

*Scire leges non hoc est verba earum  
tener, sed vim ac potestatem.*

CELSUS, D:1, III, 17.

No consiste el entender las leyes en retenér sus palabras, sino en comprender su fin y sus efectos.

CELSO.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LAS SEÑALES DE LA JURISPRUDENCIA

#### I. LA SENDA DEL DERECHO

El capítulo que antecede, lo hemos denominado la senda de la jurisprudencia, como un fortalecimiento de la inspiración que nos infundió Oliver Wendell Holmes, descollante *justice* (ministro) de la Corte Suprema de Estados Unidos de América —quien tiene ganado el prestigio de haber sido uno de los hombres más prominentes de la historia de gobierno de su país—, después de haber leído su ensayo “The Path of Law” (La senda del derecho), que propiamente es el tema de un “mensaje” pronunciado el 8 de enero de 1897 —ya hace más de un siglo— y publicado dos meses después en la *Harvard Law Review*, ante un auditorio compuesto básicamente por estudiantes, con motivo de la inauguración del edificio para la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston; destaca su aseveración que ponía de relieve “el papel de la moral como testimonio y sedimento del derecho”; abunda —a la vez— en su rechazo contra los métodos racionalistas empleados para el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho, que habían sido proclamados por Lord Coke al aseverar: “la razón es la vida del derecho”; advierte en contra de esa afirmación la divisa de sus convicciones que reconocían: “La vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia”, misma que está asentada en el comienzo de

su libro *The Common Law*; asevera que “detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativa de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero no por ello deja de ser raíz y nervio de todo el proceso”. Así postulaba Holmes una teoría jurídica fundada en los hechos, que fueran más allá de las palabras y de las definiciones, buscando sus alimentos sustanciales en la realidad. De ello derivaba: “La historia es experiencia”. Por eso, al reivindicar para la vida del derecho una base fáctica, Holmes no se conformaba con reconocer el papel de la historia en su desarrollo, lo que en su embestida lo llevó contra el tipo de historicismo practicado por los juristas del *common law*. De ahí que la raíz de su reflexión se encuentre en otro de los pasajes más glosados de su discurso: “Es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho en nada mejor que en el hecho de haber sido así establecida en tiempos de Enrique IV, e indigna más si las razones que le sirvieron de fundamento se han desvanecido largo tiempo ha, y la regla sólo subsiste por ciega imitación del pasado”.

Holmes admite a la historia como una parte del estudio racional del derecho; pero deseaba que llegara el día en el que su papel fuera pequeño e inicial, y que en verdad concentraran su interés en conocer los fines que tratan de lograrse con el derecho mismo, así como los motivos que lo justifican. Sin embargo, reconocía que su estudio racional requería una gran parte de su conocimiento histórico, ya que el conocimiento del pasado permite conocer el objeto específico de todos los preceptos que el amante del derecho está obligado a conocer. Así logrará racionalmente enterarse de los valores que están implícitos en sus reglas. Así, alegóricamente, consideraba que:

podía lograrse hacer salir al dragón de su refugio, de manera que a plena luz del día, pudiera verificar tanto sus dientes como sus garras y, por tanto, darse cuenta de la dimensión del poder con el que tenía que enfrentarse. Pero también advertía que sacarlo de la cueva era apenas un comienzo, ya que su propósito debía ser matarlo, o preferiblemente domesticarlo, para convertirlo en un animal útil.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Holmes, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, trad. Carlos A. Garber, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1959, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales (F.U.B.A.), pp. 7-12, 17, y 31.

Una vez que hemos dado cuenta de lo anterior, podemos tener presente que en este capítulo debemos considerar los tres elementos esenciales expuestos por el maestro Luis Recaséns Siches como verdades primarias de su fundamentación de la filosofía del derecho: la existencia de la vida humana, como realidad radical o primaria y esencia de lo social; la sociedad, como grupo colectivo en el que se conjuga la vida humana; y lo histórico que vincula lo jurídico-normativo, como expresión de la vida humana objetivada.<sup>26</sup> A partir de la posiblemente nebulosa fundación de Roma, de la integración de las sabinas a la incipiente vida comunitaria para la formación de las familias y curias, del final de sus siete reyes, del inicio de la República y de los antagonismos mortales entre patricios y plebeyos, hasta la concreción de la Ley de las XII Tablas, en todos esos acontecimientos tenemos la evidencia de la actividad humana, dentro del esquema de una colectividad diariamente creciente, en la que está latente un derecho rudimentario de orden consuetudinario, que confirma el viejo aforismo *ubi societas ibi jus*.

Creemos vivamente y reiteramos que en la conducta del hombre está el sedimento moral del derecho y que, precisamente, la honda preocupación que se ha manifestado por el tema de la conducta humana, nos lleva a reconocer el valor de la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad del hombre;<sup>27</sup> tema que permite a Manuel Kant interesarse por averiguar qué sea la conducta humana, así como la determinación del principio conforme al cual se pueda explicar cualquier hecho moral de esa vida, que en su terminología denomina imperativo categórico, de manera que le permita plantear en la conclusión de su *Crítica de la razón práctica*, a la que en el enunciado de sus convicciones otorga el valor de una apreciación justa. En ello reconocía que había dos cosas fundamentales, motivo de su propia reflexión: “el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí”; consideraba ambas dentro de su propio ser, en lo profundo de la conciencia de su propia existencia. La primera comprendía el universo exterior que le rodea; la segunda, que se inicia en la invisibilidad de su propio yo, que con su personalidad lo relaciona con el mundo infinito,

<sup>26</sup> *Vida humana, sociedad y derecho*, 2a, ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 9-15.

<sup>27</sup> *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, crítica de la razón práctica y la paz perpetua*, México, Porrúa, 1990, p. 52.

sólo alcanzable por la inteligencia, en una conexión universal y necesaria, no sólo contingente como en aquel otro.

El primer espectáculo de una innumerable multitud de mundos aniquila, por decirlo así, mi importancia como criatura animal que tiene que devolver al planeta (un mero punto en el universo) la materia de que fue hecho después de haber sido provisto (no se sabe cómo) por un corto tiempo, de fuerza vital. El segundo, en cambio, eleva mi valor como inteligencia infinitamente por medio de mi personalidad, en la cual la ley moral me descubre una vida independiente de la animalidad y aun de todo el mundo sensible, al menos en cuanto se puede inferir de la determinación conforme a un fin que recibe mi existencia por esa ley que no está limitada a condiciones y límites de esta vida, sino que va a lo infinito.<sup>28</sup>

Así pues, el valor intelectual de sus conocimientos permiten a Kant, al decir de Francisco Larrovo en la nota preliminar que escribe en su estudio introductorio y análisis de la obra, denominado “El criticismo de Kant, a la crítica de la razón pura”, abordar una teoría filosófica del hombre en su antropología desde el punto de vista pragmático, en la que se ocupa por saber lo que es o ha sido como ser de la naturaleza y de la historia, así como también en saber lo que él hace o debe hacer de sí mismo, esto es, del sentido y finalidad de su existencia. Reconoce que es una antropología por ser una consideración del hombre, en la que él se manifiesta como creador y responsable de su propia existencia, lo que es clave misma de la filosofía. Ésta, dice Kant, en su significación mundana tiene que ver con tres órdenes de cuestiones: 1) ¿Qué puedo saber? 2) ¿Qué debo hacer? 3) ¿Qué puedo esperar? 4) ¿Qué es el hombre? A estas cuestiones responden respectivamente, la metafísica, la moral, la religión y la antropología, porque las tres primeras cuestiones se refieren a la última. La triple cuestión aparece ya formulada en la *Critica de la razón pura, II, teoría trascendental de los métodos*.<sup>29</sup> En los términos señalados, la evidente conclusión referida por Kant define las siguientes respuestas: Lo que puedo saber, me lo permitirá la respuesta de la metafísica; lo que debo hacer, me lo señalará la moral; lo que puedo esperar lo encontraré en la religión y lo que el hombre es, me lo aclarará la antropología. En estas proposiciones,

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 201.

<sup>29</sup> *Critica de la razón pura*, México, Porrúa, 1987, pp. XX-XXIII.

la que tiene trascendencia fundamental para nuestra labor es la segunda, puesto que ella apoya qué es lo que se puede hacer, o sea, el reconocimiento que se dé a la justificación de la conducta, se encontrará evidentemente en la moral.

Desde luego que, en forma independiente de las observaciones que tenemos en cuenta en los párrafos precedentes, existe una teoría jurídica de la conducta, puesto que ella integra un conjunto de fórmulas que se ocupan de la conducta misma, que se encuentra jurídicamente regulada en cuanto es objeto del derecho. Así pues, la conducta que se manifiesta en facultades y deberes es lo que constituye el objeto del derecho. De ahí que Luis Recaséns Siches le llama “vida humana objetivada”<sup>30</sup>.

Ahora bien, como lo hemos constatado en el capítulo precedente, debemos reconocer que el surgimiento en Roma de la Ley de las XII Tablas se expresa como un acontecimiento histórico, y constituye una notoria señal determinante en la evolución de las formas jurídicas que se gestaban en la metrópoli, puesto que de la trasmisión oral y conservación abstracta de las costumbres de sus antepasados, *mores majorum*, ellas generaron las primeras expresiones de un orden societario, que en la necesaria evolución de las necesidades sociales se transformaron para dar lugar reglas escritas, específicas, precisas, objetivas, las cuales ya no podrán estar sujetas a la arbitrariedad de los magistrados patricios, y que no sólo recogen los principios comunes que se habían observado hasta entonces sino que, además, desde el momento de su presentación, en el de su discusión, y en aquel de su aprobación pública en el Foro romano, las Tablas en las que la preceptiva propuesta estaba escrita incorporaron a su mentalidad una notoria transformación, puesto que el derecho que a partir de ese momento va a tener vigencia en su comunidad posee un valor trascendente, ya que está expuesto en el lugar público, de manera que deba ser conocido y, consecuentemente, obligue a todos. De ello resulta que se va a considerar como la vigorosa ley por excelencia, que constituirá la fuente de su propio derecho, por tanto, toda conducta que a partir de ese momento se ajuste a ella deberá considerarse como legítima; desde luego, tenida consideración de lo reducido de su preceptiva, no puede anticiparse que se aprecie que ella constituya una verdadera y propia codificación, puesto que como sedimento básico de la nueva normatividad, permanecen laten-

<sup>30</sup> *Op. cit.*

tes aquellos principios supremos que proclamaban *juris praeceptae sunt haec: honestae vivere, alterum non laedere et suunt quique tribuere.*

## II. LA LABOR DE INTERPRETACIÓN

Como consecuencia de la aprobación de la Ley de las XII Tablas, corresponderá al tribunal romano observar que se lleve adelante en su aplicación. Por tanto, para ello, será indispensable realizar la previa labor de interpretación que toda norma jurídica requiere, con el propósito de desentrañar su sentido y alcance; el resultado de esa obra, será el fortalecimiento de los principios que en ella se encuentran latentes, así como la expresión de nuevas y diversas significaciones doctrinales que sobrevengan en su desarrollo.

Coincide con el anterior señalamiento el maestro de Leipzig, Rodolfo Sohm, quien reconoce, como ya lo habíamos advertido, que la Ley de las XII Tablas constituye la concreción de un derecho primitivo que en realidad es expresión de la vida propia del pueblo romano, el cual para su fortalecimiento y crecimiento requería el valor de aquella vida que le iba a infundir en su letra primaria, una interpretación que le infundiera un nuevo espíritu, de manera tal que aun llegara a transformarlos, mediante la aportación de los valores de su *Interpretatio*, pero dejando intacta la letra misma de la ley. Una expansión del *ius civile* de tal naturaleza estaba a cargo de los pontífices, quienes eran los encargados de esta función, que se manifiesta en los últimos siglos de la República.

Para establecer una sutil diferencia, Sohm confirma que el *ius civile* es el que surge de la interpretación de los pontífices, para distinguirlo del propio *ius legitimum*, que es el que está reconocido expresamente en el texto de la ley. Aquellos juristas tenían, entre otras funciones exclusivas, la de coadyuvar a la administración de justicia, que estaba a cargo de los magistrados, mediante la aportación de sus consejos jurídicos; también estaban en condiciones de auxiliar tanto a los litigantes en un proceso, como a quienes concertaban pactos en vía de transacciones. De ahí que una de las consecuencias muy reconocidas de la labor de interpretación a cargo de los pontífices resultó ser el reconocimiento de la *in jure cessio*, que constituía una nueva forma de transferir derechos, al ejecutar un proceso aparente o simulado ante el magistrado. En efecto, si un demandado era obligado a comparecer ante el tribunal, y mediante la confesión verti-

da por el propio demandado ante la presencia del magistrado operaba plenamente el principio que aún permanece vigente entre nosotros: *confessus pro iudicato est*, que encontramos en el *Digesto*, 42, 2, 1; aunque, conforme al testimonio de Paulo, se encontrara directa o indirectamente en las XII Tablas. De acuerdo con lo anterior, y en el criterio del mismo Rodolfo Sohm, al confesar el derecho del actor, el demandado se despojaba de sus posibles excepciones y de hecho renunciaba a sus defensas; otorgándole un valor constitutivo a la posición del demandante, que legitima la adquisición así realizada. Finalmente, el magistrado al dictar la *addictio* no está en realidad dictando un nuevo fallo, sino que se limita a expresar una simple confirmación *ad-dico*, mediante la cual no dicta un fallo por el que transfiera el derecho, sino que se limita a refrendar un acto de transferencia, similar a la *cessio* ejecutada en este caso por el demandado. Esta fórmula operaba igualmente en un juicio de reivindicación, en el que la confesión del demandado era una *cessio* ejecutada por el mismo reo, vertida con el propósito de traspasar la propiedad, y en consecuencia la aprobación sobreveniente, a cargo del magistrado, constituía una *addictio* que así ratificaba la transmisión del derecho reconocido. Por tanto, quien reconocía ante el magistrado que su contendiente era propietario perdía con ello el propio derecho. El proceso así simulado permitía que, por analogía, se simulara un diverso proceso en materia de patria potestad, ya que la fingida *vindicatio in patriam potestam* permitía el desarrollo de una diversa variedad de negocios jurídicos; por ello, se llegaba a aceptar la venta simulada de los hijos por tres veces, lo que permitía la pérdida de la patria potestad como si se tratara de una emancipación: “*si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto*”. De este modo, era lícito conseguir sustraer al hijo de la patria potestad, cumpliendo el requisito de las XII Tablas, ya que la conocida *datio in adoptionem* se integraba con la observancia de la misma norma jurídica”.<sup>31</sup>

El maestro de Poitiers, el gran romanista Eugène Petit, al referirse al desarrollo que se manifestó en Roma después de la aprobación de la Ley de las XII Tablas, relata que de ella surgieron nuevas expresiones las cuales constituyeron fuentes manifiestas del nuevo derecho escrito, *los plebiscitos*, y del no escrito, mediante la expresión de la técnica de la interpreta-

<sup>31</sup> Sohm, R., *op. cit.*, pp. 29-31.

ción que realizaban los jurisconsultos, y a los edictos de los magistrados, los cuales van a ser también una fuente del derecho al que se le llamará honorario.

### III. LOS PLEBISCITOS

Los llamados plebiscitos se preparaban convocando a la clase popular llamada plebe para la celebración de sus consejos, en los que se llegaban a tomar decisiones denominadas *concilia plebis* y en ellas se adoptaban generalmente propuestas de uno de sus tribunos; decisiones que inicialmente tenían valor unilateral para esa clase, pero que a raíz de la promulgación de la ley hortensia, en el año 468, tuvo vigor para ser respetada y observada tanto por los patricios como por los plebeyos. Eso demuestra que las decisiones plebiscitarias eran verdaderas leyes. Más aún, en nota de pie de página, Petit, invoca a Gayo (I, & 3), al reconocer que tanto los plebiscitos como las leyes propiamente dichas eran denominadas con el *nomen gentilitium* del magistrado que las había propuesto, ya fuere dictador, pretor o tribuno. Como ejemplo de ello, Potier recuerda el plebiscito convocado por el tribuno M. Cincius Alimentus, al que se le reconoció como ley cincia. Por su parte, advierte que aquellas leyes que fueron resultado de una iniciativa consular, luego de su aprobación, llevan los *nomena gentilitia* de los dos cónsules en función, lo que también opera en el caso de que se trataba de un solo cónsul el que hiciera la propuesta, así ocurrió con la ley valeria horatia y con la ley aelia sentia. De todo ello, Eugène Petit recuerda numerosos plebiscitos aprobados durante los últimos siglos de la República, como la ley cincia, sobre donaciones (año 550); la ley aquilia, de fecha incierta, sobre el daño causado injustamente, y ley falcidia, sobre los legados (año 714).<sup>32</sup>

### IV. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PONTÍFICES Y JURISCONSULTOS

Como ya se ha advertido, la publicidad a la que se sometió la exposición de las XII Tablas en el foro romano, estableció la presunción de que dicha ley era conocida por todo el pueblo romano. Sin embargo, sus pre-

<sup>32</sup> Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de la 9a. ed. francesa por José Fernández González, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, s.f.e., pp. 39-41.

ceptos requerían ser interpretados, obviamente por quienes eran expertos en el arte del derecho, frecuentemente para saturar sus lagunas. Por tanto, era indispensable fijar ciertas formalidades para celebrar los actos jurídicos y satisfacer también los aspectos formales del procedimiento, saturado de simbolismos y solemnidades lejanas al conocimiento y dominio del público, sobre los cuales la misma ley se había abstenido de hacer señalamientos expresos. Era el formulismo de las *legis actiones*, cuya omisión podía significar la pérdida del proceso. Así pues, fue surgiendo un procedimiento que desentrañara el sentido no sólo grammatical, sino del propósito de la misma ley, a lo que se le llamó *la interpretatio*; ésta fue una labor que se reservó para ser desempeñada en forma exclusiva por el colegio de los pontífices, quienes dedicados preferentemente a sus labores religiosas, entre las que les correspondía conocer los conceptos jurídicos vinculados con el *jus sacrum*: la adrogación, la devolución de los *sacra privata* en caso de sucesión, *la confarreatio*, la determinación de las *res religiosae* y otras. De ahí surgía la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo juriconsultos (Cicerón, *De legib.*, II, 19) y, favorecer el desenvolvimiento del derecho.<sup>33</sup>

Tenida consideración de lo anteriormente relatado, resulta que a partir de la interpretación de los pontífices, que conocían los secretos del procedimiento así como la determinación de los días llamados *fastos* (que eran aquellos en los que se podían presentar los interesados al tribunal para cumplir los ritos del procedimiento) y, consecuentemente, los *nefastos* (que precisamente señalaban aquellos otros en los que no había la posibilidad en la que los tribunales practicaran sus labores), se da inicio a un movimiento doctrinal, el cual empieza por otorgar reconocimiento y valor jurídico a los criterios que los mismos pontífices exponían, y que eran el resultado de las consultas que se les formulaban. El rompimiento de la estructura de ese monopolio, parece provenir, según el divulgado relato, de un descendiente de liberto, llamado Cneo Flavio, quien en aquel tiempo fungía como escriba del patricio Apio Claudio; Cneo Flavio violó el secreto y la confidencialidad que le imponía su encargo, e hizo público el esquema de los días *fastos*, así como el de las fórmulas de las acciones de la ley, que había permanecido reservado para el conocimiento exclusivo de los pontífices. Surge así su publicidad y el interés popular, que acogió

<sup>33</sup> Petit, Eugène, *op. cit.*, pp. 39-41.

aquellas fórmulas con el nombre de *jus flavianum*, y de esa forma rompió el privilegio que se habían arrogado los pontífices y facilitó que la propia plebe pudiera interesarse en el estudio y conocimiento de las cuestiones jurídicas. Uno de sus miembros —conocido como Tiberio Coruncanio— resultó ser el primero que atendió y respondió públicamente las consultas que se le formulaban sobre problemas resultantes de la interpretación y aplicación de las leyes, con lo que se dio lugar a que surgieran en Roma los *juristas o jurisconsultos*, que en sus *responsa* (respuestas) externaban su propia experiencia, criterio, consejo y orientación, al contestar a las inquisiciones que se les formulaban sobre los más diversos problemas legales; respuestas que se traducían en consejos de los hombres prudentes, que es un sinónimo que se atribuye a los sabios, ya que la prudencia es “la virtud que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello. Prudencia es también sinónimo de templanza, moderación, discernimiento y buen juicio”.<sup>34</sup> De lo anterior resultaba que la experta opinión o doctrina que se externaba en aquellas consultas fue adquiriendo la denominación y calidad de *jurisprudentia*, a la que —como lo hemos señalado anteriormente— Ulpiano reconocía como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto (*Digesto*, libro 1, 10).

Después de considerar lo anterior, resulta oportuno tener presente la advertencia que el mismo Ulpiano formula como recomendable al que ha de dedicarse al derecho:

Conviene conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*. Es llamado así por derivar de *justicia*, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. (1) En razón de 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 (*Digesto*, libro 1, título 1, 1).

Es necesario considerar que Rudolf von Ihering —al desarrollar los esquemas de la técnica del derecho antiguo en la que se manifestaba la ju-

<sup>34</sup> *Diccionario Porrúa*, 10a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 613.

risprudencia— se ocupaba de la labor de los pontífices, del secreto que les rodeaba, de su estilo, así como del fin de su dominio en estas materias, y se preguntaba si entonces ¿ya se habría encontrado en realidad una jurisprudencia? Para responder, no encuentra en la investigación histórica más que referencias a los juristas de la primera época. Ahí sobreviene al maestro alemán una segunda pregunta ¿se conocía ya entonces la diferencia externa que existía entre el jurista y el profano hombre de mundo, y si había una clase especial de hombres cuya profesión consistía en el conocimiento y la aplicación del derecho? No puede anticipar la respuesta, pues estima que ella se manifestará hacia el fin del capítulo en el que la bora. Sin embargo, en el desarrollo de su argumentación tiene presente la manifestación del tránsito de la idea del derecho hacia la reflexión sobre él, o sea, hacia la jurisprudencia, y aparece el violento choque que observó el pueblo romano al darse la ruptura entre el derecho popular y el de los juristas, ya que la disciplina jurídica pontificia era la doctrina del derecho bosquejada por los propios pontífices —que tenían el monopolio sobre la materia religiosa— y, consecuentemente, determinaba su expresión tanto en la organización de su forma, como en la producción de su fondo; de tal manera, que al estudiar sus diseños sobre aspectos de la religión antigua y el *fas*, en el que ellos eran autónomos, se encuentran, posteriormente, en el derecho civil principios y métodos análogos.

El mismo Ihering considera que el paso a otro nuevo y diverso periodo se realizó por simple evolución, al establecerse la función de la pretura, que reemplazó a los cónsules en la administración de justicia, a la cual se otorgó la responsabilidad de recaudar el *sacramento*, o sea, la garantía que se tenía que otorgar para responder de los resultados del litigio y que finalmente pasaba al erario; lo que permitió la relegación de los pontífices, quienes finalmente pasaron al olvido. Ese acontecimiento mantuvo el valor de los principios de la jurisprudencia, pero ante los ojos del pueblo dejó de ser una ciencia oculta y un privilegio exclusivo de casta, para consolidarse como un arte libre, a cuyo conocimiento y dominio concurrieron numerosos discípulos quienes empezaron a prepararse para dar las respuestas que le consultaban los litigantes.

## V. LOS JURISCONSULTOS

El mismo maestro alemán, aludido en el párrafo precedente, tiene presente que Cicerón atribuía a los jurisconsultos haber organizado el derecho para que fueran indispensables en todas partes, de manera que era notoria su participación en la vida de la ciudad; distinguía que el proceso romano tenía dos partes: el *jus* y el *judicium*, o sea la instancia ante el *pretor* y la correspondiente al *judex*. En la primera sólo se resolvía si el derecho reconocía los hechos y las excepciones que pudieran concederse al demandado, independientemente de su prueba; después sobrevenía el procedimiento, que tenía el propósito de conocer la verdad de lo que las partes se imputaban, y consecuentemente el juez debía condenar o absolver. En razón de esas circunstancias, cuando la causa exigía mayores conocimientos, entonces el juez recurría a un jurisconsulto, en la inteligencia de que sus servicios eran siempre gratuitos, o bien, la parte interesada pedía a uno de ellos el consejo y su asistencia en el tribunal. No debemos olvidar que competía al orador participar en las formalidades correspondientes del debate.

De acuerdo con lo anterior, tenía notoria significación el que el jurista no recibía dinero, pues su recompensa estaba orientada propiamente por el honor, la consideración y la popularidad de la que se le investía. Ello significaba que quien se consagraba a la jurisprudencia lo hacía por vocación y amor a su ciencia. Ello explica —en la visión de Ihering— todo el poder de la antigua jurisprudencia sobre la vida, y reflejaba su espíritu jurídico sobre todo el pueblo romano.<sup>35</sup>

Ortolan también nos habla de los tres sistemas empleados en el procedimiento judicial romano: en su cronología, el primero es el de las acciones de la ley *legis actiones*; el segundo, el que prevalece hasta el reinado de Diocleciano (294 d.C) y que emplea las fórmulas que corresponden solamente a la justicia ordinaria; finalmente, el extraordinario, refiere, con paralelismo, la exposición que antes encontramos en Ihering, al establecer las diferencias entre el *jus* y el *judicium*, entre el *magister*, *magistratus*, y el juez, *judex*. Así, *jus* es estrictamente el derecho y *judicium* es

<sup>35</sup> *L'Esprit de droit romain dans les diverses phases de son développement*, Traduit avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, Troisième Édition, Tome Troisième, Forni Editore, Bologna, pp. 81-112.

solamente la instancia procesal. Dentro de ello se encuentra la *juris dictio*, esto es, la jurisdicción que es la facultad de declarar el derecho para resolver cualquier negocio, mediante su interpretación, declaración y aplicación. En su defecto, se asignaba al propio litigio el poder que habría de juzgarlos y el derecho que lo habría de regir. En ello se localizaba la diferente función que correspondía a los funcionarios judiciales: al magistrado, la primera, y al juez, la segunda.<sup>36</sup>

Al explicar los caracteres del jurisconsulto romano, Manuel García Garrido lo describe como el personaje que estaba vinculado a una jerarquía de notoria significación social y política en la vida metropolitana. La vigorosa y destacada personalidad del jurisprudente romano y sus cualidades singulares, le permitían conservar un tipo de modelo 'clásico' del jurista de todos los tiempos. La denominación de jurisprudente, y particularmente la de jurisconsulto, ubicaba la actividad propia de quienes ejercían la profesión de ser consultores públicos y privados. Podemos anticipar una visión acertada de cómo se desempeñaba el jurista en su actividad específica si imaginamos la presencia de un hombre de clase que, tanto en forma privada, como pública, atendía las consultas que se le formulaban, y daba respuesta a las interrogantes de los que requerían de una orientación jurídica; también concedían orientaciones sobre asuntos privados, ya fuere para la adquisición de un inmueble o la dote que un padre debía dar a su hija. En realidad, no debía confundirse al jurisconsulto con el simple abogado que patrocinaba a un cliente, por el que peroraba; tampoco practicaba la retórica para estimular los criterios de un tribunal. De ninguna manera podía confundirse con un leguleyo ni con un copista. Tampoco podía identificarse al jurista como un profesor de derecho, ni como un especulador de la ciencia jurídica. En todo ello podemos colegir que al jurista romano no le preocupaban las artificiosas elaboraciones de dialécticos argumentos de lógica jurídica, como tampoco definiciones y reglas, sino la determinación de normas claras, precisas y sencillas, que fueran prácticas para poder resolver los problemas de la vida cotidiana. En todo ello podía entenderse que la que impartían se dirigía específicamente a un auditorio reducido, con pocos discípulos, quienes sólo asimilaban las lecciones del maestro, sino que, por encima de ello, entendían y asimilaban

<sup>36</sup> Ortolan, M., *Compendio de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, pp. 158-161.

su sabiduría y estilo de vida, a la par que las reglas del *ius civile* que frecuentemente mortificaba a sus conciudadanos. Así, en todo ello, la práctica del derecho, como la exaltación de la prudencia que le servía de fundamento, no constituían una técnica, una mecánica o un conocimiento que se aprendiera de memoria, sino un exquisito arte que se manifestaba con la conducta ejemplar de quien lo poseía y ejercitaba. Por tanto, la jurisprudencia era, ante todo, *prudentia iuris*; aquella capacidad de saber elegir, entre varias opciones, la más oportuna y adecuada al caso. Esa aptitud de la prudencia no era huérfana devoción moral, sino el convencimiento de la virtud humana que está latente en la vida de cada hombre y constituye su más cuantioso patrimonio. Es, a la vez, evidente que la prudencia está basada en la *iustitia*, que se manifiesta dando a cada uno lo que es suyo, y también en la *utilitas*, puesto que quien es prudente debe saber diferenciar lo que es justo de lo injusto; así como también lo que es útil, de aquello que no lo es, de manera que se logre alcanzar el bien y evitar el mal.

Como consecuencia de la observancia de todas las virtudes que se señalan anteriormente, el mismo Manuel García Garrido, reclama que debe desecharse cualquier idea que oriente la función del jurista para obtener un lucro o interés económico. En la visión romana del *officium* como deber moral de ayudar al amigo y al conocido, el jurista cumplía con la trasmisión de su experiencia convertida en consejos. En esta devoción, el jurisprudente agotaba una buena parte de su vida, por lo que su actividad estaba revestida de una notoria dignidad y suprema honra; asimismo, la popularidad y alta consideración social de la que gozaba el jurisprudente, habían convertido la morada del jurisconsulto, como decía Cicerón, en el oráculo de toda la ciudad.<sup>37</sup>

## VI. LA JURISPRUDENCIA

A la vez, al observar la tradicional *ciencia de lo justo y de lo injusto*, Fritz Schulz, la aprecia y distingue como un *fórmula de aislamiento*, ya que encuentra que ella se caracteriza por una técnica de *selección* para poder lograr la *separación* de las materias, por ejemplo, distinguiendo los

<sup>37</sup> *Casuismo y jurisprudencia romana. Pleitos famosos del Digesto*, Santiago de Compostela, 1965, pp. 9-11.

enlaces que existen naturalmente entre el derecho, la moral y las costumbres, con el propósito de concentrar su interés en aquello que es objeto de su atención. Por tanto, él parte, en su visión, de ese procedimiento de aislamiento y, con él, logra señalar que, en ese aspecto, la Ley de las XII Tablas contiene exclusivamente normas jurídicas. De ahí que, al seguir esa línea, la jurisprudencia sucesiva continuó dicha labor de separación, con rigor romano, incluso en las materias no reguladas por las leyes y, como consecuencia de esa fórmula, hace una paráfrasis del Evangelio de Juan (1-5) y encuentra que: "En el principio todo estaba mezclado, después vino el espíritu, separó y puso orden".

*El arte de seleccionar*

Con las palabras que culminan el párrafo precedente, y que Schulz atribuye a Anaxágoras, reconoce la tarea esencial de selección que corresponde a toda ciencia y, que por tanto, debe ser técnica al servicio de la misma jurisprudencia; agrega que con ello también apoya su aseveración, en el sentido de que reconoce que también la ciencia jurídica es un arte de separar, puesto que si se quiere llegar al conocimiento científico de sí misma, es decir, a lograr conocer sus propios elementos, debe empezar por analizar los fenómenos complejos de la misma vida. Siguiendo ese modelo, aprecia el autor alemán que la especial vocación jurídica de los romanos hizo que comenzaran muy pronto el ejercicio de este arte de separar, aun cuando es verdad que no se puede negar el peligro de que cuando ha sido separado con fines de un estudio completo permanezca aislado y que, llegado el momento de verificarlo, se pierda de vista el conjunto, que es ante todo el vínculo espiritual. Sin embargo, la jurisprudencia, si pretende llegar a ofrecer algo más que una descripción, no puede prescindir del arte de separar; reconoce, por ello, que la Ley de las XII Tablas contiene exclusivamente normas jurídicas, y que correspondió a la jurisprudencia sucesiva la labor de la separación, con rigor romano, incluso en aquellas materias que no están reguladas por las leyes. En ello, la jurisprudencia romana no se limitó a separar rigurosamente las normas extrajurídicas de las jurídicas, aun cuando, de hecho las ha excluido de su estudio. Un vivo ejemplo de ello lo encontramos en el régimen romano sobre el matrimonio libre, que se origina mediante el valor del propio consentimiento exento de formas. Esta es la norma, y es la única que se

recuerda en las obras jurídicas; sin embargo, los juristas guardaron absoluto silencio sobre los complejos usos nupciales romanos, y aun cuando los buscáramos no lograríamos encontrar nada a propósito en sus escritos que nos dé luces sobre una materia como ella, aun cuando esas constancias se hubieran conservado íntegramente.<sup>38</sup>

A propósito de las ideas y valores que hemos tenido en cuenta en los párrafos precedentes, hemos verificado que Marcel Planiol escribe, con la colaboración de Georges Ripert, en el “prefacio” de su *Tratado elemental de derecho civil*

El verdadero jurisconsulto no es el que recuerda que, en tal o cual caso determinado, existe una dificultad y que conoce la solución que se le ha dado en la práctica, sino el que sabe por qué ha nacido la cuestión, por qué se ha resuelto en esa forma y no otra, por qué debe aprobarse o criticarse esa jurisprudencia.<sup>39</sup>

Resumiendo los párrafos precedentes, podemos afirmar que históricamente el origen de la jurisprudencia romana se encuentra en las primeras fórmulas que correspondieron exclusivamente al Colegio de los Pontífices, pues eran ellos quienes como guardianes del derecho se arrogaban la función de atender y resolver las consultas que les hacían los particulares; destaca que al sobrevenir el fenómeno de expresión secular o laicización de las respuestas, éstas se expresaban verbalmente, ampliándose dicha labor con las siguientes actividades que les eran complementarias: *cavere* —cuya raíz semántica se encuentra en el verbo *cavere* que significa *cavar*, o sea, extraer la tierra y hacer un hoyo o cueva (obviamente que de ahí viene excavar)—, que era onomatopeya de aquella labor interpretativa del derecho que se aplicaba a la elaboración y redacción de diversas disposiciones, como lo son los contratos o testamentos, con el propósito que se ajustaran a los principios que los hicieran válidos ante las leyes; *respondeere*, que contenía precisamente la respuesta verbal a la consulta que se hacía al experto jurista; *scribere*, que condensaba la misma respuesta formulada por escrito, y *agere*, orientada a la labor propia de asistencia al

<sup>38</sup> *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, Ed. Civitas, 1990, pp. 39, 41 y 43.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, t. 1, *Introducción, familia, matrimonio*, trad. de la 12a. ed. francesa por José M. Cajica Jr., Puebla, México, Ed. José M. Cajica, s.f., p. 18.

cliente, preferentemente en la actividad que tenía que desarrollarse ante los tribunales.<sup>40</sup>

No podemos dejar de observar que la participación de los consultores jurídicos romanos y las respuestas que en su época daban integran un conjunto de opiniones y decisiones trascendentales, que les permitían establecer el derecho; constituía esa aportación, la fuente inicial del gran movimiento que a partir de entonces empieza a forjarse, el cual se consolida durante el Principado, en el que Augusto integra su *consilium principis*, y posteriormente ampliado al *auditorium principis*, en el que se concedía libertad a sus integrantes, tanto para actuar como consejeros y asistentes en las audiencias judiciales, como en la participación, preparación y redacción de las constituciones imperiales.

<sup>40</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de derecho romano*, México, Editorial Pax, 1976, p. 65; Véase también Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford University Press-Harla, 1998, p. 16; Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorrománitas*, t.1 *De los orígenes a la alta edad media*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 138-140.