de creación del Derecho diversas a la legislación, ésta las coloca en una estructura vertical monopolizada que hace que las mismas dependan de la voluntad estatal, golpeando incluso a la fuente del derecho más natural y milenaria: la costumbre, que puede llegar a ser vilipendiada en aras de una construcción jurídica estatal que se impone bajo una sola de las características del derecho: su coerción.

El Derecho debe recuperar su fisonomía como parte del fenómeno socio cultural de toda sociedad, sólo así logrará ser parte del identitario de un pueblo o nación. Resulta alarmante ver como los miembros de una sociedad se sienten ajenos y hasta apabullados por su orden jurídico, sencillamente porque no les es propio ya que deriva de procesos que no le corresponden.

Es por ello que los juristas historiadores del Derecho partiendo de Roma como el origen de nuestra ciencia, debemos trabajar en la recuperación de su esencia, naturaleza y finalidad; aportando, en la medida de lo posible, a la construcción de un verdadero e identitario ordenamiento jurídico, tal como lo hicieron los juristas clásicos romanos y más tarde los juristas medievales.

Para ello es trascendental tener en cuenta, tal como lo reconociera Santo Tomás de Aquino, que la ley surgió siendo sólo un modo de ser del Derecho; y que al menos en Roma no tuvo tanta importancia, debido a que se sabía que el poder político está sujeto a constantes cambios y a conveniencias de toda índole, que pueden obrar en contra de los fines de la ciencia jurídica.

Los juristas a través de su sapiencial actividad consiguieron, por un lado, respetar la circunstancialidad del derecho derivada del movimiento constante y continuo de la vida humana, por el otro; elaborar el *Ius* como un producto perenne destinado a modificar la historia no solo de su pueblo, sino la de todos los que habríamos de venir después, para seguir construyendo y estudiando el arte de lo bueno y lo equitativo.

El Derecho como *ars o techné* se desarrolló en una sociedad, nutriéndose precisamente de las diferentes realidades humanas, en las que destaca una naturaleza humana como sustancia universal que al mismo tiempo se desenvuelve en medio de las cambiantes circunstancias que la determina y la hace única.

El *Ius* tomó sana distancia de los poderes políticos que aun cuando también creaban normas jurídicas constituyendo otras fuentes formales como lo fueron las constituciones imperiales, no tuvieron la relevancia y trascendencia que los juristas construyeron en el ámbito de lo privado de la mano del pretor y a través de la jurisprudencia.

Aunado a las limitaciones del poder político, se sumó la pluralidad de las fuentes formales y reales del Derecho, que abonaron en la riqueza del *Ius*, los

romanos entendieron que el Derecho es una ciencia práctica, con la dualidad ontológica a la que antes ya nos hemos referido, con principios últimos que se mueven en el mundo de las ideas jurídicas, pero que para su eficacia requieren ser interpretados y adaptados a la realidad social que es su destinataria, teniendo como fin último: la justicia.

Tercero, que la relevancia del Derecho exige personas con una fina preparación para su estudio, enseñanza y ejercicio, la ciencia jurídica no debe ni puede seguir siendo vapuleada por el manejo que de ella hacen personas sin escrúpulos y sin la preparación necesaria para ello; porque el Derecho no es solo saber la norma, sino entender su sustancia, comprender su contenido y privilegiar su justa su aplicación.

Y es precisamente la trascendencia de lo jurídico en la vida de las personas lo que reclama de un método para ello, el cual no es otro sino la lógica jurídica, por ello, emulando a los juristas romanos, se debe recordar que el camino es la dialéctica heredada de los griegos. La dialéctica se adquiere mediante una formación integral e interdisciplinaria, seguida de la práctica constante reconociendo la plausibilidad de su objeto; de lo contrario, se corre el riesgo de convertir el Derecho en un remedo de la ciencia jurídica, hundiéndolo en los relativismos e ideologías, convirtiéndolo en una disciplina especulativa o erística, quitando su esencia práctica y poniendo en riesgo su finalidad.

La polimatía propia de los juristas nos exige tomarlos como modelo y seguir estudiando la experiencia jurídico-romana desde otros ángulos diversos de la experiencia pandectística, que centra su interés en el Digesto de Justiniano como un producto atemporal y por lo tanto fuera del devenir histórico y de toda la riqueza circunstancial que le acompaña.

Escuchar al *Ius* desde sus fuentes materiales, desde su propia historia y la de los hombres que lo generaron, con los parámetros diacrónicos que le pertenecen,

coadyuva a la comprensión de su construcción, que se traduce en el origen mismo de la ciencia jurídica universal. De este modo se logra aportar al jurista actual elementos que le permiten conocer la esencia de su ciencia.

Hoy día, en medio del agitado tiempo que nos fue dado, el lugar idóneo para iniciar un cambio eficaz y acertado en el ámbito jurídico, es sin duda la Universidad, en donde los académicos tenemos el deber moral e intelectual no solo de informar a los futuros abogados (en el sentido estricto del término *advocati*, defensor), situación que en el peor de los escenarios degenera en codigueros que en ocasiones carecen de escrúpulos por haber recibido sólo información sin formación.

La verdadera educación jurídica debe encaminarse a evitar que el ejercicio de nuestra profesión se convierta en una especie de circo romano intelectual en el que sirviéndose de lo que se cree saber, se busquen sólo beneficios personales, económicos o labores a costa de quien ha puesto en sus manos su confianza para ser sujeto de justicia e impidiendo el dar a cada uno lo suyo.

En este contexto, es claro que el Derecho Romano empezando por su Historia tal como el jurista Gayo lo preceptúa, no debe ser considerado como una materia opcional, como una introducción complementaria al estudio del derecho, ni como relleno de los planes de estudio y mucho menos ser eliminado de los mismos, el riesgo que ello conlleva es que los futuros estudiosos del Derecho carezcan de los elementos suficientes para comprender su ciencia, perpetuando errores que seguirán perjudicando el buen funcionamiento de la vida en sociedad.

Hoy es tiempo de volver la mirada a los clásicos para encontrar respuesta a los problemas que nos aquejan porque en resumen y tal como lo dijera *Goethe*, “el Derecho Romano no desaparece nunca definitivamente, sino que, cual pato que se zambulle de trecho en trecho, vuelve siempre a reaparecer con renovada vitalidad”.⁹³⁹

⁹³⁹ Goethe citado por d’Ors, *Filología y Derecho ... cit.* p. 194.

El **cuarto**, es la relación entre Derecho y justicia, recordando que el Derecho es una ciencia prudencial que tiene como fin la justicia, virtud que dio origen al término *Ius* y al nombre con el que se distingue a sus legítimos progenitores y detentadores: los juristas.

Los juristas romanos al tener contacto con el mundo heleno tuvieron un enriquecimiento integral que se reflejó en todos los ámbitos de su ser cultural, la influencia griega se dejó sentir también en el ámbito de la axiología, muestra de ello son obras como la de Cicerón y Marco Antonio, la definición de Justicia y los preceptos del *Ius* de Domicio Ulpiano.

El *ethos* griego enriqueció las *mores* romanas, descubriendo en el *Ius* valores y virtudes intrínsecos que le permitieron cumplir con los fines de todo *ars* o *techné*, a saber: la búsqueda del bien, de la verdad y la sabiduría.

En este sentido, los juristas romanos, pusieron en práctica la teoría en torno a la justicia tan elaborada y estudiada por los griegos; comprendiendo que, en todo caso, la justicia ínsita en el Derecho, es una virtud, que se alcanza a través de su ejercicio, de su *praxis*; y que ser justo es un hábito que debe ser practicado por cada persona con el fin de que del mismo surja la posibilidad real de hacer justicia, mediante la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.⁹⁴⁰

Es necesario comprender que “vivir honestamente, no hacer daño a otros y dar a cada uno lo suyo”, son los preceptos que Ulpiano nos lega con una importante carga ética, que libera al Derecho del peligro de las ideologías y del relativismo asfixiante del s. XXI.

⁹⁴⁰ Platón señaló que la justicia consistía en hacer lo que es propio de uno, sin dispersarse en muchas tareas... la justicia ha de consistir en hacer lo que corresponde a cada uno, del modo adecuado. *Cfr.* Platón, República 433 a-b. Al respecto, es probable que los primeros dos preceptos del *Ius* establecido por Ulpiano en el Digesto, hagan referencia a lo que Platón entendió por justicia; mientras que el tercero es precisamente el reconocimiento de la justicia ulpiana; ambas constituyen la base para la práctica constante de dicha virtud cardinal. “Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo”. D.1,1,10.

Respecto a la justicia así conceptualizada, es obligado citar a Cicerón, quien en la República reconoce que:⁹⁴¹ “La justicia tiene tendencia a exteriorizarse, a proyectarse hacia fuera y a emerger por completo a la superficie ...Virtud que, a diferencia de las demás, se entrega y se dedica en su totalidad al servicio de intereses ajenos...”

La justicia así entendida es un hábito que no implica solo un acostumbamiento, sino un reiterado ejercicio en el que racionalidad o prudencia y voluntad se unen para su obtención, convirtiéndola en una especie de meta virtud.

La vida virtuosa se convierte entonces en requisito y fin del *Ius*, por lo que los juristas para hacer justicia y dar a cada uno lo suyo, debemos en primer término, vivir una vida justa y buena, haciendo de modo correcto lo que a cada uno nos corresponde.

En **quinto** lugar, con la historiografía del surgimiento del *Ius* que ha sido narrada en este trabajo, se pretende honrar una visión más allá de la experiencia jurídico romana centrada en el Digesto del Emperador Justiniano. Dada la trascendencia que en la Historia del Derecho y de la humanidad juega dicha obra debe de estudiarse desde todos los frentes posibles, la visión pandectística en la que se le observa como algo incólume, le da cierto aire de positivización que limita su estudio global.

Si nos decantáramos por el exclusivo estudio del Digesto, lo extraeríamos de su verdad histórica, es decir, del *Volksgeist* que alimentó a los juristas clásicos y definió su obra, para que, con el tiempo y transmitida de generación en generación llegará a consagrarse en la obra justiniana.

Profundizar en el estudio de las Pandectas, es dar cumplimiento al precepto gayano de iniciar el estudio del *Ius* a partir de sus orígenes, es decir, historiándolo

⁹⁴¹ Cicerón, *la República*, III, V, 8.

con el fin de comprender el espíritu del pueblo romano, que es el espíritu del Derecho.

Esta investigación aspira a convertirse en un sencillo pero urgente llamado para que los juristas, las facultades de derecho, los académicos y estudiantes, digamos radicalmente “no” a la positivación del Derecho Romano, aceptando la trascendencia que la Historia del Derecho tiene para el estudio, comprensión y ejercicio de nuestra ciencia humanística prudencial, abonando a la desmitificación ritualista del Digesto.

Porque los historiadores del Derecho somos, de entre los juristas los que más nos percatamos del riesgo que representa la ahistoricidad que acompaña la positivización jurídica. Sabemos que las épocas de mayor florecimiento, esplendor y creación de nuestra ciencia acontecieron en medio de la pluralidad de fuentes, reconociendo la interdisciplinariedad y la historicidad que le son propias, con el fin de generar un orden justo y proveer al bien común de la sociedad que reclama soluciones justas a problemas reales. Hoy, nuestro Derecho adolece de esas características.

El *Ius* fue un producto de su época que necesariamente lleva su impronta y la de sus creadores y no debe ser reducido sólo al Digesto, al que es tiempo de dejarle el muy digno título de ser la mejor recopilación lograda de la que tenemos noticia, recopilación antológica ésta, que contiene siglos de conocimiento y autoridad de los juristas romanos, pero que no es un código positivista, ni puede ser sinónimo de la totalidad de la experiencia romana.

Desafortunadamente, en nombre de la estructura jurídica codificadora y el positivismo, se ha llegado a abusar de la trascendencia del Digesto, más aún cuando desafortunadamente no existen más fuentes clásicas,⁹⁴² lo que hace que

⁹⁴² Sin menoscabo de las *Instituciones* de Gayo, que fueron prácticamente copiadas para formar parte del *Corpus Iuris Civilis* como las *Institutas* de Justiniano.

nuestro conocimiento del pensamiento jurídico antiguo se pretenda limitar a la visión justiniana bajo el modelo del código en su acepción moderna.

La positivización del *Ius* ha llegado a considerar que todo lo que fue Derecho Romano se incluye solo en el Digesto, y que por tanto, una de las vocaciones entre sus creadores era la codificación. Al conocer la historia sabemos que no hay nada más ajeno, anacrónico y contrario a la realidad romana clásica.

La trascendencia del Digesto acompañada de la marcada tendencia humana a estudiar lo codificado por la seguridad que de los resultados se prevé o más bien se desea, ha implicado que el mismo se vea como el código del Derecho Romano y única fuente de éste que ha proveído materia a su estudio a lo largo de la historia.

No por ello dejamos de reconocer que lo anterior ha propiciado un análisis del que han salido numerosos y valiosos estudios que disciernen en torno a la riqueza institucional y terminológica aportada por los romanos y que aun en pleno siglo XXI se deja sentir en nuestras disposiciones legislativas principalmente civiles.

No obstante, urge considerar y recordar que el Digesto no fue todo el Derecho Romano, ni de él nació el *Ius*, con esta visión se abren grandes expectativas de investigación para juristas e historiadores.

Recalquemos que el Derecho Romano científico de la época clásica, no tuvo, ni pretendió tener como característica la codificación o compilación, pues incluso surgió como una respuesta natural y necesaria para complementar las disposiciones rígidas e insuficientes que la ley de las XII Tablas y su vetusto *Ius civile* representaban para resolver los conflictos jurídicos que se presentaban y exigían solución.

Continuar estudiando el Derecho Romano sólo desde la perspectiva justiniana, sin considerar más allá del gran fenómeno de compilación que es; representa reducir la Historia del Derecho Romano, porque esa visión pandectista

transforma la historia anterior al Digesto en un mero antecedente que puede incluso ser omitido; negándole la oportunidad de enriquecer el conocimiento del *Ius*.

Es en este escenario en el que la presente investigación no es sólo una alabanza más a lo que nos legó la magna recopilación justiniana. Tampoco busca constituirse como un nuevo intento por desentrañar e interpretar sus instituciones, sino que busca llevar a cabo un verdadero y meditado regreso al punto en el que surgió la ciencia del Derecho, esperando que sirva para hacer justicia al pensamiento de sus creadores.

En **sexto** lugar, con el planteamiento propuesto por von Ihering del Mundo de las Ideas Jurídicas bajo el principio de *mutatis mutandis*, se busca precisamente proveer elementos para comprender de la mejor manera posible ese sentido íntimo y supra histórico del *Ius*.

El método es historiando lo que en aquel momento constituía la realidad de los *patres* del *Ius*, incluyendo entre otros aspectos, lo socio político, histórico, cultural, militar, económico y territorial. Aspectos que se convierten en fuentes reales o materiales permitiéndonos abstraer la sustancia de la ciencia jurídica, no ya para comprender la norma formal y la división categórica, sino para conocer y hacer nuestro, lo que von Ihering llamó espíritu del Derecho.

En este sentido, la investigación realizada se adhiere al pensamiento de Fernández Buján, quien establece que “hoy el Derecho Romano presenta un triple contenido, perfectamente diferenciado. Desde el proceso codificador hasta nuestros días hay tres derechos romanos: uno histórico, que fue y ya no es; otro precedente; y un tercero que es vigente”.⁹⁴³

Es en esta tercera manifestación se concreta el genio de los juristas romanos que nos legaron instituciones, categorías, conceptos y un método de pensamiento

⁹⁴³ Fernández de Buján, Federico, Presente y Futuro...*cit.* pp. 309-345.

que trasmitiéndose a través del tiempo demuestra que tocaron con el intelecto el mundo de las ideas jurídicas.

Hoy se mantiene la esencia de esa ciencia a través de nuestro modo de pensar el Derecho y de las referidas categorías, instituciones y conceptos que al estar integrados en los ordenamientos jurídicos actuales, hacen prueba plena de que el *Ius* logró traspasar la barrera del tiempo y del espacio: “*Magnus ab integro saeculorum nascitur ordo*”.⁹⁴⁴

Esa manifestación tiene su origen en el mundo de las ideas jurídicas al que los romanos accedieron por primera vez en la historia de la humanidad, para comprenderlo, y aplicarlo en la práctica, haciéndolo al mismo tiempo imperecedero: “Roma al Mediterráneo y su Derecho al mundo, *per saecula saeculorum*”.

El Derecho Romano es actual porque es origen y fundamento de nuestro sistema jurídico, es por ello que el interés presentista al historiarle es reconocer su vigencia material y su *auctoritas* que sigue definiendo el rumbo de la ciencia jurídica.

Conocer el *Ius* es conocer nuestra ciencia jurídica, entenderlo es estar apto para cumplir con sus fines. Ese conocimiento demanda ahondar en el estudio del modo de ser que Roma tenía y que el helenismo llegó a pulir, refinar, enriquecer y remasterizar; logrando así, un producto de matriz romana caracterizado por su excelencia que le ha valido ser jurídica e históricamente perene, sería pues una injusticia negarle su historicidad en la que guste o no, destaca la influencia helena entre otras muchas fuentes materiales. Surge así la necesidad que justifica historiar la experiencia romana a partir de sus fuentes reales, que nos permiten asomarnos al modo de vivir, actuar y razonar de los hombres que hicieron posible su surgimiento.

⁹⁴⁴ *Idem*. “Un gran orden nace del conjunto de los siglos”.

Es deber del jurista y del historiador del Derecho, seguir estudiando la experiencia jurídica romana porque la *magnum opus* de los *iuris prudentes* no concluyó con la elaboración del Digesto, sino que se continuó con el *mos italicus*, el *mos gallicus* y la escuela historicista, cuyos representantes continuaron creando y produciendo para apoyar el legado que los romanos hicieron a la humanidad, hoy sabemos que el *Ius* sigue vivo y que aún tiene mucho que aportarnos.

Historiar el Derecho desde la vida fáctica de sus creadores, desde el *humus fecundus* que permitió el surgimiento del *Ius*, es uno de los primeros y principales pasos para continuar explorando sus posibilidades en pro del perfeccionamiento de la ciencia jurídica. Roma y su Derecho logran que el pasado sea presente y fundamento del futuro, es ahí donde radica su carácter supra histórico y atemporal, que deriva precisamente del Mundo de las Ideas Jurídicas.

En el estudio del Derecho Romano no debe perderse de vista que el encuentro de Roma y Grecia implicó una doble conquista, en la que el conquistador resultó ser conquistado. De esos dos mundos, de la simbiosis de esas dos grandes culturas que se rinden en diferentes aspectos la una frente a la otra, de ese proceso histórico único, resultó un producto nuevo y excepcional: la cultura grecorromana que marcó con tinta indeleble a la cultura occidental, en prácticamente todos los ámbitos del quehacer humano, en el que destaca el Derecho.

De esa fusión resultó posible la adaptación del método dialéctico que los romanos hicieron para transformar su derecho en *Ius*, logrando abstraer el Mundo de las Ideas Jurídicas, que indiscutiblemente hasta hoy nos rige, no sólo en cuanto a los términos e instituciones, sino también en el modo de pensar jurídico.

Con ello se demuestra que el verdadero ser del derecho fue descubierto por primera vez por los juristas romanos, utilizando el método dialéctico creado por los griegos, al que se le dio carta de naturalización en Roma clásica, para proceder a la magna creación de la jurisprudencia romana y el conocimiento del *Ius*.

La utilización de la dialéctica develó el Mundo de las Ideas Jurídicas *mutatis mutandis*, dentro de los márgenes del afán práctico del modo de ser romano, con lo que se prueba que, con la interdisciplinariedad del Derecho, la polimatía del jurista y la influencia del helenismo se alcanzó un cambio de mentalidad que marcó el surgimiento de la ciencia jurídica.

La principal conclusión de esta investigación histórico jurídica es abonar para que la ciencia jurídica se libere de su más peligrosa amenaza que consiste en sumergirse en las tinieblas de las ideologías y el relativismo, pudiendo llegar a convertirse en un remedo de lo que fue, un producto que carezca de lo humano, y por lo tanto de lo práctico como su nota esencial.

Concluamos parafraseando a Cicerón, afirmando que el estudio del Derecho Romano a partir de sus más profundas fuentes materiales y reales, nos puede librar de errar el camino al enseñar el camino del litigio y no tanto el de la justicia. Evitando que sea la ignorancia del derecho la que guste de litigar, y no su conocimiento.⁹⁴⁵

En ese camino que a los estudiosos de la siempre ilustre ciencia jurídica nos queda por seguir historiando, explorando, escribiendo, investigando, disfrutando, enseñando y aprendiendo del Derecho Romano, no debemos olvidar que:

“Cuanto mayor es la dificultad, mayor es la gloria”. Cicerón

⁹⁴⁵ Cfr. Cicerón, *Las Leyes*, I, 18.

Bibliografía

FUENTES CODICOLÓGICAS JURÍDICAS

El Digesto de Justiniano, versión castellana por A. d'Ors, *et al.* Pamplona, Aranzadi, 1968.

La Instituta de Gayo, traducida por primera vez al castellano, Madrid, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845.

La Instituta del Señor Justiniano, Cuerpo del Derecho Civil Romano á doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por D. Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Maime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, No. 287, 1889.

LIBROS

ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de Derecho Romano clásico*, México, Porrúa/UNAM, 2014.

APIANO, *Historia Romana I*, trad. Antonio Sancho Royo, Madrid, Gredos, 1980.

ARENAL FENOCHIO, Jaime del, *Historia Mínima de el derecho en Occidente*. México, El Colegio de México, 2016.

_____, *¿Para qué la historia del Derecho?*, en Mijangos Pablo (coordinador) *Historia del Derecho, ¿Para qué?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

ARENDDT, Hannah, *La condición humana*, trad. Ramón Gil Novales, España, Paidós, 1993.

AHRENS, Enrique, *Compendio de la Historia del Derecho Romano*, versión directa del alemán con notas críticas por F. Giner, *et. al.* Madrid, librería de Victoriano Suárez, 1879.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea o Ética Eudemia*, trad. Julio Pallí Bonet, España, Gredos, 1985. http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles__Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf

_____, *Metafísica*, trad. Tomás Calvo Martínez, España, Gredos, 2003.

_____, *Tratados de Lógica (Órganon) I*, trad. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982.

ASIMOV, Isaac, *El Imperio Romano*, trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza, 2013.

_____, *Los griegos*, trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza, 2011.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, España, Fontamara, 2007.

AUGUSTO (Cayo Octavio Turino), *Res gestae Divi Augusti*, s.a. s.e. <https://historicaldigital.com/download/res%20gestae%20divi%20augusti.pdf>

AULO GELIO, *Noches Áticas III*, trad. Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 2006.

BARCELÓ, Pedro, *Breve historia de Grecia y Roma*, Barcelona, Alianza, 2004.

BEARD, Mary, *SPQR. Una historia de la Roma Antigua*, trad. Silvia Furió, España, Crítica, 2016.

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas*, México, Porrúa, 2013.

BERNAL, Beatriz, *Historia del derecho*, México, UNAM/Nostra, 2010.

BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano clásico*, España, Universidad de Sevilla, 2012.

BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, trad. Pablo González Casanova, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1982.

BRAVO, Gonzalo, *Historia de la Roma antigua*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

BROM, Juan, *Para comprender la Historia*, México, Grijalvo s.a.

CANNATA, Carlos Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996.

CASTRESANA, Amelia, *Derecho Romano. El Arte de lo bueno y de lo justo*, 4ª ed. Madrid, Tecnos, 2020.

CERVANTES, Manuel. *La filosofía jurídica y política en Grecia y Roma*. México, s.e. 1953.

CICERO, *De Oratore I, II, English translation*, E.W. Sutton, BCL. M.A. London/U.S.A. Harvard University, 1968.

www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/cicero_de_oratore.pdf

CICERÓN, Marco Tulio, *Acerca de los deberes*, Introducción, Rubén Bonifaz Nuño, México, UNAM, 2009.
[https://www.humanidades.unam.mx/bibliotheca/bsgrm\\$acerca_de_los_deberes\\$dura\\$1edicion\\$TIT_1.pdf](https://www.humanidades.unam.mx/bibliotheca/bsgrm$acerca_de_los_deberes$dura$1edicion$TIT_1.pdf)

_____, *De las Leyes*, Introducción de Martha Patricia Irigoyen Troconis, traducción, notas e índices de Julio Pimentel Álvarez, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Filológicas, 2016.

_____, *DISCURSOS V, En defensa de Lucio Murena*, trad. Jesús Aspa Cereza, Madrid, Gredos, 1985.

_____, *La invención retórica*, trad. Salvador Núñez, Madrid, Gredos, 1977.

_____, *Las Leyes*, edición de Juan Ma. Núñez González Madrid, Akal/clásica, 1989.

_____, *La República*, edición de Juan Ma. Núñez González, Madrid, Akal/Clásica, 1989.

_____, *Lelio o de la Amistad*, 1, s.a. s.e.
<https://historicaldigital.com/download/cicero%20marco%20tulio%20-%20lelio%20o%20de%20la%20amistad%20bilingue.pdf>

_____, *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón. Epístolas Familiares. Tomo VII*, trad. D. Pedro Simón Abril, Madrid, Luis Navarro, Editor, 1884. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020014940/1020014940.PDF>

_____, *el Orador*, trad. Eustaquio Sánchez Salor, Madrid, Alianza Editorial, 2017.

CHURRUCA, Juan de y MENTXAKA Rosa, *Introducción histórica al Derecho Romano*, España, Deusto, 2015.

COLLINGWOOD, R.G., *Idea de la historia*, trad. de Edmundo O'Gorman y Jorge Hernández Campos, México, Fondo de Cultura Económica, 1952.

CONTRERAS Peláez, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005.

COULANGES, Fustel de, *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, México, Porrúa, 2015.

CROCE Benedetto, *La historia como hazaña de la libertad*, México, FCE, ed., electrónica conmemorativa 70 aniversario, 2005.

DIONISIO de Halicarnaso, *Historia Antigua de Roma I-III*, trad. Elvira Jiménez y Ester Sánchez, Madrid, Gredos, 2010.

d'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed. Pamplona, Eunsa, 1986.

d'Ors, Xavier, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid, Akal/Clásica, 2001.

ESPITIA Garzón, Fabio, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, s.a.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 2012.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Fundamentos del Derecho. Iniciación filosófica*, trad. Milagros Otero Parga, México, Porrúa, 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo, *Introducción teórica a la Historia del Derecho*, trad. Mora Cañada Adela, Ramis Barceló Rafael y Martínez Neira Manuel, Madrid, Universidad Carlos III Madrid, 2012.

GARCÉ, Álvaro, *et al. Manual de Historia del Derecho*, Uruguay, Universidad de la República de Uruguay, s.a.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1989.

GERALDES DA CUNHA LOPES, Teresa María, *Historia General del Derecho Occidental, Volumen I*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, 2011.

GONZÁLEZ, María del Refugio, *Historia del Derecho (Historiografía y metodología)*, México, Instituto Mora, s.a.

_____, *La historia del Derecho*, México, UNAM, Biblioteca jurídico Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/mej/mej12.pdf>

GRIMAL, Pierre, *Historia Universal Siglo XXI. El helenismo y el auge de Roma*, México, Siglo XXI, 1972.

GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996.

_____, *La primera lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez Alonso, España, Marcial Pons, 2006.

_____, *Mitología jurídica de la Modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano, t. I*, Chile, Editorial jurídica de Chile, 1994.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Historia del Derecho Romano*, trad. del latín al castellano de D. Juan Muñiz Miranda y D.R. González Andrés, Madrid, Imprenta del boletín de jurisprudencia, 1845.

HEINER, Heinz, *Historia del helenismo. De Alejandro a Cleopatra*, trad. Elena Bombin Izquierdo, revisada por Luis Ballesteros Pastor, Madrid, Alianza Editorial, 2007.

HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *et al. Nuevos perfiles de la educación jurídica en México*, México, Porrúa/UP, 2006.

HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª ed. España, Eunsa, 2000.

_____, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho*, España, Eunsa, 2011.

HORACIO (Quinto Horacio Flaco), *Epístolas, Libros I y II*, estudio introductorio versión de Tarsicio Herrera Zapién, Biblioteca *Scriptorum Graecorum et Romanorum* Mexicana, México, UNAM, 1972.

HUIZINGA, Johan, *El concepto de historia y otros ensayos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10ª ed. Barcelona, Ariel Derecho, 1992.

_____, *Las fuentes del Derecho Romano*, España, Civitas, 2016.

Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, s.a. p. 225, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1387/6.pdf>

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, México, UNAM, 2005.

JAEGGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

KASER, Max. *Derecho privado romano*, versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982.

_____, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. Juan Miquel, México, Ediciones Coyoacán, 2013.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 2008.

_____, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernego, México, UNAM, 1982.

KOVALIOV, S.I., *Historia de Roma*, trad. Marcelo Raboni, Madrid, Akal, 2011.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, 4ª ed. trad. Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1989.

LEDESMA, José de Jesús, *El cristianismo en el Derecho Romano*, México, Porrúa/UIA, 2007.

MARGADANT S. Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, México, Esfinge, 1983.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl y HERNÁNDEZ MONTES DE OCA, Ricardo, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Alfredo, *Formación histórica del Derecho, del primitivismo jurídico al ius commune, fuentes para su estudio*, 2ª ed. Madrid, Tecnos, 2021.

MARTÍNEZ LACY, Ricardo, *Historiadores e historiografía de la antigüedad clásica*, México, FCE, 2014.

MARTIRÉ, Eduardo, *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977.

MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino. *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón II. Bruto o de los ilustres oradores*, 2ª parte, Madrid, librería y Casa Editorial Hernando, 1927, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9755>

MIRALLES, Carles, *El helenismo, épocas helenística y romana de la cultura griega*, Barcelona, Montesinos, biblioteca de divulgación temática, 1989.

MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, trad. Luis M. Marcano Salazar, Argentina, Olejnik, 2020.

MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II, Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los Estados Itálicos*, trad. Alejo García Moreno (1876), espaebook.com, editorial digital:liete.

_____, *Historia de Roma. Libros III, Desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia*, trad. Alejo García Moreno (1876), espaebook.com, editorial digital:liete.

_____, *Historia de Roma. Libro IV. La revolución*, 1856, trad. Alejo García Moreno (1876), espaebook.com, editor digital:liete.

PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano*, 4ª ed. México, Mc Graw Hill, 2008.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho mexicano vol. I*. México, Oxford University press, 2022.

PATÉRCULO, Veleyo, *Historia Romana*, trad. Ma. Asunción Sánchez Manzano, Madrid, Gredos, 2001.

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9ª edición francesa por José Fernández González. México, Época, 1977.

PETIT, Paul y LARONDE, André, *La civilización helenística*, trad. Josefina ANAYA. México, Jus, 2008.

PETRUCCI, ALDO, *Curso de Derecho Público Romano*, México, Porrúa/ELD, 2018.

PLATÓN, *el Político*, trad. Francesc Casadesús Bordoy, Madrid, Alianza Editorial, 2008.

_____, *República*, trad. Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 2008.

POLIBIO de Megalópolis, *Historia Universal bajo la República Romana*, s.a. s.e.
<https://historicodigital.com/download/polibio%20-%20historia%20universal%20bajo%20la%20republica%20romana%20i.pdf>

PIETRO Alfredo di, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 2001.

RASCÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*, 4ª ed. Madrid, Tecnos, 2011.

REALE, Giovanni. *La sabiduría antigua, terapia para los males del hombre contemporáneo*, trad. Sergio Falvino, revisión de Roberto H. Bernet, Barcelona, Herder, 2000.

REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, *Historia de la Filosofía. I. De la antigüedad a la edad media*, trad. Juan Andrés Iglesias, et al. España, Herder, 2010.

_____, *Historia del pensamiento filosófico y científico. I Antigüedad y Edad Media*, trad. Juan Andrés Iglesias, España, Herder, 1988.

ROGER, Chartier, *El mundo como representación. Estudios sobre historia cultural*, trad. Claudia Ferrari, España, Gedisa, 1992.

ROLDÁN, José Manuel, *El imperialismo romano. Roma y la conquista del mundo mediterráneo*, Madrid, Editorial Síntesis, 1994.

SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de José Díaz García, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SCHIAVONE, Aldo, *IUS. La invención del derecho en Occidente*, trad. Germán Prósperi, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2009.

SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, London, Oxford, 1967.

SOLAR ROJAS, Francisco José del, *Historia General del Derecho*, Perú, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012.

SUETONIO, *Los doce Césares*. México, Porrúa, 2016.

TARN, W., y GRIFFITH, G.T., *La Civilización Helenística*, trad. Juan José Utrilla, México, FCE, 1982.

TITO LIVIO, *Historia Romana, primera década*. México, Porrúa, 2013.

_____, *Historia de Roma desde su fundación. Libros XXI a XXX*, s.a. s.e. <https://historicodigital.com/download/Tito%20Livio%20II.pdf>

_____, *Historia de Roma desde su fundación. Libros XXXI a XLV*, s.a. s.e. <https://historicodigital.com/download/tito%20livio%20iii.pdf>

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado*, 24ª ed. México, Porrúa, 2019.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*. México, Porrúa, 1988.

_____, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2003.

Von IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano*, abreviatura por Fernando Vela, Madrid, Marcial Pons, 2005.

_____, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, México, Romosso, 2012. <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/anales/wp-content/uploads/Bromas-y-Veraz-2012.pdf>

WATSON, Peter, *Ideas, historia intelectual de la humanidad*, Barcelona, Crítica, 2006.

ARTÍCULOS y HEMEROGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, "El Derecho es arte y ciencia", en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, pp. 367-86.

ALBERRO, Solage, "La historia de las mentalidades: trayectoria y perspectivas", *Historia Mexicana, el Colegio de México, Vol. 42, núm. 2 (166) octubre-diciembre*

1992, pp. 333-351.
<https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/issue/view/192>

ALTAMIRANO MARTÍNEZ, Rosa María, et. al. “François Ost. Una teoría interdisciplinaria del Derecho”, s.e. s.a., p. 1-31.
<https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/cursosesp/2016/Diplomadoresambiental/Material/Mariaconsuelo/Teor%C3%ADa%20interdisciplinaria%20del%20derecho.pdf>

ALVIRA DOMINGUEZ, Rafael, “Intento de clasificar la pluralidad de subsistemas sociales, con especial atención al derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, No. 33, 1995, pp. 41-52. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32541>

ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “Las virtudes del jurista”, *Revista de Investigaciones Jurídicas ELD*, México, Escuela Libre de Derecho, año 21, núm.21, 1997, pp. 9-36.

BERNAD Mainar, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del ius privatismo moderno”, *Revista internacional de Derecho Romano*, octubre 16, pp. 1-80.
http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf

BOFILL, Maribel, “Las Bibliotecas Romanas”, Blogspot.com, julio, 2019,
<https://gladiatrixenlaarena.blogspot.com/2019/07/las-bibliotecas-romanas.html>

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, “La idea del Espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 35, 2001, pp. 161-188.

COING, Helmut, “Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)”, en González, María del Refugio (comp.), *Historia del Derecho (historiografía y metodología)*, México, Instituto Mora, s. a.

d’Ors, Álvaro, “Filología y Derecho Romano”, Sociedad Española de Estudios Clásicos (Tirada aparte de “*Actas del segundo Congreso Español de Estudios Clásicos*”, Madrid, 1961). Imp. VDA. DE C. BERMEJO, pp. 192-212.

FERNÁNDEZ-GALIANO Antonio, “Ensayo de una concepción hilemórfica del derecho”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2058931.pdf>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, “Sistemática y *Ius Civile* en las obras de *Quintus Mucius Scaevola* y de *Accursio*”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2002, núm. 6, pp. 57-80. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6238>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, “Presente y Futuro de la Ciencia Romanística”, en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, pp. 309-345.

FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *La Ciencia Histórica. Métodos e ideas para el estudio historiográfico*, Murcia, Infides Ediciones Didácticas, 2009.

FIKENTSCHER, Wolfgang, “La concepción de la historia y del sistema de Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/22129/20971/>

FIORAVANTI, Maurizio, “El papel de las disciplinas histórico jurídicas en la formación del jurista europeo”, *CIAN. Revista de historia de las universidades*, No. 9, 2006, pp. 343-35.

GONZÁLEZ, María del Refugio, “La historia del Derecho”, México, UNAM, *Biblioteca jurídico virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1994, pp. 221-226.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/mej/mej12.pdf>

GONZÁLEZ RENDÓN, Diony, “La función de las imágenes en la reflexión filosófica de Cicerón”, *Revista de Estudios Sociales*, No. 44, 2012, pp. 77-90.
<http://journals.openedition.org/revestudsoc/7329>

GUZMÁN RUÍZ, Héctor y LIRA, Carlos B., “Platón y el principio de oralidad”. *Revista Mexicana de Justicias Orales*, Año I, Núm. 1, ene-julio 2018, pp. 121-160, Nota 11. <https://www.revistajusticiasorales.com.mx/platon-y-el-principio-de-oralidad/>

HERNÁNDEZ Laura, “Roma, encuentran una tumba que puede estar dedicada al creador de la ciudad italiana”, *La Sexta*, marzo 2020.
https://www.lasexta.com/viajestic/curioso/roma-encuentran-tumba-que-puede-estar-dedicada-romulo-creador-ciudad-italiana_202003105e66d10a1eff860001091329.html

HORACIO, *Epístolas*, II, <https://portalclasico.com/graecia-capta-ferum-victorem-cepit-et-artis-intulit-agresti-latio>

LEDESMA, José de Jesús, “El Derecho Romano en el siglo XXI”, *Ensayos Jurídicos en Memoria de José M. Cajica Camacho Vol. II*, México, Cajica, 2002, p. 477-515.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2402/3.pdf>

LOZANO VÉLIZ, María del Carmen, “El edicto repentino y su trascendencia”, en Adame, Jorge (coordinador), *Estudio y enseñanza del Derecho Romano, 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, Universidad Panamericana, 2022, pp. 387-407.

_____, “Oralidad y escritura en el Derecho Romano”, *Revista Mexicana de Justicias Orales*, Año I, Núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 36-76.

MARTÍNEZ-PINNA, Jorge, “La introducción del ejército hoplítico en Roma”, *Itálica: Cuadernos de trabajo de la Escuela Española de Historia y Arqueología*, No. 16, 1982, pp. 33-44.
<https://digital.csic.es/bitstream/10261/164889/1/La%20introducci%C3%B3n%20del%20ej%C3%A9rcito%20hopl%C3%ADtico%20en%20Roma.pdf>

MARSISKE, Renate, “La Universidad de México: Historia y Desarrollo”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, vol. 8, 2006, pp. 11-34.

MASSINI, Carlos Ignacio, *La Prudencia Jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Buenos Aires, República Argentina, LexisNexis, 2006.

PETRAK, Marko, “Plato and Ulpian’s *praecepta iuris*”, *Fundamina: A Journal of Legal History (Ensayos en honor a Laurens Winkel)*, 20 (2014), pp. 694-701.
http://www.scielo.org.za/scielo.php?pid=S1021545X2014000200019&script=sci_abstract

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “Alfonso García-Gallo: aportaciones metodológicas y conceptuales a la Historia del Derecho”. *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol.18 (2011), p.p. 13-49.
<https://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/41510/39598>

RODRÍGUEZ DÍEZ, José, “La aforística jurídica romano-canónica, puente para un nuevo derecho común europeo”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVII (2004) pp.231-261.

TORRENT, Armando, "Miscelánea. Los estudios del prof. Juan Iglesias", *Sumario Año 1970*, pp. 551-563 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1252770.pdf>

PÁGINAS DE INTERNET

Adictos a la Filosofía, "El símil de la LÍNEA de PLATÓN (Aprende fácil) Filosofía Antigua", YouTube Video, https://www.youtube.com/watch?v=_1XPpzekYRw

Baixardoc.com El método platónico: *la dialéctica*, 2017, <https://baixardoc.com/documents/matodo-platanico-5cc75ee7d4824>

Definicion.de Interculturalidad, <https://definicion.de/interdisciplinariedad/>

Diccionario Tesouro de Historia Antigua y Mitología, <https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/51869-atenodoro>
<https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/63131-manlio-torcuato>

Diccionario de la Lengua Española RAE-ASALE, Edición Tricentenario, 2022, https://dle.rae.es/autoridad?m=30_2. <https://dle.rae.es/sem%C3%A1ntico>

Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano (vol.2, pág. 413-editado 3-10-2007) APOLODORO, griegos ilustres (biografía), <https://www.e-torredbabel.com/Enciclopedia-Hispano-Americana/V2/Apolodoro-biografia-D-E-H-A.htm>

Enciclopedia-juridica.com. 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/presunci%C3%B3n-muciana/presunci%C3%B3n-muciana.htm>.
<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ager-romanus/ager-romanus.htm>

Etimologia.com, origen de la palabra Dinero, 2019, <https://etimologia.com/dinero/>

Gato, General, “El Edicto Perpetuo”, Blogspot.com, noviembre 6, 2023,
<https://sigloscuriosos.blogspot.com/2010/11/el-edicto-perpetuo.html>

La túnica de Neso, “Rómulo y Remo – La Túnica de Neso”, 2018,
<https://latunicadeneso.wordpress.com/tag/romulo-y-remo/>

Mitología, “Teseo – Mitos y Relatos”, septiembre, 2015,
<https://mitosyrelatos.com/europa/mitologia-griega-romana/teseo>

Muy Interesante. Inventos de la Antigua Roma que aún utilizamos, abril, 2020,
<https://www.muyinteresante.es/historia/31305.html>

National Geographic. “Hallan la posible tumba de Rómulo, fundador de Roma – National Geographic en español, febrero 2020,
<https://www.ngenespanol.com/descubrimientos/hallan-la-posible-tumba-de-romulo-fundador-de-roma/>

Navarraweb.com, Renovarse o morir, 2023,
<https://www.navarraweb.com/renovarse-o-morir/#:~:text=Se%20atribuye%20al%20fil%C3%B3sofo%20y,trabajo%2C%20en%20definitiva%20en%20el>

Selat.org. Sociedad de Estudios Latinos (SELat) – Miembro de la Federación Internacional de Estudios Clásicos (FIEC) <https://selat.org/el-consejo-rector-de-la-casa-mediterraneo/?fbclid=IwAR30zPmEf8pliRX3KMs2C3E-xf3-I6fbJOFyDy2uQUbWSvAmbHyOFId7Lnk> https://selat.org/la-fundacion-academia-europea-e-iberoamericana-de-yuste/?fbclid=IwAR2Dal-hiKMTlyzgiTBjdH9BnbWQLf8hFhj1AVMyoGUg6Z_0MtTrn5CINKg.

Términos filosóficos en Latín, <http://latin.dechile.net/?Filosofico=46ç>

Virtual Tour - Museo Dell'Ara Pacis, 2023, <https://tourvirtuale.arapacis.it/>

UNESCO, Interculturalidad, Diversidad de las expresiones culturales, noviembre, 2015, <https://es.unesco.org/creativity/interculturalidad>

TESIS DE GRADO

LOZANO VÉLIZ, María del Carmen, *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, informe de actividad profesional para obtener el título de Maestra en Historia del Pensamiento, México, Universidad Panamericana, 2007. <http://biblio.upmx.mx/tesis/193904.pdf>

LLOREDO ALIX, Luis Manuel, *Ideología y Filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2010. <https://core.ac.uk/download/pdf/30043651.pdf>