

Ubi Societas Ibi Jus

Año 5 • Vol. 8

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA

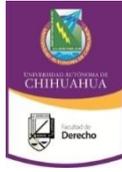
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ubi Societas Ibi Ius

Año 5 Volumen 8
Febrero de 2018



Publicación semestral del
Centro de Investigaciones Jurídicas
2018
Universidad Autónoma de Chihuahua



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA

M.E. Luis Alberto Fierro Ramírez
Rector

M.C. Javier Martínez Nevárez
Secretario General

M.P.E.A. Alfredo Ramón Urbina Valenzuela
Director de Investigación y Posgrado

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Roberto Díaz Romero
*Director de la
Facultad de Derecho*

M.D. Jorge Arturo Chávez Álvarez
*Secretario de Investigación y Posgrado
de la Facultad de Derecho*

M.D. María de la Concepción Herrera Andazola
Secretaria Administrativa

M.S. Óscar Javier Vázquez Varela
Secretario Académico

M.A.P. Hugo Molina Martínez
Secretario de Extensión y Difusión

M.D. Cruz Gonzalo Galaviz Chacón
Secretario de Planeación y Desarrollo Institucional

MISIÓN

Servir como órgano de publicación de trabajos de calidad en materia de investigación jurídica facilitando la proyección de dichos trabajos a la sociedad.

VISIÓN

Forjar la revista como un producto científico de calidad que la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua dirija a la sociedad en general y a los juristas conscientes de que conocer el Derecho es Servir a la Justicia.

UBI SOCIETAS IBI IUS, año V volumen 8, Febrero de 2018 a Septiembre de 2018; es una revista arbitrada por pares ciegos, de publicación semestral editada en la Universidad Autónoma de Chihuahua, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. Ave. Universidad s/n Campus Universitario I, C.P. 31220 Chihuahua, Chih., México, Teléfonos: 4-13-44-77 ext. 4324 y 4336. http://www.fd.uach.mx/maestrias/2011/06/17/centro_invest_juridicas/, dirección electrónica: cij@uach.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Patricia Cobos Campos. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo n° 04-2014-010809554700-102, ISSN 2695-910X, otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor y LATINDEX 24989.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, por lo que el contenido de cada artículo es responsabilidad de su(s) autor(es). Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Índice

Pág.

- 13 La reparación civil de las víctimas de delitos; Ocho décadas de experiencia de la caja de resarcimientos**

Rolando Pavó Acosta

- 69 Derecho de protección a la vida e integridad personal de víctimas de delitos contra la libertad de expresión**

Saúl Alonso Castañeda Domínguez

- 131 La delincuencia como factor de migración de mexicanos a los Estados Unidos de América y a su afectación a los flujos migratorios terrestres-laborales en el período 2007-2012**

Luis Alonso Domínguez Ramos,
Edgar Omar Gutiérrez Guerrero

- 159 La interpretación de las normas fiscales en México. A la luz del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación**

Jorge Álvarez Banderas

213 Jurisprudencia: desde la ley de las XII tablas hasta la Ley de las Siete Partidas

Jesús Abraham Martínez Montoya

257 Derechos humanos y tributación: algunas consideraciones en torno a la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente

Oscar Enrique Castillo Flores, Raúl Rodríguez Vidal,
Karla Julieta Sánchez Flores

297 Dispraxis legislativa y jurisdiccional mercantil en México

César Rodríguez Chacón

349 Derecho comparado sobre la doble nacionalidad

Myrtha Gisela Gutiérrez Chávez

391 Observaciones, consideraciones y recomendaciones sobre la Ley de Abogacía Mexicana

Carlos Manuel Rosales

IURISPRUDENTIA: DESDE LA LEY DE LAS XII TABLAS HASTA LA LEY DE LAS SIETE PARTIDAS

Dr. Jesús Abraham Martínez Montoya¹

SUMARIO: *I. Introducción; II. La interpretatio, antecedente histórico de la iurisprudencia en el Derecho romano; III. La iurisprudencia en la República Senatorial Romana; IV. Ius publice respondendi ex auctoritate principis y la literatura clásica; V. El Derecho romano posclásico y la crisis de la jurisprudencia; VI. La compilación justiniana y el orden a las fuentes del derecho: corpus iuris; VII. Glosadores, Ultramontani y Posglosadores del siglo XI: el Digesto y su estudio en Italia; VIII. La jurisprudencia del derecho visigodo en España; IX. La influencia del Brevario de Alarico en el Fuero Juzgo; X. El Fuero Juzgo y el criterio de aplicación del derecho a falta de norma; XI. La jurisprudencia en la Ley de las Siete Partidas; XII. Conclusión; XIII. Fuentes de Investigación.*

¹ Doctor en Investigación por El Colegio de Chihuahua. Abogado en el ejercicio libre de la profesión.

Resumen:

El desarrollo del derecho no se debió tanto a la producción legislativa, sino a la ponderación que de las leyes se hizo al aplicarlas a los casos y a la innovación que, los jurisconsultos prudentes de la antigua Roma, realizaron y plasmaron en muchos documentos, los cuales encontramos como jurisprudencia en el sentido explicado con autores como *Gayo*, *Paulo*, *Ulpiano*, entre otros. Así la enseñanza del derecho fue una tradición jurídica que sobrevive en diversas leyes godas de la Edad Media e influyen en el derecho español, como lo fue la Ley de las Siete Partidas.

Palabras claves: Jurisprudencia, jurisconsultos, Roma, dogmática, historia, responsas, interpretación, jurisperitos, Digesto, literatura, tradición iusromanista.

Abstract:

The development of the law was not so much due to the legislative production, but to the weighting that the laws were made in applying them to the cases and to the innovation which, the prudent jurisconsults of ancient Rome, carried out and reflected in many documents, which we find as jurisprudence in the sense explained with authors such as *Gayo*, *Paulo*, *Ulpiano*, among others. Thus the teaching of law was a legal tradition that survived in various gothic laws

of the Middle Ages and influenced Spanish law, as was the *Ley de las Siete Partidas*.

Key words: Jurisprudence, jurisconsults, Roma, dogmatic, history, *responsas*, interpretation, jurisprudents, digest, literature, *iusromanista* tradition.

I. Introducción

La más acertada explicación semántica del término prudencia es la que esboza magistralmente el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán. Explica cómo dos términos aparecen íntimamente ligados desde la época antigua de los griegos: *Fronesij* y *Swfrosunh*. En el sentido etimológico ambas palabras significan sabiduría y los romanos la tradujeron como *prudencia* y *sapientia*. Estas palabras no se aplican únicamente a aquel hombre culto y de “buen juicio”, sino a aquel que sabe y *sabe qué hacer*.²

El hombre prudente *-Fronimouj-* será -entonces- aquel que sabe y *sabe qué hacer*, es este *saber hacer* la tarea primordial de los jurisconsultos romanos, y con acierto lo indica Tamayo y Salmorán. La prudencia según el concepto de Aristóteles³:

² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp.91-92.

³ *Ibidem*, p. 92.

Lo propio del prudente... [Consiste en] poder deliberar [ponderar] acertadamente... llamamos prudentes... [a] los que calculan bien lo conveniente que no es objeto del arte [ciencia]. Y así podría decirse que en general el prudente es el que sabe deliberar [ponderar].

Este breve estudio nos lleva a reflexionar -en un análisis comparativo- sobre el comportamiento de la jurisprudencia a lo largo de la historia desde las antiguas legislaciones romanas hasta la ley de Las Siete Partidas de Alfonso X *El Sabio*. Esto va a atender algunas reticencias actuales con respecto de la invocación de la jurisprudencia, la cual suele no ser desentrañada desde la racionalidad que se esgrime en los considerandos de estudio que fundan las ejecutorias de los Tribunales Colegiados, Salas y Pleno de la Suprema Corte en nuestro país. En efecto, regularmente nuestra práctica profesional se constriñe a la lectura de algunos resúmenes de los criterios de aquellos.

Parece que ese *saber qué hacer* o *saber cómo hacer*, que manda la prudencia, ha sido la constante en la solución de casos jurídicos concretos, el lector encontrará que la fuerza deliberativa es la *ratio* de cuyo néctar abreva el jurista, y con esta es posible descubrir que las razones que constituyen la ponderación, este aprendizaje podrá contribuir al criterio del jurista moderno a partir de entender al antiguo.

II. La *interpretatio*, antecedente histórico de la jurisprudencia en el Derecho romano

Desde el año 451 a.C se inscribe la legislación formal romana en diez Tablas, a las cuales se agregan dos más en 449 a.C., la legendaria Ley de las XII Tablas contenía el derecho procesal, derecho de familia (producido por los comicios por curias, las familias), derecho sucesorio, obligaciones, derechos reales, derecho penal, derecho sacro y derecho de los injustos; fueron grabadas en madera y se cuenta fueron quemadas durante la invasión de los temibles galos⁴, estaban colocadas en el foro romano⁵ y los habitantes podían acercarse para observar su contenido.

Existen dos versiones de su creación, una supuesta embajada enviada a Grecia en donde son instruidos trayendo consigo la ley mencionada; pero, la más acertada es que fue una ley decenviral, es decir, creada por funcionarios que se ocupaban de funciones judiciales y religiosas llamados decenviros⁶, la institución del decenvirato fue un logro de la

⁴ MARGADANT, Guillermo F. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. de C.V., séptima edición, 2004, pp. 104-105.

⁵ Era el lugar en el que se ubicaban los edificios públicos, templos y tribunales. Ahí se desarrollaba la vida política económica y religiosa de la antigua Roma.

⁶ Una institución muy conocida en el siglo V fue el Decenvirato.

plebe que pugnaba por un derecho escrito y dejar atrás el derecho costumbrista de Roma⁷.

La importancia de conocer las raíces del Derecho romano es que se descubre la dinámica de aplicación del derecho, se advierte una tradición jurídica que no es tan diferente a la nuestra. La Ley de las XII Tablas eran exhibidas para conocimiento del público, digamos una forma de divulgación para que las normas jurídicas fuesen asequibles a los habitantes de la ciudad, tomemos en cuenta que no todos sabían leer y no todos tenían la categoría de ciudadanos, por ello era común observar a los sacerdotes romanos funcionando como intermediarios entre las personas que buscaba conocer cuál era la norma aplicable al caso concreto sobre el que tenían duda o querían resolver.

Los sacerdotes romanos realizaban algo que denominaron la *interpretatio*, la explicación del contenido legislativo; sin embargo, no solamente ponían en claro aquello que a simple lectura era inentendible, sino que además subsanaban lagunas, deficiencias y hasta resolvían seguramente alguna antinomia.

Los sacerdotes patricios tenían el monopolio de la interpretación del derecho, pero fue Gnaeo Flavio⁸ -en el 304

⁷ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., tercera edición, séptima reimpresión, 2000, p. 82.

⁸ Fue secretario de un sacerdote patricio de nombre Apio Claudio.

a.C.- quien da a conocer las formulas procesales y el calendario (contenía los días en que era lícito o no litigar⁹), a principios del siglo IV el primer sacerdote plebeyo *Tiberio Coruncanio* -en 254 a.C.- fue quien por primera vez da explicaciones públicas del derecho, tiene acceso a las fórmulas procesales que utilizan estos jurista-sacerdotes para instruir a los particulares, quienes extendían el significado de las palabras inclusive más allá de la intención de los decenviros¹⁰, encontraban la respuesta jurídica a los casos que se les presentaban con gran cautela. Cincuenta años después Sexto Aelio Paeto saca a la luz pública su obra *Ius Aelianum*, la cual contiene nuevas formas de acciones

III. La *iurisprudentia* en la República Senatorial Romana

Cuando el Derecho romano campesino entró en contacto con la filosofía griega, a inicios del siglo II, aparece un nuevo actor en la vida del derecho: el *iurisconsulto*. Exactamente de la misma forma que en Grecia se reunían aquellos filósofos para discutir temas políticos y filosóficos, aparece en Roma el *lobby* de los hombres que discutían temas estrictamente jurídicos, este razonamiento que esgrimen recibió el nombre de *iurisprudentia*; en efecto, aquella labor

⁹ ARGÜELLO, Luis Rodolfo., op. cit., p. 91.

¹⁰ MARGADANT, Guillermo F., op. cit., p. 105.

de aclarar las normas jurídicas, subsanar las deficiencias normativas y las posibles contradicciones, lo realizaban los jurisconsultos pero no porque fuese una función gubernamental, sino por un profundo interés por conocer y descubrir el derecho, estos caballeros sostenían largas discusiones sobre el sentido que tenían las normas incluso imaginaban casos hipotéticos en los que proponían una solución o la forma en que los jueces debían resolver.

Una de las nociones más antiguas de *iurisprudentia* es la que da Ulpiano quien la define: “*el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto*” (*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*)¹¹.

La *iurisprudentia* aparece durante la fase helenizada del Derecho romano, es considerada una fuente del derecho a lado de otras como lo fueron las leyes *rogatae*, *plebiscitos* y *senadoconsultos*. La diferencia es que estas últimas provenían de la formalidad escrita y producida conforme al orden jurídico romano, así: las *leyes rogatae* eran leyes pedidas por los cónsules a los *Comicios* con aprobación del *Senado*; los plebiscitos emitidos por la plebe y tuvieron fuerza de ley a partir de la *lex hortensia* promulgada en 287 a.C.; y, los senadoconsultos que originalmente sólo eran buenos consejos a los funcionarios pero más tarde -en

¹¹ ARGÜELLO, Luis Rodolfo., op. cit., p. 9.

tiempos de crisis- expiden normas prescindiendo del resto de las autoridades.

Sorprende un poco la noción de que la *iurisprudentia* sea una fuente del derecho si al efecto son discusiones de un grupo de estudiosos del derecho, es resistencia común entre los colegas abogados el hecho de considerar que las aportaciones de los jurisconsultos tuviesen tal impacto en la vida jurídica romana. Además, la *iurisprudentia* tuvo la forma de discusión oral¹², pasaron algunos años para que se produjeran los primeros textos, pero también ocurre algo inesperado: los mejores jurisconsultos comienzan a trabajar en la cancillería imperial.

IV. *Ius publice respondendi ex autoritate principis* y la literatura clásica

Una vez que la *interpretatio* no fue exclusiva de los pontífices romanos, y Tiberio Coruncanio da explicaciones públicas acerca de los criterios de aplicación del derecho - esto a finales del siglo III d.C.- Gnaeo Favium escribe el libro de las acciones (*Liber Actionum*), aparecen los primeros juristas laicos como Sexto Aelio Paeto y su hermano, entre otros juristas que aparecen en el siglo II d.C. como Publio Mucio Scaevola, Manlio Manilio y Marco

¹² *Ibidem*, p. 107

Junio Bruto¹³, como se indicó anteriormente durante la república senatorial romana aquello que se denominaba la *interpretatio* de los sacerdotes romanos fue el quehacer de los juristas laicos llamados jurisconsultos y su producto recibió el nombre de *iurisprudentia*, estos hombres también eran llamados *iurisprudentes*.

Ahora bien, los emperadores -a partir de Augusto (63 a.C.- 19 d.C.)- otorgaron a algunos jurisconsultos la facultad de formular dictámenes bajo la autoridad imperial. Así nace la jurisprudencia clásica alta (30 a.C.-130 d.C.), marcada por la influencia de dos clases de jurisprudencia: a) la que emana del *ius publice respondendi* avalada por la autoridad imperial; y, b) la que emana de dos escuelas: sabinianos y proculeyanos¹⁴, esta última era la literatura jurídica clásica, dicho de otra forma, era la jurisprudencia en el sentido explicado.

Bien lo que hacían los sacerdotes romanos y los jurisconsultos laicos no era algo tan diferente, ambos realizaban profundos razonamientos acerca de la aplicación del derecho de su época, máxime porque estos últimos fueron herederos de la dialéctica en la discusión de las cuestiones jurídicas, seguramente por el contacto con la filosofía griega.

¹³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*, México, Guada Impresores, S.L., tercera edición, 2004, p. 72.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 87-88

La literatura clásica tuvo un papel preponderante en la evolución del derecho, muchos jurisconsultos participaron en esta tarea y la tradición jurídica, entre otros: Masurio Sabino, digno representante de la escuela de los sabinianos creada por Capítón, Próculo a quien seguían sus partidarios llamados proculeyanos, escuela creada precisamente por Antistio Labeón, Salvio Juliano fue un distinguido sabiniano y mano derecha del emperador Adriano (117 d.C.-138 d.C.), considerado el más grande jurista de su tiempo, redactor del edicto perpetuo y de unos *Digesta* en 90 libros, se denomina como la jurisprudencia clásica alta.

Más tarde, en el periodo comprendido entre el año 130 y 235 d.C., florece lo que se denominó jurisprudencia clásica tardía, Panero Gutiérrez refiere que sus principales características fueron: a).- la incorporación de los juristas al príncipe, *consilium principis*; b).- se agota la capacidad creadora, debido a la estabilización del *ius honorarium* y la participación del *príncipe extra ordinem*; c).- la tendencia a la recopilación; y, d).- el carácter provincial del jurista¹⁵.

Durante los primeros siglos del imperio en Roma las fuentes del derecho eran las *leges rogatae*, los *plebiscitos*, *senadoconsultos*, *jurisprudencia* y *constituciones*. Sin embargo, las primeras tres disminuyen, y por el contrario crece la jurisprudencia y las constituciones. El emperador

¹⁵ *Ibidem*, p.89

controla al Senado y convierte a los *senadoconsultos* en medios para externar su voluntad, resta la fuerza legislativa de los comicios, por ello es que no se producen las *leges rogatae* cuya prohibición la establece Nerva (96-98 d.C.), y con Trajano (98-117 d.C.) ya ni siquiera convoca a las asambleas para su reunión; los plebiscitos corren la misma suerte. Finalmente hacia mediados del siglo II d.C. solo quedan la iurisprudencia y las constituciones¹⁶ como fuentes del derecho.

Esta época del Derecho romano clásico imperial fue, quizás, la más importante de su florecimiento, esto debido al crecimiento de la jurisprudencia en su doble aspecto: como *responsa* de los jurisconsultos que ahora laboraban en la cancillería imperial y por la literatura que contenía la jurisprudencia en el sentido explicado, recuérdese *las sentencias* de Paulo, *Institutas* de Gayo, comentarios sobre la obra de Sabino que hace Ulpiano¹⁷ (*ad sabinum*), Modestino y otros. Las sentencias de Paulo eran una colección de frases cortas que expresan principios, reglas, definiciones jurídicas, de carácter general y comúnmente aceptadas¹⁸; son máximas cuya verdad jurídica era

¹⁶ MARGADANT, Guillermo F., op. cit., pp. 112-113.

¹⁷ Fue asesor y alumno de Papiniano, este a su vez discípulo de Scaevola. Ulpiano es asesinado en el año 228 d.C. en presencia del emperador Alejandro Severo.

¹⁸ ADAME GODDARD, Jorge. Las sentencias de Paulo, Cuadernos del Instituto de Investigaciones de la UNAM, año II, número 4, enero-abril

indiscutible. Pero, este periodo quedó ensombrecido por la reducción a una sola fuente del derecho: las constituciones, las cuales eran normas expedidas autónomamente por el emperador, esto en el año 235 y con ello termina la era de los grandes jurisconsultos.

La era del príncipe fue también la decadencia de la jurisprudencia, el emperador no solo era primero entre todos los ciudadanos, sino que además se irroga las facultades de todas las magistraturas, resta poder legislativo al Senado y hace que la *responsa* de los jurisconsultos tengan autoridad por el propio emperador y no por el saber de los jurisconsultos¹⁹.

V. El Derecho romano posclásico y la crisis de la jurisprudencia

Aun y cuando parecía que el sistema jurídico romano parecía infalible se presentaron algunos problemas que complicaron la forma de aplicar el derecho, las causas fueron las siguientes: 1. La única fuente del derecho era las constituciones; 2. La vulgarización del Derecho romano,

1987, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1749/3.pdf> [consulta 06 de mayo de 2017] pp. 9-10

¹⁹ ADAME GODDARD, Jorge. *Curso de Derecho Romano Clásico I*, México, 2009, [en línea]. Disponible en: http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/ [consulta 06 de mayo de 2017] p.41.

principalmente de la jurisprudencia; y, 3. La ausencia de jurisprudencia en el sentido explicado.

Las constituciones eran normas expedidas autónomamente por el emperador, eran expresadas mediante las *edicta*, *mandata*, *decreta* y las *rescripta* o *suscriptiones*. Las *edicta* eran medidas de observancia general que emitía el emperador y no perdían su vigencia al año ni aun después de muerto, las *mandata* eran instrucciones dadas a los funcionarios, las *decreta* eran sentencias del tribunal imperial; y, las *rescripta* y *suscriptiones*, ambas eran contestaciones que los jurisconsultos -ahora en la cancillería imperial- daban a los ciudadanos que realizaban alguna consulta o solicitaban una opinión jurídica respecto de planteamientos de problemas jurídicos, unas contestaciones se realizaban en la solicitud (*suscriptiones*) y otras en hoja aparte (*rescripta* o *epistolae*)²⁰. Las normas imperiales nunca fueron suficientes -por sí solas- necesitaban de la jurisprudencia sobre todo en el sentido explicado, la falta de esta empobreció el Derecho romano.

Por otra parte, se dió a conocer que el Derecho romano sufrió vulgarizaciones²¹, dato curioso es que las vulgarizaciones no se dieron en todas las fuentes del Derecho romano, solo en la denominada *iurisprudencia*, y por cierto, la que se produjo en el sentido explicado, un

²⁰ MARGADANT, Guillermo F., op. cit., pp.98-99.

ejemplo claro fueron las reglas de Ulpiano y sentencias de Paulo y otras.

Para Adame Goddard resume en tres las vulgarizaciones del derecho: a) la epitomización del derecho, es decir, la presentación en resúmenes de las obras clásicas; b) la tendencia naturalista del derecho; c) la tendencia moralista en el derecho por el impacto del cristianismo²² ya desde entonces aceptada como religión, primero como legal y después como oficial en Roma.

Los resúmenes de obras clásicas tenían como objetivo simplificar su contenido para hacerlo más accesible al público (*vulgo*); sin embargo, con ello se pierden conceptos, definiciones y opiniones jurídicas importantes, de igual forma con sus reediciones -los editores- sustituyen palabras, agregan comentarios y aportaciones de autores anónimos, aparentemente para presentar un derecho jurisprudencial de fácil comprensión pero su costo fue la reducción del derecho a una serie de recetas de fácil aplicación, y con ello la crisis de los estudios jurídicos²³.

La tendencia naturalista del derecho se vio reflejada en las legislaciones en favor de los esclavos, y la percepción moral del derecho como lo fueron las posiciones que se inclinaban más por la ética que la cosa jurídica

²¹ *Ibidem*, p. 116.

²² ADAME GODDARD, Jorge., op. cit., pp. 46-47.

²³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo., op. cit., p. 102.

Por otra parte, a esta época pertenecen el *Codex Hermogenianus* y el *Codex Gregorianus*, de 196 d.C. y 293 d.C., respectivamente. Los jurisconsultos de aquella época estaban muy interesados en hacer una compilación de *leges*, existen referencias de que algunos de ellos como Paulo, Ulpiano y Papirio Justo, de este último se conoce una compilación denominada *XX libri de Constitutiones*, realmente el interés por hacer una compilación no era sobre todas las constituciones sino principalmente de las *rescripta*, es decir, de aquellas en que se encontraba la creativa *iurisprudencia* de los jurisconsultos bajo la apariencia de contestaciones y opiniones jurídicas que realizaban con la autoridad del emperador, algo importantísimo de destacar.

El jurista romano Gregoriano -que vivió en tiempos de Diocleciano siendo este emperador de 284 a 305 d.C.- compila las constituciones de 193 a 302, abarcando los principados de Septimio Severo, Maximiano y Diocleciano, con esto se dio origen a lo que se denominó como *Codex Gregorianus* contenía principalmente los rescriptos, divididos en quince libros, subdivididos en títulos, con sus respectivas rúbricas y ordenados cronológicamente²⁴.

Hermógenes hace también una colección de cuadernos y libros para formar el famoso *Codex Hermogenianus*, este jurista realiza dicha compilación de los rescriptos de

²⁴ ARGÜELLO, Luis Rodolfo., op. cit., p. 102.

Diocleciano de los años 293 y 294 d.C., se consideró a este *Codex* un complemento del anterior²⁵. Siguiendo el modelo de ambos *codex*, el emperador Teodosio II en el año 435 d.C dispone de una comisión para que ordene las leyes imperiales a partir de Constantino, así el 15 de febrero del año 438 d.C. entro en vigor el *Codex Theodosianus* en el Imperio Romano de Oriente, posteriormente -y después de su reconocimiento por Valentiniano III- entra en vigor el día 15 de febrero del año 439 d.C.²⁶ en el resto del imperio, es decir, en el Imperio Romano de Occidente²⁷.

Razonablemente, se puede resumir, que los criterios dados en las respuestas que daban los jurisconsultos en la cancillería imperial -*ius publice respondendi ex auctoritate principis*- se convierten en una serie de normas compiladas por Gregoriano y Hermógenes, estas compilaciones constituyen el *Codex Theodosianus*, el cual se suma a la *Ley de Citas*; *iurisprudentia* a manera de respuestas y *iurisprudentia* en el sentido explicado.

En efecto, al lado de los *Codex* debemos mencionar la *Ley de Citas*, esta fue publicada en el año 426 d.C. por el

²⁵ *Ibidem*, pp. 102-103.

²⁶ *Ibidem*, p. 103.

²⁷ En esta parte es pertinente indicar que el imperio romano se encontrara dividido para su administración en dos porciones: occidente y oriente. Esto a partir de Diocleciano quien fuera emperador en 284 a 305 d.C., pero esta escisión fue definitiva en 395 d.C., recuérdese la *Tetrarquía*, cuya estrategia gubernamental de dicho emperador era la existencia de

emperador de occidente Valentiniano III, quien desautorizó las “*Notas a Papiniano*”, y estableció que solo podrían invocarse en juicio las obras de los cinco juristas tardo clásicos: *Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino*, y en caso de discrepancias debía prevalecer el criterio de *Papiniano*, llamado el príncipe de los jurisconsultos. Más tarde se estableció que también podrían invocarse a los autores que estos juristas citaban en sus obras²⁸. Finalmente todo esto no sería relevante por la creación del *Digesto* bajo el imperio de Justiniano.

Un dato importante que vale la pena incluir es que la constante “reconstrucción” del Derecho romano no era una tarea exclusiva de los romanos, suma a lo anterior el hecho de que en las Galias²⁹, un territorio en manos de los Visigodos después de la caída del Imperio Romano de Occidente en 476 d.C., aparece el *Código de Eurico* (*Edictum Eurice Regis*) denominado así en honor al rey visigodo Eurico, contiene el Derecho romano vulgar, del cual se dieron frutos como la obra “*interpretationes*” que contiene comentarios al Código de Teodosio, esto en el siglo V³⁰.

un co-emperador (*Augusto*) y que a su vez este designaría un *Cesar* para que le sucediera, dos *Augustos* y dos *Cesares*.

²⁸ ADAME GODDARD, Jorge., op. cit., pp. 47-48.

²⁹ Francia, España, sur de Alemania y sur de Inglaterra.

³⁰ ADAME GODDARD, Jorge., op. cit., p. 48.

VI. La compilación justiniana y el orden a las fuentes del derecho: *corpus iuris*

Justiniano fue el emperador romano cuyo reinado se ubica entre 527 a 565, encargó a su colaborador Triboniano poner orden en las fuentes del derecho, de este jurista se presume que tenía la una de las bibliotecas más importantes en Constantinopla, gracias al trabajo de este hombre y una comisión formada por diez hombres de las escuelas de Berito y Constantinopla se logró la colección jurídica más importante de todos los tiempos y se le denominó “*compilación justiniana*”, esta se encuentra estructurada por cinco fuentes principales: 1.- *el Codex de Justiniano*; 2.- *Cincuenta Decisiones*; 3.- *las Instituciones de Justiniano*; 4.- *el Digesto o Pandectas*; y, 5.- *las Novellae*.

El emperador ordenó la modernización el *Código de Teodosio* y es de aquí que surge el Código de Justiniano en el año 529 d.C., recordemos que a su vez el *Codex Theodosianus* fue producto de la colección de constituciones del *Codex Gregorianus* y el *Codex Hermogenianus*. Una segunda versión se obtuvo del Codex en el año 534, se decía que tuvieron que agregar las constituciones promulgadas por Justiniano. A este último Codex también se le conoció como

Codex Repetitae Praelectionis, consta de doce libros en honor a la Ley de las XII Tablas³¹.

En lo que respecta a las *Cincuenta Decisiones*, este fue un documento de 530 o 531 d.C. que contiene una serie de constituciones, publicadas para resolver cuestiones controvertidas en la aplicación de las disposiciones del *Código*, presenta una serie de aclaraciones y resuelve contradicciones que contenía el propio *Codex*, era una forma de resolver los problemas de la práctica jurídica³², cuestión señalada por Margadant y Panero Gutiérrez³³, que se presentaban en su entramado de normas jurídicas debido a las interpolaciones y actualizaciones de las constituciones imperiales, por lo que una vez satisfecho esto - aparentemente- la labor estaba terminada.

Las *instituciones de Justiniano* se promulgan al mismo tiempo que el *Digesto* en el 533 d.C., dichas instituciones fueron una modernización de las *Institutas de Gayo*, a su vez este autor presentó en cuatro libros los principios elementales o básicos en la enseñanza del derecho, razón por la cual tuvo tanto éxito, en el primer libro contiene el título de personas; el segundo y tercero, sobre las cosas; y, el

³¹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*, México, Guada Impresores, S.L., tercera edición, 2004, p. 113.

³² MARGADANT, Guillermo F., op. cit., pp. 118.

³³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo., op. cit., p. 113.

jurisprudencia: desde la ley de las XII tablas hasta la Ley de las Siete Partidas cuarto, sobre las acciones³⁴. Estas últimas aun tan necesarias su conocimiento en la práctica judicial actual.

Al emperador romano Justiniano se le ocurrió un proyecto mucho más ambicioso: seleccionar dentro de toda la voluminosa literatura clásica, las obras de juristas más destacados sin limitarse a los autores mencionados en la ley de citas, de esta forma surgió el *Digesto (latín)* o *Pandectas (griego)* promulgado en 533 d.C., este título significa en latín “*distribución sistemática*”; y, en voz griega “*libros que contienen todo*”³⁵, siempre fue importante contar con las opiniones y disertaciones jurídicas de los juristas que aportaban su conocimiento al derecho, en otras palabras, era la jurisprudencia en el sentido explicado, actualmente la llamamos *doctrina, doxa* o *dogmática jurídica*.

Por último, las *Novellae*, “nuevas leyes” o “enmiendas”, fueron producto de la actividad legislativa de Justiniano, se calcula que sobreviven aproximadamente 168 constituciones con las cuales se sigue innovando el derecho.

A la compilación jurídica justiniana se le llamó *Corpus Iuris*, en la Edad Media se le identificó como *Corpus Iuris Civilis* por la única razón de diferenciarla del *Corpus Iuris Canonici*, este último derecho florece a partir de la

³⁴ *Ibidem*, p. 112.

³⁵ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., tercera edición, séptima reimpresión, 2000, p. 109.

caída del imperio romano de occidente, como es de conocimiento general, en el 476 d.C. es depuesto el último emperador romano de nombre Rómulo Augusto por el capitán germano Odoacar.

Este punto es importante porque es precisamente por el atraso cultural de occidente -ante la llegada de las olas migratorias de barbaros- que el Derecho romano queda parcialmente en el olvido, la producción canónica se atribuye a la Iglesia Católica, la que tuvo que innovar el derecho por necesidad mediante cánones producidos en concilios o actividad papal. Al efecto, la fusión del Corpus Iuris (de Justiniano) con el Corpus Iuris Canonici dio como resultado una compilación que se llamó el *Ius Commune*, dicho con otras palabras fue el derecho común de los pueblos de Europa³⁶, particularmente en España.

VII. Glosadores, Ultramontani y Posglosadores del siglo XI: el *Digesto* y su estudio en Italia

Aunque se ha mencionado la producción sistemática y destino de las leyes en Roma, siempre lo exponemos al lado de la labor de los jurisconsultos quienes con sus aportaciones dan soporte a la aplicación fáctica del derecho. Por esta razón nos atrevemos a reseñar brevemente que después de la muerte de Justiniano (565 d.C.) el Corpus Iuris fue víctima

³⁶ ADAME GODDARD, Jorge., op. cit., p. 18.

de múltiples intromisiones, de manera sencilla pero diligente, Luis Rodolfo Arguello explica que en esta segunda vida del Derecho romano dicho cuerpo jurídico fue traducido del latín al griego, curiosamente la obra era bizantina pero escrita en latín.

Esta labor rebasó los designios del emperador quien amenazó con penas severas a quienes fueran más allá de la intención del legislador; sin embargo, aparecieron índices, comentarios y paráfrasis; resúmenes e índices atribuidos a Teófilo y Doroteo (autores de las *Institutas de Justiniano*), asimismo a Cirilo y Estefano (profesores de Constantinopla), otros anónimos -entre ellos- a alguno se atribuye una obra intitulada “*Las Contradicciones del Digesto*”, tan solo por citar algunas de estas obras de gran influencia jurisprudencial tenemos: “*Paráfrasis de Teófilo*”, “*Egloga*”, “*Prochiron*”, “*Epanagoge*”, “*Las Basílicas*” y “*Hexabiblos*”³⁷.

Mientras tanto en Europa Occidental, después de la invasión de los germanos, la aplicación del Corpus Iuris no era precisamente una opción, el derecho germánico primitivo, sus primeras codificaciones y los restos del Derecho romano conformaban los pseudosistemas jurídicos -de mala sistemática- provocan que Irnerio, un filólogo profesor de la universidad de Bolonia, llame la atención de

³⁷ ARGÜELLO, Luis Rodolfo., op.cit., pp. 117-120.

sus colegas con un ejemplar del *Digesto*, el cual descubre en la biblioteca de Pisa el llamado “manuscrito pisano”, después se le llamó “manuscrito florentino”³⁸, pues bien este monje tuvo como discípulos a Búlgaro, Martino Gosia, Jacobo de Porta Ravenata y Hugo de Alberico. Con ellos se inicia la escuela de los glosadores.

Los glosadores colocaron en el texto del *Corpus Iuris* sus explicaciones, comentarios, ejemplos, definiciones de palabras y en general buscaban aclararlo. En este trabajo -glosas- tenían la forma de una escritura que se colocaba interlineal o marginalmente, la obra quedó aclarada entre 1090 y 1230 d.C. gracias a la estructuración y orden que puso en las glosas un monje de nombre Acursio, su trabajo recibió el título de “La Gran Glosa de Acursio”³⁹, gracias a Irnerio y los glosadores la Universidad de Bolonia se convierte en el centro de enseñanza del Derecho romano en Europa con cerca de 7,000 alumnos se inicia la evangelización iusromanista⁴⁰.

Tiempo después aparece la breve escuela de los ultramontani representada por Jaques Revigny (1220-1296) y Juan Faber, estos juristas se empañaron a aplicar a problemas de la práctica contemporánea los principios de

³⁸ *Ibidem*, p.121

³⁹ MARGADANT, Guillermo F., *op.cit.*, p. 141.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 140.

Derecho romano⁴¹. La historiadora jurídica Beatriz Bernal agrega un autor más de nombre Pedro Bellapértica, explica que esta escuela llamada también escuela de Orleans empleaba la lógica y dialéctica en la interpretación de las fuentes justinianeas⁴², esto por la influencia de una obra de Aristóteles aparecida en esa época probablemente *El Organón*.

Conocida también como escuela de los comentaristas o dictaminadores, da inicio la escuela de los Posglosadores con exponentes como Cino de Pistoia (1270-1337), Bártolo de Sasoferrato (1314-1357) de quien se creó una especie de máxima: “*nullus bonus iurista, nisi sit Bartolista*” que significa: “*nadie puede ser un buen jurista sin ser Bartolista*”⁴³, otro jurista Baldo de Ubaldis (1327-1400) figura como uno de sus discípulos, se decía también que “vender su Bártolo” equivalía a retirarse de la práctica jurídica⁴⁴. La metodología se centró en aplicar la dialéctica escolástica, realizaban interpretaciones restrictivas y extensivas pero sin buscar clarificar la letra del texto, en este caso del *Corpus Iuris*, se adentraban al sentido y resolución

⁴¹ *Ibidem*, pp. 141-143.

⁴² BERNAL, Beatriz. *Historia del Derecho*. Colección Cultura Jurídica, México, 2016, [en línea]. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3263-historia-del-derecho-coleccion-cultura-juridica> [consulta 19 de mayo de 2017] p.113.

⁴³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo., op.cit., pp. 120-121.

⁴⁴ MARGADANT, Guillermo F., op. cit., p. 144.

de los problemas en la práctica del derecho de su época, en palabras de Panero Gutiérrez son los padres del método deductivo y la jurisprudencia de conceptos⁴⁵.

VIII. La jurisprudencia del derecho visigodo en España

Se expuso en líneas anteriores la forma en que fue evolucionando la práctica de la jurisprudencia en Roma, y del cómo se hizo indispensable durante muchos siglos su estudio incluso en la Edad Media. El Derecho romano florece gracias al estudio de la jurisprudencia, aquellos jurisconsultos que comienzan a innovar, proyectan la tradición *iusrromanista* por más de mil años hasta la Alta Edad Media, la necesidad de conocer el sistema jurídico romano es todavía un bastión importante en la aplicación del derecho en nuestros tribunales primordialmente en materia civil, máxime si la propia Constitución Política mexicana establece la posibilidad de invocar los principios generales del derecho, esto, a falta de ley o la interpretación jurídica de la misma.

Después del derecho justiniano 527 a 534 d.C., la época de los Glosadores del siglo XI (quienes aclaran el *Corpus Iuris*), Ultramontani y Posglosadores, debemos mencionar el derecho germánico y el derecho canónico, ambos de suma importancia. Hablar del *Ius Commune* es

⁴⁵ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo., op. cit., p. 121.

explicar cómo el *Corpus Iuris* de Justiniano viene a fusionarse con el *Corpus Iuris Canonici*, posteriormente este derecho común viene a formar parte del derecho español, el cual recibe la influencia del derecho visigodo por la invasión de estos en Europa.

En efecto, a esta penetración del ordenamiento romano en Europa continental se le llamó también el fenómeno de la “recepción del derecho”⁴⁶, en 1495 el Tribunal Imperial de Alemania reconoce como ordenamiento vigente el *Corpus Iuris*⁴⁷; Francia recibe la influencia del Derecho romano vulgar mediante el *Breviarium de Alarico* de 506 d.C., tuvo dos sistemas: el meridional (derecho escrito) y el septentrional (fundado en las costumbres germanas), hasta la sanción del Código de Napoleón en 1804⁴⁸; a España llega con la *lex romana visigothorum*, o si se quiere decir el *Breviarium de Alarico*, llamado así en honor a el rey Alarico 484-507 d.C., quien lo promulga, fue hijo de Eurico quien también fue un rey visigodo.

IX. La influencia del Breviarium de Alarico en el Fuero Juzgo

Antes de hablar del derecho español, conviene hacer una breve exposición histórica del derecho de los godos y del

⁴⁶ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁴⁸ *Ídem*

cómo este recibe la influencia del Derecho romano particularmente de la jurisprudencia romana.

Mucho se discutió acerca de quien había sido el primer rey godo que legisló de manera escrita, nótese que los germanos en el siglo VI todavía se regían por usos y costumbres, un derecho consuetudinario bastante primitivo, muy inferior al sistema *iusrromanista* ya muy depurado en esa época. El padre Juan de Mariana en su obra *Historia de España* sostiene que fue el rey Alarico el primero en poner por escrito las leyes, según dijo:

Fue el primero de los reyes godos que estableció y promulgó leyes por escrito, recopiló en suma y publicó el código de Teodosio á 3 de febrero del mismo año que fue muerto, porque antes del (sic) en paz y en guerra acostumbraban a gobernarse lo godos a fuer de otras naciones bárbaras por las costumbres y usanzas de sus mayores y antepasados⁴⁹.

Ahora bien, el *Brevario de Alarico* también se conoció con el nombre de “ley romana”; en efecto, las leyes de este *brevario* todas eran romanas este rey las había obtenido precisamente del *Código de Teodosio* o *Codex Theodosianus* como nos referimos anteriormente, este mismo *codex* fue el producto de las constituciones imperiales -particularmente de las *responsa* de los jurisconsultos (con la autoridad del emperador)- del *Codex Gregorianus* como se dijo integrado por las constituciones de 193 a 302 d.C. y el *Codex*

Hermogenianus por las constituciones de 293 a 294 d.C., es precisamente la *iurisprudentia* dictada desde el palacio imperial de tres clases: las *decretas*, *suscriptiones* y *rescriptas*⁵⁰ -o -si se quiere llamar- *las responsa*. Las primeras eran sentencias emitidas por el tribunal imperial y formaban el precedente que normaría el criterio de aplicación del derecho en los casos subsecuentes; las otras dos eran contestaciones que daban por escrito al público los jurisconsultos romanos a quien lo solicitaba. Ahora sabemos que formaron el código de Alarico.

Después de Eurico y Alarico no hay datos de legislaciones escritas por los reyes subsecuentes, hasta Leovigildo quien corrigió, reformó, agregó y quitó leyes superfluas, se cuenta que Cironio revocó las leyes de Leovigildo según se desprende del canon XVI del Concilio de Toledano Tercero, al parecer el texto de Leovigildo cautivaba a los ciudadanos hacia la herejía arriana. No parece haber otra legislación que las colecciones de Eurico y Leovigildo hasta Chindasvinto, incluyendo en estas la ley de Recaredo⁵¹.

⁴⁹ Fuero Juzgo, en latín y castellano, por la Real Academia de la Lengua Española, España, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. 1815, p. IX

⁵⁰ Las *suscriptiones* y las *rescriptas* fueron exactamente lo mismo, contestaciones (o respuestas) que los jurisconsultos hacían a la solicitud del público, las primeras se hacían en la misma hoja y las segundas en hoja aparte.

⁵¹ *Ibidem*, p. XXXVI-XLIV

La trayectoria del derecho visigodo es muy nutrida, fue producida principalmente por los Concilios de Toledo III, IV, VI, X, XII, XVI y XVII; con reyes que forzaron la incorporación de leyes y códigos -entre otros- Liuva II, Wicterio de Liuva, Gundemaro, Chindasvindo, Sisenando, Sisebuto, Recesvindo, Ervigio, entre otros. Algunas reglas codificadas en el Fuero Juzgo fueron tomadas directamente del Brevario de Alarico y este a su vez del *Codex Theodosianus*, como por ejemplo la norma que establece: si dos se desposaren y antes de celebrarse el matrimonio muere el esposo habiendo besado a la esposa, gana esta la mitad de todo lo que le donó el esposo⁵².

El Fuero Juzgo fue de uso, autoridad y observancia dentro y fuera de España, aunque existen muchos comentarios acerca de una cierta prohibición del derecho visigodo en España, cierto es que aun y cuando los árabes invadieron y sojuzgaron España a principios del siglo VIII, existieron dos cosas que respetaron: la religión católica y las leyes con las cuales se regían los ciudadanos, esto es el Fuero Juzgo o si se prefiere decir el *Liber Judicum*, que significa “el Libro de los Jueces”. Para los ciudadanos de la región visigoda de Toledo era claro que este era el documento con el cual los jueces juzgaban los pleitos⁵³.

⁵² *Ídem*

X. El Fuero Juzgo y el criterio de aplicación del derecho a falta de norma

Algunas partes del Fuero Juzgo llaman poderosamente la atención por la claridad y sencillez en que eran tratados los temas de administración de la justicia, las cualidades subjetivas del legislador, el objeto de la ley objeto y observancia de la ley.

Respecto del legislador a quien llama el fazedor de las leyes, deviene una serie de cualidades intelectuales y hasta morales, pareciera que el crear la legislación tenía tal delicadeza que no podían permitir la participación de impíos en ella, así en el capítulo IV, del Título I, del Libro I, cita:

IV. De que vida debe seer el fazedor de las leyes. El fazedor de las leyes, en el fazer de las leyes debe catar á Dios, é á su alma. Debe seer muy percibido en dar consejo: debe seer compaciente a los menores, é debe seer comunal á los mayores he á los menores; que el debe catar la salud de todos, los puede mejor gobernar, é iudgar, cuidando de todos, que de pro de uno solamente⁵⁴.

Resultaría sumamente extraño que en la actualidad se cuestione la calidad moral de los legisladores; sin embargo, en la mayoría de las ocasiones el acto de crear una ley afecta directa o indirectamente los intereses sociales, estos en constante pugna con los particulares.

⁵³ *Ídem*

⁵⁴ *Fuero Juzgo*, en latín y castellano, por la Real Academia de la Lengua Española, España, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. 1815, p.2

De igual forma, hacen una curiosa descripción de la ley en el citado libro I, Título II, Capítulo II, con la tendencia religiosa, lo cual es de suponerse si al efecto el Fuero Juzgo fue producto esencialmente de los concilios toledanos, dicho ordenamiento define por ley lo siguiente:

II. Que cosa es la ley. La ley es por demostrar las cosas de Dios é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, e que muestra el derecho, é que faze, é que ordena las buenas costumbres, e gobierna la ciudad, é ama iusticia, y es maestra de virtudes, é vida de tod el pueblo⁵⁵.

En ese mismo sentido expone lo que hace la ley, quizás debiéramos entender esta parte como cuál es el objeto de la ley, en el Título II, Capítulo III, literalmente:

Que faz la ley. La ley gobierna la cibdad, é gobierna á omne en toda su vida, é así es dada á los barones, cuemo á los pequennos, é así á los sabios cuemo á los non sabios, é así a los fiiosdalgo cuemo á los villanos: é que es dada sobre todas las otras cosas por la salud del príncipe é del pueblo, é reluze cuemo el sol en defendiendo á todos⁵⁶.

El tratamiento de igualdad en la aplicación de la ley hace patente que la observancia de la misma no es exclusiva del pueblo, incluso, el propio rey debe respetarla.

Por otra parte, describe el Fuero Juzgo en el Título II, Capítulo IV, la publicidad de la ley y señala las características particulares de la misma, incluye en ello

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

calidades subjetivas que la ley no puede tener por su carácter objetivista, sin embargo, la puntualiza cual si fuese alguien y no algo:

IV. Qual debe ser la ley. La ley debe seer manifiesta, é non debe ninnguno seer engannado por ella. Et debe seer guardada segund la costumbre de la ciudad, é debe seer conveniente al lugar, é al tiempo, é debe tener derecho, y igualdad, é debe ser honesta, e digna, é provechosa, é necesaria. E debe omne ante catar, si aquello que ella demuestra nasce mas por pro adelante, que por damno. Que entienda omne, si terná mas pro que nuzimiento, é si manda tener honnstad, o si se pued tener sin peligro⁵⁷.

Es entendible que el que el Fuero Juzgo contenga aseveraciones de índole religiosa o que tienen que ver con el *bien* y el *mal*, dado que fue producido en el seno de la religión católica mediante los concilios toledanos, se puede apreciar en el Título II, Capítulo V, del mismo Libro, que a la letra dice:

V. Porque es fecha la ley. Esta fue la razón por que fue fecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, é que los buenos visquiesen seguramiente bentre los malos; é que los malos fuesen penados por la ley, é dexasen de fazer mal por el miedo de la pena⁵⁸.

Expresa claramente que todo hombre debe conocer la ley, nadie debe quedar sin castigo aunque alegue que no lo

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ *Idem*

sabía, esto implica que ante la observancia de la ley no se pueden alegar desusos y costumbres, o bien, argumentar su desconocimiento, poco a poco el Libro de los Jueces va proporcionando los criterios para resolver lo que expresamente no está concedido en la ley, el Libro II, Título I, Capítulo III, establece:

Que tod omne deve saber las leyes. Toda ciencia por derecho desama ignorancia, ca escripto es: el omne non quiso entender por fa. Onde desto se segue, que aquel que quiere entender, a sabor de quien fazer. E por ende ninguno no asme de facer mal, por dezir que non sabe las leyes, ni el derecho. Ca el que mal fiziere, non deve seer sin pena, maguer que diga, que non sabie las leyes ni el derecho⁵⁹.

Puesto que creemos que la jurisprudencia ha sido desde la antigüedad el arte de resolver las complejidades que se presentan en la aplicación del derecho, bien sea porque la norma es oscura, insuficiente o contradictoria; Todo sistema ha contado con un mecanismo para resolver el caso complejo, una revisión realizada al Fuero Juzgo, con la intención de encontrar cuál era el mecanismo que se tenía para resolver el caso no previsto en la ley, nos llevó hasta una disposición que prohíbe que los jueces intervengan en litigios no contenidos en la ley, esta disposición está prevista en el Libro II, Capítulo XI:

Que los iuezes non oyan nengun pleito, si non aquel que es contenido en las leyes. Ningun iuez

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 8.

non oya pleitos, sino los que son contenidos en las leyes, mas el señor de la cipdad, ó el iuez por sí mismo, ó por su mandadero faga presentar ámas las partes ante el rey, que el pleito sea tratado antel, é sea acabado mas aina, é que fagan ende ley⁶⁰.

Lo anterior no es exclusivo del Derecho romano, la historia demuestra que las épocas de crisis del derecho coincidían con la ausencia de jurisconsultos y la falta de jurisprudencia, se advierte la falta de un mecanismo que aligerara el trabajo judicial del rey, quien por su naturaleza no posee el conocimiento o instrucción suficientes, por deducción lógica obtenemos que el tiempo dedicado a cada pleito también es importante, mientras que la población del reino fuese de pocos habitantes el rey podrá realizar un trabajo relajado resolviendo lo que se presente para su juicio; pero, en medida que aumenta la población y se incrementa cada vez más los casos complejos laceran indudablemente la función jurisdiccional del rey.

XI. La jurisprudencia en la Ley de las Siete Partidas

La búsqueda de uniformidad en las legislaciones obligó al rey, Alfonso X *El Sabio* (1252-1284), a crear un cuerpo normativo para el reino de castilla denominado “Siete

⁶⁰ *Ibidem*, p. 14.

Partidas” (o simplemente Partidas)⁶¹, de las obras más importantes para los historiadores del derecho en razón a que su vigencia se extendió hasta el siglo XIX, incluso en Hispanoamérica, durante y hasta después de la conquista española en diversas regiones de Latinoamérica.

Solo para describir brevemente los rasgos más importantes de las Siete Partidas, debemos mencionar que su contenido era una mezcla de disposiciones en materia de derecho civil y otras de orden religiosa, la primera partida establece cómo deben ser las leyes, que virtudes deben tener estas, como mencionamos anteriormente en el Fuero Juzgo dan a la ley cualidades que objetivamente no puede tener, también define los usos y costumbres o al menos que parámetros debe reunir para ser considerados tales, reconoce la existencia de un derecho natural, derecho de gentes; y sobre todo, una clara inclinación hacia la fe y creencia en Dios como la Santísima Trinidad, agrega una serie de reglas que tienen que ver con los sacramentos de la iglesia⁶².

También el resto de las partidas como la segunda es propia de hablar de la dualidad del poder generando con ello una distinción del poder terrenal y el espiritual, deja clara la posición de los emperadores, reyes y señores. La tercera

⁶¹ *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, edición facsimilar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comité de Publicaciones y Promoción Educativa, edición original de Jofeph Thomas Lucas, en la Plaza de las Comedias, año 1758, partidas I y II, México, 2004.

⁶² *Ibidem*, partidas II, III, IV, V, VI y VII.

partida dicta los procedimientos, juicio, partes del mismo, sentencias, recursos y cuestiones de posesión, usucapión y prescripción. La cuarta contiene las normas relativas al derecho de familia, parentesco, matrimonio, patria potestad, posición de las personas: esclavos, clérigos, laicos, hidalgos, cristianos, moros, judíos, varón, mujer, y otros enfoques. La quinta contiene esencialmente contratos: compraventa, donación, hipoteca, mutuo, comodato, prenda y otros contratos mercantiles⁶³.

La sexta partida contiene todo el derecho sucesorio, testamentario e intestamentario, tutelas y curatelas. La séptima y última es dedicado í por entero al derecho penal, establece las hipótesis normativas que constituyen los delitos como el robo, homicidio, daños, estafas, adulterio, violación, incesto; también incluye las penas correspondientes contándose entre ellas la pena de muerte, azotes, prisión, confiscación de bienes y destierro⁶⁴.

La última partida, en el Título XXXIII, Regla XXXVI, establece la facultad de los jueces para resolver casos conforme fue resuelto otro pleito, esto siempre y cuando el caso sentenciado con anterioridad debe guardar semejanza en la ley que fue aplicada. Siempre es difícil encontrar la traducción fiel de la Ley de las Siete Partidas, hay discusiones al respecto y se recomienda tomar la versión

⁶³ *Ídem*

original; sin embargo, el castellano antiguo es de difícil comprensión, por otra parte, las versiones digitales en su mayoría están incompletas, tal es el caso del Título XXXVIII, Regla XXXVI, que no contienen las versiones digitales aun y cuando es un precepto fundamental, es la única disposición que instruye cómo resolver un caso que no está puntualmente previsto en la ley, textualmente:

Setena Partida. Tit. XXXVIII.

Regla XXXVI.

Que no fe fazen leyes fobre cofas que pocas vezes acaefsen.

Aun dixeron, que non fe deuen fazer leyes, fi non fobre las cofas que suelen acaecer a menudo. E porende non ouieron los antiguos cuidado de fazer fobre cofas que vinieron pocas vezes: porque tuuieron, que fe podría judgar por otro cafo de ley femejante, que le fallaffe efcrito⁶⁵.

Esta antigua norma es un referente sobre la fuente jurisprudencial tan indispensable para la aplicación del derecho, sugerimos que la traducción sea la siguiente:

Séptima Partida. Tit. XXXVIII.

Regla XXXVI.

Que no se hacen leyes sobre cosas que pocas veces suceden.

Aunque dijeron, que no se deben hacer leyes, sino sobre cosas que suelen suceder a menudo. Y por ende los antiguos no tuvieron el cuidado de hacer leyes sobre cosas que ocurren pocas veces: porque asumieron, que se podría juzgar por otro caso de ley semejante, que faltare por escrito.

⁶⁴ *Ídem*

⁶⁵ *Ibidem*, Partida VII, p. 286.

Este es el tipo de jurisprudencia que remite a la solución de casos anteriores para resolver el actual, ello utilizando analógicamente los juicios que sirvieron para dilucidar un pleito semejante, es la posición de resolver con los mismos razonamientos jurídicos, esto se acerca a aquel principio de Derecho romano *ubi eadem ratio, ídem ius*, pues donde existen las mismas razones deben prevalecer las mismas disposiciones, la jurisprudencia -como se expresa en la Ley de las Siete Partidas- hace una curiosa explicación en la que indica que regularmente las leyes son creadas para regular hechos que suceden frecuentemente; pero, toma en consideración que hay casos no previstos en la ley, y para su solución es válido juzgarlos por otro caso de ley semejante, esta es la autorización al juzgador para utilizar el precedente judicial.

Pero, más que nada deja claro que la ley no es infalible en su claridad, el colmar las lagunas, aclarar y hasta resolver las posibles antinomias son tareas del hombre prudente.

XII. Conclusión

En el estudio del derecho casi siempre predicamos la importancia de la ley, cuestionamos su validez, la manera en que se colisiona con otras leyes y hasta su inconstitucionalidad; pero, la historia demuestra que siempre fueron necesarios los hombres prudentes, por ellos fue

posible el derecho y su aplicación, la aportación de una *iurisprudencia* en el sentido explicado da sentido y forma al derecho como praxis social.

Muchos siglos han pasado desde aquellos primeros jurisconsultos romanos, sus aportaciones cobran fuerza desde la jurisprudencia en el sentido explicado que hoy conocemos como doctrina (*doxa, dokeim*), se vuelve elemental para nuestro ejercicio profesional sobre todo aquella que posee la suficiente profundidad heurística. Este estudio reveló que en la misma medida en que se vulgarizó la jurisprudencia se empobreció el derecho.

De igual forma, la crisis del Derecho romano tuvo que ver con la ausencia de los jurisconsultos que produjeran la jurisprudencia en el sentido explicado, más tarde las mismas contestaciones producidas por los jurisconsultos que trabajaron dentro de la cancillería imperial constituyeron una importante fuente para el Brevario de Alarico de 506 d.C. (entre los godos llamado “Derecho romano”), más tarde Justiniano en 527 d.C. ordena la tan necesaria compilación jurídica para poner orden a las fuentes del derecho, cuya mayor preocupación fue jurisprudencial-doctrinal.

El hombre prudente fue y es el alma de la producción jurisprudencial. El Fuero Juzgo o -también llamado- Libro de los Jueces, deja de manifiesto no solamente del cómo debe ser el legislador sino también el juez, sus virtudes y

jurisprudencia: desde la ley de las XII tablas hasta la Ley de las Siete Partidas valores. Por último, la Ley de las Siete Partidas propone - bajo el esquema de aplicación *a simili* del derecho- la opción jurisprudencial tomando en cuenta el precedente judicial y autoriza extender la idea de resolver conforme al criterio de mismas razones, mismas disposiciones: *ubi ídem ratio, eadem ius*.

XIII. Fuentes de Investigación

- Bibliográficas

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho romano*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., tercera edición, séptima reimpresión, 2000.

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, España 1758, Partida VII, México, 2004.

Fuero Juzgo, en latín y castellano, por la Real Academia de la Lengua Española, España, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. 1815.

MARGADANT, Guillermo F. *Panorama de la historia universal del derecho*, México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. de C.V., séptima edición, 2004.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*, México, Guada Impresores, S.L., tercera edición, 2004.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- **Electrónicas**

ADAME GODDARD, Jorge. *Curso de Derecho romano clásico I*, México, 2009, [en línea]. Disponible en: http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/ [consulta 06 de mayo de 2017].

ADAME GODDARD, Jorge. Las sentencias de Paulo, Cuadernos del Instituto de Investigaciones de la UNAM, año II, número 4, enero-abril 1987, [en línea]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1749/3.pdf> [consulta 06 de mayo de 2017].

BERNAL, Beatriz. *Historia del derecho*. Colección Cultura Jurídica, México, 2016, [en línea]. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3263-historia-del-derecho-coleccion-cultura-juridica> [consulta 19 de mayo de 2017].

LÓPEZ, Gregorio. (Glosador), *Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio*, glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de Indias de S.M., Tomo I, que contiene la 1ª.y 2ª. Partida, España, 1843, [en línea]. <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/sietePartidasP1.pdf>>, [consulta 06 de junio de 2017]



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
CHIHUAHUA



Facultad de
Derecho

Ug
UBI SOCIETAS IBI IUS