

LOS CÓDIGOS DE JUSTINIANO COMO MODELOS DE BÚSQUEDA DE LA *CONSONANTIA* EN LAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS DEL DERECHO Y DE LA SOCIEDAD, Y LOS CÓDIGOS MODERNOS*

SANDRO SCHIPANI
Universidad de Roma "La Sapienza", Italia

RESUMEN

El autor expone la tesis según la cual las obras legislativas emprendidas por el emperador Justiniano representan un modelo de integración jurídica de principios rectores de relieve, especialmente el de *aequare libertatem*, esto es, igualar la libertad de todos los hombres, toda vez que el derecho en ellas recogido refleja cambios institucionales, políticos y sociales. La proyección universal del derecho romano es recogida por los códigos modernos, que continúan la aspiración justiniana, con desigual fortuna, y en continuo proceso de mejoramiento.

Palabras clave: *principios - códigos - derecho romano - Justiniano*

ABSTRACT

The author presents the thesis according to which the legislative work undertaken by the Emperor Justinian represents a model of legal integration of relevant guiding principles, especially the *aequare libertatem*, that is, equal freedom of all men, since the law contained in such works reflects institutional, political and social changes. The universal reach of Roman law is taken up by modern codes, which have continued the Justinianean aspiration with variable success, and continuous improvement process.

Key words: *principles - codes - roman law - Justinian*

1.

Podemos considerar que la trayectoria del sistema de Derecho romano se articule en tres fases: la fase de su formación, desde los orígenes a Justiniano (por lo tanto, desde el siglo VIII a.C. hasta el siglo VI d.C.); la fase de su coexistencia con las instituciones jurídicas medievales (desde el siglo VI d.C. hasta el siglo XIV); la fase de las grandes revoluciones y de las codificaciones modernas, fase todavía abierta (desde el siglo XV a la actualidad).

* La codificación del derecho ha constituido uno de los temas de investigación más significativos del colega Bernardino Bravo Lira. Me es grato dedicarle la versión en lengua castellana de la ponencia llevada a cabo en el International Symposium on "Social Transformation and Legal Reform", orientado específicamente a la temática de la "construction of harmonious (*hexie*) society and significance of legal reforms in China today" organizado por el Key Research Institute in University y por el Institute of Legal History de la China University of Political Science and Law-CUPL de Pekín, y consignada para la publicación en lengua china. Artículo traducido por Marianela Converti.

Cronológicamente, casi al centro de esta trayectoria, se ubican los códigos de Justiniano, que concluyen la primera fase, recogiendo una serie de elementos ya presentes en los siglos precedentes, unificándolos, proyectándolos en los siglos sucesivos y poniendo al Derecho romano común codificado a disposición de todos los pueblos. A estos códigos se enlazan los códigos modernos y, en efecto, el sistema de Derecho romano es también designado como sistema del derecho codificado, porque la presencia de códigos caracteriza al sistema mismo.

En los códigos de Justiniano, se subraya que el sistema de Derecho romano tiene su parte fundamental en su *principium* (D. 1,2,1) y, debemos decir en general que, en el sistema de Derecho romano, en toda innovación el principio permanece como parte fundamental: el sistema se ha acrecentado en torno a su principio, con grandes y profundas transformaciones, pero conservando durante su desarrollo una continuidad en relación a sus raíces (conforme a la lógica de la *civitas aulescens*). Es necesario, entonces, siguiendo el método de Justiniano, que yo me remonte a estos momentos iniciales que han plasmado tanto a los códigos del sistema, como a su totalidad.

2.

A lo largo del período extenso de la formación del sistema de Derecho romano, verificamos una serie continua de tensiones sociales profundas que se reflejan en la producción del derecho. A su vez, es de destacar que desde los orígenes de Roma hasta el siglo IV d.C., el derecho romano jamás ha sido designado por los juristas como un término-concepto al singular, sino siempre al plural: *iura* / 'complejo de normas y correspondientes derechos'. A esta pluralidad corresponde, en cierta medida, una pluralidad de realidades sociales cuyas relaciones son dinámicas entre sí; y que incluso a veces, se encuentran en conflicto.

Si observamos¹ a la sociedad romana más antigua, en los orígenes de la ciudad, vemos una pluralidad de ordenamientos familiares y gentilicios reunidos en poblados que constituyen las unidades político-jurídico-religiosas, con normas consuetudinarias internas propias (*mores* / costumbres familiares); propios cultos, tribunales domésticos; un jefe (*pater familias*) cuya potestad implica el sostén de una pluralidad de personas que constituye la familia; un territorio (*heredium*, así llamado porque era inalienable y se transmitía solo por sucesión hereditaria). Las relaciones entre estas pequeñas comunidades eran intermediadas por el *pater familias*. Esta organización precívica familiar y gentilicia tenía en su vértice a Júpiter, divinidad inter-étnica que tutelaba a todos los pueblos. A su vez, dicha organización se encontraba en continua relación con otros pueblos, a veces dispuestos en modo similar, a veces ya organizados en ciudades. Sus relaciones se desarrollaban en la esfera de *multa iura communia* / 'muchos complejos de normas en común'. El establecimiento de la ciudad es un evento que constituye una transformación profundísima, a la cual corresponde la formación del *ius Quiritium*, luego *ius civile*, es decir, el derecho de los ciudadanos, o de la ciudad. El derecho civil madurado en este período es un conjunto de usos y costumbres cuya elaboración se encuentra prevalentemente en las manos de juristas reunidos en un colegio sacerdotal, los pontífices, quienes constituyen una institución ciudadana².

¹ Cfr. para la lectura del desarrollo de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, GROSSO, G. *Storia del diritto romano*, -5 ed.-, Turín, 1965 (trad. china al cuidado de Huang Feng, Pekín: 1994; reimpr. revisada, Pekín, 2009); GROSSO, G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, -2 ed.- Turín: 1967.

² La reflexión posterior (D. 1,2,2,1) subraya que también existieron leyes en el período más antiguo, monárquico; pero las leyes se vuelven fuente importante sólo con la República, y con las transformaciones y los conflictos que se desarrollaron en esa época..

En el período monárquico, a los grupos de habitantes originarios se unen numerosos inmigrantes, los cuales son acogidos en las estructuras familiares y gentilicias, o que también hacen referimiento al *rex*. Con la caída de la monarquía a fines del siglo VI a.C., se genera una profunda tensión entre los descendientes de aquellos grupos originarios (los patricios), y la masa de inmigrantes de diversa índole y sus descendientes (plebe); pues, si bien la plebe se encuentra incluida en el pueblo y en las asambleas, se halla excluida de las magistraturas que gobiernan a la ciudad. Este conflicto conduce a la secesión (493 a. C.) y a la búsqueda de la *concordia ordinum* / ‘concordia entre los dos órdenes patricio y plebeo’³. De esta búsqueda de concordia deriva la creación de la magistratura de los tribunos de la plebe, los cuales eran electos por la plebe, y si bien no participaban del poder de gobierno, contaban con la facultad de paralizar a sus instituciones⁴. Es durante el desarrollo de estas disputas y en la búsqueda de *concordia*, que se inserta, a su vez, la aprobación de una gran ley: la Ley de las XII Tabas, que constituye por entonces la “fuente de todo el Derecho público y privado”⁵, y aún durante siglos la base de todo el Derecho, además de representar un punto que prefiguró una idea de ‘código’.

Se subraya de esta ley el fin de *aequare libertatem* / ‘igualar la libertad’ de todos los ciudadanos⁶.

A la *aequalitatis conservatio* / ‘conservación/observancia de la tendencia a la igualdad’ se refiere Cicerón en su definición del derecho⁷. La *aequitas* es uno de los dos polos de la posterior definición del derecho de Celso, adoptada por Ulpiano y luego por el Digesto (D. 1,1,1pr)⁸, como ‘sistema de lo bueno y de lo ecuo’.

La *libertas* tiene un triple significado: se refiere a los particulares, y se opone a la esclavitud (libertad como opuesto a esclavitud); se refiere a los pueblos, a los grupos sociales, y se opone a la sumisión al dominio de otro pueblo o de un poder externo (libertad como opuesto a dominación); indica el pleno ejercicio de los derechos propios de los ciudadanos de una república, lo que no puede subsistir en un reino, en el cual el poder no se encuentra en las manos de los ciudadanos (libertad como propia de los ciudadanos de una república y no de los súbditos de un reino).

La *concordia ordinum*, es decir, la unión de los ‘corazones’ (la palabra ‘concordia’ tiene como raíz ‘corazón’ y el sufijo ‘cum’ = junto) de dos ‘órdenes’, que a la época eran los

³ En Livio, el referimiento a la *discordia*, y a la *concordia ordinum* utilizado a partir de las luchas entre los patricios y los plebeos se encuentra consolidado, aunque, más precisamente, con relación a la primera secesión no se aplica (el primer recurso que se hace a la expresión *discordia ordinum* se remite al 446, Liv. 3,67,6, sin embargo no es impropio hacer referencia de este modo a la plebe organizada y al conflicto político, en los decenios precedentes). No obstante, es de destacar que en Cicerón este referimiento se circunscribe, más acotadamente, a los conflictos y a la auspiciada ‘concordia’ entre la clase dirigente de la nobleza y de los caballeros, que luego ha de extenderse a ‘todos los hombres honestos’.

⁴ Cfr. LOBRANO, G. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milán. 1982; CATALANO, P. *Tribunato e resistenza*. Turín: 1971.

⁵ LIVIO 3, 34,6 (Cfr. la trad. en chino, al guiado de Wang Huansheng, de una antología de los textos jurídicamente más relevantes de los primeros diez libros de Livio, Pekín, 2009). La afirmación acerca de que la Ley de las XII Tabas es “fuente de todo el Derecho público y privado” debe ser interpretada en el sentido que, si bien ella no tiende a una completitud general, regula, sin cancelar la base de derecho consuetudinario, todos los puntos acerca de los cuales existe el consenso general de considerarlos desprovistos de una precisación escrita.

⁶ LIVIO 3,31,7

⁷ CICERÓN, *De Oratore* 1,42,188 (Cfr. la trad. en chino de Wang Huansheng, Pekín: 2003)

⁸ Sobre este texto, Cfr., en la vastísima literatura, GALLO, F. *Sulla definizione Celsina del diritto*, en: *Atti Accademia Scienze Torino*, 123, 1989, 15 ss. (reimp. en GALLO, F. *Opuscola selecta*. Padua: 1999, 667 ss).

patricios y los plebeos, requiere, por consiguiente, alcanzar la igualdad, tanto como: libertad de los particulares, separándola de toda forma de esclavitud (el problema de los deudores que eran encadenados ya es afrontado por las XII Tablas, aunque la prohibición de ponerlos entre cadenas madurará solo luego de luchas posteriores; a su vez, es tratado el problema de la propiedad de la tierra, pero la participación de la plebe en la utilización de las tierras públicas requerirá todavía muchas luchas, etc.); como libertad del dominio de un orden sobre otro (la ‘secesión’ había revelado la amenaza de que los dos órdenes patricio y plebeo formasen dos ciudades, y el restablecimiento de la unidad exige que no siga el ‘orden de los patricios’ dominando sobre el ‘orden de los plebeos’); como ausencia de un poder arbitrario (sumisión a leyes iguales [*isonomia*])⁹.

Tanto la institución del tribunato, que garantiza la posibilidad de paralizar aquellos actos de gobierno considerados un abuso de poder por parte de quien lo detenta, como la aprobación de la ley, este código de las XII Tablas que impone las mismas normas a todos los ciudadanos, son dos instrumentos concurrentes y dinámicos en las transformaciones sociales de la época en la cual la ley se arraiga.

Ley y derecho son expresiones de dos realidades sociales, y podría decirse, de dos ordenamientos jurídicos distintos (plebeo y patricio) ensamblados en la unidad del pueblo y de la ciudad, pero, a su vez, en conflicto (la secesión). A partir de ese choque es que madura la codificación como punto de equilibrio dinámico impuesto por la parte que reclamaba la igualdad. Es en esta codificación que, según las palabras del jurista Pomponio, es vista la fundación de la ciudad (D. 1,2,2,4).

En la posterior reconstrucción dogmática, las XII Tablas, y la afirmación de principios que ellas contienen, relativa al valor de la voluntad popular para la creación del derecho (“sea derecho aquello que ha sido establecido por la postrera decisión del pueblo”¹⁰), lleva a los juristas a reputar a la ley como la primera fuente del derecho en el catálogo de las fuentes que ellos disponen (Gayo. 1,3; Papiniano en D. 1,1,7pr.). A su vez, lleva a enfrentarla con la ciencia del derecho, que se desarrolla sobre la base de la competencia y de la consecuente autoridad de los juristas (Gayo. 1,7) en el desenvolvimiento tanto de esta equidad –que ahora ha salido a la luz–, como de la unidad dinámica entre derecho y ética (D. 1,1,1pr. arriba recordado)¹¹. Si bien estos catálogos son abstraídos de las vivencias históricas, el origen de la ley, y de los códigos, como instrumento de lucha¹² para la construcción de la *concordia*, permanece presente en el sistema, así como permanece el rol del jurista en la elaboración del derecho en función de los hombres concretos, de su tutela, y de su igualamiento (D. 1,4,1)¹³ (Cfr. *infra*).

Con el desarrollo de la ciudad y de su fuerte apertura a los intercambios comerciales con pueblos extranjeros, se despliega una ulterior realidad social bastante dinámica y aparece

⁹ En este contexto se inserta el relato (Liv.2,32) de la siempre problemática alegoría de la sociedad que es vista como un cuerpo con distintos miembros, cada uno de los cuales posee funciones diversas y concurrentes entre sí, y que, a pesar de ello, deben compaginarse. En este contexto de luchas se inserta la institución del culto a la *Concordia*.

¹⁰ LIVIO, 7,17,12

¹¹ Sobre el papel de la ciencia del derecho, cfr. SCHIPANI, S. [*I giuristi, fondatori del diritto*], trad. en chino de Xue Jun, en: *Journal of Comparative Law*, 73, Pekín: 2004, 1 ss.; en italiano en: *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 13/2002, 275 ss.

¹² Subraya en modo específico el origen de la ley como instrumento de lucha entre patricios y plebeos SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma. 1, Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*. Nápoles: 2006.

¹³ Sobre la conexión entre el método de trabajo utilizado por los juristas, y la centralidad de los hombres en el derecho, Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, -2 ed- Turín: 1999.

una nueva clase, nuevos intereses humanos y económicos a tutelar, y un nuevo complejo de normas: el Derecho civil es “corregido e integrado” mediante el derecho producido por el pretor (D. 1,1,7,1). Este pretor no es un juez; es un magistrado electo que establece el derecho a aplicar en las controversias; lo enuncia en un edicto que torna público al inicio del año de su cargo. Este Derecho pretorio inicialmente era concebido como una excepción del Derecho civil, reservado a las relaciones entre ciudadanos y extranjeros; luego será utilizado, también, en las controversias entre ciudadanos. En la confrontación entre el Derecho civil y este nuevo Derecho, no existe una tensión social de carácter frontal, como aquella suscitada entre patricios y plebeos, pero existen igualmente realidades sociales, económicas, culturales distintas, que se hallan en competencia, y cuyos conflictos son gobernados a través de la orientación dada en el edicto, en línea general y abstracta, a las decisiones judiciales. Estas realidades englobaban también a los extranjeros, por lo que, junto al Derecho civil, será luego elaborada la idea de un Derecho de gentes común a romanos y extranjeros¹⁴, en cuya base se desarrolla, posteriormente, la idea de que algunas de estas normas constituyen el Derecho natural. Paralelamente y en forma paulatina, el edicto del pretor se torna el texto en el cual son definidos todos los derechos y todas las pretensiones que un ciudadano o un extranjero puede hacer valer con una acción en juicio (D. 1,2,2,10); ello se convierte en un instrumento similar, por diversos aspectos, a un código que se actualiza cada año para incluir en el modo más rápido las nuevas exigencias que una parte de la sociedad romana en crecimiento propone para su apertura al mundo (el Mediterráneo), cuya composición está dada por una diversidad de pueblos, a los cuales propone los propios *iura* / ‘complejos de normas y correspondientes derechos’, en nombre de la *fidēs*.

Derechos comunes con los otros pueblos y antiguas costumbres familiares; derecho civil; derecho de gentes, e idea de derecho natural de él desarrollada; derecho honorario: son todos la pluralidad de *iura* / ‘complejos de normas y correspondientes derechos’ del pueblo romano. Todos ellos son el reflejo de una pluralidad de realidades sociales distintas que constituyen, si bien atravesando conflictos de distinto nivel, una unidad. A su vez, dicha unidad es incesantemente buscada por la labor de los juristas, quienes logran englobar y coordinar las normas que son producidas por las demás fuentes y por los desarrollos que esa misma realidad autónomamente ha propuesto.

El crecimiento de la unidad jurídica entre mundo itálico y mundo mediterráneo unido en el Imperio romano constituye una enorme transformación ulterior que se desarrolla en el marco de algunos siglos de la primera mitad del primer milenio d.C.

Inicialmente existe la facultad de los extranjeros para recurrir a la jurisdicción de los magistrados romanos en los territorios que han entrado a ser parte del Imperio romano; luego, ese recurso crece de manera tal que cada vez más los extranjeros adquieren la ciudadanía romana; aunque la concesión de dicha ciudadanía a todos los habitantes del Imperio no comporta una mecánica aplicación del mismo derecho. Paralelamente, ha desaparecido la contraposición entre Derecho civil y pretorio, como también, la tensión entre las dos realidades sociales a la cual ésta había dado una respuesta.

El recurso al Derecho romano que se hace en la vida cotidiana del territorio de las provincias se expande sobre todo a partir del siglo IV, con el traslado de Roma como sede donde se encuentra el emperador, y con la equiparación del territorio itálico al provincial. La creación de Constantinopla, como Nueva Roma es un hecho histórico, que no cancela la Primera Roma, pero indica la vía de su multiplicación potencial en el nombre de la común *res publica* / ‘cosa de un pueblo’, es decir, de una “congregación de una multitud asociada por el consenso de

¹⁴ GAYO, 1,1 = D. 1,1,9; D. 1,1,1,4; D. 1,1,2; D. 1,1,3; D. 1,1,4.

derecho y del bien común”¹⁵ que adquiere una conciencia de la multipolaridad del propio modo de ser. Las costumbres locales se encuentran difusas y su tensión con los principios del Derecho romano conduce a tratar de moderar su importancia a fin de subordinarlas a la ley¹⁶.

Es el tiempo de la gran tensión entre las diversas partes del Imperio, parte occidental ‘latina’ y parte oriental ‘griega’, y la búsqueda de integración entre ellas; tiempo de aspiración a la incorporación de pueblos que migraban a los confines del Imperio, y que constituían una amenaza; tiempo de la meditada renovación de la concepción de un derecho para todos los hombres y todos los pueblos, que –según he recordado–, ya se encontraba ‘en ciernes’ en los “derechos comunes” del período arcaico, y que luego fueron retomados en el Derecho de gentes. Son éstos tres factores que contribuyen a la codificación en esta fase de la trayectoria del sistema para lograr aquel “consenso de derecho y del bien común”, que transforma a una “multitud” en un “pueblo”.

La elaboración de un código que reúna todo el derecho es intentada por Teodosio II al inicio del siglo V; pero su programa ambicioso debe ser reducido a una codificación parcial, es decir, a un código que reúne solo los actos legislativos (constituciones) del Emperador (Código Teodosiano del 438-439)¹⁷ y que prevé el uso de las otras fuentes a las cuales hace un simple reenvío¹⁸. Esta obra es, empero, el símbolo y la base de una continuidad: luego de la crisis del siglo III la gran ciencia jurídica experimentado una crisis, que recién será superada en la segunda mitad del siglo V d.C., a continuación de los esfuerzos de Teodosio. Justiniano recoge los frutos. Él se vale de la actividad de grandes juristas reconocidos capaces de continuar la vía de sus predecesores.

3.

Justiniano ha realizado, en el siglo VI d.C., tres códigos: Código Justiniano, Digesto, Instituciones. Estos códigos recogen el gran patrimonio de textos legales y escritos de juristas presentes hasta entonces, y se conectan con las líneas de producción del derecho anteriores, fundiéndolas en una fuente nueva¹⁹.

Considero importante subrayar que ellos son el resultado de la combinación del trabajo de los juristas y de la aprobación por parte del legislador, es decir, no surgen exclusivamente de la ley, ni producto de la ciencia jurídica, sino que son el fruto del encuentro entre ambas.

Los códigos de Justiniano tienen como objetivo lograr una justicia mejor, aportando celeridad a las decisiones de los tribunales y formando mejores juristas. La justicia es, pues, la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Según las palabras de Ulpiano, que se encuentran al inicio del Digesto: el derecho deriva de la justicia, él es, pues, el sistema de aquello que es bueno y equo (D. 1,1,1pr.), integrándose, de esta manera, con la ética y con esa equidad / igualdad del derecho que es aplicado a todos, que parece cubrir todo el marco del milenio que va de las XII Tablas a estos códigos.

¹⁵ Esta es la notoria definición de ‘pueblo’ aportada por Cicerón, *De Republica*, 1,25,39 trad. en chino al cuidado de Wang Huansheng, Pekín: 1997. Cfr. CATALANA, P. *Populus Romanus Quirites*. Turín: 1974.

¹⁶ Cfr. D. 1,3,32 ss.; C. 8, 52 (53). GALLO, F. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*. Turín: 1993.

¹⁷ CTh.1,1,6.

¹⁸ CTh. 1,4.

¹⁹ Cfr. en general sobre la obra de Justiniano SCHIPANI, S., *Introduzione en: Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta*, I, 1, *Sulla giustizia e sul diritto*, trad. al cuidado de Huang Feng, Pekín: 1992.

Los códigos de Justiniano persiguen la brevedad del texto y la coherencia interna, sistemática, ordenada, de los principios y normas, entre las cuales no debe haber contradicciones. Medida de referencia de la coherencia del sistema son los hombres, de los cuales se tiende a unificar una igualitaria y común consideración jurídica de base, eliminando las diferencias entre ciudadanos y extranjeros, tendiendo a la equiparación de las mujeres con los hombres, si bien con los límites de la realidad de entonces, que no eran superados en materia de esclavitud. Ellos, como ya fuera dicho, no pierden su relación con las raíces, ni son concebidos como inmutables, pues prevén su actualización. En esta prospectiva que tiende a incluir y unificar, los Códigos de Justiniano perfeccionan el concepto de la unidad sistemática de todas las normas y de su potencial vigencia para todos los hombres, lo que se fija con la designación técnica de 'Derecho romano común'. Esta noción unitaria no cancela las pluralidades de los complejos de normas civiles, de gentes, naturales (J. 1,2pr.-3; D. 1,1,1,2-D. 1,2,6), ni los que aparezcan como posibles en las pluralidades de derechos civiles de las diversas comunidades (Const. Tanta *ad omnes populos*) a las cuales el sistema es propuesto.

En la Constitución de promulgación de las Instituciones de Justiniano encontramos un término precioso: *consonantia* (Const. Imp. 2). No me permito proponerlo como equivalente a la idea de 'armonía' (*hexie*), limitándome simplemente a señalar esta posible línea de encuentro, a verificar. *Consonantia* en el contexto allí mencionado refiere a los textos legales, que —como allí mismo se declara— primero eran confusos, desordenados. El mismo término se encuentra, si bien reforzado dada su referencia a la unidad, también en la Constitución de promulgación del Digesto: *in unam consonantiam* (Const. Tanta pr.). Se sostiene que, gracias al trabajo cumplido, no se encuentra ninguna contradicción entre los textos, como tampoco ninguna repetición (en la Const. Deo auct. 8 se subraya *una concordia, una consequentia*). Esta coherencia interna de los textos en su totalidad es el punto por el cual se ha elaborado la idea de que el derecho es un sistema; puesto que no posee solamente una coherencia extrínseca, sino una consonancia de conceptos, principios, institutos y normas para una sociedad, la cual, estos códigos establecen el modo en que ella debe ser.

La idea de sistema se hace presente en modo reflejo a partir del jurista Quinto Mucio que, al inicio del siglo I a.C. ha 'constituido el derecho civil por género y especie', aplicando, por lo tanto, un método de elaboración inductivo-deductivo que conduce a la construcción del sistema (D. 1,2,2,41). En el mismo clima cultural, pocos decenios después, fueron escritas obras que se llaman *digesta*, precisamente para indicar que en ellas la materia es 'ordenada' (D. 1,2,2,44). Cicerón en aquellos mismos años había elaborado la idea de compilar el derecho civil *in artem*, es decir, en modo sistemático, según el criterio de la dialéctica²⁰. Celso define luego al derecho como un *ars*, término que podemos entender precisamente como 'sistema' (D.1,1,1pr. ya recordado). En el ámbito de las reglas de interpretación, el mismo Celso había afirmado que no se puede entender una parte de una ley sin haberla examinado toda (D. 1,3,24). La extensión de este criterio a la totalidad del derecho conduce a considerarlo como un sistema, paralelamente a considerar la idea de interpretación sistemática y de analogía (Const. Tanta: C. 1,17,2,18).

Este sistema coherente, cuyos elementos se encuentran en consonancia entre sí tiene su eje —como se ha dicho— en la justicia, en la construcción de una sociedad justa, que es un objetivo a perseguir; tiene su eje en lo bueno y en lo equo, es decir, en la *honestas, pietas, pax, fides, religio*; y en el *aequare libertatem*.

Los códigos de Justiniano son instrumentos que persiguen este fin. Ellos aportan la coherencia y resistencia del unitario derecho común que contienen, físicamente materializado en la encuadernación en pergamino de los volúmenes en los cuales está escrito, al servicio de los hombres. Ellos expresan un esfuerzo de conexión de la justicia con la *concordia ordinum*,

²⁰ CICERÓN, *op. cit.*, 1,42,187

que se expande en la búsqueda de igualamiento y de concordia entre los pueblos, en una prospectiva en la cual la divinidad aporta su sostén a los hombres en tal actividad, a través de las instituciones de la comunidad destinadas a ello (*deo adnuente, deo autore* [*augere* indica un 'acrecentar' una obra, o cosa, o persona ya de por sí en acción, o existente]).

4.

En Constantinopla, Segunda Roma, los códigos formulados en latín fueron releídos y traducidos a otras lenguas: al griego (en particular, los Basílicos) volviendo estructural a los códigos la pluralidad de la lenguas del derecho; luego, fueron traducidos al eslavo antiguo; luego, llegaron a Moscú, Tercera Roma. Fueron enviados a Italia, a Ravena, y, siglos después, desde la Universidad de Bologna, mediante la renovada ciencia jurídica y un renovado círculo de expertos, de juristas formados en las universidades, se difundieron siguiendo el modelo de Bologna (desde Salamanca, 1218 y Coimbra, 1288; a Cracovia, 1364 y Pécs, 1367, etc.). De esta manera, en esfuerzo de renovación de la institución imperial, ofrecieron su derecho a Europa, en concurrencia con las instituciones jurídicas medievales (se excluyó a Inglaterra de esa renovada y extensa difusión).

Glosadores, Comentadores, Humanistas: desde los primeros siglos del milenio pasado eran nuevamente estudiados, y luego puestos en práctica, la sustancia y el método del *ars boni et aequi*, desarrollados en la Primera y Segunda Roma, y puestos al centro de los Códigos de Justiniano y sus juristas.

5.

La era de las grandes revoluciones y de las nuevas codificaciones del sistema jurídico romanístico inicia con el revolucionamiento de los conocimientos geográficos, desde el descubrimiento de aquello que fue llamado 'Nuevo Mundo', a la circunnavegación del globo; y cumple con la superación de aquella idea de Imperio que se extiende "desde donde sale hasta donde se esconde el sol", hasta llegar a configurar el Imperio donde "nunca se esconde el sol", global, y donde se fundan nuevas Universidades (desde México y Lima). Esta era logra superar la formación social feudal, y su conexa contraposición entre sus instituciones (el feudo, las clases, las corporaciones, etc.) y el Derecho romano. Gracias a esta superación, a la renovación del objetivo de *aequare libertatem*, el referimiento a los códigos de Justiniano y a los desarrollos del sistema acrecentados gracias a ellos, conduce a los nuevos códigos²¹.

La Escuela del Derecho Natural y el *Usus modernus Pandectarum* desembocan en la *Lei da Boa Razão* portuguesa, de 1769 y en el ALR prusiano del 1794. El ALR, primer código del Iluminismo, a partir de su elaboración, por un lado renueva el connubio entre ciencia jurídica y legislador, aunque está todavía inmerso en la sociedad de las clases (nobles, burgueses, campesinos) y de las corporaciones (parte II, Título 5-9), herencia medieval que también el absolutismo del soberano combate bajo otros perfiles (es decir, en relación a los límites que los poderes feudales ponen a su poder soberano absoluto); y por otro, anticipa el monopolio en la producción del derecho propio del estatal-legalismo, en contraste con el derecho común, con el rol de la ciencia jurídica, y también con el del derecho consuetudinario.

²¹ Cfr., en general, SCHIPANI, S., *Premessa*, en: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, 1-4, Milán: 2005 (trad. cinese in corso di stampa)

El Código Napoleón (1804) es el código de la Revolución política que ha cancelado los residuos de las instituciones feudales (ello ha sido acompañado por los códigos Comercial/1806, Procesal-Civil/1807, de las causas criminales/1808, Penal/1810). Es el código del ciudadano, código de la propiedad, código del triunfo de la voluntad individual. Asimismo, código de la superación de la división del territorio francés en dos áreas, del derecho escrito y del derecho consuetudinario, y de la superación de la particularidad que ello aparejaba: código de la unidad de la República francesa (el camino hacia la igualdad pasa también por la unificación legislativa entre territorios vecinos). El Código es, finalmente, código del Derecho romano. Es, en efecto, obra de una gran ciencia jurídica (Domat, Pothier, Portalis) que ha interpretado en modo profundo los tiempos, y ha orientado a una relectura y a una síntesis del Derecho romano justinianeo codificado. Esta base funciona como sostén para su acogida en muchos países fuera de Francia, también en los gobiernos mismos de la restauración (en Francia; en Italia, desde Nápoles, a Módena, a Turín, al Reino de Italia en 1865; a España, etc.)²². Su base en los códigos de Justiniano es común al ABGB austríaco de 1811, en el cual se encuentra presente aun en mayor medida la Escuela de Derecho Natural.

Los códigos latinoamericanos se inician con el de Haití/Santo Domingo (1825), y ven ya en el del Perú (1852) tornar propia de América Latina, en modo autónomo, la tradición del Derecho romano común, que madura la especificidad de un subsistema jurídico latinoamericano gracias a las obras de grandes juristas: A. Bello (Cc. de Chile de 1856), A. Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Cíveis* de 1858 y *Código Civil. Esboço* de 1860-1865), D. Vélez Sarsfield (Cc. de Argentina de 1871), C. Bevilacqua (Cc. de Brasil de 1917), hasta el Cc. de Cuba (1987)²³. Estos códigos logran, pues, un objetivo específico: perfeccionan la Independencia y la apropiación definitiva, por parte del continente, del sistema de Derecho romano. De esta manera, el sistema de Derecho romano adquiere un autónomo polo de posible desarrollo, cuyo emblema es el referimiento a la 'Roma americana' (respecto tanto de España y Portugal, y de los vecinos poderosos, Roma no es una potencia que limita la Independencia, pero su derecho ofrece un lenguaje común a los ciudadanos del continente, un instrumento de afirmación del *suis legibus uti*, de unidad y de defensa). Por último, luego, en la legislación de América Latina, se reabre prevalentemente la atención, presente desde el inicio de la transfusión del sistema, a las instituciones de origen precolombino, lo que permite el crecimiento del principio de *suis legibus uti*.

La Escuela Pandectista surgida del *Diritto romano attuale* de K.F. von Savigny, con su retorno a los códigos de Justiniano manifiesta su confianza en el desarrollo de ese método 'constitutivo del sistema' en el cual recoge a su vez la herencia del racionalismo del 600'. Asimismo, acentúa la científicidad al proceder a "calcular con los conceptos", y la pone al servicio de un riguroso positivismo de las fuentes en el cuadro del perfeccionamiento de la revolución industrial de la Alemania del 800'. El *BGB* producido por la Escuela Pandectista fue acompañado por el Ccom./1896. A ellos siguen, aun con innovaciones significativas, el Cc. suizo de 1907, y la consiguiente unificación del Derecho privado, civil y comercial.

²² También en estos países se puede recordar el objetivo de la superación del particularismo: es interesante citar, como simple ejemplo, la moción aprobada en 1798 en Milán, en la cual se dice: "Existen en Italia del Norte más de cuatrocientos estatutos, algunos de los cuales hasta se contradicen entre sí. Es adecuada esta variedad? Es adecuado que a cada postas de cambio de caballos, por así decir, se cambie jurisprudencia? No podría acudirse provisoriamente al Derecho romano en todas aquellas partes en las que no se hallen provistas leyes particulares de la República?"

²³ El CC. de Chile fue traducido al chino por Xu Diyu, Wuhan, 2003, con *Nota introduttiva* de S. Schipani; el Cc. argentino fue traducido al chino por Xu Diyu, Pechino, 2006, con *Nota introduttiva* de S. Schipani.

A las transformaciones desarrolladas y a la entrada en la vida política de las grandes masas organizadas sigue, además de una parcial superación de la lectura individualista del Derecho romano, propia del 800', el resurgimiento tanto de una atención a la dimensión social, como el de los perfiles objetivos en las relaciones entre las personas a partir del Cc. italiano de 1942²⁴.

El estatal-legalismo, que si bien no es producto de los códigos sino que ha nacido valiéndose de ellos y en contraste con la unidad estructural del sistema, se vuelve hegemónico en Europa, a causa del desarrollo del nacionalismo, hasta la explosión de su crisis, antes de la cual, aun por parte de sus sostenedores, ya era impulsada una búsqueda de resurgimiento del derecho común (en otras áreas, como en América Latina, por ejemplo, la perspectiva de los 'principios generales del Derecho', no fue jamás transformada en aquella de 'principios generales de este código' [ALR] o de 'principios generales del ordenamiento del Estado' [Cc. it./1942], pero ha permanecido su referencia a los principios del sistema).

La Revolución de Octubre ve confluír una multiplicidad de factores, entre los cuales es dominante la aspiración a una revolución política y social que guíe las transformaciones industriales, lo que se quiere cumplir en modo acelerado. En Moscú, a la antigua tradición oriental en griego de los Basílicos y a las sucesivas escrituras de sus textos, propias de la Tercera Roma, se había superpuesto, o había coincidido, la tradición de la Universidad de Bologna. Esta confluencia se encuentra fundada en las citadas relecturas (glosadores, comentadores, humanistas, uso moderno de las pandectas) del texto justinianeo, y en su regreso constante a él; los códigos de Justiniano permanecen como un hilo sutil, tenaz y fructífero, que no solo produce el Cc. de la N.E.P., de 1922, así como aquel de 1964, elaborado sobre la base de la Ley sobre los principios de 1961, pero también, sobre la base de la ciencia jurídica que, emblemáticamente, renueva la propia traducción del Digesto (1984). Y en Moscú, el Cc. fue ulteriormente renovado (1995-2008), así como la traducción del Digesto (2002-2006).

El acogimiento de los códigos en los países de Derecho musulmán es sectorial y no los comprende a todos. Se inicia a fines del siglo XIX como 'momento de resistencia' a la aplicación del derecho extranjero en el propio territorio (Cc. mixto y código nacional egipcio de 1875 y 1883), y encuentra en el Cc. egipcio de 1948, de al-Sanhuri, una obra de gran envergadura²⁵. No por casualidad en aquellos años, se había intensificado el estudio de la base romanística y -sirva de ejemplo-, habían sido traducidas las Instituciones de Justiniano²⁶. Estos entrelazamientos crecen en las experiencias de codificación sucesivas de estos países. El diálogo entre Derecho romano y Derecho musulmán parece poder desarrollarse todavía.

El Código Civil en Japón (1898; acompañaba al C. Proc. Civil /1890 y fue acompañado por el C. Com./1898) es expresión de un acogimiento del sistema de Derecho romano, en particular para evitar los efectos de los 'tratados desiguales'. Considero también esto, en parte, expresión inicial de una exigencia de 'resistencia' y recuperación de la plenitud de la propia soberanía en el ejercicio de la jurisdicción. Las ciencias jurídicas francesas y alemana, en la producción del Código civil, han desarrollado un rol fundamental en la mediación de su relación con la totalidad del sistema del derecho romano (la primera prevalece en los proyectos

²⁴ El CC. italiano fue traducido al chino por Fei Anling e Ding Mei, Pekín, 1997 (rist. aggiornata 2004); cfr. ivi SCHIPANI, S., *Nota introduttiva* (cfr. S. Schipani, *Codice civile italiano and Its Chinese Translation* [trad. china de Huang Feng], en: *Bijiaofa Yanjiu (Journal of Comparative Law)*, 12, 1, 1998, 91 ss.).

²⁵ Abdelaziz Shady, *recensione di [Le Istituzioni di Giustiniano, base della dottrina romanistica]*, trad. de 'Abdel 'Aziz Pascià Fahmī, Cairo, 1946 (rist. nella collana [Progetto nazionale per le traduzioni], Cairo, 2005), en: *Roma e America*, 25/2008, 225 ss.

²⁶ CASTRO, F. *Šarī'a e diritto romano nella codificazione dei Paesi Arabi*. Roma: 1991.

de 1873, 1878, y 1890 aprobado, pero que no ha entrado en vigor; la segunda se encuentra en la base de la estructura sistemática del código mismo, cuyas normas conservan, a su vez, una pluralidad de aportes); el Derecho francés y el Derecho alemán eran, por otro lado, enseñados en las universidades japonesas (Windscheid y Dernburg eran traducidos), pero se debe tener presente que, desde 1874, había sido estatuida también una cátedra de Derecho romano en la Universidad imperial de Tokio (la enseñanza se basaba en las *Institutiones* de Justiniano), y

“entre los juristas existía la convicción profunda de que si no se hubiera estudiado y comprendido el derecho romano, no se habría podido comprender a fondo el derecho moderno de Europa [...]. Por lo tanto, se puede decir que fue recibida primero la doctrina jurídica, y que, solo en segundo lugar, se pasó a la recepción de la legislación europea” (Norio Kamiya).

No es esta la sede para detenerse sobre posteriores desarrollos del derecho en Japón; respecto a ellos la presión, después de la segunda postguerra, de la presencia de otros complejos de experiencia jurídica, como el *Common law* de los Estados Unidos, ha abierto en los últimos cincuenta años, dinámicas que parecen divergentes.

No me permito hablar aquí de las vicisitudes del Derecho romano en China²⁷.

Estaría interesado en saber si aun para el proyecto del Cc. chino de 1911 se podría correctamente hablar de un uso del Derecho romano aun como instrumento de resistencia respecto de las ingerencias en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los estados extranjeros.

Con referencia al Cc. del 1928-1931, en el 1948 el gran jurista norteamericano Roscoe Pound, nombrado asesor del Ministerio de la Justicia del Gobierno chino cuando la capital se encontraba en Nankín, aunque nunca fue un observador benévolo en relación al sistema jurídico romanístico, sostuvo:

“China tiene códigos excelentes [...] El Código civil chino es, en su esencia, la culminación de una época de continuos desarrollos que derivaron de la enseñanza del Derecho romano sobre la base de la codificación de Justiniano en las universidades italianas del duodécimo siglo. [...] Es un gran testimonio de la permanente vitalidad de la tradición jurídica romana que el desarrollo jurídico del Extremo Oriente siga las huellas del Derecho romano moderno, más que del derecho inglés o angloamericano. En verdad, el Derecho romano moderno, fuertemente sistemático, con su abundante doctrina científica, resulta mucho más adecuado a países que deben pasar rápidamente de un cuerpo de tradiciones y costumbres éticas y de un control social indiferenciado, a un cuerpo de derecho moderno, que el derecho inglés y angloamericano relativamente no sistemático”²⁸.

6.

La ciencia jurídica construye coherencia, elabora el sistema. El legislador Justiniano reconoce que los juristas, mediante su *peritia* y consiguiente *auctoritas*, son los *conditores* / ‘fundadores’ de los códigos (Const. Tanta 17). En efecto, los códigos son expresión de un derecho técnicamente elaborado y complejo, que requiere de una ciencia jurídica que los produce

²⁷ Cfr. SCHIPANI, S., voz *Diritto romano in Cina*, in: *XXI Secolo. Norme e idee. Enciclopedia Treccani*. Roma: 2009, 527 ss.

²⁸ Cfr. POUND, R., *Roman Law in China*, en *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*. Milán: 1954, 441 ss.

y que luego los interpreta. Los códigos no son producto del legislador; ni son unos objetos externos y preconstituidos respecto a la obra de la ciencia jurídica que se dedique a su interpretación sin responsabilidad de ellos. Ellos comprenden a la ciencia jurídica en modo pleno. Ellos involucran también al legislador que vuelve más resistente, con su *potestas*, al conjunto de conceptos, principios, institutos y normas que sirven para el *aequare libertatem*, en los distintos significados de la libertad: de defensa de las partes débiles de la sociedad de toda forma de esclavitud, de defensa del pueblo de la dominación externa, de sumisión de todos a las mismas leyes. Pero permanece la responsabilidad de los juristas que, según las palabras de Pomponio adoptadas por el legislador Justiniano, deben continuar cotidianamente mejorando el derecho para que éste pueda “*constare/subsistir*” (D. 1,2,2,13). Y la unidad del sistema, su coherencia, su *consonantia* interna, son instrumentos fuertes de la debilidad de los juristas en este trabajo de alcanzar la justicia, el *ius suum cuique tribuere* (J. 1,1pr.).

Los códigos de Justiniano han continuado el objetivo de *aequare libertatem*/ igualar la libertad, establecer las mismas leyes para todos los hombres, defender a un sector del dominio de otro. Ellos han extendido ese objetivo a todos los pueblos, para defender a un pueblo del dominio de otro; para que sea igualitaria la libertad entre todos los pueblos, y entre los ciudadanos de todos los pueblos, con los principios comunes al servicio de la justicia. El universalismo del Derecho romano vuelve a los códigos de Justiniano patrimonio común de la humanidad, que sostiene la posibilidad de *suis legibus uti* de cada pueblo. Generalmente, las codificaciones modernas han continuado este objetivo, si bien en modo desigual; y deben mejorar continuamente para alcanzarlo, en relación tanto a las insuficiencias que presentan, como a los problemas nuevos que emergen.