

## PREFACIO

Al iniciar estas notas, debemos mencionar que el interés primordial, concreto y monográfico de nuestra investigación, es que se concentre en el examen de las fuentes que propiciaron el surgimiento de las expresiones que, como reglas jurídicas, emanaron de la sabiduría de un notable grupo de juristas, quienes aportaron lo que se ha calificado como carne y sangre de las legislaciones civiles modernas: su jurisprudencia! Precisamente, el significado de esa sola palabra —al decir de Rolando Tamayo Salmorán— bastaría para señalar la importancia de Roma en la historia universal.

Nos interesa fundamentalmente estudiar los hechos vitales que propiciaron el surgimiento de la jurisprudencia romana, de manera que ello nos permita constatar la obra creativa realizada por los *interpretatio prudentum*, manifestada por las opiniones y respuestas jurídicas —vertidas por los sabios jurisconsultos—, que naturalmente, por su reconocida autoridad, se convirtieron en *fons iuris* al erigirse en un criterio de la antigua jurisprudencia.

La obra que presentamos al amable lector no pretende contener un tratado de derecho romano, ni siquiera un manual, ni una síntesis histórica de las más destacadas expresiones del derecho que se produjeron en la llamada Ciudad Eterna. Nuestra labor —como se podrá corroborar— no tiene las dimensiones que requeriría una investigación de tal naturaleza, en la que sería indispensable exponer un amplio conjunto de hechos históricos —demasiado conocidos y relatados minuciosamente por prestigiosos autores— acaecidos en el “esfuerzo no interrumpido de muchos siglos”; vinculándolos con las fórmulas jurídicas que de ellos surgieron en la comunidad romana, durante el largo y fecundo periodo de su existencia; partiendo de su fundación hasta la caída del imperio en oriente, en el que se manifestaron las estructuras jurídicas de instituciones fundamentales de los intereses privados del individuo, como lo son la familia, la pro-

piedad, las fórmulas de un sistema hereditario —que se caracterizaba más por el reemplazo en el ejercicio de la soberanía familiar— y la especificación de las reglas de las obligaciones y de su contratación, que han sido fundamentos esenciales y constituyen el sedimento de las sociedades que le han sucedido.

Creemos, pues, vivamente, que una labor expositiva de lo que ha sido el desarrollo de la historia del derecho romano ha sido ya abordada por muchos y prestigiados estudiosos del derecho. Bastaría mencionar la producción literaria sistemática que ha legado a la posteridad el inmortal profesor de Berlín, Federico Carlos de Savigny, en las que sobresalen su *Tratado de la posesión*, la imperecedera *Historia del derecho romano en la Edad Media*, su *Sistema del derecho romano actual* y su *Derecho de las obligaciones*, que debemos aunar a *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, a su *Metodología jurídica*, así como a su magnífica exposición sobre *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en los que podemos encontrar y constatar una verdadera generalización de los elementos fundamentales del derecho privado.

Estimamos necesario mencionar, también, la extraordinaria obra que la cultura jurídica debe a Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, a la que se debe sumar sus estudios sobre la posesión —en los que trata el *Fundamento de la protección posesoria y el Papel de la voluntad en la posesión*— así como otros diversos trabajos: *La jurisprudencia en broma y en serio*; *La lucha por el derecho*; *Los fines del derecho*; *El interés en los contratos*; *La jurisprudencia de la vida diaria*, *En el cielo de los conceptos jurídicos*, y *Fantasia*, diversas producciones en las que realiza un análisis crítico del derecho romano, que de ninguna manera constituyen simples compilaciones de las expresiones jurídicas romanas, sino fecundos rayos de luz que permiten conocer los esquemas legislativos, los cuales se habían elaborado para encontrar su propio espíritu. Precisamente, en confirmación de ese criterio, nosotros hemos señalado en algún otro lugar que el propósito central de Ihering era presentar una visión diversa de la de su antecesor, Savigny —naturista e histórica—, en razón de reconocer el sentido práctico de las leyes, resultantes del impacto de la propia vida, que así les confiere su propia estructura. La tarea que sobre el derecho romano se impuso este autor no sólo era *construir*, sino *destruir*, al apreciar que debía abandonarse aquello que ya la historia le hubiere privado de valor. De

ahí surgió el lema de su obra: “a través del derecho romano; pero sobre él y más allá de él”; destacando la necesidad de encarar al derecho con un criterio nuevo, ya que concebía a éste como un *organismo objetivo de la libertad humana* en el cual podía distinguirse una anatomía y una fisiología.

Una vez señalado lo anterior, queremos agregar que nos interesa estudiar los hechos vitales que propiciaron el surgimiento de la jurisprudencia romana, de manera que ello nos permita constatar la obra creativa realizada por la *interpretatio prudentum*, manifestada por las opiniones y respuestas jurídicas vertidas por los sabios jurisconsultos, que naturalmente, por su reconocida autoridad, se convirtieron en *fons iuris*, al erigirse en un criterio de la antigua jurisprudencia, a la que Ulpiano definía como el “*conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto*”, en cuya expresión realizaba una evidente vinculación entre el derecho religioso y el profano.

Precisamente, en razón de la estrecha relación que antes indicamos, correspondió al aristocrático y autoritario Colegio de los Pontífices el conservar como máxima suprema el reconocimiento de que “más arriba de cualquier virtud humana se yergue la ley”; manteniendo el monopolio honorífico de la materia religiosa —como expertos en el arte del derecho—, llevar adelante en el periodo arcaico la interpretación secreta de la preceptiva de la Ley de las XII Tablas, principalmente con el propósito de saturar las lagunas que en ella se localizaban; aunando a ello la observancia de un procedimiento que exigía la satisfacción de ciertas formalidades —plenas de simbolismos y solemnidades— para la celebración de los actos jurídicos, así como la observancia del calendario de los días *nefastos*, hasta que sobrevino el rompimiento de ese monopolio, al hacerse público el esquema de las fórmulas de la ley, en los términos revelados por el llamado *jus flavianum*. Ello permitió a la plebe interesarse en el estudio y conocimiento de las cuestiones jurídicas, al grado de que logró que uno de sus miembros, Tiberio Conruncanio llegara a ser el primero que respondiera públicamente a las consultas que se le formulaban sobre la interpretación y aplicación de las leyes, iniciando así la época de los jurisprudentes o jurisconsultos, que mediante sus respuestas externaban tanto su experiencia como sus criterios, consejos y orientaciones en cuestiones legales. En ese momento, la jurisprudencia manifestaba —ante todo— la *prudentia iuris*, función de deber moral que se externaba como capacidad

de distinguir —entre varias opciones— el criterio más adecuado y oportuno de *selección* técnica, para lograr *separar* los enlaces existentes entre el derecho, la moral y las costumbres, y así, mediante una labor definida como *cavere, respondere, scribere y agere*, el poder resolver jurídicamente el caso consultado.

La evolución histórica de la jurisprudencia romana nos lleva a identificar un periodo helenístico de su desarrollo, que la convierte en una ciencia profesional, a la que incorporan el método dialéctico, que permitía en primer lugar el conocimiento sistemático de la *naturaleza*, para que de ella extrajeran los elementos de su organización en géneros y especies, estableciendo las *diferencias* y, en su caso, la síntesis. Ello permitió que la jurisprudencia llegara a ser completamente lógica, y que se convirtiera en una ciencia sistemática; considerando justificado el entusiasmo que Platón expresaba en su *Diálogo El filebo*, al conceder la magna alabanza al mencionado método dialéctico, que probaría a la jurisprudencia romana manifestarse verdaderamente como el fuego de Prometeo.

Dentro de la misma influencia helenística, se observa la participación que tuvo la retórica, que como arte y técnica de la oratoria, constitúa la manifestación de un valor indispensable para la expresión oral de los litigios en los tribunales.

Denominamos al periodo clásico, el de la trascendencia de la jurisprudencia, al convertirse en un modelo sobreviviente digno de imitación, que en su fortalecimiento obtiene el esplendor de su creatividad; dejando fórmulas que —por lo acertado de sus concepciones— serán observadas por la posteridad, como ocurrió con el gran producto que fue el *Edicto Perpetuo*, diseñado por Salvio Juliano en tiempos de Adriano, cuyo reconocimiento en el *Comentario Primero* de las *Instituciones* de Gayo, confirma su consagración.

7. Las respuestas de los prudentes son los dictámenes y opiniones de aquellos a quienes se les ha permitido crear el derecho. Cuando todas las respuestas concuerdan en un sentido, entonces su parecer obtiene fuerza de ley; pero si disienten, entonces el juez puede seguir el parecer que quisiere; así lo ha decidido un rescripto del divino Adriano.

Está plenamente reconocido que en la época de Augusto surgieron las dos famosas escuelas de jurisconsultos que correspondieron al periodo

clásico: la de los sabinianos y la de los proculeyanos, cuyos integrantes llegan a equilibrar con perfección la teoría y la práctica del derecho, aun cuando ambas tenían criterios básicamente diferentes en cuanto a la posición política que cada una de ellas mantenía. La primera encontró siempre acomodo en las consideraciones que el principio le otorgaba y, por tanto, se mostraban partidarios del valor que tenía la autoridad del Estado, y la segunda mantuvo el valor de su independencia frente a la autocracia imperial, permitiéndole ello, orientar sus criterios en los principios fundamentales tanto de la filosofía estoica como en los de la ciencia del derecho.

Mención especial hacemos sobre la contribución de Gayo, cuya figura y personalidad continúa dentro de un notable misterio, pero de quien sabemos que más que un jurisconsulto empeñado en ejercicio del *jus respondendi*, dedicó su labor preferentemente a la enseñanza, y su obra más conocida fue las *Instituciones*, que anticipa el esquema que después adoptaría la *Instituta* de Justiniano, y que ha proporcionado la fuente más viva y valiosa para el conocimiento del derecho clásico.

El germen de la decadencia que sumerge la obra de los grandes jurisconsultos se localiza en la integración del *Consilium* imperial, que convierte a los expertos juristas en burócratas al servicio del príncipe, y se reserva la facultad de producir las respuestas jurídicas de los asuntos que se le consultan oficialmente. Sin embargo, no podemos soslayar el valor de los principios fundamentales que son el sedimento básico de la jurisprudencia romana, entre los que destaca preferentemente el de la libertad, a la cual se le reconocía constituir el mejor de los bienes, que estaba indeclinablemente ligada con el principio de la autonomía de la voluntad, y que paralelamente se manifestaba dentro del reconocimiento del valor de la *autoridad*.

Atención especial de nuestra parte ha requerido la consideración de la esencia del humanismo, como un reconocimiento a la dignidad y dimensión de la persona humana, que posee la capacidad de elevarse por su propia educación moral y espiritual, cuya vocación estimamos esencialmente vinculada a la raíz bíblica del origen del hombre.

En apoyo del anterior criterio, invocamos el factor del *humus* —implícito en la naturaleza del hombre— conjugándolo con varios pasajes del “Génesis”, que culminan como cualidad y condición de la dignidad humana; recordando la estimulante postura intelectual de Protágoras de Ab-

dera que dimensionaba al hombre como medida de todas las cosas; lo cual es rechazado —a la vez— por Sócrates, quien encontraba en ella la visión en la que todas las cosas son como a cada uno le parecen y pensaba que, si ello se aprobara, entonces resultaría que la misma cosa es y no es, y que sería —asimismo— buena y mala, lo cual constituía una afirmación ajena a la verdad, puesto que, por encima de aquello que interesare en un momento dado al hombre existe una verdad universalmente válida. En esa crítica, Platón aportaba su propia convicción al proclamar que lo único que es superior —por unificar lo ideal con lo real— es la idea del bien.

En el mismo tema del humanismo nos adherimos a los *Pensamientos* de Blas Pascal, quien señala que la grandeza del hombre radica en la convicción de su propia miseria y el valor de ese conocimiento, que es lo que permite al humano ser trascendente; asimismo compartimos el criterio de Michel de Montaigne —expuesto en sus *Ensayos*— y que coincide con la perspectiva de Martin Buber al rechazar la individualidad específica de cada hombre, para consolidarla en la conjunción recíproca del tu y el yo, como vértice del nosotros.

En este trabajo también tenemos en cuenta la debilidad de la jurisprudencia clásica, que se inicia con el advenimiento de Adriano, al reservarse para sí mismo el *jus respondendi* y mantener su propia autoridad sobre aquellos consultores anónimos que pasan a formar parte de su *consilio*. Así se abre la puerta para dar paso al periodo final del desarrollo jurisprudencial romano —reconocido como burocrático— que inicia con Diocleciano y culmina con la obra magna de Justiniano; tenemos presente —a la vez— el surgimiento de la incorporación de las leyes romanas en los pueblos llamados *bárbaros*.

Conviene a nuestro análisis recordar la síntesis vertida por Montesquieu, al examinar la grandeza y decadencia de los romanos, con su necesaria conclusión:

vencieron con sus máximas a todos los pueblos, pero luego que lo hubieron conseguido, no pudo subsistir su república; fue necesario mudar el gobierno; y empleadas en este nuevo gobierno unas máximas contrarias a las primeras, hicieron caer su grandeza.

Resulta, pues, indispensable en nuestra labor considerar la significación que tuvo la división del Imperio, aunándola con las características

del derecho que se desarrolló en Bizancio y la obra monumental de Justiniano, la cual tuvo el propósito de ordenar el caos de disposiciones legales que se había generado en los diez siglos que le precedieron. Así, se manifestó primero el *Código*, en el que se compilan las Constituciones imperiales expedidas a partir de Adriano, con la acumulación en dicho ordenamiento, de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Despues surgieron las *Instituciones*, que son un manual elemental para la enseñanza y estudio de las reglas jurídicas aplicables a las personas, a las cosas, a las herencias y obligaciones, así como a la materia propia de las acciones.

En el orden de expedición de las obras de Justiniano, la tercera fue el *Digesto o Pandectas*, que es el libro para la jurisprudencia de todos los siglos, integrado por cincuenta libros, los cuales siguiendo el orden establecido por el *Edicto Perpetuo de Juliano*, contienen la recopilación de las opiniones y respuestas orales de los jurisprudentes a quienes se había reconocido el valor del *jus respondendi*.

Consideramos haber recogido en nuestra labor, como una expresión trascendente y permanente del derecho, aquellos pasajes del *Digesto* en los que se reconocen los valores jurídicos universales proclamados por la jurisprudencia romana. Así, dentro de ellos localizamos la preceptiva sobre la justicia —como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho— y la del derecho —cuyos preceptos son: vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo— y que la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto. En esas reglas se proclama el rechazo de la violencia y la injusticia, reconociendo que el derecho civil es el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y (de) la autoridad de los prudentes. Indicando —además— que el derecho honorario se caracteriza como la voz viva del derecho civil.

El complemento de la labor de Justiniano se encuentra en sus llamadas *Novelas*, que en realidad constituyen una segunda edición del *Código*, al que se agregan *nuevas* y diversas Constituciones, resultando de ello su nombre: aquello que es nuevo.

En la investigación que hemos realizado, está latente como razón fundamental el propósito de localizar el vértice de los conocimientos de la cultura jurídica que hemos heredado. En ello, está presente la convicción de concentrar nuestro interés en la manifestación de la jurisprudencia ro-

mana, de manera que podamos cotejar y comparar su verdadero valor como fuente del derecho, en la búsqueda de una respuesta que nos permita saber si lo que en la actualidad identificamos como la jurisprudencia posee la misma naturaleza y función de aquella que ha sobrevivido al implacable transcurso de los siglos. De ahí que nos hemos apartado intencionalmente de una tarea que pudiera estar dedicada al estudio y expresión de las instituciones jurídicas romanas, puesto que ello ha sido satisfecho mediante la elaboración de numerosos y valiosos textos, que se estudian en las instituciones dedicadas a la enseñanza del derecho de nuestro país.

En congruencia con lo anterior, por ningún motivo hemos pretendido participar —como lo advertía Rudolf von Ihering— en el estudio de fórmulas jurídicas petrificadas, sino simplemente tratamos de conocer el espíritu que sobrevive a las épocas originales, para confirmar si la tradicional jurisprudencia, que —repetimos— Ulpiano reconocía como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto, continúa manteniendo los principios que han iluminado profusamente los estudios jurídicos o, si tal identificación se ha falsificado, convirtiéndose —en nuestro medio jurídico— en una simple selección y sistematización de criterios judiciales, que mediante el empleo de una ficticia subrogación de apariencia pontificia se atribuye en nuestra ley a los órganos decisores de los tribunales federales, para el ejercicio de la delicada función jurisdiccional.

Expresamos lo anterior, al constatar que la labor judicial se concentra —en estricto acatamiento de los componentes de la *litis*— a decidir en favor —o a rechazar— los argumentos vertidos por las partes litigantes, que desmenuzan una gran variedad de conceptos jurídicos, que estiman aplicables para la resolución de los diversos conflictos que litigan bajo su responsabilidad, aportando a los tribunales los criterios que apoyan sus pretensiones, con el propósito de convencer a la autoridad judicial de que el derecho está de su parte, y que tales argumentos son los que se deben utilizar y aplicar para resolver los puntos fundamentales de la controversia. De ahí que, el estudio de los temas jurídicos que se debaten, son los que integran la parte medular de la *litis* constituida en los juicios de amparo y no las tesis emanadas verdaderamente de la sabiduría de los jueces competentes, que encuentran confinada su competencia a los estrechos linderos de los puntos cuestionados en cada litigio.

En consonancia con lo anterior, resulta que cuando el tribunal federal competente acoge o rechaza los criterios jurídicos expuestos por las partes, invocándolos como fundamento de su decisión, ellos adquieren la naturaleza de ser un precedente, y si el sentido de tal sentencia se reitera en cinco más —no interrumpidas por otra en contrario— tal criterio adquirirá el carácter de obligatorio para la misma Suprema Corte de Justicia, así como para los tribunales de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, incluyendo a los tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales.

No obstante lo anterior, la ley anticipa la hipótesis de interrupción de la jurisprudencia, si se pronuncia una ejecutoria en contrario. En todo caso —en la decisión correspondiente— se deberán referir las razones que se tienen en consideración para establecer la jurisprudencia relativa, proveyéndose que para su modificación se observarán las mismas reglas que la ley señala para su formación.