FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL DERECHO PRIVADO

Silvana Caro Cabrera

2008

INDICE

Introducción 6

Capítulo I

FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO EN EL DERECHO ROMANO

1. Observación sobre el órgano jurisdiccional, Magistrados y jueces. 8

1.1. La organización Judicial Romana. 9

1.2. Magistrados y jueces en el procedimiento ordinario. 9

1.3. Jueces del procedimiento extraordinario. 16

1.4. Arbitraje por compromiso. 18

1.5. Otros órganos jurisdiccionales: Obispo, Jurisconsultos y Abogados. 19

2. Importancia de las Fuentes en el Derecho Romano y sus Proyecciones en las Distintas Épocas. 21

2.1. Época Antigua. 22

2.2. Época Pre-Clásica. 25

2.3. Época Clásica. 33

2.4. Época Post-Clásica. 39

Capítulo II

RELACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO CON LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN SU EVOLUCIÓN INTERNA.

1. Periodo Quiritario y Pre-clásico: Fundamentación de las sentencias durante el procedimiento de las acciones de la ley. 48

1.1. Periodo Quiritario. 48

1.2. Periodo Pre-clásico. 50

2 Periodo Clásico. 55

2.1. El catálogo de acciones desarrollado en la era clásica. Tipicidad de la acción y procedimiento por fórmulas. 57

2.2. El juez frente a las acciones típicas o específicas. 60

3. Periodo post-clásico: Fundamentación de la sentencia del juez. el procedimiento extraordinario. 62

Capítulo III

FUENTES DEL DERECHO EN EL RENACIMIENTO JURÍDICO. ÉPOCA DEL DERECHO COMÚN. SU APLICACIÓN EN EL FORO

1. Escuela de los Glosadores. 64

2. Escuela de los Post-Glosadores o Comentaristas. 66

3. Cultura jurídica. Recepción del Derecho Común y práctica judicial. 68

4. Proyecciones de la recepción del *ius commune* en el devenir jurídico europeo. 72

Capítulo IV

EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

1. Desarrollo del *ius* naturalismo racionalista. 76

2. Del naturalismo racionalista al positivismo. La fundamentación de las sentencias en los siglos XIX y XX Portalis y su admisión de equidad. 80

2.1. Vigencia del derecho natural en carácter de supletorio del derecho positivo. 80

2.2. La hegemonía de la ley como fuente del derecho. 82

3. La equidad integradora en el derecho chileno. Pensamiento de Andrés Bello. 84

3.1. Pensamiento de Andrés Bello. 84

3.2. Vigencia de la equidad natural en el derecho chileno. Su aplicación por la jurisprudencia en el devenir del siglo xx. 86

3.3. La fundamentación del fallo en equidad, antecedentes y evolución en la jurisprudencia nacional. 87

3.4. Bases de procedencia de la equidad en la ley y en concepto de la jurisprudencia nacional. 88

3.4.1. Integración de la ley en el derecho codificado. 88

3.4.2. Fundamentación del fallo integrador en un precepto de carácter interpretativo, el art. 24 del Código Civil. 89

3.4.3. Algunos ejemplos de fallos que fundan la equidad integradora en el art. 24 del código civil. 91

3.4.4. Aplicación del artículo 170 Nº5 del Código de Procedimiento Civil para fundamentar el fallo en Equidad. 93

Conclusiones. 95

Bibliografía. 97

INTRODUCCIÓN

Las fuentes del derecho que los jueces invocan para fundamentar sus sentencias, no parecen ceñirse siempre a la norma establecida por el órgano legislativo, a la ley.

En el devenir histórico jurídico occidental, y más precisamente en el ámbito influido por el derecho romano, la ley parece imponerse sobre las otras fuentes sólo a partir de la época de la codificación.

La orientación de la presente tesis será el análisis de las fuentes influyentes en la práctica o realidad jurídica es decir, de aquellas efectivamente invocadas por los jueces, en diversas etapas de la evolución jurídica occidental, comenzando por el devenir interno en la sociedad política romana, sus diversos períodos de evolución y la presencia efectiva que una u otra fuente tiene en la práctica judicial.

Después, la temática se orientará a desarrollar igual análisis en la fase medieval, pero sólo en la época en que el Derecho Romano vuelve a influir –atendido su redescubrimiento- en el contexto europeo: La Baja Edad Media o Renacimiento jurídico.

La investigación proseguirá en la línea de la aplicación de las fuentes jurídicas en la realidad judicial en la época moderna y se analizará de manera especial la fase codificatoria en el inicio de la época contemporánea.

Inicialmente, la tesis comprenderá el análisis de la codificación en el Derecho chileno, con el estudio de la fuente equidad como integradora de los vacíos legales y la diversa posición que la jurisprudencia ha tenido en el transcurso del siglo XX, particularmente en los fallos de los Tribunales Superiores de justicia: Corte Suprema y Cortes de Apelaciones.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO I

FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO EN EL DERECHO ROMANO

1. OBSERVACIÓN SOBRE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, MAGISTRADOS Y JUECES

La organización política en Roma, estuvo marcada por sus cambios de regímenes, los que se comprenden desde su fundación, hasta la muerte del emperador Justiniano abarcando así, una época de monarquía que se extendió desde el 753 a.C. al 510 a. C., luego tenemos una época de gobierno republicano que se extendió desde el 510 a.C. al 27 a. C., y el principado que se extendió desde el 29 a. C. al 565 d. C..

A diferencia de la marcada evolución política, en Roma el derecho privado no presenta esta característica, pues no mutó

conjuntamente con el devenir político y sus marcados cambios de regímenes, sino que evolucionó gradualmente y siempre congruente con el sentimiento de lo justo (*iustus*), para la conciencia social de cada época histórica.

1.1. La Organización Judicial En Roma

El proceso privado en Roma contemplaba dos clases de procedimiento, el Ordinario y el Extraordinario, siendo el primero de ellos constituido por el procedimiento de las *legis actiones* (acciones de la ley) y por el procedimiento formulario, y el segundo por la *cognitio extraordinem*.

A diferencia del procedimiento extraordinario que se desarrollaba en una sola etapa ante un representante del estado, el procedimiento ordinario constaba de dos etapas: la primera *in iure*, se desarrollaba ante el magistrado y en ella se fijaba la cuestión controvertida, la segunda se desarrollaba ante el juez *apud iudicem*, quién conocía de los hechos y dictaba sentencia.

1.2. Magistrados y jueces en el procedimiento ordinario

La primera etapa en este procedimiento se desarrolla ante el magistrado, quién en el período de la monarquía etrusca el fue el *rey,* quien además ejercía como máximo juez supremo, éste en su labor actuaba asesorado por el *colegio de los pontífices*. Durante la república los magistrados eran los *cónsules*, llamados originariamente *praetores*, los cuales ejercían sus cargos en forma rotativa y por períodos de un mes. La expansión romana llevó a la necesidad de contar con un número superior de magistrados por lo que se creo en el año 367 a.C. un nuevo magistrado, el *pretor* especie de colega menor de los cónsules, quién ejercía la jurisdicción contenciosa, la no contenciosa la conservan los cónsules, el *pretor* ejercía jurisdicción en todos los territorios de dominio romano, que al ser estos tan extensos, debía nombrar representantes en cada uno de ellos, estos eran llamados *Praefecti Iure Difundo*. En la misma época se crean los *ediles curules*, quienes ejercían la jurisdicción en materia de comercio.

En el siglo III a. C. año 242 a.C. se crea un nuevo pretor, el cual tenía por misión conocer de los asuntos entre ciudadanos romanos y peregrinos y entre estos últimos, a quién debía conocer de los asuntos entre ciudadanos y peregrinos se denominó *pretor urbano* y al encargado de conocer de los asuntos entre peregrinos se le llamó *pretor peregrino.* Mientras en las provincias, que eran

dominios de Roma fuera de Italia la jurisdicción la ejercen los gobernadores, directamente o delegándola en un *quaestor* o en un *legatus*.

En el siglo I a.C., al concederse la ciudadanía a todos los italianos, los núcleos urbanos de la península se organizan como municipios en los que en la más alta jerarquía estaban los magistrados jurisdiccionales, los *duoviri iuri dicundo*, desapareciendo así los *praefecti* quienes representaban al pretor.

Sin embargo éste conserva el conocimiento de los negocios de especial importancia en Roma.

Al dividirse las provincias en el año 27 a.C, la jurisdicción la ejerce el gobernador, quién normalmente era representado por un *legatus* en los asuntos contenciosos y por un *cuestor* en los comerciales. El emperador es quién ejercía la jurisdicción en las provincias imperiales y lo hacía a través del *legati iuridici* o del gobernador que él designaba y que actuaba asesorado por un consejo. Los *duumviros* eran quienes tenían la misión de ejercer jurisdicción con ciertas limitaciones, en las provincias que antes eran indígenas y que ahora al ser de dominio romano, también se organizan formando municipios.

Los magistrados superiores romanos se encontraban investidos de ciertos poderes para ejercer jurisdicción, entre los

cuales destacamos el *imperium*, que es la facultad de hacer cumplir lo que deciden y la *iuridicto*, facultad de oir a los que intentan acciones, de organizar el procedimiento y de remitir el asunto, si es contencioso a un juez. En virtud del *imperium* pueden ordenar o prohibir actos y castigar con multas a quién no se atenga a sus mandatos.

Con respecto a la *iuridicto* se distingue una jurisdicción contenciosa y una no contenciosa o voluntaria, el magistrado es quién autoriza una serie de actos rituales que se realizan ante él para que tenga eficacia el proceso.

La actuación del magistrado en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa se puede resumir en tres palabras: *do, dico, addico*. *Do* es la palabra empleada para remitir el litigio al juez; *dico* significa la atribución a uno de los litigantes de la posesión provisoria de la cosa disputada y *addico* es la expresión para adjudicar la cosa, o la persona misma del demandado en ciertos casos, al demandante cuando el primero no se ha defendido convenientemente. En esta jurisdicción, además el magistrado esta sujeto en su actuar a diversas normas reglamentarias, como que no puede dar audiencias de noche ni en los días nefastos, que son aquellos establecidos en el calendario como festividades religiosas o destinadas a la celebración de comicios o de mercado, los días fastos, aquellos en

que el pretor puede actuar, tiene la posibilidad de hablar y decir las tres palabras solemnes *do*, *dico* y *addico.* En el siglo III a.C. atendido el aumento de los días nefastos, se autorizó el ejercicio de la jurisdicción en días de comicio y de mercado. César, Augusto y Claudio aumentaron el número de los días fastos, los que llegaron a fijarse en 130 por un senadoconsulto promulgado bajo Marco Aurelio.

El tribunal en Roma se ubicaba en el *comitium,* el lugar del foro donde se reúnen los *comicios curiados,* al aire libre, posteriormente lo hacen en una basílica. Se instala con su silla curul sobre una plataforma. En las provincias el gobernador o sus substitutos establecen un tribunal en la capital y en ciertas épocas predeterminadas, en algunas ciudades que son cabeza de una circunscripción judicial: *conventos iuridictus.*

La competencia de los tribunales se determinaba atendiendo a la materia, la cuantía y el territorio. En cuanto al territorio por regla general es competente el Tribunal del domicilio del demandado, sin embargo si las partes de común acuerdo han fijado un lugar para el pago será competente el Tribunal de dicho lugar. En relación a la cuantía, los magistrados municipales conocen de los asuntos de 10.000 hasta 15.000 sextercios, según el lugar, de los asuntos de mayor cuantía conocen los magistrados de Roma, no

obstante las partes de común de común acuerdo, pueden prorrogar la competencia de los magistrados municipales (*prorrogatio fori*), haciéndolos competentes, si no se produce la prorroga, el demandante cita al demandado ante el magistrado municipal quien lo obliga a prometer que comparecerá en día determinado ante el magistrado de Roma.

En los asuntos de jurisdicción no contenciosa el magistrado no está sometido a las reglas anteriores de tiempo y lugar, inclusive se le permite realizar un acto no contencioso en que tenga interés ante sí mismo.

La segunda etapa del procedimiento ordinario está a cargo del juez, una vez que el magistrado ha conocido del asunto y se ha trabado la cuestión controvertida, envía a los litigantes ante el juez privado encargado de recibir y apreciar la prueba, para luego dictar sentencia. En Roma se crearon Tribunales de carácter especial los que conocían de ciertos asuntos, así tenemos: El *iudex unus*, este juez era escogido por los litigantes, el demandante iba citando nombres de una lista de jueces "*album iudicum"* hasta que el demandado convenía en uno. Tenía gran importancia política la condición de juez, el *album* más antiguo era la lista de senadores en 103 a.C. por la *Lex Sempronia judiciaria* se estableció que estaría formado por trescientos senadores y seiscientos caballeros,

en 108 a.C. por la lex *Servilia Glaucia* fueron excluidos los senadores y sus hijos y el *album* se compuso de cuatrocientos cincuenta caballeros que no tuvieran intereses extraitálicos, en el año 70 a.C. se dispuso que sólo comprendiese senadores, caballeros y ciudadanos notables. Bajo el imperio el *album* llego a contar con cinco mil nombres. Hay veces en que el *iudex unus* toma el nombre de *arbiter*, así en la *legis actio periudicisarbitribe postulationem*, que consiste en la petición de "juez o árbitro", éste goza de mayor facultad decisoria que el *iudex* en el desempeño del cargo. No se debe confundir con el *arbiter* privado que conoce de un asunto sometido a compromiso por la voluntad de los interesados, sin acudir al magistrado. Los *recuperatores*, este Tribunal se encontraba formado por tres o cinco miembros del *album iudicum,* en un principio conocían de asuntos internacionales, posteriormente también conocen de asuntos entre peregrinos, o entre ciudadanos y peregrinos, y en algunas causas de libertad. Las partes gozaban de la facultad de recusar a sus miembros. Los *decemviri stlitibus iudicandis*, Tribunal de carácter permanente que conocía de los juicios en que se pretendía hacer esclava a una persona que pasaba por libre. A comienzos del imperio este tribunal se incorpora al de los centunviros, desapareciendo su individualidad y sus miembros pasan a ser

presidentes de las secciones de los centunviros. Los *centumviri*, Tribunal de carácter permanente, constituido por más de cien miembros, llegó a contar con ciento ochenta bajo Tajano. Su competencia era de carácter preventivo con el iudex unus en asuntos sucesoriales y en general en las acciones reales y tenía como competencia propia la de las causa de libertad, que anteriormente conocían los *decemviros*. Un pretor "*praetor hastarius*", era quien presidía este Tribunal el que funcionaba dividido en secciones llamadas *hastae*, el distintivo de este tribunal era una lanza que se clavaba en la tierra en el lugar donde funcionaba. Este tribunal desaparece en el siglo III.

1.3. Jueces del procedimiento extraordinario

El procedimiento extraordinario se desarrollaba en una sola etapa, desaparecen las dos etapas *in iure* y *apud iudicem* del procedimiento ordinario. El juicio se lleva por un representante del estado encargado de administrar justicia, que no es magistrado ni ciudadano elegido por las partes. El origen de este procedimiento se remonta a la época imperial, donde el príncipe personalmente conocía de los asuntos o a través de un comisario que él mismo

designaba, así también otros funcionarios haciendo uso de la *cognitio extraordinem*, que durante el alto imperio coexistió con el ordinario, conocieron directamente de ciertos asuntos, como el prefecto de la ciudad, el prefecto de policía, el prefecto de la anona y los gobernadores de provincia. Se crearon en esta época además pretores especiales encargados de conocer las causas de libertad, tutelas y fideicomisos.

En el siglo III ya solo se aplica el procedimiento extraordinario, muestra de esto es que el pretor es reemplazado por el prefecto de la ciudad que pasa a ser el juez de competencia completa en Roma. Los magistrados que representan al pueblo fueron sustituidos por funcionarios dependientes del emperador, surge entonces la institución de la apelación.

En provincia los asuntos importantes aquellos de una cuantía mayor a 300 *aurei*, son de competencia del gobernador, pero también conocen de estos asuntos delegados del *praeses*, denominados *iudices pedane,* de los asuntos menores conocen los *duumviros* y cuando decae la organización municipal, el *defensor civitis*, de las resoluciones dictadas por estos jueces se puede apelar ante el superior jerárquico correspondiente, de los fallos de los *duumviros*, defensor o *iudicis pedanei* ante el *praeses*, de los fallos

de éste ante el vicario, jefe de la diócesis, y de los del vicario ante el prefecto el pretorio o el emperador.

Para el ejercicio de la función judicial todos los días eran hábiles, sin embargo Constantino prohibió que se ejerciera los días domingo y luego cuando el cristianismo se convirtió en religión oficial, tampoco se podía ejercer en los días de festividades religiosas.

1.4. Arbitraje por compromiso

Conjuntamente con los procesos oficiales ya establecidos existía un proceso privado, denominado arbitraje por compromiso a través del cual las partes acordaban mediante la celebración de un pacto *stipulatio* someter el asunto al conocimiento de un árbitro que ellas designaban, quien en el conocimiento de los asuntos no estaba sujeto a las normas legales, sino a aquellas en que las partes se hallan puesto de acuerdo en aplicar al respectivo caso. Al aceptar el árbitro dicho cargo, se configuraba un pacto pretorio llamado *receptum arbitri*, con lo que se puede obtener del pretor que apremie al árbitro, para el caso que no cumpla su cometido, icluso podía ser multado. En el derecho de Justiniano se establece

que las partes deben prestar el juramento de calumnia ante el árbitro, el que consistía en que si una de las partes no acata el fallo existe una acción emanada de la *stipulatio*, para hacerlo cumplir, además ante el incumplimiento se podía pactar una pena. Justiniano da valor ejecutivo a la sentencia emanada del árbitro y luego impone que se celebre la estipulación de una pena.

1.5. Otros órganos jurisdiccionales: Obispo, Jurisconsultos y Abogados

El Obispo, en calidad de árbitro conocía en única instancia de los asuntos que los cristianos que no recurrían a tribunales paganos sometían a su conocimiento, el proceso es oral, contrario a la costumbre de la época en que era escrito. En la época de Constantino esta jurisdicción tomó carácter de oficial, por una constitución del 318 la hace obligatoria cuando ambas partes están de acuerdo y por otra del 333 es obligatoria si solo una parte lo solicita incluso si un tribunal civil esta conociendo del asunto, posteriormente intentó limitar a los obispos la jurisdicción que no fuera eclesiástica, al caso de arbitraje por compromiso por una constitución de Arcadio y Honorio de 408, renovada por

Valentiniano III en 452. Por la autoridad que representaban los obispos en la época siguieron actuando como jueces con amplitud durante el bajo imperio en occidente, esto también ocurre en el imperio de oriente tienen importancia y bajo la legislación justinianea ciertas materias civiles se entienden que son regidas por el derecho canónico, por tanto son de conocimiento del obispo

En la administración de justicia también encontramos dos importantes figuras, los Jurisconsultos y Abogados quienes durante la república y el alto imperio. El jurisconsulto es el experto en derecho que asesora a magistrados y jueces y además a petición de las partes puede emitir dictámenes y orientarlas en asuntos jurídicos. El abogado *orator* es quien lleva la voz de los litigantes, quien alega, su formación no es jurídica sino retórica, sus estudios los realiza en la escuela de declamación cuyo plan comprende el dominio de las suasorias donde se aprende a convencer a alguien para que actúe de cierto modo, y las controversias, que son practicas de actuación en pleitos generalmente imaginarios. Posteriormente en el bajo imperio ya no existe la diferencia entre jurisconsulto y abogado, a los abogados se les llama *iurisperiti*, y deben estudiar para serlo, su profesión esta reglamentada, formando colegios con número limitados de miembros y los

honorarios que perciba un *filius familiae* entran en su peculio cuasi castrense.

2. IMPORTANCIA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ROMANO Y SUS PROYECCIONES EN LAS DISTINTAS ÉPOCAS

La evolución del derecho en Roma se fue nutriendo de las diversas fuentes jurídicas que se gestaron al pasar el tiempo, desde la primerísima cual es la costumbre, que durante un largo periodo fue la única fuente existente. Luego al paso del tiempo, la evolución y el desarrollo llevaron a crear otras de gran importancia, como la Ley, la que estuvo representada en su primera época por la Ley de las XII tablas. Así se fue nutriendo el derecho (*Ius*), el que luego se fue creando en base a los criterios que para la época se consideraba lo justo, criterios que eran expuestos por los jurisprudentes, naciendo otra importante fuente, la Jurisprudencia (*Iurisprudentia*), junto a otra que también es de gran relevancia los edictos de los magistrados, especialmente el edicto del pretor.

Para mejor comprensión veremos la importancia de las fuentes en el devenir jurídico de Roma y sus proyecciones en las distintas épocas.

2.1 Época Antigua (Desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta la creación del pretor urbano (367 a. C.).

En esta época del devenir jurídico romano, la primera fuente en que se fundamenta la norma es la costumbre, estamos en presencia de un derecho no escrito, que rige el comportamiento de los ciudadanos romanos de esa época *los quirites,* son entonces las antiguas costumbres *Mores Maiorum*, la primera fuente en la etapa de formación del Derecho Romano.

En esta época el orden jurídico de la *civitas* estaba a cargo de los pontífices, el colegio sacerdotal exponente de la religión pagana romana, ellos eran quienes decidían si el comportamiento de los quirites estaba o no conforme a las normas cuyo sustento eran las costumbres, de acuerdo a las cuales ellos debían regir su conducta y sus relaciones recíprocas. Producto de esta actividad de los pontífices nace el concepto de *IUS*, cuya fuente son los *Mores,* esto es las costumbres interpretadas y concretadas por los pontífices,

que cuando rigen las relaciones entre los ciudadanos, toma el nombre de *IUS CIVILE.* Para los romanos en un principio el *ius* era interpretado como "lo justo", por tanto en este periodo los pontífices eran los encargados de calificar que era "lo justo".

A consecuencia que el orden jurídico se encontraba a cargo de los pontífices, siendo éstos quienes tenían el control e interpretación de los mores no existía una clara diferencia entre las normas jurídicas y las religiosas, esto se veía reflejado en la exigencia de ritos, de actos sacramentales, concretados en frases rituales, mas propias de un acto religioso, siendo estrictamente necesarios de realizar y de pronunciar para darle validez a los negocios entre los ciudadanos. Como por ejemplo, si un ciudadano quería transferir a otro un predio, debía hacerse a través de una venta solemne *mancipatio,* la que sólo era válida si en el acto del traspaso se pronunciaba una frase sacramental, sucedía lo mismo respecto del préstamo *nexum*, de un testamento, para reclamar justicia ante un magistrado, etc. Los encargados de hacer cumplir y de fiscalizar que los actos se hayan efectuado con todas las solemnidades, ritos y frases sacramentales que exigía la costumbre eran los pontífices.

En esta época comienza a surgir gradualmente la distinción entre lo propiamente civil y lo religioso, por tanto junto con el

concepto de *ius* que se identifica con lo lícito surge el concepto de *fas*, el que dice relación con lo no prohibido en el ámbito religioso.

También en esta primera época se realiza la primera escrituración de las costumbres, lo que se concentra en la Ley de la XII tablas, cuya redacción fue en los años 451-450 a.C., producto de la conquista social de la plebe, que les permitió tener un mayor y mejor conocimiento del derecho vigente. En cuanto a su contenido esta ley recogió someramente el *ius civile*, contenía normas sobre como reclamar justicia, reglas relativas a la organización familiar, a la herencia, estableciendo amplia libertad de testar para el *pater* y un sistema de herencia para el caso en que el jefe de familia *pater*, no había hecho testamento, llamada "intestada" o *ab intestato*, se regula también los actos y requisitos que deben cumplirse para ser dueño de una cosa. En la parte penal se establecen penas en dinero para el caso de delitos que solo afectan a privados, también se regula sobre el llamado derecho sacro, dentro del cual se destaca la norma que prohíbe la suntuosidad en los funerales. Cabe mencionar que no se reguló respecto de la organización política del estado, con lo que se hace notar la intención de recopilar y legislar solamente el *ius* de los ciudadanos, el llamado "*ius civile*.. Tampoco se desarrollan en esta ley en extenso las materias de obligaciones y contratos, puesto que

la economía en Roma era esencialmente autárquica, solo se regula el *nexum* (préstamo en dinero) y se refleja el rechazo al crédito que existía en la tradición romana.

La escrituración del derecho en Roma no significó un estancamiento en su evolución, puesto que en el espíritu del devenir jurídico romano nunca existió el apego a lo literal de la ley, pero sí esta sirvió como base para la elaboración por los jurisprudentes de un derecho cada vez mas progresivo, justo y científico que termino por sobreponerse al derecho codificado. Esto sin restarle significación a esta ley, puesto que Roma no tendrá otra obra codificada de esta significación hasta la obra legislativa de Justiniano en el siglo VI d.C. La versión original de esta ley desapareció en el incendio sufrido por Roma con la invasión de los Galos en el año 390 a.C..

2.2. Época Pre-Clásica. Desde la creación del pretor urbano (367 a.C.) hasta el inicio legal del procedimiento civil llamado "por fórmulas" (siglo II a.C.).

La evolución socioeconómica en Roma que paso de un sistema agrario a uno que desarrolla el comercio mercantil debido a

la expansión de las *Civitas*, hizo que la Ley de las XII tablas fuera insuficiente para regular estas nuevas relaciones y se alejaba cada vez mas de la realidad imperante, entonces fue necesario adecuar el derecho a esta nueva realidad y esto se logró principalmente mediante la dictación de otras leyes, como por ejemplo la *lex Cincia* que limitó la donaciones excesivas; la *lex Julia Titia*, que estableció normas sobre tutela; la *lex Pletoria*, sobre negocios concluidos por menores edad; la *lex Aebutia*, que legalizó el procedimiento civil denominado "por fórmulas", pero no fueron determinantes en la estructuración del ordenamiento privado de las *Civitas*, en ellas primó la escasez, la falta de sistema y de coordinación de materias.

En esta época los verdaderos exponentes del derecho fueron los representantes de la nueva jurisprudencia que desde el siglo III ya no es religiosa, sino laica. Estos jurisprudentes laicos son ciudadanos versados en derecho, que tienen a su cargo el desarrollo de los principios y reglas que conforman el *ius civile*, ellos cuentan con autoridad científica -"*auctóritas*"-, reconocida por la comunidad, aquí vemos que el derecho no emana por la vía estatal. La actividad de estos jurisprudentes o jurisconsultos, se resume en tres expresiones *agüere, cavere y respondere*. *Agüere*, significa actuar en litigo, los jurisconsultos son los encargados de indicar a

las personas que hacer valer ante el magistrado y como hacerlo. *Cavere*, significa precaver y prevenir, el jurisconsulto tiene la misión de orientar respecto de las solemnidades y requisitos exigidos por la ley, para que los negocios efectuados entre los ciudadanos y regulados por el *ius* tengan plena validez, se configura así como una jurisprudencia cautelar. *Respóndere*, significa dar respuesta o criterio de solución, esta fue la función mas importante que debían cumplir los jurisprudentes, la que cumplía una doble finalidad, por una parte debían dar respuesta o criterio de solución respecto de las inquietudes tanto de particulares como de magistrados y jueces, y por otra parte esta actividad va expresando los principios y reglas que forman el *ius civile*, el que como podemos observar no emana por la vía estatal, sino de quienes poseen la ciencia jurídica, y los magistrados quienes tienen poder *potestad* para dictar normas jurídicas, pero que generalmente no son estudiosos del derecho, sino mas bien siguen una carrera política, la del *cursus honorum*, par desarrollar mejor su función son asesorados en cuestiones de carácter jurídico por un consejo de jurisprudentes de carácter privado, así ocurrió normalmente con el pretor. Una de las fuente de mayor importancia en esta época fue el *edicto del pretor*, debemos recordar que esta época comienza con la creación del pretor urbano

el 367 a.C. que es el magistrado encargado de administrar justicia entre ciudadanos romanos, los que se ven en la necesidad de ir adecuando el antiguo *ius*, que contemplaba ritualismos y solemnidades, para dar los que ya no cumplían con su finalidad atendida la nueva realidad socioeconómica imperante en Roma debido a su expansión. Se configura ahora el ius civile teniendo como base ya no solamente el aspecto externo compuestos de ritualismos y solemnidades arcaicas sino mas bien por aspectos fondo, éticos y morales como la *ratio naturalis* (razón natural), la aequitas (equidad) y la bona fides (buena fe). Debido a la expansión del imperio y el progreso en cuanto al desarrollo de la cultura y el comercio, surge la necesidad de regular las relaciones entre ciudadanos y extranjeros, tanto en lo jurídico como en lo comercial, así las cosas en el año 242 a. C. Se crea el primer pretor peregrino quien tiene la facultad de los magistrados de dictar normas, e igual que estos en su actividad son asesorados por el consejo de jurisprudentes, así se llega a crear un nuevo derecho, el *ius gentium* (derecho de gentes), con la finalidad de ser aplicado indistintamente a romanos y extranjeros, este derecho tenía la característica de ser comprendido en sus criterios de justicia por romanos y extranjeros, por lo que los ritualismos y antiguas costumbres del derecho quiritario dejaron de tener eficacia, por que

solo podía ser aplicado a los romanos ya que su base eran sus costumbres y creencias, ahora las relaciones tanto jurídicas como mercantiles se expandieron a pueblos con costumbres idioma y religión distintas y para los cuales todo el ritualismo exigido en el derecho quiritario no tenía ninguna validez, pues entonces el nuevo derecho de Roma dejó de tener ese marcado nacionalismo y se configuró como un "verdadero derecho común" de la antigüedad. El jurisconsulto Gayo en las Institutas del siglo II a.C., lo define como "Aquel derecho que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado por igual para todos los pueblos".

Una de las características más notables de este nuevo derecho fue el reconocimiento que juristas y magistrados dieron a negocios realizados sin formalismo o solemnidad alguna, otorgándole validez jurídica a esta práctica que ya se venía dando entre romanos y extranjeros, propios de este derecho son los contratos de arrendamiento, sociedad, mandato y compraventa los que realizados sin formalidades ni escrituración y gozan de validez jurídica, esta validez a los contratos de carácter consensual, venía dado por el compromiso asumido por las partes, por la palabra empeñada, esto coloca en el mas alto lugar la buena fe, vasta la sola voluntad o consentimiento de los contratantes para entender

existente el contrato y la obligaciones que de él nacen. Este carácter consensual de los contratos mencionados, presentaba un eventual inconveniente, pues en caso de conflicto entre las partes se hacía difícil la prueba de estos contratos, pero ante tales eventos las partes tenían la posibilidad de precaverse y esto lo podían hacer escriturando los contratos, sin que esto se configurará como un requisito de validez, ya que el contrato existía en virtud del acuerdo de las voluntades en orden a celebrar dicho pacto.

Esta fuente del derecho emanada del pretor llamada ***Edicto***, solo tienen validez por un año, pero en caso que el pretor que sucede en el cargo considere que ese edicto idóneo de aplicar, lo seguirá aplicando y este edicto toma el nombre de *edicto traslaticio* y también dura un año que es el periodo que dura en el cargo el pretor, estos edictos eran publicados junto con los nuevos edictos, que eran los que cada pretor incorporaba como nuevas normas al asumir su cargo, y también se publicaban en este *album* los *edictos repentinos* que no eran ni los traslaticios ni los nuevos, sino que los que el pretor decidía en el curso del año. El *album* anual estaba formado por tablas blancas, escrito con letras negras. Si bien los pretores estaban encargados de administrar justicia estos no dictaban sentencia, aquello le correspondía a los jueces (*iudices*).

El criterio utilizado por los magistrados en los edictos podía o no estar deacuerdo con el *ius civile* , si basado en la razón natural el criterio del magistrado producía una solución distinta a la que daba el *ius civile*, entonces el pretor podía dictar una nueva norma, sin alterar de modo general el *ius* y esta tenía pleno efecto dentro del año que duraba su función y dentro del proceso en que se había aplicado, si este nuevo criterio era aceptado por los pretores sucesores, por los jurisprudentes de los respectivos concejos, entonces este precepto se consolidaba junto a otros que tuvieron el mismo apoyo, formándose así un nuevo derecho que la jurisprudencia clásica tardía denominó *"derecho pretoriano"* o "*derecho honorario*" (atendido la pertenencia del pretor al *cursus honorum*) . El principe Adriano durante el siglo II d.C., encarga la redacción definitiva de los textos edictales al jurista Salvio Juliano, éste cumplió su labor siendo ratificado por el Senado, desde entonces pasa a llamarse *Edicto Perpetuo*. (los edictos anuales también eran conocidos como perpetuos por que duraban hasta que el pretor cesaba en su cargo).

Otra fuente de este periodo fue la ***Lex,*** desde la ley hortensia del siglo III a.C. tanto leyes como plebiscito tienen la misma obligatoriedad, ambos caen dentro del concepto de *ley pública* constituye una declaración normativa hecha en asamblea cívica

(sea *comicio*, sea *concilia plebis*), a propuesta de un magistrado, la *lex* a diferencia del *ius* proviene de quien tiene poder de mando, constitucionalmente aceptado por el *populus*, intervienen en ella dos órganos del ente público: magistrado y asamblea cívica. El *ius* en cambio, proviene de quien tiene saber y no poder de mando y el órgano que genera el *ius* es el jurisprudente, quien determina, precisa e interpreta los criterios acerca de lo justo. La actividad jurisprudencial cobra tal importancia entre los romanos que identifican al *ius civile* con la *interpretatio "ius civile... in sola prudentium interpretatione consistit,"* (D.,1,2,2,12).

La ley en la mentalidad jurídica romana de esta época era un precepto de carácter excepcional y solo se incorporaba al *ius* en la medida que el jurista la tome en cuenta para sus decisiones. Para tener plena validez debe ser confirmada por el Senado, desaparece casi totalmente en el siglo I, al iniciarse el principado, dando lugar a otra norma imperada por el poder estatal; la *Ley del príncipe o constitución del príncipe*.

Otra fuente de esta época es la ley privada o ***Lex Privata*** es aquella declaración de voluntad de un particular que el ordenamiento jurídico reconoce como obligatoria a quienes afecta. Ejemplo de esto es el testamento.

2.3. Época Clásica (desde la vigencia del procedimiento por fórmulas siglo II a. C., hasta la muerte del emperador Alejandro Severo 235 a.C.)

En esta época los negocios de carácter privado, se realizan sin formalismos y para su validez ya no es necesario el cumplimiento de los rituales exigidos antiguamente, como en el procedimiento de las acciones de la Ley, que regía en la época quiritaria, ahora basta el sólo consentimiento de las partes involucradas para obligarse mutuamente a lo acordado, esta nueva practica se vio reflejada en el proceso civil. Respecto de los extranjeros que recurrían al pretor peregrino para solucionar sus asuntos, ya no se les podía exigir que cumplieran con los formalismos antiguos. El nuevo proceso civil romano que carecía de formalismos se denomina "formulario" o "por formulas", este nuevo proceso que fue practicado de hecho incluso por el pretor urbano es legalizado por una ley *Ebucia* de promedios del siglo II, por la importancia que significó el cambio en el derecho civil el surgimiento de este proceso, se entiende que el siglo II a. C. como la época en que se inicia el periodo clásico.

La Jurisprudencia como fuente en la época clásica, estaba a cargo de los jurisprudentes, estudiosos que no eran abogados ni

poseían algún título, solo eran cultores de la ciencia jurídica en su labor no solo se ocuparon de ordenar clasificar y estudiar todos los alcances del derecho de gentes, *ius gentium*, también lo hicieron respecto del antiguo derecho quiritario, *ius quiritium*. Lograron organizar un ordenamiento jurídico congruente con la realidad social y con la idea de lo justo insita en la conciencia social de la época. Uno de los primeros grandes juristas clásicos fue Q. Mucio Scévola, quién creo su obra *ius civile* que durante mucho tiempo fue el manual clásico, comentado toda la mitad del siglo II d. C., otro gran jurista del siglo I a.C. fue Servio Sulpicio Rufo quien profundizo en la materia jurídica utilizando el método de la dialéctica.

La jurisprudencia en el Principado constituyo una fuente muy importante atendido que el príncipe concentraba en su persona la ciencia y el poder esto es la *auctóritas* y la *potestas*, el príncipe como figura central que concentraba todos los el poderes era asesorado en su actividad jurídica por un *consilium* que estaba formado por un conjunto de jurisprudentes, el que no gozaba por regla general de carácter oficial sino mas bien privado, sin embargo a partir de Augusto concedió a algunos destacados juristas la facultad de emitir dictámenes con la autoridad del Príncipe, lo que aumento el prestigio de ciertos juristas de la corona, resultando muy difícil a los tribunales apartarse en sus fallos de ese dictamen. Como dice Francisi "Es

voluntad del príncipe el hacer de los juristas sus propios colaboradores y de concentrar así, bajo su dirección, la formación del derecho".

Con el tiempo fue aumentando la cantidad de juristas con *ius publice respondendi*, estos se pronunciaban respecto de diversas materias del ámbito jurídico lo que llevó a que hubiesen criterios comunes y también discordantes respecto de una misma materia, contribuyó a esto el desarrollo de distintas escuelas de formación jurídica la de los *proculeyanos* y de los *sabinianos*, Labeón fue un jurista destacado en la primera de estas escuelas y Sabino de la segunda de ellas, ambos del siglo I d. C.. Bajo el imperio de Adriano se dispone que las respuestas de los jurisconsulto tendrán fuerza de Ley en la medida que coincidan respecto de una materia jurídica, esto estaba dirigido fundamentalmente a los jueces quienes debían fallar deacuerdo a estos criterios, sin embargo si respecto de una misma materia había disparidad de criterios el juez quedaba en libertad de fallar deacuerdo al criterio que el eligiera mas favorable, Gayo en las "Instituciones", del siglo II, describe y explica textualmente esta actividad :"Las respuestas de los prudentes (*responsa prodentium*) son los dictámenes y opiniones de aquellos a quienes se ha concedido la facultad de crear derecho (*iura condere*) . Cuando todas las respuestas concuerdan en un sentido la opinión tiene fuerza de Ley, pero si disienten entonces el juez puede seguir el parecer que quisiere; así es

como lo ha decidido un rescripto del divino Hadrianus" (Instituciones, 1, 7).

Los jurisprudente comenzaron a dar sus respuestas "*respondere*" por escrito, nacen así nuevas formas literarias entre las cuales se distinguen tres tipos, *Responsa* constituida por las colecciones de respuestas orales puestas por escrito, dadas a privados o a magistrados; *Questiones*, consistían en colecciones de casos prácticos escogidos con fines didácticos o hipotéticos, acompañados de un comentario o criterio de solución; *Digesta*, constituida por colecciones de casuística que se agregaban comentarios al edicto de los pretores.

En esta época el juez para dictar sentencia se basó inevitablemente en la jurisprudencia, esta tendencia continúa incluso al promediar el siglo II d.C..

Los juristas mas importante de la época fueron, Salvio Juliano a quien el príncipe Adriano le encomendó la recopilación y ordenación de los textos edictales, lo que se concretó en el Edicto Perpetuo y Celso (hijo) a quien se le atribuye la célebre conceptualización del *ius* como "el arte de lo bueno y equitativo". Al pasar el tiempo la actividad de los jurisprudente deja de ser exclusiva de ocupación del ámbito privado, se extiende al ámbito publico, prueba de esto es que a fines de la época clásica el jurista Ulpiano distingue entre el *ius*

publicum y *ius privatum,* y será uno u otro según atañe al interés público o privado. Pero en la literatura orientada al derecho privado continúan primando las obras de los juristas y ya a fines del siglo II estas tenían un carácter enciclopédico en las cuales se recopilaban criterios jurisprudenciales preexistentes, mas que crear nuevas respuestas, entre las obras de derecho privado mas destacadas tenemos la "Institutas" de Gayo, jurista mas conocido y fiel exponente de esta tipo de obras redactadas en forma sistemática, orientadas a la enseñanza. (La obra de gayo fue descubierta en el siglo XIX, prácticamente sin alteraciones), y como últimos exponentes de esta actividad destacan Papiniano, sus discípulos Paulo y Ulpiano y Modestito que es el último jurisconsulto clásico.

Entre otras fuentes existentes en esta época tenemos:

Los **Senadoconsultos**; durante la república el senado era un prestigioso órgano político de carácter consultivo, que gozaba de *auctóritas patrum,* con el principado gradualmente va perdiendo ese carácter, y así es que a fines de esta época con el aumento del absolutismo ya nisiquiera es convocado para legislar. Su actividad e influencia política fue decreciendo frente al príncipe, quien ahora dirige al senado una proposición de ley la que se aprueba sin discusión, convirtiéndose así el senado en un órgano al servicio de la actividad legislativa del príncipe.

Los **Rescriptos Imperiales**; esta fuente esta constituida por la facultad de dar respuesta con la autoridad del príncipe "*ius publice respondendi*", desde el siglo II el príncipe personalmente emitía las respuesta ante consultas sobre materias de derecho, lo hacía asesorado por la cancillería imperial, luego esta facultad imperial se convierte en actividad de los jurisprudentes y con el aumento del absolutismo reciben el nombre de rescritos imperiales.

La Costumbre; fuente que tuvo gran trascendencia en una primera época va perdiendo protagonismo, sin embargo siempre esta presente en la tradición jurídica, en esta época no se desarrolla abiertamente en la ciudad pero a nivel local en las provincias. La jurisprudencia analizó la fuerza de esta fuente ante la Ley y el jurisconsulto Salvio Juliano, según un texto del Digesto se admite que la costumbre pueda tener un poder derogatorio de la Ley cuando ésta no es usada (*desuetudo*), por que así como la Ley se forma por consentimiento del *populus* también lo es la costumbre.

El Edicto del Pretor; en el siglo II el príncipe Adriano ordena a Salvio Juliano la codificación de los textos edictales, resultado de esto fu el Edicto Perpetuo, con lo que se termina la creatividad de los magistrados como órganos creadores de derecho, pues el ahora el texto oficial que contiene todo el derecho honorario es el edicto

perpetuo y la actividad de los jurisprudente se basa en realizar comentarios a esta obra mas que proponer criterios jurídicos nuevos.

El Derecho de los Juristas; la actividad de los juristas en esta época ya sea al interpretar la costumbre, en el *consilium* en íntima relación con el pretor, al interpretar los textos edictales, hace de la jurisprudencia se constituya como un factor fundamental del derecho privado romano de la época clásica. Se puede llamar Derecho de Juristas a las normas jurídicas creadas directamente por la jurisprudencia en su actividad de dar respuestas y a su producción literaria. En el pensamiento jurídico romano el derecho no es producto de la labor de un órgano estatal como lo es en nuestros tiempos, sino que es visto como ciencia jurídica y su expresión se atribuye a quien la tiene que son los jurisprudentes o jurisconsultos, los clásicos identifican esta actividad como *iurisprudentia*, comprendida como "conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto" *(Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia).*

2.4. Época Post-Clásica. Desde la muerte de Alejandro Severo(235 d.C.) hasta la muerte de Justiniano

Durante el Imperio también fue afectada la fuente de producción jurídica clásica: la jurisprudencia. El último de los más destacados juristas clásicos fue Ulpiano, al fallecer éste (228 d.C.) termina la creatividad que restaba a la jurisprudencia clásica, para que, definitivamente, después de medio siglo de anarquía militar, Diocleciano, estableciera el nuevo régimen del Dominado o del Imperio Absoluto (285 d.C.)

En la primera época del principado, la actividad normativa se mantenía en manos de los órganos republicanos (comicios, pretores, senado), dirigida sólo de modo indirecto por el *princeps*, éste poco a poco empezó a expedir normas jurídicas directamente, lo cual fue entendido como una extensión del *ius edicendi* de los magistrados e identificados como "edictos". Además el príncipe dicta otras formas de normas conocidas con el nombre de "Constituciones del Príncipe" (*constutio principis*), los que en total son cuatro: edictos, rescriptos, mandatos y decretos.

a) Edictos: Normas generales que se acentúan como "leges" generales a medida que se consolida el imperio absoluto.
b) Rescriptos: Respuestas a consultas sobre cuestiones de Derecho expedidas por el emperador.

c) Decretos: Verdaderas sentencias o resoluciones en causas o juicios conocidos en primera instancia o en segunda (apelación).
d) Mandatos: Instrucciones dirigidas a los funcionarios provinciales para su mejor administración.

Bajo el Imperio de Constantino (comienzos del siglo IV d.C.) se observa el cambio definitivo: El emperador se convierte en la fuente única del Derecho, el cual se ha estatizado. De este modo, el Imperio, que había tenido desde los inicios del principado un extraordinario apoyo de parte de la jurisprudencia, ahora la desplazaba con su exceso de poder, "extendiendo su ilimitada soberanía al sector de la creación jurídica".

Entre las fuentes de esta época tenemos:

Las Leyes de Citas

Es importante destacar que los aspectos fundamentales del derecho romano relativos a las Instituciones del Derecho Privado habían sido ya establecidos y conceptualizados por la jurisprudencia en el transcurso de la era clásica. Aspectos del derecho que acusaron una evolución en la era post-clásica dicen relación con la capacidad de las personas para realizar actos jurídicos, y con ámbitos del derecho de

familia y hereditario. Pero los aspectos de fondo, substanciales del *ius romanum*, fueron obra de los clásicos.

Ello explica que, en la práctica jurídica, los escritos de los juristas clásicos se consideraran derecho vigente, y los jueces, para fundamentar sus sentencias, se guiaban por el contenido de esos escritos. Ante esta situación los emperadores de los siglos IV y V tomaron decisiones concretadas en normas denominadas "leyes de citas", que consistieron en normas expedidas por los emperadores, por las cuales se limitaba la invocación de la jurisprudencia a las obras de algunos pocos jurisconsultos clásicos escogidos. Ello denota claramente el período histórico-jurídico que se vive: La jurisprudencia vale como derecho en la medida que la *lege* imperial se lo admite. La mencionada ley de citas, atribuye validez sólo a las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino (Todos habían recibido el *ius publice respondendi*, menos Gayo). En el supuesto de dispersión de opiniones se dispuso que primaba la opinión de Papiniano.

En la fase post-clásica, se desarrolla la *consuetudo*, derecho no escrito que invade la práctica jurídica tanto a nivel provincial como metropolitano. Constantino no admite la costumbre contra *legem*. Sólo se le da cabida de modo supletorio o subsidiario para suplir en silencio de la ley, pero nunca puede prevalecer sobre ésta.

El Ius y las Leges en la época imperial.

Al derecho de juristas, propio de la era clásica, con sus comentarios a la corriente tradicional del *ius civile* y a la nueva del *ius honorarium*, se identifica en esta era, con el término *ius*, o su plural *iura*. Distinguiéndose de esta masa jurídica la proveniente de las constituciones imperiales que recibe el nombre de *leges*.

Ambos grupos de fuentes no eran accesibles a la mayoría de los jueces y abogados más que de una manera muy incompleta. Porque los propios comentarios de los últimos juristas clásicos, que ofrecían una visión bastante incompleta del *ius*, sólo se podían consultar en pocos lugares, y, las constituciones imperiales, en principio, no se publicaban ni difundían oficialmente. Esto dio lugar a las leyes de citas expuestas, pero también interesó al poder central un trabajo de envergadura: la recopilación y sistematización de las *leges*.

Las recopilaciones de *leges* del Siglo V d.C. (anteriores a Justiniano)

A fines del Siglo III el jurista Gregorio (o Gregoriano) hizo en Oriente una recopilación de constituciones imperiales dictadas en un lapso aproximado de 150 años (desde Adriano a Diocleciano). Luego, otro jurista, Hermógenes, continúo esta obra. Recopilaciones que recibieron el nombre de Código Gregoriano y Código Hermogeniano,

respectivamente. Estas sirvieron de base a recopilaciones de *leges* que se hicieron por iniciativa oficial de los emperadores.

Fue TeodosioII (primera mitad Siglo IV, en Oriente) quien tomó la decisión de recopilar las *leges*, ordenando en el 435 una recopilación de constituciones imperiales desde Constantino. Fue terminado en el 438 con el nombre de Código Teodosiano.

Después de esta recopilación oficial de *leges*, no habrá otra general común a Oriente y Occidente. Las nuevas constituciones imperiales que se dictaron posteriormente a la puesta en vigencia del código se les conoció con el nombre de "Nuevas *leges* post-teodosianas".

La obra legislativa de Justiniano.

La recopilación de *leges* comenzada de modo privado y después por vía oficial con TeodosioII, culmina con la obra del emperador de Oriente Justiniano (527 – 565 d.C.). En efecto, Justiniano se interesa por rescatar el acervo jurisprudencial clásico inserto en las obras de los jurisprudentes; a diferencia del intento de Teodosio II, logra concretar el trabajo recopilatorio jurisprudencial. Es decir logra hacer un trabajo que recoge tanto las *leges* como el *ius*.

Al poco tiempo de asumir el mando, Justiniano nombra una comisión integrada por los juristas de la época con el encargo de fusionar en un solo cuerpo legal las constituciones contenidas en los

Códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y Novelas Post-teodosianas.

La primera recopilación de *leges* se concretó en un primer Codees llamado "Nuevo Código de Justiniano", promulgándose y entrando en vigencia en el año 529, siendo desde entonces prohibido el citar constituciones no insertas en él, de éste código no quedó testimonio, sino a través de su segunda edición.

La cantidad e importancia de las constituciones puestas en vigencia por Justiniano desde el año 529, verdaderamente justificaban una segunda edición. Esta segunda edición del Código del 529 fue puesta en vigencia el 534 (Codees *repetitae prelectionis*).

Recopilación del Ius.

Justiniano hizo lo que nadie había logrado antes: una obra recopilatoria de la jurisprudencia clásica, en la cual ordenó por materias los temas tratados por jurisprudentes que tuvieron el *ius publice respondendi*, incluyendo también obras de algunos juristas clásicos que no lo tuvieron.

La obra se dividió en cincuenta libros cada uno de ellos dividido en títulos, los que a su vez se dividieron en fragmentos. Esta recopilación se denominó DIGESTO (de *digere*=ordenar), rescató lo

más relevante de las materias tratadas por los jurisconsultos clásicos en la esfera del derecho privado.

Con el fin de hacer posible la ordenación y sistemática perseguida, Justiniano autorizó a la comisión encargada de este trabajo a hacer modificaciones a los textos clásicos, denominadas interpolaciones.

Con todo, esta obra fue verdaderamente grandiosa, ya que salvó del tiempo y la barbarie un acervo jurídico invaluable para el devenir jurídico de Occidente.

Se terminó en el 533, declarándose obra vigente, si bien su contenido fue sólo *ius*, esto es, jurisprudencia. Así como en la recopilación de leges se conservó el nombre del correspondiente emperador, en el Digesto se hizo lo mismo con los jurisprudentes. En el derecho moderno, en los códigos decimonónicos, sus nombres fueron reemplazados por un número: el del artículo correspondiente.

Las Instituciones.

Justiniano se ocupó también de ordenar la elaboración de un texto de estudios, debido a que el Digesto resultaba prácticamente inaccesible para quien se iniciaba en los estudios del Derecho. La obra recibió la denominación de “Instituciones”. En cuanto a las *leges* se incorporaron también las de la época, dictadas por Justiniano.

Las Nuevas *Leges*.

Constituyen constituciones emanadas de Justiniano en un lapso aproximado de 30 años (del 535 al 564), muchas escritas en griego atendido el enclave oriental de Constantinopla. En el derecho hereditario hubieron reformas de trascendencia, que le dieron definitiva importancia a los parientes consanguíneos.

El Corpus Iuris Civilis

La Segunda Edición del Código de Justiniano, el Digesto y las Instituciones conforman en esencia lo que se vino en denominar en el Siglo XVI, CORPUS IURIS CIVILIS. La colección íntegra hoy se conoce con ese nombre, pero no la denominó así Justiniano, quien se limitó a designar cada cuerpo jurídico con su especial denominación (Digesto, Instituciones, etc.)

Esta obra concluye la tradición típicamente romana y representa el fundamento jurídico de los estudios e interpretaciones de los juristas que han hecho de él presupuesto jurídico y cultural de la Ciencia Jurídica.

Lo que pervivió de su obra fue la búsqueda de unidad de lo jurídico y dentro de esta idea, restaurar el espíritu de la romanidad, por ello estimó necesario afirmar la autoridad del Derecho Romano. La

obra de Justiniano, el DIGESTO, es clasicista. Si bien admitió a las comisiones redactoras y compiladoras modificar puntualmente el pensamiento clásico, sólo lo permitió cuando inevitablemente lo exigió la actualización y en particular, frente a necesidades de especial requerimiento social.

CAPÍTULO II

RELACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO CON LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN SU EVOLUCIÓN INTERNA

3. PERIODO QUIRITQRIO Y PRE-CLÁSICO: FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY.

3.2. Periodo Quiritario

Durante la vigencia del primer procedimiento civil que tuvo el ordenamiento jurídico romano (Las Acciones de la Ley) el derecho es inicialmente consuetudinario, rigen las costumbres o *mores maiorum* y el juez debe fundamentar en ellas la sentencia. La comunidad romana se rige por principios y reglas que pertenecen a un

derecho no escrito que no ha sido puesto en vigencia por órganos del estado, sino directamente por la comunidad romana, la cual ha reiterado por largo tiempo el valor vinculante de ese derecho emanado directamente del cuerpo social.

No obstante ser la norma jurídica no escrita (consuetudinaria), en la conciencia social romana no cabe duda alguna en orden a su fuerza obligatoria y su poder regulador de las diversas materias que en esa época componen el derecho privado, el *ius*. Así por ejemplo, en la esfera del derecho que organiza la familia, es el derecho no escrito el que impone el principio del matrimonio monógamo. En la conciencia social romana no se concibe otra estructura de base, otro fundamento para el desarrollo del grupo familiar, y en ese momento evolutivo, si se produce una contravención a la regla de la monogamia (por ejemplo, poliandria o bien poligamia), en el evento de un proceso, después de la fase *in iure* conducida por el magistrado, el juez, al final de la fase *in indicio* deberá dictar su resolución fundada en la costumbre. No dirá, por tanto, que fundamenta la sentencia en una ley específica, sino –derechamente- en los *mores maiorum*.

En esta época inicialmente quiritaria, al promediar el siglo V a.C. (año 450), las costumbres serán recopiladas y escrituradas, promulgándoseles como leyes: será la llamada Ley de las XII Tablas. Se puede observar que desde el punto de vista del contenido del

derecho, esta Ley no ofrece elementos jurídicos nuevos, pues el cambio reside solo en la fuente que expresa los contenidos jurídicos: de la costumbre o *mores maiorum* se traspasan a la Ley. No obstante - y esto es lo que interesa en la temática en análisis - el juez, en el procedimiento de las Acciones de la Ley, no podrá, una vez vigente las XII Tablas, fundamenta la sentencia en los *mores maiorum*; necesariamente deberá hacerlo en la Ley, pues no obstante tener iguales contenidos que los *mores maiorum*, primó formalmente la fuerza vinculante de la nueva fuente: La Ley.

1.2. Periodo Pre-Clásico (siglo IV a.C. a siglo II a. C.)

Continúa en esta etapa evolutiva del Derecho romano la vigencia del procedimiento de las Acciones de la Ley (se extenderá hasta el siglo II a. C.) se mantiene siempre en ese procedimiento la separación de la etapa ante el magistrado y la etapa ante el juez privado. Pero la creación en el año 367 a. C. de la magistratura del Pretor, trae como consecuencia el desarrollo de una nueva corriente del derecho privado que, en parte, confirmará los preceptos de las XII Tablas, pero gradualmente aportará nuevos criterios, nuevas normas a la corriente tradicional del derecho privado (al *ius civile*), pues

paulatinamente van formando al nueva vertiente jurídica llamada Derecho Pretoriano u Honorario.

Corresponde al Pretor en la fase *in iure,* confirmar la vigencia –para el caso específico de que se trata- del correspondiente precepto de las XII Tablas. Pero si entiende que hay obsolescencia al respecto y resultan aplicables nuevos criterios de justicia, o también, si se requiere norma nueva para colmar un vacío, tiene el Pretor facultad constitucional para dictar un Edicto, nueva fuente del Derecho Romano que no es propiamente una ley atendido que el Pretor no es un órgano legislativo sino jurisdiccional, pero igual con fuerza obligatoria general. Hay aquí –en la fuerza con carácter general- un punto de contacto con la Ley, pero la diferencia esencial reside en proceder el edicto de un órgano no jurisdiccional, y además en tener una vigencia temporal: un año, a menos que el pretor siguiente confirme la vigencia del edicto emanado del pretor anterior (Edicto Traslaticio).

Se puede apreciar que en la etapa siguiente del proceso, la fase in indicio, el juez ya no se ve limitado a la aplicación de las XII Tablas. Tendrá la nueva corriente del derecho pretoriano, también llamado honorario para fundamentar la sentencia.

Constituye el derecho honorario la manifestación de los nuevos valores que ingresan en el campo jurídico, remontándose por sobre la

primacía de las formas externas (rituales), en el negocio jurídico los nuevos valores consisten, en lo esencial, en elementos de fondo de carácter ético-moral que son ahora considerado superiores a los tradicionales requisitos formales exigidos en la época quiritaria. Los nuevos criterios -de fondo- son la *ratio naturales*, la *aequitas* y la *bona fides*. No habían tenido antes desarrollo en la institucionalidad del derecho privado, pero en esta época preclásica ya se observan notablemente atendidos en la teoría y en la *praxis* jurídica.

En efecto, no obstante el formalismo de las acciones de la ley, y la tradición ritual que ellas expresan, gradualmente y antes de una reforma legal, de hecho los valores indicados penetran en el proceso, particularmente en la resolución del juez propia de la fase *in iudicio*, si bien cabe tener en cuenta que el magistrado Pretor, en la fase *in iure*, da las indicaciones para que se resuelva conforme a los nuevos principios, por ejemplo, conforme a la buena fe o conforme a la equidad.

La gradual y necesaria adaptación del derecho con la cambiante realidad social no operó, por tanto, en la esfera del Derecho privado por vía de leyes, de normas expedidas por el órgano legislativo. El Derecho romano avanza por vía magistratual con el Pretor. Pero se sumará a ese avance otra corriente, la más significativa en la historia evolutiva del Derecho Romano, procedente directamente del

ciudadano versado en la ciencia jurídica: La jurisprudencia. El jurisprudente será el nuevo órgano productor derecho privado que ingresará con renovados criterios a la tradicional corriente del *ius civile*. Se entenderá el nuevo *ius civile,* como expresión exclusiva del sabio del derecho, de quien no tiene potestad o fuerza para imponer la norma (como la tiene el pretor con el edicto). El jurisprudente solo tiene *auctóritas* o saber socialmente reconocido, pero precisamente ello constituye la esencia del valor que se le atribuye al Derecho por la conciencia social romana: criterio acerca de lo justo emanado de quien tiene autoridad científica; el *ius civile* se entiende que debe emanar del sabio del Derecho, del jurisprudente: "*Ius civile in sola prudentian interpretatione consistit* " (Pomponio).

Cabe observar que el juez, en la fase *in iudicio* del procedimiento de las acciones de la ley, puede fundamentar su sentencia directamente en la respuesta u opinión del jurisprudente, porque en la esfera del derecho privado no es la *lex* emanada del órgano público (legislativo) la que organiza el sistema. El sistema de derecho civil (*ius civile*), en la conciencia jurídica de la sociedad romana, se entenderá manifestado por quien tiene *auctóritas*, y ello significa que la corriente jurisprudencial romana no requiere ser homologada o autorizada por ley para que sea invocada por el juez y fundamente en ella su sentencia, como bien señala de Francisci, *"el*

ius civile tiene en sí su eficacia y atribuye a las situaciones que caen bajo sus normas su configuración jurídica". [1]

Lo afirmado por De Francisci tiene buen fundamento porque desde la era preclásica, la tendencia del pensamiento jurídico romano en la esfera del derecho privado es considerado expedido fuera de la imposición estatal.

Al respecto se ha señalado que el concepto del derecho que los romanos tuvieron a partir de la era preclásica y durante todo el periodo clásico, dista notablemente del concepto formal – estatal desarrollado por Occidente en los siglos XIX y XX, particularmente desde la codificación, con la clara hegemonía de la fuente ley frente a las otras (doctrina, costumbre, etc.). En esta temática se observa que, para comprender el concepto del *ius* romano "es preciso deponer las ideas contemporáneas; de no hacerlo, se corre el riesgo mirarlo con la dogmática actual, que ha incurrido en un concepto del derecho altamente estatizado desde el siglo XIX, época de la codificación. Para los romanos, ateniéndose al concepto del jurisprudente Celso, el derecho –ius- es el arte de lo bueno y lo equitativo (ars boni et aequi D.1.1.1.). La *lex* no organiza en la era romano-clásica el sistema de

[1] De Francisci Prieto. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Edizione Dell Ateneo, Roma, 1948, pág. 125.

derecho privado. Son los jurisprudentes, determinados ciudadanos, - escasos - con conocimiento suficiente para dar respuesta acerca de lo justo (*iustus*) o de lo injusto (*iniustus*), quienes edifican el ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los privados, y lo hacen fundándose en su propio conocimiento. "Hay una verdadera fe pública – fides – que les confía a ellos la facultad de precisar principios y criterios de solución en la esfera del derecho privado".[2]

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la Ley de las XII Tablas nunca fue derogada. Los jueces, por tanto, la aplicaron en aquellas materias que entendieron aún vigentes, o mejor, que la jurisprudencia aún entendía vigente; pero gradualmente fue superada por la nueva fuente jurisprudencial a la que cabe agregar el edicto del pretor ya analizado.

2. PERIODO CLÁSICO

Esta etapa de la evolución del derecho privado romano esta claramente indicada como época de predominio de la fuente jurisprudencial; pero también tiene significativa presencia el edicto del

[2] A. Topacio F. Derecho Romano. Editorial Latinoclásica, 1992, págs.114 - 115

pretor. Esta claro que la fuente Ley no tiene mayor influencia, salvo en materias muy puntuales.

La génesis de este periodo de desarrollo del derecho privado puede marcarse con la legalización del procedimiento civil que reemplazará a las acciones de la ley: el procedimiento por fórmulas (130 a.C.). En este nuevo proceso civil, la actividad del magistrado (Pretor), será determinante para incorporar en las sentencias o resoluciones que dicte el juez, los nuevos principios que se han considerado pertenecientes al *ius*, provenientes de la actividad jurisprudencial y de la propia función jurisdiccional de los magistrados.

En el nuevo proceso por fórmulas, hay una importante participación del magistrado, en la fase *in iure*, frente a los criterios de solución con los que deberá operar el juez, en la fase *in iudicio*. Corresponde al magistrado indicar en el breve escrito llamado fórmula, el derecho aplicable, o por lo menos, la corriente jurídica que tutela el caso que se debe resolver. Así, por ejemplo, si el magistrado – con apoyo del *concilium* de jurisprudentes – concluye que la situación está prevista en la corriente Tradicional del *ius civile*, así lo indicará en la fórmula, y a ella deberá atenerse el juez. Si no está prevista la acción en el *ius civile* o en el derecho pretorio, el magistrado cubre el vacío creando una nueva acción que viene a

tutelar la situación de hecho no prevista antes por el derecho. La nueva acción se llama *in factum* (“sobre un hecho”).

2.1. El catálogo de acciones desarrollado en la era clásica. Tipicidad de la acción y procedimiento por fórmulas.

Las acciones de la ley constituían procedimientos que admitían diversas materias, es decir, eran utilizables para varios tipos de controversias. Es el caso, por ejemplo, de la acción “por petición de juez” (*per iudicis arbitrive postulationem*), que servía para reclamar por una promesa solemne no cumplida (contraída por estipulación), pero también para dividir una comunidad hereditaria, o bien adquirida *inter* vivos. Para todas estas materias era procedente una *legis actio*, la acción por petición de juez; por esta razón, esta *actio* tiene carácter genérico y no típico o especifico.

Con el desarrollo del procedimiento formulario, se fue formando la acción típica, no genérica, aplicable solo respecto de una determinada situación o de un específico negocio. En esencia, se va gradualmente elaborando un verdadero catálogo de acciones que se

traduce – desde un ángulo de fondo o material – en una directa correspondencia entre el derecho protegido y la concreta acción que lo ampara.

Esa correspondencia o conexión entre el derecho de fondo y la acción tiene su fundamento en el desarrollo del procedimiento por formulas. En efecto, el periodo de vigencia y evolución de ese proceso (siglo II a. C. a siglo III d. C.), constituye una época de notable evolución jurídica en la cual el derecho privado, por la vía del edicto emanado del magistrado (particularmente el edicto nuevo y el repentino), va siendo adaptado a una época histórica de gran expansión en el trafico jurídico. Esa adaptación se traduce en el reconocimiento de nuevos criterios y valores, y en el otorgamiento de tutela jurídica a nuevos negocios, particularmente a nuevos convenios y contratos que no se habían desarrollado en el devenir social y jurídico romano; estos fueron, entre otros, el contrato de sociedad y el mandato entre los consensuales; entre los contratos reales, el deposito y la prenda.

Lo anterior no se logra por la vía de elaboración de leyes por el órgano legislativo, sino mediante una fuente del derecho de carácter magistratual: el edicto de los pretores, en especial el pretor peregrino creado en el siglo II a.C. No obstante, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia o respuesta acerca de lo justo (*ius*) proveniente del

jurisprudente, tuvo también permanente participación en los contenidos de los edictos pretorianos como consecuencia del invariable apoyo que ellos dieron a la actividad edictal del pretor integrando su *concilium* o consejo.

Específicamente, en la esfera del procedimiento formulario, el pretor va creando nuevas normas jurídicas al proteger con acciones nuevos convenios que se dan en la base social, convenios que antes de la dictación del edicto que otorga la acción, no tenían tutela jurídica y se situaban solo en la esfera ético – moral.

En efecto, "aquellos convenios, compromisos y relaciones nuevas que la labor jurisprudencial tradicional aún no había reconocido ni por tanto tutelado con acciones civiles, fueron amparados por acciones pretorias (apoyadas por determinados jurisprudentes que formaban el *concilium* del pretor que las dictaba). Al normarse por primera vez una situación que nunca antes lo había sido por el *ius civile,* la *actio* que la tutela es in *factum*. Así, por ejemplo, el convenio que una persona se compromete a custodiar por un determinado tiempo mercaderías o cosas muebles que otra persona le entrega, se identificó – según Gayo – como contrato de deposito, y tuvo coercibilidad, y por tanto fue así reclamable ante la justicia, desde el momento que el pretor le otorgó acción al referido convenio que venía desde cierto tiempo practicándose en la base social sin

reconocimiento jurídico".[3] Su juridicidad comienza con la *actio* in *factum* cuando recae sobre un hecho (una convención) que no estaba antes tutelada por el derecho (ni por la corriente tradicional de *ius civile* proveniente de los jurisprudentes ni por el propio derecho edictal o pretoriano).

Además del contrato de depósito se reconoce la categoría contractual de comodato (además de la prenda – *pignus* – antes referida, todos estos, contratos reales).

2.2. El juez frente a las acciones típicas o específicas

La acción al no ser más genérica sino específica, sólo dice relación con la protección de una concreta situación o convenio (contrato). Se forma un verdadero repertorio de acciones; para cada derecho invocado hay una acción, la que además es nominada. Frente a esta protección que ya no es de carácter genérico sino específico, el juez deberá en la sentencia pronunciarse sobre cada una de las específicas acciones deducidas en el proceso (y también sobre cada una de las excepciones si las hubo).[4]

[3] A. Topacio F. ap. Cit. P. 130.

[4] Las excepciones constituyen hechos tutelados por el Derecho Romano, que dejan sin efecto la acción interpuesta por el demandante. Debe el demandante oponer la excepción, normalmente, en

En el Derecho actual permanecen resabios de acciones nominadas. Por ejemplo, la acción reivindicatoria en la esfera de la protección del derecho real de dominio.

Cabe observar que en el ordenamiento romano clásico el Derecho Privado adquiere identidad en sus diversas materias, en la medida que el repertorio de acciones es suficiente para cubrir todas la situaciones y conflictos de intereses privados que se pueden suscitar. Hay aquí diferencias con el derecho contemporáneo o codificado, pues lo que prima actualmente es la tutela o protección jurídica por la vía del reconocimiento del Derecho Subjetivo, más que por una nominada acción. Si hay derecho hay acción. En cambio, en el Derecho Romano hay prioridad de la acción por sobre el derecho subjetivo, pues la protección jurídica se otorga *prima faciae* para reclamar judicialmente frente a un conflicto privado de intereses. El derecho no está concebido – en principio – para su pacífico goce sino para esgrimirlo en la contienda judicial.

---

la contestación de la demanda. En el procedimiento Formulario, la excepción debe necesariamente indicarse en la fórmula magistratual, sino ha sido antes acogida en la corriente del *ius civile* y es solo creación pretoria; de este modo el juez se ve en la necesidad de pronunciarse sobre la excepción, y si le consta debe absolver al demandado. En cambio si la excepción ya constaba en la corriente tradicional del ius civile, aún cuando el pretor no la haya consignado en la fórmula, el juez debe necesariamente considerarla. Ver: Alejandro Guzmán Brito. Derecho Romano I . editorial jurídica de Chile. Santiago 1996. pág. 151.

3. PERIODO POST-CLÁSICO: FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL JUEZ. EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

En el periodo post-clásico ya no se mantiene la acción típica y nominada como fundamento para poder demandar y basar la petición o reclamación judicial. Es suficiente, como en el derecho actual, que exista una facultad o derecho (subjetivo) reconocido por el ordenamiento jurídico para que se entienda, que hay acción, aún cuando no tenga la acción una específica nominación. De igual modo el juez debe pronunciarse sobre todos los derechos invocados por el demandante, lo que se identifica normalmente como pronunciamiento respecto de todas las acciones deducidas. Lo mismo ocurre respecto de los hechos tutelados por el derecho que para defenderse ha invocado el demandado: son las excepciones por él opuestas que le sirven de fundamento para enervar la o las acciones deducidas por el demandante. Sobre todas las acciones y excepciones deducidas debe pronunciarse el juez en la sentencia.

Es de interés observar que en esta etapa final de desarrollo del Derecho Romano – época post-clásica – según señala Hunkel, “el contenido de los escritos de los juristas clásicos era derecho vigente y podía aplicarse siempre en el proceso. Según un uso, muy extendido

en todas las épocas de la antigüedad correspondía a los abogados probar al juez las normas jurídicas favorables a su parte (algo similar a la prueba de la costumbre, en pleno vigor en la era actual)".[5]

[5] Wolfang Hunkel. Historia del Derecho Romano. Ariel Barcelona. 1981, pág 153. cita en A Topacio F. op. cit. pág.176

CAPITULO III

FUENTES DEL DERECHO EN EL RENACIMIENTO JURÍDICO. ÉPOCA DEL DERECHO COMÚN. SU APLICACIÓN EN EL FORO.

1. ESCUELA DE LOS GLOSADORES

El renacimiento jurídico, significativo fenómeno de recepción del derecho romano justinianeo de fines del medioevo o baja edad media, particularmente a partir del siglo XIII es sustentado en sus inicios por la escuela de los glosadores, movimiento jurídico que se desarrolla ceñido estrictamente al *Corpus Iuris Civile*. Atendida la autoridad que proyecta este cuerpo jurídico, fundada en la proyección política y cultural que tiene Roma en el segundo imperio romano, vigente desde el siglo IX con su instauración por Carlo Magno, desde su redescubrimiento se le considera por los juristas (no formalmente por el imperio) derecho vigente en su totalidad, sin tener en cuenta la existencia de los derechos locales.

Por la razón expuesta, no fue en ese momento histórico ampliamente invocado en el foro. Las sentencias de los jueces suelen

considerar el derecho local. No obstante, hay antecedentes de la aplicación práctica del derecho renacentista formulada a través de la glosa, es decir se invoca y aplica en el foro la literatura jurídica fundada en el *Corpus Iuris*, pero desarrollada por los representantes mas significativos de la escuela en análisis: Azzo y Acursio. El primero sobresale con su obra *Summa Cidicis,* exposición sistemática del código de Justiniano. El segundo destaca con su Glosa Ordinaria o *Magna Glossa*. Cabe observar que la esfera judicial, lo que se aplica no es directamente, el *Corpus Iuris*, sino el texto desarrollado por los juristas de la época. En relación con la autoridad de Acursio y su Magna Glosa, el autor contemporáneo C. Jaramillo F. expone que "La importancia de la Magna Glosa, además de reflejarse en el plausible deseo de ordenar y unificar el disperso y discontinuo material doctrinal de la época (universo de glosas), hecho de por sí ya relevante … fincó en su ineluctable fuerza y autoridad, como quiera que a nivel judicial solo eran aplicables las normas allí explicadas (glosadas)".[6]El juez renacentista por tanto, cuando fundamenta la sentencia en el derecho romano, no lo hace invocando directamente las fuentes originales (Digesto, etc.) sino la doctrina científica de la época, esto es, la literatura jurídica con *auctóritas*.

[6] Carlos Ignacio Jaramillo F. Escuela de los Glosadores, Canonistas y "Post-Glosadores". Edit. por Pontificia Universidad Javeniana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colombia, 1996, pág. 156.

2. ESCUELA DE LOS POST- GLOSADORES O COMENTARISTAS

El desarrollo del derecho común, lo guiará, luego de los glosadores, la escuela de los comentaristas llamados también "Post-Glosadores", con presencia significativa en los siglos XIV y XV.

La diferencia esencial de este movimiento – *mos italicus* – con la escuela de los glosadores, reside en la búsqueda de conexión e integración del derecho romano – derecho común – con el derecho local vigente, particularmente el de los municipios llamado estatutario a nivel europeo y foral en España, todo ello con el fin de ampliar la penetración del derecho romano en el foro, en la práctica judicial, esto es, como Derecho susceptible de ser invocado por los jueces en la fundamentación de la sentencia. Al respecto, el autor contemporáneo Franco Pastori, señala que el derecho local o propio (*ius propium*), los comentaristas "lo valorizan por el gran relieve asumido en la práctica por los estatutos comunales"… "los derechos locales gozan de precedencia en la aplicación frente al Derecho común, pero aquéllos

son coordinados con los principios del *Corpus Iuris* y comprendidos en el ámbito de su interpretación". [7]

El máximo exponente de la escuela de los comentaristas fue Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), quien claramente acepta y da relieve en sus libros al derecho estatutario o *ius municipale*, consagrando el principio en orden a que " donde cesa el estatuto tenga lugar el derecho civil (*ius civile o ius romanum*). Es decir, la escuela de los comentaristas a diferencia de los glosadores, integra a su doctrina el derecho local vigente; incluso, con gran visión, al Derecho romano la entienden, en el orden de prelación de fuentes jurídicas invocables por el juez, solo en carácter supletorio, vale decir, después del estatuto – donde cesa el estatuto - , como recién se indicó ("*ubi cessat statutum habet locum ius civile*").[8]

La influencia que la doctrina del derecho común tuvo en la actividad legislativa de la Baja Edad Media, es observable particularmente en el orden de prelación de fuentes propuestas por los representantes de la Escuela de los comentaristas, particularmente por Bártolo de Sassoferrato, es decir, en la primacía que se otorga al derecho local por sobre el derecho romano. Así en Castilla en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, el derecho romano que

[7] Citado por A. Topacio F. en Historia del Derecho, Edeval, 1996, pág. 37, cita 21.
[8] Para una amplia explicación de la materia ver Francisco Tomás y Valiente. Manual de Historia del Derecho español. Editorial Tecnos, Madrid, 1981, pág. 182.

esta contenido en las siete partidas, figura después del derecho foral, en carácter de supletorio.[9]El autor C. I. Jaramillo, citando a A. Fernández Baleiro, afirma que "la presencia de estos juristas (comentaristas), en funciones de asesoramiento en las esferas de la administración les proporcionó un cause para afirmar su influencia como grupo profesional y para orientar la aplicación judicial del derecho". [10]En efecto, Ordenamiento de Alcalá de Henares tuvo como finalidad – precisamente - el ordenar por vía legislativa la aplicación judicial del derecho, recepcionando la orientación doctrinal de los post-glosadores de "dar lugar al derecho civil romano, donde cesa el estatuto".

3. CULTURA JURÍDICA, RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN Y PRÁCTICA JUDICIAL

El movimiento renacentista jurídico, en su esencia significa redescubrimiento y reestudio del Derecho Romano Justinianeo en las universidades europeas a través de las diversas escuelas que se suceden en su análisis y desarrollo. Con los glosadores y post-glosadores o comentaristas y la aplicación de sus respectivos métodos

[9] A. Topacio F. op. cit. pág. 62.
[10] C. I. Jaramillo, op. cit. pág.

de estudio al *Corpus Iuris*, la cultura jurídica europea acepta los elementos que estructuran substantivamente el Derecho Romano; así en materia de Bienes los conceptos de dominio, posesión, usufructo, servidumbre, etc.. En tema de obligaciones, el concepto de contrato, de obligación, las causales de incumplimiento de la relación crediticia, etc..

Pero esa aceptación a nivel de universidades, constitutiva del movimiento renacentista en la esfera jurídica, no se traduce en una inmediata aplicación – por los jueces – de los conceptos e ideas romanas. La vigencia de los derechos locales de raigambre germánica constituye un natural obstáculo para una aplicación en la praxis, en las vivencias forenses. Además, como señala René David "Nunca pretendieron las universidades imponer las soluciones del Derecho romano. Jamás fueron éstas, instituciones supranacionales a las que se encomendase la aplicación del derecho. Se limitaron a enseñar la forma en que había de concebirse el Derecho y, sobre la base de las normas romanas, trataron de mostrar cuál era, a su juicio, el mejor Derecho y el método mediante el cual podía ser conocido. Su obra fue solo de persuasión: nunca consistió en imponer una solución uniforme mediante un acto de autoridad".[11]

[11] René David. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Ediciones Aguilar. Madrid, 1969, págs. 37 y 38.

No obstante no imponer las universidades el *ius commune* (ni habrían podido hacerlo por constituir sólo focos de cultura), la enseñanza del Derecho Justinianeo no se imparte en las universidades con exclusivo afán cultural; se pretende – si bien sin imposición – su aplicación por los jueces. En este punto, Bartolomé Clavero precisa: "Renace el interés por la jurisprudencia romana no a efectos de conocimiento erudito, sino con propósitos de aplicación practica. Se parte de una identificación del derecho romano como derecho sin más, como expresión de la *directum*…" "Las lecciones son lecturas de los textos romanos y canónicos, pero los doctores no son meros lectores pasivos. No impartían estudios de historia ni de filosofía, sino de derecho de orden práctico…". "Es al *interpretatio* la interpretación que sabe entender y explicar, que hace vivir y valer el texto. No va desnudo. La actividad de los nuevos jurisprudentes se dirige a este equipamiento práctico".[12]

Pero, no obstante esa orientación de la enseñanza, la aplicación practica del *ius commune*, requería además como factor previo, su penetración en las diversas fuentes del Derecho, tanto territoriales como locales, vigentes en los diversos países configuradotes del contexto europeo. Ello ocurrió gradualmente, en cada lugar, ya sea desde un ángulo territorial o bien de carácter local, "más pronto o más

[12] Bartolomé Clavero. Institución Histórica del Derecho. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid, 1992, 35 y 38.

tarde", como señala Pérez Prendes, "deacuerdo con sus características peculiares", según la tradición cultural de cada territorio, y se le denominó recepción". [13]

De lo expuesto se puede concluir que no significa lo mismo "renacimiento" y "recepción". Cabe entender el renacimiento como "Reencuentro y reestudio del Derecho Romano Justinianeo, en las universidades y focos culturales europeos, por glosadores primero y luego por los comentaristas. Es la nueva ciencia jurídica cultivada en Europa que desarrollará la terminología, los conceptos, los criterios de solución, las categorías del Derecho Romano"… "Recepción en cambio, significa recibir esa ciencia jurídica romana o *ius commune* en la esfera del derecho vigente, como contenido que ingresa en una fuente local o territorial, preexistente o nueva, influyéndola total o parcialmente.[14]

[13] Pèrez Prendes F. M. Curso de Historia del Derecho Español. Sección de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Volumen I, 1983, pág. 616.
[14] A. Topacio F. op. cit. pág. 51.

4. PROYECCIONES DE LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN EL DEVENIR JURÍDICO EUROPEO

Después de los comentaristas o post-glosadores, en el transcurso de la Época Moderna, el *ius commune* se consolida gradualmente por su recepción en cuerpos jurídicos tanto de carácter local como territorial, integradores del ordenamiento legal de uno y otro país europeo. Pero su avance y difusión tiene un motivo cultural significativo: la universidad europea, sea italiana, francesa, alemana o hispana, durante largo tiempo no enseña el derecho nacional sino sólo el derecho común. Además de representar el ordenamiento romano el derecho redescubierto del imperio, aplicable ahora al nuevo imperio romano-germánico, el derecho nacional de cada país europeo no tuvo cabida en la enseñanza jurídica de las universidades. Como expone René David, ellas no querían convertirse en escuelas de derecho local, de origen normalmente consuetudinario, sino que aspiraban a impartir la enseñanza de un derecho científico de carácter suprarracional – común a toda Europa -, superando los particularismos locales.[15] Según indica Alfonso García Gayo, la recepción del derecho común se debió fundamentalmente a su enseñanza académica; señala textualmente que " Fue el único Derecho que se estudio en las Universidades; la

[15] René Dvid. op. cit. pág. 29.

imprenta difundió y divulgó tanto los códigos romano-canónicos, como las obras de los juristas; y estos, en consecuencia, se formaron en él y la consideraron como el Derecho vigente en toda Europa. Ellos se esforzaron por encuadrar en él las legislaciones nacionales – no sin deformarlas muchas veces – considerando que éstas se limitaban a sancionar sus preceptos o establecer en caso de discordancia determinadas excepciones. Frente al Derecho común, el nacional o real fue tratado como un derecho especial, y el estudio de éste, en no pocas ocasiones se limitó a destacar las antinomias que presentaba con aquél".[16]

Hubo esfuerzos oficiales en los países europeos para hacer primar el derecho nacional en el uso forense; no obstante, el *ius commune* será el Derecho que primará – en el orden de las fuente invocadas en el foro – por sobre los órdenes de prelación oficialmente dispuestos. En el transcurso de la época moderna hubo, por tanto, prioridad de las fuentes doctrinales del *ius commune* por sobre las legales de carácter oficial. Esto sólo tendrá fin con el advenimiento del movimiento codificador del siglo XIX con la hegemonía del positivismo jurídico sustentado en la identificación Ley – Derecho.

Pero en la época en análisis la fuente que normalmente fue invocada por los jueces para fundamentar la sentencia, fue la doctrina.

[16] Alfonso García Gayo. El Origen y la Evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español. Mdrid 1982. Párrafo 212.

Según anota F. Tomás y Valiente "No se respetaba el orden de prelación (oficial) entonces fijado, y se permitía la vigencia directa de las opiniones doctrinales ".[17]

Cabe observar, además, que no existe aún desarrollo del Derecho de razón, el cual alcanzará su auge en el siglo XVIII con el movimiento naturalista-racionalista. Antes de este trascendente pensamiento, prima el criterio del "Argumento de autoridad", esto es, el criterio expuesto por el jurista relevante o por la opinión de varios de ellos, y si se da, por la opinión unánime. No hay aquí, en esta época del argumento de autoridad, necesaria contrastación de la opinión del jurista con los axiomas o principios racionales-naturales, pues lo que en esencia vale –como ocurrió en la roma clásica – es la *auctóritas* del jurista vale decir su reconocimiento social de sabio (*prudens*) del Derecho, única vía aceptable para determinar el criterio jurídico idóneo o probable, respaldado además, antes y ahora en esta época renacentista y de génesis de la época moderna, por la Filosofía Aristotélica. Al respecto, F. Tomás y Valiente explica: "El método de argumentar (citando la opinión del jurista relevante en la época del *mos italicus*), se vio reforzado por la influencia de la lógica Aristotélica o, más exactamente, de la tópica. Aristóteles aconsejaba que ante determinados problemas prácticos se busque la solución

[17] Francisco Tomás y Valiente. op. cit. pág. 246.

"más probable", y considera que uno de los procedimientos para convencer a alguien sobre cual es la solución "probable", consiste en atender a las opiniones ajenas; la coincidencia de la opinión de todos los hombres o de gran número de ellos, o de los más sabios (aquí, de los juristas relevante), son, por consiguiente, argumentos convincentes, por que son criterios de probabilidad.[18]

[18] Francisco Tomás y Valiente, op. cit. pág. 300.

CAPITULO IV

EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

1. DESARROLLO DEL IUS NATURALISMO RACIONALISTA

Con base ideológica en el pensamiento naturalista- racionalista desarrollado fundamentalmente en los siglos XVII y XVIII el sistema de fuentes dirigido a la fundamentación de las sentencias por los jueces, tanto en Europa como en Latinoamérica, evolucionará hacia el Derecho codificado estableciéndose la hegemonía de la Ley por sobre la doctrina, luego que ésta por medio milenio (siglo XIII al siglo XVIII) ejerciera primacía sobre el propio derecho legislado. Por sobre el texto de doctrina autorizada, por sobre el argumento de autoridad científica, esto es, la opinión del jurista y la tradición doctrinal, en la fase final de la época moderna y comienzos de la contemporánea, tanto el derecho teórico como el práctico evolucionarán hacia el principio jurídico rector del naturalismo-racional.

Bajo esta nueva orientación, el Derecho no se sustentará en la *auctóritas* del jurista sino –primordialmente – en la naturaleza racional del criterio o precepto jurídico, que en todo caso, será

propuesto por el jurista para su eventual recepción por el correspondiente órgano legislativo. El principio o axioma racional que se entiende descubierto por la razón del jurista, aspira a ser positivado, convertido en ley, lo que se logrará sobre la base de dos revoluciones que impusieron los nuevos principios naturales-racionales marcando en occidente el final del Antiguo Régimen y el tránsito hacia el nuevo Estado Liberal Contemporáneo: La de las colonias inglesas con el *Bill of Right* (1776) y la Revolución Francesa (1789), con su Declaración de los derechos del ciudadano. En lo substancial, es la Escuela del Derecho Natural-Racional la que ha triunfado, con el respaldo de su brazo político: La Ilustración.

Con el Código Civil Francés, en lo fundamental, se recogen las nuevas ideas triunfantes de igualdad, como libertad, ideas que debían necesariamente ser impuestas por ley en ese momento evolutivo de Occidente, en Europa, la ciencia (la doctrina científica) era de ceder su lugar de fuente jurídica dominante al precepto impuesto por el legislativo, a la ley, al código.

El Code Civil Frances, positiva conceptos que se entienden todos pertenecientes al derecho natural-racional; se entiende que esos conceptos configuran derechos subjetivos naturales que se positivan en el Código, de lo cual da fiel testimonio el redactor del Code Jean-

Etienne Portalis en el mensaje o "Discurso Preliminar" en varias referencias.

Se puede observar que el derecho natural-racional deja atrás la opinión del jurista relevante como vía de expresión de la idea jurídica. La anterior concepción del *ius*, que se había fundado en la *communis oppinio* – opinión común de los juristas – o en el de más relevante autoridad científica (*auctóritas*), ahora es superada por la idea de la razón no obstante el respaldo del pensamiento Aristotélico aplicado al *mos itálicus*. Se impone el nuevo Derecho, según se ha observado antes, con el respaldo político de la revolución independentista de las colonias inglesas en Norteamérica y de la Revolución Francesa; se pretende y se logra establecer un nuevo sistema jurídico en sustitución del que había regido en el Antiguo Régimen. Señala al respecto A. Guzmán B.: "Los *ius* naturalistas construyeron su sistemas de derecho natural también para servir como criterios de enjuiciamiento del derecho vigente y, en consecuencia, con la aspiración de que los gobernantes ilustrados los sustituyesen por leyes o cuerpos comprensivos del derecho de razón. Desde el momento que así sucediese el derecho natural quedaría incorporado en la legalidad y no habría oposición entre derecho natural y derecho positivo".[19]

[19] A. Guzmán B. Andrés Bello Codificador. Ediciones Universidad de Chile, 1982. pág. 257. y además su texto La Fijación del Derecho, pág. 89.

En verdad la doctrina científica siempre será importante como vía de expresión de la idea jurídica, antes y ahora, pero la nueva orientación del pensamiento jurídico, el naturalismo racionalista, exige además que el criterio científico manifestado por el jurista sea concordante con los nuevos principios y axiomas, constitutivos – además – de un movimiento político triunfante. En este punto, B. Clavero explica que el tratamiento del Derecho "no es ya el de una prudencia probabilística de la tradición y la opinión, sino el de una doctrina axiomática de la razón"… "La nueva razón, una *ratio* que ya no es la tradición (doctrinal) y la autoridad (del texto doctrinal), sirve ahora para replantearse, par recomponer el propio sistema jurisprudencial y teológico con un acento nuevo en las capacidades del ser humano, en sus derechos subjetivos (derechos naturales innatos del sujeto) en suma; y un énfasis novedoso en la capacidad de la sociedad, en el poder de su institución política".[20]

[20] Bartolomé Clavero, op. cit. pág. 78.

2. DEL NATURALISMO RACIONALISTA AL POSITIVISMO. LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LOS SIGLOS XIX Y XX. PORTALIS Y SU ADMISIÓN DE LA EQUIDAD

2.1. Vigencia del derecho natural en carácter de supletorio del derecho positivo.

Con la codificación se olvidará la razón fundamental de la positivación, que fue poner en vigencia formal, mediante la ley, los principios naturalistas-racionalistas. No se tomará en cuenta la advertencia de Portalis, principal redactor del Código modelo, el francés, quien, con sorprendente anticipación, prevé la insuficiencia de los textos legales par cubrir todos los casos que ocurren en la base social, en la comunidad. En el mensaje ("Discurso preliminar") del *Code*, observa la necesidad de que el juez ante el vacío legal, "retorne" al Derecho natural-racional para obtener el criterio idóneo aplicable al caso no previsto por ley específica. Incluso admite claramente el referido codificador la aplicación de fuentes diversas de la ley para cubrir el vacío, se supone de contenido congruente con los axiomas naturales-racionales. De gran importancia para Portalis es la

equidad natural; para él "es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la obscuridad de las leyes positivas". Asociando esta fuente con el deber insoslayable del juez civil de fallar no obstante el defecto de ley – la inexcusabilidad - , señala que el Estado, "En la imposibilidad de darles leyes sobre todas las cosas les ofrece, en el magistrado público, un árbitro esclarecido e imparcial, cuya decisión les impide llegar a las manos y les resulta ciertamente más ventajosa que una contienda prolongada cuyas consecuencias y cuyo término no podían prever. El arbitrio aparente de la equidad vale en todo caso más que el tumulto de las pasiones".[21]

Lo que en esencia declara el Discurso Preliminar del *Code* Civil Francés bajo la inspiración de Portalis, es la amplia vigencia del Derecho Natural como elemento de permanente validez y susceptible de ser invocado por los jueces en el evento de no existir norma positiva precisa para el caso. Como textualmente lo expresa el codificador francés, "la previsibilidad del legislador es limitada".

Quedaba así, por tanto, claramente vigente la idea universal de Derecho Natural-Racional como elemento supletorio-integrador de carácter permanente par colmar los vacíos legales, expresado normalmente en el Derecho positivo con la expresión equidad natural. En el referido Discurso Preliminar, Portalis expresa "…cuando se trata

[21] Discurso Preliminar del Código Civil Francés, op. cit.

de un hecho nuevo, hay que remontarse a los principios del derecho natural, pues si la expresión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto pueda interesar a los hombres".[22]

2.2. La hegemonía de la ley como fuente del derecho.

Pero el pensamiento de Portalis, amplio y flexible frente a la eventual aplicación – por el juez – de la equidad natural integradora para colmar el vacío legal, no será normalmente observado en el uso foral en la era de la codificación, por lo menos en su época inicial (siglo XIX y primera mitad del siglo XX). Ocurrió que en el nuevo orden político, el estado liberal, el parlamento como nuevo depositario de la voluntad ciudadana, se alzaría a los más altos niveles jurídicos. Como ha señalado Francisco Balaguer, "Lo que en el campo científico eran las leyes de la naturaleza, en el campo social era o debía ser la ley aprobada en el parlamento" "la manifestación de la voluntad del pueblo que, como tal, no podía ser arbitraria, ya que expresaba de un modo racional la forma en que una sociedad quería regularse a sí misma".[23]

[22] Jean Etienne- Marie Portalis. Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés. Traducción de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, 1978.
[23] Francisco Balaguer. Fuentes del Derecho. Editorial Tecnos S.A. 1991, pág. 39

Después de la revolución francesa, tanto en Europa como en América Latina, se entendió que el establecimiento de normas y criterios de solución para los jueces, debía ser obra exclusiva del órgano legislativo. Geny, al respecto observa con visión crítica: "Quien dice codificación, dice adopción del principio fundamental, consistente en el derecho de hacer la ley corresponde exclusivamente al legislador, es decir que ante la voluntad expresada en su obra, la jurisprudencia de los Tribunales, como la ciencia de los tratadistas, pierden en absoluto la independencia desde el punto de vista de la significación del derecho positivo, aún cuando conserven una limitada libertad respecto a la crítica, es decir, a la apreciación misma del derecho".[24]

[24] Francisco Geny, Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo. Editorial Reus S.A. 1925 pág. 55.

3. LA EQUIDAD INTEGRADORA EN EL DERECHO CHILENO. PENSAMIENTO DE ANDRÉS BELLO

3.1. Pensamiento de Andrés Bello

Bello tuvo una posición similar a la de Portalis. Contrariamente a la común afirmación que exalta su legalismo, se puede afirmar que con fundamento, que nuestro codificador nunca creyó en la identificación Ley-Derecho, ni menos en la improcedencia de fuentes distintas de la Ley para colmar los vacíos legales, vacíos aceptados claramente por Bello al proponer en el Título Preliminar del Proyecto definitivo de Código Civil de 1853, en su artículo 4º el siguiente precepto: "En materias civiles, a falta de *lei* escrita o de costumbre que tenga fuerza de *lei*, fallara el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a faltas de éstas, conforme a los principios generales del derecho y de equidad natural".

En sus obras completas, Bello – además – afirma textualmente que "el número de leyes es siempre infinitamente menor que el de los casos y estos varían infinito entre sí".[25] ¿Sé puede, en verdad, con estos antecedentes, calificar a nuestro codificador como positivista

[25] Andrés Bello. Obras completas. Edición de 1893 T. 15, pág. 132.

legalista?. Concordamos con lo expuesto por el profesor A. Topasio cuando señala que "su posición (la de A. Bello) en la época de la codificación misma, demostró claramente ser pluralista en el ámbito de las fuentes integradoras del Derecho. Si alguna vez afirmo - de una u otra forma – que el juez debía ceñirse estrictamente a la ley y debía ser "esclavo de la ley", ello solo marca una época de su pensamiento, el que evoluciono y maduro en el cuarto de siglo que media entre su llegada a Chile (1829) y la publicación del proyecto de Código Civil de 1853".[26] Agrega luego el profesor Topasio que nunca pretendió Bello agotar el derecho en la ley. El proyecto original, tal como lo presentó a la comisión revisora, no estaba en medida alguna orientado a clausurar el sistema dejando fuera las demás fuentes que siempre entendió concurren a integrar el fenómeno jurídico, y todo ello, aún en medio de las cautelas políticas respecto de la función exclusivamente aplicadora por parte del juez, dentro del esquema normativo propio del Estado decimonónico orientado por tendencias centralizadoras y racionalistas.

[26] A. Topasio F. Las fuentes diversas de la ley en Chile. Revista de Ciencias Sociales Nº 44 (1999). Edeval, Valparaíso, págs. 255 – 256.

3.2. Vigencia de la equidad natural en el derecho chileno. su aplicación por la jurisprudencia en el devenir del siglo xx.

En el comienzo de la era republicana, las leyes patrias que respecto de específicas materias se dictan antes del Código Civil, incluyen el importante tema de la equidad. No hay tratamiento especial de la equidad interpretativa, pero si de la equidad integradora, supletoria de los vacíos legales. Andrés Bello demuestra, antes de la presentación del proyecto de Código Civil de 1853, que su posición es pluralista frente a la procedencia de las fuentes diversas de la ley en la fundamentación de la sentencia civil. En este ámbito, con un criterio afín al de Portalís, obtiene en 1851 la aprobación de la Ley Sobre El Modo de Acordar Y Fundar Las Sentencias, propuestas por Bello, en la que se consagra, por primera vez en el nuevo derecho patrio, la equidad natural en carácter de integradora "a falta de ley". Textualmente, la referida ley en lo pertinente dice (artículo 3º) "Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia y las revocatorias de otro tribunal o juzgado contendrán: nº 3: "Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga

fuerza de ley, y a falta de una y otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia". [27]

Poco después, en el proyecto de Código Civil presentado a la Comisión Revisora en 1853, Bello mantiene su posición frente a la necesidad que tiene el juez en lo civil de fallar no obstante el vacío legal, reiterando en el artículo 4 del Titulo Preliminar del referido proyecto antes trascrito, la equidad natural como fuente procedente "a falta de ley".

3.3. La fundamentación del fallo en equidad antecedentes y evolución en la jurisprudencia nacional

Del análisis de las revistas de jurisprudencia nacionales (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Fallos del Mes), se puede observar que aumentan cada año los fallos fundados en la equidad a nivel de tribunales superiores de justicia; en el presente, no hay año que por vía de la resolución de una determinada Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema no se dicten sentencias fundadas en la fuente equidad. Esto contrasta notoriamente con lo ocurrido en

[27] Ley promulgada bajo Manuel Bulnes, el 12 de Septiembre de 1851. Ver Boletín, libro XIX págs. 522 a 525. Nota en A. Topasio F., Fuentes del Derecho Chileno de la Precodificación, Edeval, 1986, págs 99, 100 y 101.

las primeras décadas del siglo XX, donde hubo años en que no se dictaron fallos fundados en la equidad, como sucedió, por ejemplo, entre 1921 y 1930, o bien entre 1935 y 1940.

3.4. Bases de procedencia de la equidad en la ley y en concepto de la jurisprudencia nacional.

3.4.1. Integración de la ley en el derecho codificado.

El art. 170 Nº del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez a resolver en equidad en defecto de ley. Dispone que las sentencias deberán contener: "La enunciación de las leyes, y en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

Nuestra jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes de Apelaciones, en el transcurso del siglo XX ha interpretado que el "defecto de ley" significa falta de ley específica y expresa que regule un caso sometido a la decisión del tribunal. Así en 1915, la Corte Suprema, resolviendo un recurso de casación en la forma señaló "Que sólo en defecto de leyes que procedan para fundar sus

resoluciones, pueden los Tribunales acudir a los principios de la equidad con arreglo a los cuales aquéllos deban pronunciarse…"[28].

Fallos mas recientes de la segunda mitad del siglo XX mantienen igual criterio. Así, en sentencia de 1981, la Corte Suprema indica "…el juzgamiento y resolución de los asuntos sometidos a las decisión de un Tribunal ha de regirse, como regla general, por esas normas legales aplicables al caso y que solamente a falta de ley expresa puede el juez acudir a principios de equidad…"[29]. En un cercano fallo, de 1998, la Corte Suprema, una vez más ratifica "…para la resolución de la litis el sentenciador debe, en primer lugar analizar e interpretar las normas legales existentes sobre la materia del debate, y solo a falta de normas de derecho que lo regulen, puede recurrir a las otras fuentes auxiliares o a la equidad…"[30].

3.4.2. Fundamentación del fallo integrador en un precepto de carácter interpretativo, el art. 24 del Código Civil

Es de interés observar que, no obstante ser el art. 24 del Código Civil un precepto necesariamente interpretativo, con finalidad

[28] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XIII, secc. 1ª, pág.541
[29] Fallos del Mes, Nº 268, pág. 25.
[30] Lexis Nexis, Nº identificador 21447.

específicamente hermenéutica, parte significativas de las sentencias que han fallado conforme a equidad, han preferido fundar el acto de creación judicial y por tanto integrador del vacío legal, en el art. 24 del Código de Procedimiento Civil, y no el art. 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, precepto destinado directamente por el legislador para ser invocado en la tarea integradora del juez.

Es probable que con la aplicación del art. 24, se haya querido dar al acto de integración una base legal ubicada en el Código de fondo y no en un Código regulador de un Derecho "Adjetivo", en un Código de "enjuiciamiento", como se le denominó en los inicios de la codificación. Pudo también ser la convicción de que en toda interpretación hay – en menor o mayor medida – un acto de creación judicial, particularmente en el pensamiento y criterio jurisprudencial de la segunda mitad del siglo XX. Cualquiera sea el criterio, en sentido estricto la integración debe ser cumplida basándose en la equidad integradora, pues la equidad interpretativa del art. 24 del Código Civil supone, necesariamente, existencia de ley cuyo sentido y alcance el órgano jurisdiccional determina, y no un vacío legal. El vacío legal solo puede ser colmado con equidad integradora, fundamentada en el art. 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el art. 10 del Código Orgánico de Tribunales (principio de inexcusabilidad) y además con el art. 73 de la

Constitución Política. En todo caso, la proposición que Andrés Bello hizo en su oportunidad, cuando presentó el proyecto definitivo de Código Civil en 1853, incorporando la equidad integradora en el art. 4, de su Título Preliminar, era lo correcto.

3.4.3. Algunos ejemplos de fallos que fundan la equidad integradora en el art. 24 del código civil.

En fallo de 1831, la Corte Suprema invoca el art.24 del Código Civil para fundar el fallo en equidad, señalando: "Que para resolver esta cuestión, si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contemple, está este Tribunal en el deber formal de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".[31]

En sentencia dictada al promediar el siglo XX (1951), la misma Corte indica que "ante la falta de una norma determinada que, en nuestra legislación positiva, resuelva la dificultad, no cabe sino recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, fuentes a las cuales la Ley remite al interprete en el caso que no sean

[31] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, secc. 1ª, Pág. 69.

aplicables las reglas (anteriores) de interpretación que el Código Civil establece".[32]

Se mantiene igual doctrina en el transcurso del siglo XX, en algunos otros fallos observables en resoluciones de Cortes de Apelaciones. En sentencia de 1984, la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, dispuso: "Que también puede el juez, para solucionar los casos que no tienen una ley aplicable, apoyarse en la regla de interpretación de las leyes contenida en el art. 24 del Código Civil, que le permite actuar del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".[33]

La Corte Suprema en 1997, invoca también el art. 24, para fundar el fallo en la equidad, declarando que "…constituyendo el caso de autos una situación de hecho que no está reglamentada por la Ley de modo expreso, deberá resolverse esta controversia como lo ordena el art. 24 del Código Civil, vale decir, deacuerdo al espíritu general de nuestra legislación y conforme ala equidad natural".[34]

[32] Revista de derecho y jurisprudencia, Tomo XLVIII, secc. 4ª, pág. 70.
[33] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, secc.5ª, pág.88.
[34] Lexis Nexos, Nº identificador 14967.

3.4.4. Aplicación del artículo 170 Nº5 del Código de Procedimiento Civil para fundamentar el fallo en equidad

Se puede afirmar que sólo en la segunda mitad del siglo XX la jurisprudencia nacional se orienta a la fundamentación en equidad, sobre la base de una declarada integración, invocando directamente el art. 170 Nº5 del Código de Procedimiento Civil.

En un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 1951 se hace aplicación de la equidad integradora cuando señala: "…con arreglo a estos fundamentos y visto además lo dispuesto en el art. 10 del Código Orgánico de Tribunales y 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia…".[35]

En una clara resolución del año 2000 de la Corte de Apelaciones de Santiago se precisa "…generándose al respecto una "laguna legal" que requiere ser integrada a objeto de zanjar la controversia que sobre este punto se plantea en autos y, de este modo satisfacer el principio de inexcusabilidad que informa a nuestro ordenamiento procesal, según lo dispuesto en los artículos 73 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de tribunales…" "Que conforme dispone el Nº 5 del art.170 del Código de Procedimiento Civil y el auto acordado de la Exma. Corte Suprema

[35] Revista de Dercho y jurisprudencia, Tomo XLVIII, secc. 2ª, pág. 69.

de 30 de septiembre de 1920, las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen las de otros Tribunales, deben contener, entre otras menciones, "La enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo…".[36]

La gradual apertura a fallos en equidad, supone paralelamente la existencia de resoluciones que han guardado estricto legalismo, no obstante establecer el sistema, tanto en la Constitución Política como en los códigos, apertura a los fallos en equidad en defecto de ley. Es probable que no se haya tenido presente por los jueces que han tenido innegable actitud de reserva frente a los fallos en equidad, que la integración judicial no significa invadir el ámbito de las leyes, pues las sentencias judiciales, por disposición legal (art. 3 del Código Civil) "No tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causa en que actualmente se pronunciaren"; el juez, si falla en equidad se reduce al análisis de los hechos y circunstancias particularísimas del caso que debe resolver; y en el supuesto que, no obstante, el contenido del fallo guarde un cierto grado de generalidad, ésta, nunca tendrá el efecto general de la ley por que la ley misma le otorga a las sentencias – a todas - , sólo efecto relativo, *inter* partes litigante.

[36] Gaceta Jurídica Nº 245, p. 169.

CONCLUSIONES

1. Históricamente, la evolución jurídica no se identifica con una sola fuente en el desarrollo interno de una específica comunidad organizada políticamente. Lo demuestra la sociedad política romana en su interna evolución y el desarrollo que después de la caída del Imperio Romano en el siglo V d.c., tendrá el Derecho en el contexto de las naciones de Europa Continental.

   La realidad jurídica observada a nivel de aplicación del Derecho por los jueces, ofrece una diversidad de fuentes jurídicas aplicadas, no sólo comparativamente, es decir, contrastando las diversas fuentes que tienen hegemonía en las distintas épocas o períodos de evolución, sino también dentro de una misma época histórica.

2. En la Edad Media, en su época final (Baja Edad Media) que ha sido analizada en este trabajo, se ha podido observar que el derecho local de las diversas comunidades, gradualmente recepcionará el Derecho romano redescubierto en el siglo XII. Los jueces de la época no sólo aplican los estatutos municipales y las costumbres locales sino también la doctrina representada por el *iuscommune.*

3. En la época Moderna, la doctrina de los autores será casi hegemónica frente a otras fuentes. Pero una vez alcanzada la época de la codificación, la ley se impone de modo casi absoluto, admitiéndose restringidamente la costumbre y, frente al vacío legal la equidad.

La equidad, que en esencia es la equidad natural, representa una reminiscencia de la vigencia del Derecho Natural- Racional como filosofía jurídica imperante antes de la codificación y durante la elaboración de los códigos.

En la estructuración de los contenidos codificados prima la idea de la positivación de los principios o axiomas del Derecho Natural –Racional. Por tanto, la equidad natural, no es una fuente creada por los codificadores sino la aceptación de la filosofía naturalista –racionalista y a la vez, la convicción de los codificadores, particularmente de Portales y de Bello, de que la previsibilidad total por la ley de todas las materias y casos que se pueden suscitar en la base social no es humanamente posible. El recurso a la equidad natural por juez, salva esa limitación y cubre el correspondiente vacío legal.

BIBLIOGRAFÍA

- Topasio Ferretti, Aldo. Derecho Romano. Editorial Latinoclásica. Primera edición, 1992.

- Topasio Ferretti, Aldo. Historia del Derecho. Edeval, 1996.

- Avila y Martel, Alamiro de. Derecho Romano, Organización Judicial y Procedimiento Civil. Segunda edición, 1962.

- Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Primera edición, agosto, 1997.

- Alvarez Suarez, Ursicino. Instituciones de Derecho Privado Romano, Tomo I, UNED, 1973.

- Incluye la bibliografía citada.