

# **LA JURISPRUDENCIA ROMANA CLASICA<sup>1</sup>**

**Hernán Valencia Restrepo**  
Abogado egresado de la Universidad de Antioquia,  
Profesor de Derecho Romano U.P.B.

<sup>1</sup>) Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en el marco de las Primeras Jornadas de Derecho Romano. Mayo 6 de 1994.

*Constare non potest ius,  
nisi sit aliquis iuris  
peritus, per quem possit  
cottidie in melius produci.*

«No puede conservarse el derecho  
si no hay algún jurista,  
gracias al cual pueda  
perfeccionarse cuotidianamente».

Digesto, 1.2.2.1  
(Excerta de Pomponio, jurista  
romano clásico).

«No puede haber derecho sin  
alguien que lo interprete»

## I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Esta conferencia versa sobre la jurisprudencia romana clásica. Para delimitar el tema, empecemos por dilucidar su título.

### A) *Jurisprudencia*

Dos son los sentidos fundamentales de tal dicción:

1o. *Jurisprudencia* es la ciencia del derecho o la doctrina.

2o. *Jurisprudencia* es un conjunto de fallos uniformes de los más altos tribunales de justicia sobre un mismo punto de derecho. Por ejemplo, cinco sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, proferidas en casación, durante un lapso de tres años, sobre la expropiación y de contenido similar, conforman la jurisprudencia de esa alta Corporación sobre la mencionada materia.

Puédese aseverar que el primer sentido fundamental es casi inusual o está en vía de extinción. Tanto es así que el segundo lo ha suplantado. En efecto, en la inmensa mayoría de las veces en que se emplea el término *jurisprudencia*, se sobrentiende su segunda significación: la jurisdiccional.

Sin embargo, siempre que en el derecho romano y en la romanística se utiliza la dicción *jurisprudencia*, denota la ciencia del derecho, la doctrina. Aquí, pues, nos referiremos en exclusividad a su primer sentido: a las opiniones de los científicos del derecho, que son los juristas, los abogados. La jurisprudencia, la ciencia del derecho o la doctrina es hechura de ellos.

La ciencia, cualquiera sea ella, es un conjunto de conocimientos ordenados o sistemáticos, obtenidos merced a la observación de algo.

Es así como el conjunto de conocimientos, que los astrónomos obtienen de observar los astros, constituye la ciencia de la astronomía. De la misma manera, el conjunto de conocimientos alcanzados por los juristas o abogados, al contemplar el derecho objetivo (conjunto de normas reguladoras de la convivencia humana en un lugar y tiempo dados y que rigen u obligan coerciblemente para imponer un orden racional y justo en la sociedad) genera la ciencia jurídica o doctrina.

Se la define como las elaboraciones teóricas de los jurisconsultos en su afán por descubrir la verdad jurídica y encontrar normas de conducta a tono con los valores jurídicos. En suma, los juristas o abogados enseñan cómo el derecho debe ser creado y aplicado.

Tradicionalmente se ha considerado la doctrina integrada por tres partes: la filosofía del derecho, la ciencia jurídica y los principios generales del derecho. Tres acervos doctrinales llamados de manera genérica *literatura jurídica*.

La conferencia, pues, se ocupará de la ciencia jurídica.

#### B) *Romana*

Sólo hablaremos de la jurisprudencia *romana*, esto es, de la ciencia jurídica que hubo en la ciudad de Roma y en su zona de influencia - el imperio romano - entre los siglos que corren del VI a. de C. al VI d. de El, pero especialmente del I d. de C. al III, también d. de C., como lo expresaremos en el literal C), cuando aludamos a la jurisprudencia clásica.

Comenzamos esta segunda delimitación del tema sentando un punto de partida: la jurisprudencia es un fenómeno típicamente romano, que no encuentra parangón adecuado en los derechos moderno y contemporáneo. No lo encuentra porque lo que más se asemeja a la jurisprudencia romana es la doctrina o ciencia jurídica moderna y contemporánea, y vamos a analizar enseguida que por cuatro rasgos esenciales la primera es casi del todo distinta de la segunda.

En consecuencia, mientras la jurisprudencia romana es fundamentalmente práctica, tradicional, popular y creativa de derecho, la ciencia jurídica moderna y contemporánea es fundamentalmente teórica, antitradicional, antipopular y no creativa de derecho. Pasemos en revista tales rasgos.

#### *1o. La jurisprudencia romana es fundamentalmente práctica*

Los romanos conciben la jurisprudencia, no como investigación de la verdad jurídica en sí, ni como especulación o abstracción, contemplación pura o mera teoría en torno al derecho objetivo, sino como actividad intelectual tendiente a conseguir lo que sea justo y oportuno para la convivencia social.

El jurista romano no es un científico que se aparta del mundo, ensimismado en sus conocimientos jurídicos: es la persona sabia y prudente que vive en la realidad práctica, de la cual percibe las necesidades, y que, con su saber, prudencia y eubulia, logra resolver los inevitables conflictos sociales de intereses, según un patrón de justicia.

Ello supone un conocimiento total de la vida en su compleja realidad. Por consiguiente, se requiere la noción de las cosas divinas

y humanas, no en sí misma, sino como un presupuesto para realizar la justicia, que es la tarea esencial, no sólo del jurista, sino también del propio derecho.

Luego, la jurisprudencia no se considera jamás separada de la vida práctica, real o concreta, del aquí y el ahora (del *hic et nunc*), de la cotidianidad. Muy al contrario, se extiende a todos los conocimientos divinos y humanos que sirvan para dirimir las controversias de cada día. El derecho y su ciencia deben estar al servicio de la realidad.

Frente a la jurisprudencia romana, fundamentalmente práctica, débese ubicar la ciencia jurídica moderna y contemporánea, fundamentalmente teórica. Para convencernos de lo segundo, basta que verifiquemos cómo en las Facultades de Derecho de hoy en día, donde se forma el futuro jurista o abogado, se pasan cinco años estudiando teoría y apenas uno de ellos aprendiendo la práctica en el consultorio jurídico.

### *2o. La jurisprudencia romana es fundamentalmente tradicional*

Una perfecta continuidad histórica se percibe desde los más antiguos jurisperitos hasta los más recientes. La generación posterior no deja a un lado lo que ha alcanzado la anterior. Acoge aquello que todavía puede ser útil, introduciendo únicamente las innovaciones sugeridas por la evolución de la sociedad.

De este modo, en la misma coyuntura histórica coexisten conceptos y soluciones de Aquilio Galo, que vivió a finales de la República (s. I a. de C.), con conceptos y soluciones de Paulo, jurista clásico del s. III de nuestra era.

Cuán diversa es la ciencia jurídica moderna y contemporánea en que, aun en vida de un jurisconsulto, sus conceptos y soluciones son olvidados y sustituidos por los de otro, completamente contrarios a los de aquél. Con propiedad se puede calificar de antitradicional la doctrina actual. V.gr., cada vez que Hans Kelsen, el más grande jurista de nuestra centuria, publicaba una obra, de inmediato su contradictor Hermann Heller escribía otra, en que rebatía los conceptos y soluciones del primero.

### *3o. La jurisprudencia romana es fundamentalmente popular*

La jurisprudencia emana de la conciencia del pueblo romano, del cual son expresión los juristas. Ella se dirige al pueblo raso, que la entiende plenamente. Las doctrinas y enseñanzas jurisprudenciales son patrimonio de todos porque la jurisprudencia

no se agota en una especulación que sólo puedan comprender iniciados. Ella consiste en sugerir todo lo que a la conciencia popular aparece justo y oportuno.

La antítesis entre la jurisprudencia romana y la doctrina contemporánea no podría ser mayor. Esta no tiene como interlocutor válido al pueblo raso sino a los mismos jurisprudentes, a los estudiantes o a quienes son iniciados en el conocimiento del derecho. Con no rara frecuencia las obras jurídicas de nuestros días presentan terminología tan inefable y tecnicismos tan hispídos, que exclusivamente pueden comprenderlos un número ocluso o círculo cerrado de cultores. Por ejemplo, el vocablo *preterición* es un tecnicismo legal que no comprenderán sino los que están familiarizados con achaques jurídicos.

Lejos, entonces, de ser popular como la jurisprudencia romana, la ciencia jurídica moderna y contemporánea es elitista, antipopular.

#### *4o. La jurisprudencia romana es fundamentalmente creativa de derecho*

La tarea esencial del jurista es la interpretación, la cual consiste en hacer comprensible el derecho. Este siempre es conocido por sus destinatarios. De lo contrario, no se podría practicar u observar. Mas lo que sucede es que demasiado a menudo no se lo comprende o se lo comprende de modo distorsionado. Quien lo debe hacer comprensible o adecuadamente comprensible es el jurista con su interpretación.

Pues bien, en Roma la interpretación del derecho, efectuada por el jurista, quedaba incorporada a aquél: la interpretación y la norma interpretada formaban una sola y misma entidad normativa.

La jurisprudencia creaba derecho y por ello fue fuente del ordenamiento romano. En el sistema de las fuentes formales del derecho privado ocupaba el primer lugar, el lugar del elemento aglutinante, central y equilibrador de todas ellas. Era su reina.

Por tanto, al paso que la jurisprudencia romana es fundamentalmente preceptiva, prescriptiva o creadora de derecho, la ciencia jurídica moderna y contemporánea es descriptiva: se reduce a explicar o hacer comprensible el derecho, que ella no crea.

De consiguiente, en Roma la jurisprudencia estuvo facultada para crear normas generales y particulares. En Colombia, la doctrina no está facultada para crear ninguna clase de normas: ni generales ni particulares.

La función jurisprudencial romana creativa de derecho se presenta a la mentalidad moderna y contemporánea como exagerada, desorbitada, pues en la actualidad ningún jurista o abogado, por sabio y prestigioso que sea, puede pretender en calidad de tal crear derecho.

En este orden de ideas, a pesar de su extraordinario prestigio, tratadistas de la talla de un Kelsen o de un Valencia Zea no pueden crear derecho y por ello en sus magníficas producciones no se encuentran ni podrían encontrarse normas creadas por ellos mismos con las interpretaciones que efectúan del derecho positivo.

Nótese perentoriamente que de los cuatro rasgos esenciales de la jurisprudencia romana, y por los cuales no puede ser comparada con equivalencia exacta a la actual doctrina, el más importante, al cual convergen los otros tres y que en cierto modo los abraza a todos, es el último: el de ser creadora de derecho.

En conclusión, hablaremos no más de la ciencia jurídica romana.

### C) *Clásica*

Qué significa el adjetivo calificativo *clásico*, *clásica*, aplicado a cualquier nombre? Clásico es lo mejor, lo acabado, lo más perfecto en su género. Entonces, de las tres jurisprudencias que hubo en Roma, una fue la mejor, la acabada, la más perfecta: esa fue la clásica. Las otras dos, en cambio, se presentan, cotejándolas con aquélla, menos buenas, no acabadas, imperfectas: la preclásica y la postclásica. Tanto es así que éstas dos son calificadas o valoradas teniendo como patrón la clásica y de ahí sus denominaciones: la preclásica, la que está antes de la clásica; la postclásica, la que está después de la clásica.

La jurisprudencia preclásica nace y muere durante el régimen político de la República: del siglo VI al I antes de Cristo. Se erige en la precursora de la jurisprudencia siguiente, la clásica, porque en la primera comienza o se insinúa lo que se dará en la segunda: el máximo florecimiento de la ciencia jurídica romana.

Efectivamente, la jurisprudencia clásica, que transcurre del siglo I al III después de Cristo, durante la tercera forma de gobierno que hubo en Roma (el Principado), se peculiariza porque ni antes de ella ni después de ella la actividad jurisprudencial fue tan floreciente. En ninguna época de la historia jurídica universal, la ciencia de los juristas ha creado derecho de un modo tan directo e insuperable

como durante el período de la jurisprudencia romana clásica. A ella se consagra la conferencia, lo cual no será óbice para efectuar sucintas referencias a las otras dos.

De última sobreviene la postclásica, del siglo IV después de Cristo al VI, durante el cuarto y último régimen político que hubo en la Ciudad Eterna: el Dominado. El acontecimiento, que la describe de cuerpo entero y que la estigmatiza, es la decadencia jurisprudencial.

Clausuramos este primer punto, el de la delimitación del tema, con dos inferencias:

1a. Que la jurisprudencia, y dentro de ella de modo muy especial su fase clásica, deviene lo más importante, la médula espinal, hipocentro, centro y epicentro de todo el derecho privado romano: es el tema de los temas. La jurisprudencia se presenta como la mayor aportación o legado que la civilización romana ha hecho a la humanidad.

2a. Que si queremos apreciar a plenitud el derecho privado romano, bien como orden jurídico, bien como ciencia o disciplina científica, debemos percatarnos de que él se sintetiza en tres entidades: jurisprudencia, jurisdicción y casuística. En las conclusiones las retomaremos.

## II. *Funcionamiento de la jurisprudencia romana y funcionamiento de nuestra doctrina*

Nada mejor para justipreciar la jurisprudencia romana que comparar su funcionamiento con el de nuestra doctrina.

Funcionó de dos maneras: una común a las tres jurisprudencias y otra peculiar de la clásica, de la cual carecieron las otras dos (la preclásica y la postclásica).

### *A) Funcionamiento común a las tres jurisprudencias romanas y funcionamiento de nuestra doctrina*

La primera manera - la común - de funcionar la jurisprudencia consistió en que los juristas se dedicaron a responder las consultas de sus clientes, que eran funcionarios o particulares.

El interesado acudía a un jurisperito, un simple ciudadano no investido de funciones públicas o de autoridad política, para que le resolviera un caso o un pleito de la vida diaria relacionado con el derecho. El jurisconsulto resolvía el problema y consignaba por escrito su respuesta en un documento, que firmaba y lacrababa con



sus signos distintivos.

Recibida así la respuesta por el cliente, éste la presentaba al juez que estaba conociendo del litigio. Eran tan acertadas las soluciones de los jurisprudentes, tan ajustadas a las normas y tanto su prestigio que todo mundo estaba convencido de que tales respuestas, fruto de la interpretación, eran normas jurídicas como las mismas normas interpretadas. De ahí que el juez fallara con base en la respuesta dada por el jurisconsulto, toda vez que la juzgaba obligatoria.

Para que comprendamos exhaustivamente este primer funcionamiento de las jurisprudencias romanas, intentemos un símil con la doctrina moderna y contemporánea.

Equiparemos el jurista romano a un abogado colombiano: ambos son profundos conocedores o científicos del derecho y simples particulares que no ejercen funciones públicas o autoridad política. Mas aquí va la diferencia: la respuesta del primero creaba derecho, era norma jurídica que obligaba al juez. Por el contrario, el alegato, que el segundo presenta antes de la sentencia con el fin de convencer al juez para que falle a favor de su patrocinado, no crea derecho, no es norma jurídica ni obliga al funcionario judicial, quien puede sentenciar con ceñimiento a la alegación del abogado o con prescindencia total de ella.

#### *B) Funcionamiento peculiar de la jurisprudencia romana clásica y funcionamiento de nuestra doctrina*

La segunda manera - la exclusiva - de funcionar la jurisprudencia clásica estribó en que, a partir de Augusto (siglo I a. de C.) hasta Adriano (siglo II d. de Cristo), los príncipes concedieron a los juristas más connotados del momento la facultad de responder las consultas de sus clientes en nombre y por autoridad del emperador. Tal facultad se llamó el *ius respondendi* y constituyó la base sobre la cual se levantó tan alto la jurisprudencia clásica.

En consecuencia, las respuestas de los juristas dotados del *ius respondendi* fueron tenidas por respuestas del emperador mismo, quien hablaba por boca del jurista. Era, entonces, éste un vocero imperial.

Desde la aparición del *ius respondendi*, hubo dos clases de juristas: los dotados de tal facultad y los carentes de ella. Con todo, tanto las respuestas de los primeros como las de los segundos eran obligatorias. Sólo que las respuestas de los juristas con *ius respon-*

*dendi* eran obligatorias para los jueces en grado superlativo, como quiera que las mismas, aunque provenían de juristas, que continuaron siendo ciudadanos desprovistos de funciones públicas, que no detentaban autoridad política, simples particulares, se tornaron fuentes formales autoritativas del derecho romano (en las mismas estaba presente la autoridad del emperador), al paso que las otras respuestas siguieron siendo lo que siempre habían sido: fuentes formales no autoritativas.

En esta segunda manera privativa de funcionar la jurisprudencia clásica sí no cabe ningún parangón con el abogado colombiano, puesto que éste no es vocero de autoridad política alguna y las respuestas a sus clientes no son normas jurídicas.

### III. *Literatura romana clásica*

Los escritos de los juristas clásicos se caracterizan por emplear cinco géneros literarios o métodos de trabajo, a saber: las respuestas, los digestos, los comentarios, las obras didácticas y las monografías.

De ellos privativamente nos interesan tres (respuestas, digestos, comentarios), que son los géneros literarios mayores y que ostentan la misma índole u orientación: basarse en casos o constituir una casuística.

Las *respuestas*, el género literario más cultivado, eran colecciones de opiniones o dictámenes emitidos por los juristas provistos del *ius respondendi* o carentes de él, bien sobre casos concretos, bien sobre problemas o casos ficticios, hipotéticos (*quaestiones, disputationes*), seleccionados con fines didácticos.

Los *digestos* son las mismas respuestas pero sistematizadas según el orden de la codificación del edicto perpetuo, concebida por el emperador Adriano y llevada a término feliz por el jurista clásico Salvio Juliano, en el año 130 d. de C. Son extensos tratados de profundización de todo el derecho con base en casos concretos.

Los *comentarios* son libros dedicados exclusivamente a exponer el cúmulo ingente de la casuística. Los temas más socorridos son el derecho civil, el derecho honorario y otras fuentes, cual leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales.

A primera vista causa enorme sorpresa que los tres géneros literarios mayores de la jurisprudencia clásica sean todos ellos casuistas y no especulativos, que contengan sistemas teóricos. El asombro se esfuma si consideramos que, aun en su período clásico, la jurisprudencia romana sigue siendo fundamentalmente práctica,

popular, tradicional y creativa de derecho. Por ello da escasa importancia al estudio teórico, filosófico, histórico, sistemático y sintético del derecho para volcarse más que nunca sobre un estudio práctico, casuista, asistemático y analítico del ordenamiento.

Contrariamente a lo que acaeció en la filosofía griega, no hallaremos sistematizaciones en los juristas romanos, que se movían con mucha dificultad en el tercer grado de abstracción. Su genialidad radicó en la solución de casos y en ello el jurisconsulto de Roma fue un artista todavía no superado por los actuales doctrinantes.

Los invito a que lean algunos fragmentos del Digesto Justiniano, que es un resumen de la literatura jurídica romana, en la versión española publicada por la editorial Aranzadi de Pamplona (España), para que compartan conmigo la convicción de que son tan perspicaces, prudentes y luminosas las soluciones de los juristas romanos, especialmente las de tres clásicos (Salvio Juliano, Papiniano y Ulpiano), que bien se podrían aplicar a los múltiples e intrincados problemas de nuestros días.

#### IV. Conclusiones

##### A) *Jurisprudencia, jurisdicción y casuística*

No es por casualidad que hayamos traído a cuento los tres géneros literarios mayores de la jurisprudencia clásica sino adrede: con la mira puesta en destacar que, para una perfecta comprensión del derecho romano, se precisa tener un conocimiento exacto de la jurisprudencia, la jurisdicción y la casuística. Por qué?

Porque afortunada o infortunadamente - depende de la óptica que se utilice - es imposible comprender otro derecho, si no es a la luz del propio. Ahora bien, si miramos el derecho romano con los ojos del derecho colombiano, nunca entenderemos a cabalidad el primero porque el orden jurídico de la Urbe presenta tres peculiaridades que no se dan en el vernáculo, que no hallan en él punto de comparación, debido a que son fenómenos típicamente romanos: la jurisprudencia, la jurisdicción y la casuística. Considerémoslas.

##### 1o. Jurisprudencia

En Roma, los juristas creaban derecho. En Colombia, no. A tal peculiaridad nos hemos ya referido a espacio en las precedentes cuartillas.

##### 2o. Jurisdicción

Entre el siglo III a. de C. y el año 130 d. de C., la jurisdicción

romana creaba derecho: estaba facultada para crear normas generales y normas particulares o individualizadas. Esto lo efectuaba el pretor, magistrado jurisdiccional asimilable al juez colombiano, mediante sus edictos (perpetuos, repentinos, translaticios), con los cuales creaba normas generales; y mediante sus decretos, con los que creaba normas particulares o individualizadas. En Colombia, los jueces no están facultados para crear normas generales (vid. C.C., art. 17) sino sólo normas particulares o individualizadas (las sentencias), extrayéndolas de las normas generales (leyes, costumbres, principios generales del derecho; cfr. ley 153 de 1887, arts. 8o. y 13), que ellos no crean y que precisamente aplican con las normas particulares o individualizadas.

Se precisa registrar que la jurisdicción fue la segunda fuente formal del derecho privado romano, inferior apenas a la jurisprudencia, la cual ocupó el sitio de honor y de preeminencia.

### 3o. Casuística

Con máxima propiedad y mucho laconismo, se puede definir toda la jurisprudencia romana - y no sólo la clásica - como casuística jurídica, pues que la ciencia del derecho se dedicó a interpretar y sistematizar el derecho romano recurriendo a los casos reales o hipotéticos y valiéndose, ante todo, del método inductivo. De lo cual se desprende su rasgo fundamentalmente práctico.

En Colombia, la doctrina - que es el equivalente de la jurisprudencia romana - se dedica a interpretar y sistematizar el derecho, no con base en casos sino en hipótesis o principios generales contenidos en la Constitución, las leyes y los Códigos, y valiéndose, ante todo, del método deductivo. De donde se desprende su rasgo fundamentalmente teórico.

Repárese muy bien en que los romanistas - que no los juristas romanos - han interpretado y sistematizado el derecho romano extractando de varios casos resueltos por éstos el principio general o hipótesis, que en ellos subyace. De este modo han creado un orden jurídico romano a imagen y semejanza de los modernos y contemporáneos ordenamientos pertenecientes a las familias romano-germánica (a la cual se afilia el derecho patrio) y a la de los países socialistas. Esto lo han llevado a cabo para hacer más comprensible, a la par que más asimilable, el derecho romano. Pero en su fuente más importante (el Digesto o Pandectas de Justiniano) no figura así.

De pasada obsérvese que la casuística, con respecto a la jurisprudencia y a la jurisdicción, desempeñó en Roma un doble

papel: servir de puente entre ellas dos, como quiera que una y otra solucionaban casos; y ser su elemento común, por cuanto los casos configuraron la materia prima de ambas.

### *B) Jurisprudencia o doctrina, la fuente formal más importante de todo ordenamiento*

En Roma, se reitera, la jurisprudencia o doctrina fue la fuente formal por excelencia del derecho privado. No hubo institución que se estructurara sin la participación de los juristas.

En Colombia y en todas partes (en cualquiera de los tres grandes sistemas jurídicos contemporáneos: el neo-romano o romano-germánico, el del *Common Law* el de los países socialistas), pese a que la norma positiva o la ley no lo consagre, de hecho la doctrina o la ciencia del derecho es la fuente formal más importante del ordenamiento. Al igual que en Roma, en el mundo de hoy no hay institución jurídica que haya sido estructurada sin la participación de ella. Detrás de las declaradas de derecho fuentes formales (como en nuestro país leyes, costumbres, principios generales del derecho) está necesariamente la doctrina.

### *C) El abogado-jurista*

Todo abogado es - o, al menos, debería ser - un jurista, un doctrinante; valga agregar, un creador de derecho. Preparémonos para tan excelsa y exigente misión.

De rigor es terminar con los epígrafes, que han encabezado la conferencia, porque ahora ya podemos valorarlos plenamente:

«No puede conservarse el derecho si no hay algún jurista, gracias al cual pueda perfeccionarse cotidianamente».

«No puede haber derecho sin alguien que lo interprete».

## **Bibliografía**

- Alvarez Suárez, Ursicino. *La Jurisprudencia Romana en la Hora Presente*. Madrid, 1966.
- Arangio-Ruiz, Vicente. *Storia del Diritto Romano*. Napoli. 7a. edición. 1957.
- Margadant S., Guillermo R. *Derecho Romano*. 12a. edición. México, 1983.
- Schulz, Fritz. *«History of Roman Legal Science»*. Oxford, 1953.
- Valencia Restrepo, Hernán. *Derecho Privado Romano*. Segunda ed. Señal Editora. Medellín, 1993. Nums. 47 al 54 y 100 al 167.