

LEY Y DERECHO *1

...leges rem surdam, inexorabilem esse,
LIV, 2, 3

Queremos hablar en este capítulo de la valoración romana de las fuentes de producción del derecho, y en particular de la ley². En esta ocasión damos a la palabra «ley» un sentido amplio, comprendiendo en ella toda declaración general de derecho procedente del Estado, sin atender a sus especiales características de derecho público, y por ello incluye tanto a la *lex rogata* como a la *lex data*, y también el senadoconsulto (desde que alcanzó un valor de obligatoriedad jurídica) y la *constitutio principis*, así como el edicto, especialmente aquella «lex annua»³ que fue el edicto surgido de la jurisdicción de los dos pretores que establecían el derecho, de los ediles y de los gobernadores de las provincias.

Si se echa una mirada al material jurídico que fue creado en Roma a través de estas declaraciones estatales, enseña que se ve que tienen una extensión imprecisamente pequeña. Aunque es cierto que en la edad juvenil de los pueblos o en una vida jurídica primitiva el derecho creado por el Estado tiene poca importancia, no se puede extraer de ello la conclusión de que aquellos pueblos tuvieran antipatía por este modo de producción del derecho. Pero si en alrededor de quinientos años de alta cultura espiritual (y también, en particular, de cultura jurídica singularmente elevada), desde el fin de la guerra de Aníbal

* Prizipien..., p. 4: Gesetz und Recht; Principles..., p. 6: Statutes and the Law; I Principii..., p. 5: Legge e diritto.

¹ Sobre la expresión romana correspondiente *lex iusque* vid. MITTELS, I, 30 y ss.; ROTONDI, *Scritti giur.*, I, 31 y ss.

² Sobre lo que sigue, BRYCE, *Stiles* (cit. en nota 6, p. 25), 2, 247 y ss. («methods of law-making in Rome and in England»); JOLOWICK, cap. V.

³ Cic., *in Verr.*, II, I, 42, 108.

hasta Diocleciano, la promulgación estatal del derecho quedó en un segundo plano y se circunscribió a determinadas funciones, de ello se puede inducir sin duda este principio: la concepción romana es fundamentalmente contraria a la codificación, y en relación con la legislación particular observa también una severa moderación. El «pueblo del derecho»⁴ no es el pueblo de la ley.

El hecho de que al comienzo de la historia del derecho romano se encuentre la codificación de las XII Tablas no debe conducir a engaño. Presindiendo completamente de la consideración de que esta legislación no corresponde a los períodos propuestos, es preciso señalar que está completamente aislada en la historia del derecho romano, tanto en su concepción de conjunto como en la forma, y surgió evidentemente bajo influencia de la codificación griega⁵. Y así como la legislación romana no volvió a utilizar jamás el estilo lapidario de las XII Tablas, que en su brevedad renunciaba conscientemente a la exactitud absoluta, asimismo, hasta finales de la época clásica nunca existió ni se tomó seriamente en consideración la idea de una codificación comprensiva de todo el derecho. Si es cierto que en el último período de su existencia Julio César concibió el proyecto de una codificación⁶, esta actitud, como otras muchas propias de sus últimos días, sólo muestra la fuerza del ascendente que el espíritu del helenismo había adquirido en él. Por otra parte, es difícil que se tratara de algo más que de una veleidad pasajera: en realidad, no hubo ni siquiera un principio de ejecución. Es significativo que el plan de la codificación resurja sólo alrededor de cuatrocientos años después, en el imperio romano oriental, bajo Teodosio II (a. 429)⁷, y más significativo aún que ni siquiera entonces tuviera éxito. Lo que se

⁴ ARNOLD, *Kultur*, 1; IHERING, 1, 327; SECKEL, *Das römische Recht und seine Wissenschaft* (discurso rectoral, 1920), 8; JOERS, *Röm. Rechtswiss.*, 1, 263.

⁵ Cfr. KRUEGER, 14; vid. WILLAMOWITZ-MOELLENDORF, *Griech. Verskunst*, (1921), 31, nota 3, e *infra*, p. 147.

⁶ SUTONIO, *Caes.*, 44, 2; vid., sobre esto, KRUEGER, 17 y 68.

⁷ KRUEGER, 324.

reunió en el 438 apenas fue una colección oficial de constituciones imperiales, más bien un simple suplemento a las colecciones privadas preexistentes, destinado a contener sólo las constituciones a partir de Constantino⁸. La primera codificación de conjunto, después de las XII Tablas, se produce al fin de la verdadera historia del derecho romano. Por muy considerable que nos parezca la imprenta romana, la codificación de Justiniano (a. 529-534) es, en su conjunto, obra del espíritu griego. Codificaciones parciales de determinadas ramas, por ejemplo del derecho constitucional o del civil o del penal, no fueron ni siquiera intentadas. Sólo los estatutos municipales romanos y latinos pueden ser considerados como codificaciones del derecho administrativo local⁹.

Junto a esta aversión fundamental por la codificación está la moderación observada, como principio, en relación con toda promulgación estatal del derecho.

Por lo que se refiere ante todo a las leyes en sentido técnico (*leges rogatae y datae*)¹⁰, cierto es que nuestras fuentes sólo nos permiten conocer una parte de la legislación, pero es difícil creer que hayan quedado desconocidas muchas cosas esenciales. Y si se piensa que se trata, en total, del material de más de medio milenio¹¹, resulta enseguida evidente la parsimonia con la que los

⁸ El Código Teodosiano; vid., sobre esto, KRUEGER, 325.

⁹ Vid. los estatutos municipales reproducidos en BRUNS, *Fontes*

(«Leges», cap. IV).

¹⁰ Para lo que sigue, vid. la colección de las *leges rogatae y datae* de G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (extracto de la «Enciclopedia», *Enciclopedia*, voz *Comitatus lex*) con las añadidas en ROTONDI, *Scritti*, 1, 411 y ss. Cfr., además, ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato* (1910), en *Scritti*, 1, 1 y ss.; ID., *Ricerche sulla produzione legislativa dei comizi romani* (1911), en *Scritti*, 1, 43 y ss. Vid. también LENEL en HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopaedie*, 1, 336 y s., y EBRARD, «SZ», 44, 540 y ss.

¹¹ Hago el cálculo partiendo de la primera ley de la colección de ROTONDI (año 510). Desde esta época hasta el primer siglo del Principado conocemos alrededor de 800 *leges rogatae* (ROTONDI, *Scritti*, 1, 4); pero ahí se computan también las leyes puramente formales (PENNICE, *Formelle Gesetze im röm. Recht*, en «Festg. für Gneist», 1888).

romanos han usado de la *lex* como fuente del derecho. Cuando en la época imperial se lamentan del excesivo número de *leges* (se podría casi pensar en un «topos» retórico)¹², esto está suficientemente explicado por la ausencia de una colección legislativa¹³. La dificultad de tener las leyes a la vista daba la impresión de que su número era enorme. La época republicana recurrir a la ley¹⁴ —una declaración estatal era imprescindible en estos casos— para la estipulación de tratados internacionales¹⁵, para el ordenamiento de provincias y de municipios, para la resolución de cuestiones particulares de derecho constitucional y administrativo. Haciendo abstracción de esto, se hace uso de la *lex* cuando se trata de establecer normas de organización o de carácter económico y social. Valgan como ejemplo las leyes procesales, como aquella sobre las *questiones* o como la *lex Aebutia*, las *leges agrariae*, aquellas relativas al lujo y a los intereses. Por su carácter estrictamente concreto y reformador, normas de este género no podían ser establecidas de otro modo que con base en una declaración del Estado. Pero el auténtico derecho penal fue muy poco afectado por la legislación: el derecho penal solamente en relación con las leyes procesales y, dentro de ellas¹⁶, a menos que no se trate, como en las leyes sobre la provocación, de normas estrictamente positivas. En el derecho privado la ley interviene¹⁷ cuando se trata de evitar inconvenientes socia-

¹² Liv., 3, 34, habla de un «immensum aliarum super alias acervatarum legum cumulus»; SUETONIO, *Caes.*, 44, 2 de una «immensa diffusaque legum copia»; TAC., *Ann.*, 3, 25, de una «multitudo infinita ac varietas legum». Vid. también CIC., *pro Balbo*, 8, 21: «innumerabiles aliae leges de iure civili sunt latae».

¹³ Sobre esto, vid. *infra* pp. 267 y s.

¹⁴ Vid. la tabla en ROTONDI, *Leges publicae*, p. 73 y ss. del extracto (cap. III, núm. 91).

¹⁵ Vid. especialmente sobre esto TAEUBLER, *Imperium Romanum*, 1, 1913, 99, 126, 357.

¹⁶ Cfr. el comienzo de la ley *repetundarum*, en BRUNS, *Fontes*, n. 10, y la *lex Cornelia de sicariis*, en BRUNS, n. 13. Cfr. también la *Constitutio Carolina criminalis* de Carlos V, art. 104 y ss., donde el derecho penal constituye una sección del derecho procesal penal (*de officio iudicis*).

¹⁷ Vid. la tabla en ROTONDI, *Scripti*, 1, 5, y *Leges publicae*, 100.

les (como las leyes Cincia¹⁸, Plaetoria¹⁹ y Voconia²⁰), o cuando las normas son tan precisas (operando en concreto con determinadas cifras) que no podrían surgir de otra manera que con una declaración estatal (como la ley Aquilia²¹, la Falcidia²² o la relativa a la garantía de las obligaciones²³), o cuando las normas de derecho privado se presentan en conexión con otras que se refieren a la organización del Estado (así la ley Atilia²⁴ y la *lex Cornelia de iniuriis*²⁵). En cambio, los grandes territorios centrales del derecho privado, como la materia de los contratos, de la propiedad, de las servidumbres y de la prenda, del matrimonio y de la filiación, y de la herencia, permanecen casi cerrados a la legislación incluso allí donde, como en la fijación del comienzo de la capacidad de obrar, la materia hubiera estado necesitada urgentemente de una determinación legislativa. Ni siquiera en la edad imperial se cambia de actitud en relación con la legislación. Para cualquier otro pueblo que no fuese el romano hubiera sido natural que la reforma augustea del Estado se expresase en un conjunto de leyes: sin embargo, esto no sucedió, y, por el contrario, Augusto se limitó a hacerse atribuir determinadas competencias mediante leyes parti-

¹⁸ Limitación de la libertad de donar: vid. MITTEIS, 1, 153; BUCKLAND, 254; JOLOWICZ, 85; KUNKEL, § 153.

¹⁹ Protección de los menores contra las supercherías: KUNKEL, § 51; BUCKLAND, 171.

²⁰ Limitación de los derechos hereditarios de las mujeres: vid. ROTONDI, *Leges publicae*, 283; KUNKEL, § 224; BUCKLAND, 289; JOLOWICZ, 253 y s.

²¹ Sobre daños en las cosas: cfr. GAYO, 3, 210 y ss., y BRUNS, *Fontes*, n. 2 (sobre esto, LENEL, «SZ», 43, 575); KUNKEL, § 158; BUCKLAND, 580 y s.; JOLOWICZ, 285 y s.

²² Una cuarta parte de la herencia debe permanecer exenta de legados: cfr. GAYO, 2, 227; BRUNS, *Fontes*, n. 19; KUNKEL, § 224; BUCKLAND, 338; JOLOWICZ, 254 y s.

²³ Cfr. GAYO, 3, 121 y ss.; KUNKEL, § 132; BUCKLAND, 443; JOLOWICZ, 254 y s.

²⁴ Nombramiento de tutores por obra del pretor urbano: cfr. GAYO, 1, 185; KUNKEL, § 189; BUCKLAND, 148; JOLOWICZ, 245.

²⁵ En ciertos casos de *iniuria* la acción penal puede ejercitarse en un *iudicium publicum*: cfr. D. (47, 10), 37, 1, y ROTONDI, *Leges publicae*, 359; RUDORF, *Röm. RG.*, 1, 101; JOLOWICZ, 284.

culares²⁶. Aparte de esto, también se sirvió de la *lex*—con estricta observancia de la tradición republicana— sólo para decisiones de derecho procesal, o de derecho penal encuadrado en el procesal²⁷, además de para publicar normas de política social²⁸ y de derecho administrativo²⁹. Los mismos criterios fueron observados en el tiempo posterior a Augusto. En el curso del siglo I la ley desaparece casi por completo³⁰.

El Senado adquirió en la época del Principado la competencia de publicar normas jurídicas generales³¹, pero sólo hizo uso de este poder según los mismos criterios que acabamos de exponer a propósito de la legislación comicial. Prescindiendo de disposiciones de derecho administrativo³², el Senado interviene como legislador sólo cuando se produce el caso de tener que reparar los desajustes sociales del ordenamiento jurídico³³, o bien en las raras hipótesis en las que el derecho privado ya no responde al sentimiento jurídico, y la doctrina y la práctica no puedan realizar su reforma³⁴.

²⁶ Cfr. SIBER, *Zur Entwicklung der römischen Prinziparverfassung* («Abh. d. sächs. Akad. der Wiss.», phil.-hist. Klasse, 42, 1933); JOLOWICZ, 328 y s.

²⁷ Las *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*: vid. ROTONDI, *Leges publicae*, 448; MOMMSEN, *Strajf.R.*, 128; JOLOWICZ, 222.

²⁸ Como la *lex Iulia et Papia Poppaea*: cfr. BRUNS, *Fontes*, n. 233; KUNDEL, § 159; JOLOWICZ, 361.

²⁹ Por ejemplo, la *lex Quinctia* sobre los acueductos: cfr. BRUNS, *Fontes*, n. 22.

³⁰ Cfr. MOMMSEN, *Staats.R.*, 3, 1, 345 y s.

³¹ GAYO, I, 4; MOMMSEN, *Staats.R.*, 3, 2, 1265 y s.; JOLOWICZ, 361.

³² Por ejemplo, sobre los acueductos: FRONTINO, *De aquaeductu urbis Romae* (ed. Krohn, 1922), §§ 125 y 127. También el *SC. Iuventianum* (BRUNS, *Fontes*, n. 60) pertenece a esta categoría. Vid. además BRUNS, *Fontes*, cap. V.

³³ Por ejemplo, el *SC. Macedonianum* (prohibición del préstamo de dinero a los hijos de familia: cfr. BRUNS, *Fontes*, n. 57; KUNDEL, § 135; BUCKLAND, 462); El *SC. Velleianum* (prohibición a las mujeres de *intercedere*: cfr. BRUNS, n. 50; KUNDEL, § 133; BUCKLAND, 444; JOLOWICZ, 369; el *SC. Claudianum* (prohibición de relaciones íntimas entre mujeres libres y esclavos ajenos; KUNDEL, § 40; BUCKLAND, 71).

³⁴ Así, el *SC. Trebellianum* y el *Pegasianum* sobre fideicomisos universales (cfr. KUNDEL, § 227; BUCKLAND, 551), y también el *Terrullianum* y el *Orythianum* sobre la sucesión intestada entre madre e hijos (cfr. KUNDEL, § 198; BUCKLAND, 368 y s.).

Las constituciones imperiales de los dos primeros siglos se dedican sobre todo a la producción de derecho administrativo y de derecho penal administrativo. En lo demás interviene en casos particulares, muy raramente de derecho privado, cuando se presentan inconvenientes, cuya remoción no se sienten capaces de llevar a cabo ni la jurisprudencia ni los magistrados³⁵. Sólo durante el transcurso del siglo III, y más todavía a partir de Diocleciano y de Constantino, la preferencia antitromana por la formulación estatal del derecho se extiende también al campo del derecho privado.

Por lo que se refiere a los edictos, los de los magistrados jurisdiccionales es cierto que acabaron por contener un considerable número de normas (a pesar de que, en conjunto, el edicto adrianeo apenas sea un «breve librito»³⁶), pero con estricta limitación a la actividad del magistrado: éste dispone acerca de su propio *officium*³⁷. En este sentido, aun sin ser un código de procedimiento³⁸, el edicto está próximo a las leyes procesales. Le falta al edicto, sobre todo hasta su redacción adrianea, la permanencia propia de la ley, porque sólo es una «lex annua», de manera que jurídicamente todo nuevo magistrado habría podido reformar el edicto de arriba abajo. Aparte estos edictos jurisdiccionales, todos los demás se refieren exclusivamente al derecho administrativo.

En su famoso escrito *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* (1814) SAVIGNY formuló así la tarea de la legislación³⁹: «Los códigos (o las codificaciones) son un mal que debe evitarse totalmente. La legislación particular es imprescindible, pero debe

³⁵ Cfr. BRUNS, *Fontes*, cap. VII, y los edictos de Augusto a los Cienecos en STROUX-WENGER, «Abh. d. bayr. Akad. d. Wiss.», phil.-hist. Klasse, 34, 2.

³⁶ ἐν βραχείῃ βιβλίῳ, así Justiniano en la const. Δέδοκεν, § 18.

³⁷ LENEL, Ed., 16.

³⁸ LENEL, cit., 14.

³⁹ Especialmente en p. 9 y ss. (reimpresión de 1892 de la 3.ª ed.; 3.ª ed. p. 16 y ss.); H. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?* (publicado en 1912 como extracto de «Recht und Wirtschaft», 1, 1911), 35 y s., no es justo con SAVIGNY. Mas exacta la valoración de ROTONDI, *Scripta*, 1, 25, n. 6.

contenerse en estrechos márgenes: debe intervenir cuando *finis politicos superiores exijan la reforma del derecho existente*, o cuando determinadas reglas de derecho sean dudosas, o cuando las normas sean tan concretas (por ejemplo, la fijación del término de la prescripción) que no puedan ser establecidas de otra forma que con una declaración estatal.» Esta tesis de SAVIGNY ha sido frecuentemente atacada; pero un punto es, sin duda, evidente: corresponde exactamente a los principios romanos, a las concepciones que han dominado por siglos a los hombres en cuyas manos estaba puesto el desarrollo del derecho romano, concepciones de las que SAVIGNY estaba completamente embebido. Las razones que impulsaban a los romanos a esta actitud suya deben haber sido similares a las que eran determinantes para SAVIGNY. La codificación conduce a la interpretación literal y aleja de la consideración de la naturaleza de las cosas; simula una totalidad y una plenitud que, en realidad, no posee; sugiere una formulación abstracta de las reglas de derecho peligrosa a juicio de los romanos, y entumece muy fuertemente el orden jurídico incluso para el futuro. Contra las leyes particulares se levantan objeciones análogas, aunque más débiles: son en ciertos casos necesarias, pero se debe hacer uso de ellas sólo en los límites en los que lo son.

La época republicana y la clásica consideran que el modo más adecuado para la evolución de las normas jurídicas es su determinación a través de una praxis guiada por la jurisprudencia: esto es válido no sólo para el derecho privado y para el proceso civil, sino también para el derecho penal y constitucional. Las reglas tradicionales que nacen de esta colaboración de la jurisprudencia y de la praxis se pueden llamar derecho consuetudinario⁴⁰, a condición de que no se

⁴⁰ La antigua literatura sobre el derecho consuetudinario romano, no crítica, no tiene mucha importancia. A este tipo de obras pertenece también BRIE, *Ueber vom Gewohnheitsrecht*, 1, 1899. La investigación moderna se inicia con IHERING, 2, 1, 274 y ss.; siguen PERNICE, *Parerga X*, en «ZSS», 20, 127 y ss., y 21, 59 y ss.; KNIERBE, *Zur Ueber vom Gewohnheitsrecht in vorjust. Zeit*, tesis, Heidelberg, 1908; STEINWENTER, «St. Bonfante», 2, 421 y ss., y artículo *Mores* en la Real-Enc.; SOLAZZI,

olvide que este «derecho consuetudinario» vigente hasta el final del período clásico no es idéntico al del derecho justiniano y al de la doctrina moderna. Al derecho consuetudinario romano de la época clásica no se le atribuye la misma relevancia jurídica que al derecho legal. No tiene la fuerza de abrogar la ley⁴¹. Una *lex* puede, de hecho, caer *in desuetudinem*, pero esto no quiere decir otra cosa sino que, de hecho, la norma jurídica legal no es aplicada. Aunque la desapplicación dure mucho tiempo, la ley no es, sin embargo, eliminada, antes bien, puede ser aplicada de nuevo en cualquier momento. El derecho establecido por el Estado contiene en sí la exigencia de ser cumplido, aunque no se cumpla (en particular, si el juez no lo cumple). El derecho consuetudinario romano, en cambio, exige su observancia sólo hasta un nuevo orden, o sea, hasta que se apruebe o, al menos, hasta que no se encuentre una regla esencialmente mejor, y es en este sentido en el que la antigüedad de la regla consuetudinaria llega a ser un argumento de algún peso respecto a su correspondencia con la justicia⁴². Como se dice ocasionalmente en una de las *Weistümer* alemanas, «nosotros los supraescritos acordamos reconocer que esta regla de nuestros padres y antepasados es aceptada por nosotros desde hace muchos años, y así la hemos cumplido, y no conocemos hasta este momento nada mejor»⁴³.

La sentencia pronunciada en aplicación de una regla

La desuetudine della legge, en «Arch. giur.», 101 (1929), 3 y ss. 1; BESELER, «SZ.», 51, 57; A. BECK, *Römisches Recht bei Tertullian* (1930), 36; SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, en «St. Albertoni», 1, 35 y ss.; SCHERILLO, *Sul valore della consuetudine nella lex Romana Wisigothorum*, en «Riv. di storia del dir. ital.», 5, 459 y ss.; SEGRE, «Atti del Congresso» (1933), Roma, 1, 227 y s. Vid. también EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1, especialmente pp. 43 y 47; KRELLER, *Das Problem des Juristenrechts in der röm. Rechtsgeschichte* (1932); STEINWENTER, en «SZ.», 54 (Kan. Abt.), 21; JOLOWICZ, cap. 21; ALLEN, 38 y s.

⁴¹ Esto ha sido demostrado, en mi opinión, por PERNICE, SOLAZZI y SCHERILLO, aunque no todos sus argumentos sean válidos.

⁴² Así, PERNICE, *loc. cit.*: sus observaciones radicales, desgraciadamente no siempre claras, no han encontrado la atención que merecían.

⁴³ GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 2 (1899), 386, cfr. 501.

semejante es, naturalmente, productora de derecho, pero es solamente una norma jurídica individual, válida entre las partes, no una norma general⁴⁴. Constituye siempre un problema el que la regla general consuetudinariamente aplicada pueda ser llamada «norma jurídica». Los romanos la incluyen en el concepto de *ius*, pero también incluyen allí la doctrina de los juristas que todavía no ha adquirido la autoridad de una observancia duradera: lo que, por ejemplo, expone ULPIANO en sus libros *ad Sabinum* es, desde su punto de vista, *ius civile*. Es cierto que en su enumeración de las fuentes del derecho⁴⁵ GAYO omite deliberadamente la costumbre⁴⁶, evidentemente porque la importancia del derecho consuetudinario es fundamentalmente distinta que la de la declaración estatal del derecho (y la de los *responsa prudentium*)⁴⁷.

Pero piénsese lo que se piense en torno al carácter jurídico del «derecho consuetudinario» romano, y se reconozcan en él normas jurídicas duraderas, es cierto que, como se ha dicho, es fundamentalmente diferente de las normas jurídicas formuladas por el Estado, en el sentido de que no exigen, como exigen éstas, observancia incondicionada, incluso por aquellos que desaprueban su contenido. Por eso una regla considerada firme por una larga

⁴⁴ G. HUSSERL *Rechtsskraft u. Rechtsgeltung*, I (1925), 45.

⁴⁵ I, 2-7; en 3, 82 las palabras *sed eo... receptum est* son probablemente una glosa.

⁴⁶ El silencio de GAYO no es valorado exactamente por IHERING, 2, 41 y ss.

⁴⁷ Nada dice acerca de su valoración jurídica el hecho de que los manuales de retórica computen la costumbre entre las fuentes del derecho (se pueden señalar entre éstos *Auctor ad Herennium*, 2, 13, 19; *Cic., de invent.*, 2, 22, 65, y *Top.*, 5, 28; también TERTULIANO, *de corona*, 4). Los retóricos enseñan aquello de lo que se puede y se debe hacer recurso en los discursos forenses e incluyen la costumbre en esta categoría porque la tradición es un argumento: el hecho de que al lado de la *lex* y de la *consuetudo* mencionen la equidad, la «naturalidad» y los precedentes judiciales, demuestra de forma evidente que también aquí, como siempre, a los retóricos les interesa dar pistas para el discurso forense, no para la sentencia del juez. Vid. también ALLEN, 111; COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit classique*, en «Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gényn», 1, 27 y s.

observancia puede ser combatida en la discusión jurídica por su inoportunidad, y se puede intentar sustituirla con otra: esto estaría absolutamente excluido en relación con una regla legal⁴⁸, jurada por los magistrados⁴⁹. Así, las dos escuelas de la jurisprudencia clásica discutieron todavía sobre el momento inicial de la plena capacidad de obrar⁵⁰, a pesar de que indudablemente, en esta materia, pudieran remontarse a un largo uso. La permuta fue considerada durante siglos, no como un contrato consensual, sino como una *datio ob rem*, y, sin embargo, la escuela de SABINO pudo intentar elevarla a contrato consensual⁵¹. El *verus titulus* fue exigido por una larga observancia como requisito de la usucapición, y, a pesar de ello, en la época de Adriano un grupo de juristas creyó considerar suficiente el título putativo⁵². Así, todo queda fluctuante, y se podrían aplicar al derecho consuetudinario de la época clásica y de la republicana las palabras con las que MUNROE SMITH⁵³ describe el derecho creado por el juez americano, salvo que allí falta la actividad directora de la jurisprudencia, tan importante en Roma:

In their effort to give to the social sense of justice articulate expression in rules and in principles, the method of the lawfinding experts has always been experimental. The rules and principles of case law have never been treated as final truths, but as working hypotheses, continually retested in those great laboratories of the law, the courts of justice.

⁴⁸ En la concepción romana, añadir a la ley no significa derogarla: vid., por ejemplo, las acciones *in factum* al lado de las de la *lex Aquilia*; KUNDEL, § 158; BUCKLAND, 583.

⁴⁹ Aludimos al juramento *in leges*: después también *in acta principis*, nunca sobre el derecho consuetudinario: cfr. MOMMSEN, *StaatsR.*, 1, 620 y s.

⁵⁰ GAYO, 1, 196.

⁵¹ GAYO, 3, 141.

⁵² SIBER, 87 y s.; SCHULTZ, «SZ», 52, 547.

⁵³ *Jurisprudence* (Columbia Univ. press, 1909, p. 21), citado por CARDOZO, *The nature of the judicial process*, 23. Cfr. también A. S. SCHULTZE, *Privatrecht u. Prozess*, 97 y ss., cuyas argumentaciones habrían merecido mayor atención. Vid. también HATSCHERK, «Jahrb. d. öffentl. Rs.», 3, 1909, 4 y 34 y ss.; SÄVELKOLUS, *Das englische Kabinett-system* (1934), 383 y ss.

Every new case is an experiment; and if the accepted rule which seems applicable yields a result which is felt to be unjust, the rule is reconsidered. It may not be modified at once... but if a rule continues to work injustice, it will eventually be reformulated. The principles themselves are continually retested; for if the rules derived from a principle do not work well, the principle itself must ultimately be re-examined.

Este es el modo de formación del derecho al que republicanos y clásicos daban máxima preferencia: el leve y lento progreso a través de la resolución de casos prácticos y de la discusión jurídica, nunca frenado por las reglas rígidas de una ley o de un derecho consuetudinario obligatorio; en estrecha colaboración con el magistrado jurisdiccional, que puede, en el caso concreto, conceder o denegar sus medios judiciales (en especial la *actio* y la *exceptio*). Es indudable que a este sistema extraordinariamente elástico y flexible fuera necesariamente unida una gran incertidumbre del derecho; pero los romanos de la edad republicana y de la clásica se resignaron a ello ⁵⁴. Sólo la época postclásica creó una doctrina que igualó el derecho consuetudinario con el legal; esta doctrina fue interpolada en los textos clásicos ⁵⁵, y acogida en las codificaciones que sirvieron de base a la evolución posterior, el *Corpus iuris* de Justiniano y el Breviario de los Visigodos ⁵⁶.

⁵⁴ Volvemos sobre este punto *infra*, p. 267 y ss.

⁵⁵ En concreto, está interpolado el texto fundamental, D. (1, 3), 32, 1. No nos podemos detener aquí en otras interpolaciones.

⁵⁶ *Interpretatio* al Brev. 5, 12, 1: «*Longa consuetudo, quae utilitatis publicis non impedit, pro lege servabitur.*» Sobre este fragmento y sobre el derecho justiniano, SCHERILLO, *op. cit.*