

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ANDRÉS BELLO, ROMANISTA — INSTITUCIONISTA

PROF. SANDRO SCHIPANI

"herederos de la legislación del pueblo rei. . .
tenemos que restituirla a las instituciones re-
publicanas".

(Andrés Bello)

CONTENIDO

	Pág.
1. Introducción: Hacia una evaluación de las <i>Institutiones de Derecho romano</i> de Andrés Bello desde el punto de vista de sus características generales.	12
2. Las <i>Institutiones</i> de Gayo/Justiniano como tipo de obra jurídica.	13
2.1. " <i>ius civile generatim constitutum</i> ": la obra de Quintus Mucius.	13
2.2. <i>De iure civili in artem redigendo</i> : la propuesta de Cicerón para una obra isagógica.	18
2.3. Las <i>Institutiones</i> de Gaius/Justiniano.	21
3. Las <i>Institutiones</i> en la Edad Moderna.	25
3.1. En Europa.	25
3.2. Y en América Latina.	28
4. La actividad docente de Andrés Bello. De la enseñanza de los <i>Principios de legislación universal</i> a la del <i>Derecho romano</i> bajo la forma de las <i>Institutiones</i>	33
5. Las <i>Institutiones de Derecho romano</i> de Andrés Bello.	35
5.1. Base de una actividad docente especializada inicial.	35
5.2. Estabilización de los " <i>principios generales del derecho</i> " según el modelo Gaius-Justiniano.	37
5.3. Afirmación de la pertenencia al espacio-tiempo del Derecho romano.	40
5.4. En relación dinámica con el <i>Código Civil</i>	45

1. Introducción: Hacia una evaluación de las Instituciones de Derecho romano de Andrés Bello desde el punto de vista de sus características generales.

Existen algunas breves observaciones y afirmaciones de Andrés Bello que revelan a mi entender, la clave de su postura metodológica frente al Derecho romano, ya que no se ubica tanto *frente a éste*, como más bien dentro del sistema mismo, resultando así una concepción válida en el tiempo y en el espacio hasta los momentos actuales, en Chile y en América.

La frase que se ha tomado como epígrafe de este Congreso es en verdad ejemplar en este sentido: Está claro que Andrés Bello se ubica

entre los *"herederos de la legislación del pueblo rey"* a los que incumbe el deber de *"restituirla a las instituciones republicanas."*

Esta frase del *"Discurso de instalación de la Universidad de Chile"* del 17 de setiembre de 1843¹ retoma, por lo demás, con profundidad, la visión sistemática e histórica de conjunto de Andrés Bello, como se desprende de otros escritos, de los cuales quisiera examinar ahora particularmente las *"Instituciones de Derecho Romano"*² por el valor que adquiere el modelo realizado en ellas, columna fundamental de una concepción global, que se traduce además en la contribución de Bello a la actividad legislativa, por su aporte al Código Civil³ (en cuya elaboración participó desde 1833/34⁴ hasta la aprobación del

1. "Discurso de Instalación", en *Universidad de Chile*, Imprenta del Estado, Santiago, 1843, 28 (reimpresión con "Prólogo" de R. FERNÁNDEZ HERES, Madrid, 1981).

La importancia de esta frase fue recogida por otro gran humanista latinoamericano: MIGUEL ANTONIO CARO, "Ojeada a las opiniones políticas y religiosas de don Andrés Bello", en *A la memoria de Andrés Bello en su centenario. Homenaje del 'Repertorio Colombiano'*, Bogotá, 1881, 78 ss. (cfr. hoy *Bello en Colombia*, Bogotá, 1952, 205 s.; *Obras completas de Miguel Antonio Caro*, 2, *Escritos sobre Andrés Bello*, Bogotá, 1951).

2. *Obras completas de Andrés Bello* (O. C. Caracas), XIV, *Derecho Romano*, Caracas, 1959, 1-213, con "Introducción" de HESSEL E. YNTEMA.

3. Para la bibliografía sobre el argumento en general, cfr. A. GUZMÁN, "Ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista", en *Archivo Glorífico* 195 (Módena), 1978, 147 ss.; "Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República", VII, "Ensayo de una bibliografía", en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3 (Valparaíso-Chile), 1978, 360 ss. ("Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 7, 1978, 629 ss.). A las obras citadas adde, del mismo, "El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil", en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, al cuidado de S. SCHIPANI, Studi Sassaresi, 5 (Milano), 1977-78 (1981), 139 ss.; "Crítica del derecho patrio y proyectos para su fijación", en *Index*, 14 (Nápoles, 1986) (= en *Rev. de Derecho*, 3 Valparaíso de Chile, 1979, 67 ss.); "Crítica del derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX", en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5 (Valparaíso de Chile), 1980, 267 ss.; "La evolución del pensamiento de Bello sobre codificación del Derecho", en *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario*, 2, Caracas, 1981, 169 ss. (= en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, 6, Valparaíso de Chile, 1981, 273 ss.); (J. L. DE LOS MOZOS, "Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello", en *Diritto romano, codificazioni e unità cit.*, 163 ss.; H. EICHLER, "Privatrecht in Lateinamerika", en *Fest. E. Heimbiling*, Berlín, 1981, 489 ss.; SCHIPANI; "Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello (Pluralidad de fuentes del Tít. I del Lib. IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos)", en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, 6 (Valparaíso de Chile), 1981, 165 ss.; F. CHUMACEIRO, "Bello y Viso codificadores", en *Bello y Chile cit.*, 205 ss.; M. PACHECO, "Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile", en *Bello y Chile cit.*, 215 ss.; E. BALMES ARTEAGA, "Don Andrés Bello y el Código Civil", en *Bello y Chile cit.*, 233 ss. **Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile**, Santiago, 1982, provisto de vol. 2, **Fuentes**.

Para una breve y equilibrada visión de conjunto, cfr. para todos R. CALDERA, *Andrés Bello*, Caracas, 1935 (trad. it., Parma, 1972, 221 ss.); P. LIRA URQUIETA, "Introducción", en O. C. Caracas, XII, *Código Civil de la República de Chile*, Caracas, 1954, XIII ss.

Cfr. además *Code Civil Chilien promulgué le 14 décembre 1855, entré en vigueur le 1er. janvier 1857, traduit, annoté et précédé d'une introduction* par H. PRUDHOMME, París, 1904.

Cfr. en fin *Andrés Bello y el Derecho. Congreso Internacional*, Santiago, 1982 y *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano Internacional. Roma 1981*, Caracas, 1987, 303 ss., sección dedicada a "Il Codice civile di Andrés Bello. Unità e specificità del sistema iuridico latinoamericano".

4. Para la individuación de esta fecha cfr. el testimonio de D. José Benavente in *Senato*, recordada por E. COOD, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile*, recopilados por . . . completados por F. FELIU y C. STUARDO, Santiago, 1958, 90, y la acertada evaluación de la misma por A. GUZMÁN, "El pensamiento. . ." cit. (supra n. 3), 156; "La evolución . . ." cit. (supra n. 3), 182 s. (=289 s.); "Estudio histórico-crítico", en *Primer Proyecto de Código Civil de Chile*, Santiago, 1978, 100 ss.

mismo el 14 de diciembre de 1855) y a numerosas leyes más.⁵

En relación con la importancia de las *Instituciones de Derecho romano* es innegable una difusa actitud tendencialmente reductora, en la base de la cual se encuentra ciertamente, en primer lugar, el juicio autocrítico del mismo Bello, expresado bien a través del anonimato formal que acompañó la publicación en referencia,⁶ bien a través de palabras más explícitas (nadie ignora que él la calificó "texto mezquino y pobre").⁷ Pero esta sensibilidad, esta convicción del autor sobre las limitaciones del trabajo publicado —que en la historiografía que le siguió debió de reforzarse también a causa de la actitud general asumida bajo el influjo de Savigny frente al estudio de las "Instituciones"⁸— no debe, en mi opinión, inducir a ignorar la efectiva contribución de esta obra. Este aporte se puede apreciar sobre todo si se toman en consideración algunos aspectos generales de la obra y los pasos seguidos para realizarla relativos: a la destinación y a la forma del discurso jurídico desarrollado en ella; al modelo y a los valores en ella recogidos y propuestos; a sus relaciones con la codificación del Derecho Civil, en el marco de una atención general, que caracteriza la obra de Bello en su conjunto, al sistema, codificación del lenguaje, del saber de relaciones entre personas y pueblos.

2. Las *Institutiones* de Gayo y Justiniano como tipo de obra jurídica.

En la historia del sistema jurídico romanista,

las *Institutiones* de Gayo y las de Justiniano, que a los fines del discurso que desarrollo aquí pueden ser consideradas unitariamente y como "las *Institutiones*" por excelencia, representan un punto de referencia de fundamental y perenne importancia para los problemas de la enseñanza del Derecho y de su estabilización sistemática. Ellas *constituyen* una especie de modelo coherente y compacto, pero al mismo tiempo no rígido, ni cerrado o aislado en el fluir de las diversas combinaciones (y modalidades de combinaciones) posibles entre conceptos, principios, instituciones y normas. Su especificidad se genera al interno de la cultura jurídica romana en una coyuntura que no es posible examinar ahora, pero que resulta útil recordar sumariamente.

2.1. *Ius civile generatim constitutum*: la obra de Quintus Mucius.

a. Me parece de particular interés, naturalmente para aludir solo a algunos puntos de referencia de los más significativos —por lo demás ya ampliamente estudiados⁹—, partir de las noticias que Pomponio nos ha transmitido sobre la obra de Quintus Mucius Scaevola (muerto el 82 a. de C.). Él nos dice en efecto —como se sabe— que Quintus Mucius fue el primero que *ius civile constituit* con una tratación de la materia *generatim* (D. 1,2,2,41), caracterizando de este modo la obra por el *objeto* tratado, por la *estructura* y el *resultado* de la exposición sobre él.

Pomponio, en el Enchiridion,¹⁰ al lado de la

5. Sobre esta materia cfr. T. POLANCO, "Bello, legislador", en *Bello y Chile* cit., 251 ss.; B. BRAVO LIRA, "Las leyes de prelación de créditos, obra de Bello: 1845, 1854, 1857", en *Bello y Chile* cit., 263 ss.
6. Cfr. O. C. Caracas, XIV cit. (supra n. 2), "Advertencia editorial", LVII.
7. Así en el famoso discurso pronunciado a la conclusión del primer quinquenio de vida de la Universidad, en 1948, publicado en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, 1848 (1850), 183 (= O. C., VIII, Santiago, 1885, 387). Cfr. en particular H. HANISCH, "Fuentes de 'Instituciones de Derecho Romano' compuestas por Andrés Bello y publicadas sin nombre de autor", en *Bello y Chile* cit., 93.
8. F. K. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 (trad. it. de F. DE MARINI, en Savigny. *Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980, 65). En general, para una reorientación de las ideas acerca del valor del estudio institucional del Derecho romano, cfr. S. SCHIPANI, "Sull' 'insegnamento delle istituzioni'", en *Il modello di Galo nella formazione del giurista. Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore di Silvio Romano*, Milano, 1981, 139 ss.
9. Cfr. para todos, luego de la obra fundamental de F. SCHULZ; *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946; 2ª ed., 1953; *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 (trad. it. de G. Nocera, Firenze, 1968, a quien me remitiré en las citas), en particular los estudios de M. BREONE, *Tecnica e ideologie del giurista romano*, Napoli, 1971 (2ª ed. ampliada, Nápoles 1982); E. POLAY, *Privatrechtliche Denkwelt der römischen Juristen*, Szeged, 1979; L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* (Appunti per un seminario di Storia del diritto romano), Torino, 1979, al cual me remito también para la amplia literatura de más lejana aparición.
10. Cfr. para todos, sobre el problema crítico relativo a esta obra M. BREONE, *Tecnica*. . . cit. (supra n. 9), 111 ss.; D. NÖRR, "Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'" en *ANRW*, 2, 15, Berlín, 1976, 512 ss.

successio auctorum (enunciada como el objeto del discurso en D. 1,2,2,13) y en el marco de la exposición sobre el origen y tradición de la *scientia iuris civilis* (D. 1,2,2,35 ss.),¹¹ a veces en forma indirecta delinea una 'tipología' de las obras jurídicas.¹² En esta perspectiva, él individúa antiguas obras de colecciones del Derecho (*ius civile Papirianum* D. 1,2,2,2; *ius civile Flavianum* D. 1,2,2,7) sobre las cuales subraya que en ellas el autor *nec de suo quicquam adiecit*.¹³ Respecto a ellas, parece que él reconoce haberse creado sucesivamente un género nuevo por Sextus Aelius Paetus Catus con su *tripartita* que incluía entre el texto de la ley de las XII Tablas y el de las acciones, una *interpretatio* por lo que él las calificaba como *cunabula iuris* (D. 1,2,2,7 y 38).¹⁴ Pomponius subraya luego que Publius Mucius Scaevola, Marco Iunius Brutus y Marco Manilius *fundaverunt ius civile* (D. 1,2,2,39); es decir que sus respectivas obras daban un salto de cualidad tal capaz de merecer, en el ámbito de esta exposición, la misma calificación de las XII Tablas, con que *civitas fundaretur legibus* (D. 1,2,2,4) habían merecido en la exposición de la *iuris origo atque processus* (D. 1,2,2, pr. ss.).¹⁵ Ellas iniciaban por lo tanto "la literatura de la *scientia*".¹⁶ A esa tríada de juristas, Pomponio agrega el recuerdo de varios más *ab his profecti* (D. 1,2,2,40), sin mencionar particulares contribuciones. Luego, *post hos*, pone de relieve la figura y la obra de Quintus Mucius en los términos arriba expuestos, recogiendo una novedad, un pri-

mado directamente ligado a la estructura del discurso en que se desarrolla el *ius civile*.¹⁷ Es un ulterior nuevo "tipo de obra", y también el más *re-ciente*, después del cual Pomponio deja traslucir que no se habrían producido *otras innovaciones* de las que se pudiera individuar nuevos tipos; es en fin el más *avanzado* al interno de un modelo expositivo que presenta "una evolución en el sentido progresista".¹⁸

Superada la literatura de simple recopilación; superado el esquema eliano de interpretación de un texto legislativo de base; (re)fundado el *ius civile* en obras de juristas que tienden a incluir, coordinar textos legislativos, instrumentos procesales, reglas y realidad social en un diseño que viene elaborado en ellas, y que conlleva por tanto una técnica de trabajo más rica y compleja; este perfil técnico en la obra de Quintus Mucius, deviene por primera vez, una específica e individualizada estructura formal del discurso (*generatim*, precisamente), que emerge como caracterización de un "tipo de obra" y a la vez como caracterizador en modo "constitutivo" del objeto, afirmándolo, estabilizándolo en una forma que se convierte en la suya.

Por primera vez y en forma definitiva. Tan es así que, prescindiendo del grado de realización de tal discurso en la obra muciana (no se precisa si mejor o peor que en obras sucesivas; ciertamente adecuado al reconocimiento de Pomponio que muy bien la conocía y apreciaba, al punto de haberle dedicado un comentario);¹⁹ en las des-

11. Sobre las relaciones entre estos dos objetos diversos del discurso, L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 23 ss.

12. Cfr. sobre el argumento, las agudas observaciones de L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), *passim*, y especialmente 47 ss.

13. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 49; 55 ss.

14. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 49 s; 56 ss.

15. Sobre las características de esta primera parte del discurso de Pomponio, cfr. para todos L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 9 ss.

16. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 50; 58 s. M. BRETONI, *Tecnica cit.* (supra n. 9), 173 precisa: "una scienza ormai svincolata dal dato normativo della legge decemvirale, aperta su una realtà giuridica multiforme, tesa a organizzarsi secondo le sue interne esigenze e nuovi criteri di valore", y agrega (p. 175): "Pomponio era mosso da una persuasione che sotteraneamente guida tutta la ricerca: la *scientia iuris*. . . si costituisce e si svolge secondo una ratio che le è immanente". Cfr. anche W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen*, Weimar, 1952 (reimpresión con bibliografía al día, Graz-Wien-Köln, 1967).

17. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9) 159 puntualiza que se trata de una connotación inherente a la "forma del contenido", y entiende *constitut* como un "assestamento" (de la *scientia*).

18. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 26.

19. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, 2, 60 ss.; 5. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Q. Mucium'*, Palermo, 1899 (reimpresión en *Labeo*, 7, 1961, 218 ss.; 352 ss.); F. SCHULZ, *Storia cit.* (supra n. 9), 364 s.; D. NÖRR, "Pomponius" cit. (supra n. 10), 547 s.

cripciones que siguieron de las obras jurídicas, las novedades no vuelven a tocar tal aspecto, sino que se concentran más bien: en la gran producción de Servius (D. 1,2,2,43);²⁰ en el ordenado (*digerere*) a un material compuesto, no escrito en función de él, por parte de Aufidius Namusa (D. 1,2,2,44);²¹ en la extensión de la "(re)fundación" y elaboración del Derecho pretorio, en Ofilius (D. 1,2,2,44);²² en la renovación producida por la *ingenii qualitate et fiducia doctrinae* de Labeo (D. 1,2,2,47).²³

Es por lo tanto un 'tipo de obra' que llega a adquirir una función clasificatoria actual, de modelo propuesto y auspiciado por Pomponio.²⁴

b. *Generatim* implica el recurso a categorías que articulan o enlazan un todo, y que a la vez unifican o agrupan diversas especies.²⁵ Es un término usado también para designar una de las más significativas operaciones lógicas, cuyo conocimiento (y clasificación) había sido afinado por la dialéctica griega, difundida en Roma a fines del siglo II a. de C., e integrada en el instrumental que se consideraba necesario para redactar obras isagógicas.²⁶ Dicho término podría haber sido usado también en modo parcialmente específico y nuevo al introducirse para la designación/descripción de un determinado tipo de discurso jurídico.

20. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 51 s. En lo atinente a la plena realización de novedades metodológicas, que CICERÓN, *Brutus* 1, 41, 152, reconocería más bien en el planteamiento y en las obras de Servius Sulpicius Rufus, quien sólo habría poseído el *ars del ius civile*, cfr. F. BONA, "L'ideale retorico ciceroniano e il *ius civile in artem redigere*", en SDHI, 46, 1980, 351 ss., según el cual con dicho reconocimiento Cicerón querría exaltar "l'assoluta padronanza serviana della topica logica e del metodo di argomentazione dialéctica" (p. 365), y no "un opera isagogica serviana" cuyo "fantasma" surgiría sólo de una errada interpretación del referido paso de *brutus*, conectado, sin fundamento alguno con el programa del *ius in artem redigere* enunciado en el *De Orat.* 1, 188-190 (sobre el cual *infra* en el texto). Cfr. también M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain (à propos d'un texte de Ciceron 'De Oratore' I-188 à 190)*, Paris, 1945, 26 n. 58; TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (trad. it. G. CRIFÓ, Milano, 1962, 55); A. GUZMÁN, "Dialéctica, casuística sistemática en la jurisprudencia romana", en REHJ (Valparaíso de Chile), 5, 1980, 24 s. En sentido diverso, O. BEHREND, "Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex", en *Nachrichten der Ak. der Wiss. in Göttingen*, I, Philol Hist. Kl., 1976, 265 ss. sostiene que Servius ha realizado una obra sistemática, conforme al objetivo enunciado por Cicerón en el *De Oratore*, para la cual ofrece ideas sugestivas, pero que rebasarían "i limiti offerti dai dati delle fonti" (F. BONA, *op. cit.*, 362 ss.).
21. F. CASAVOLA, "Auditores Servii", en *Atti Congr. Internaz. Soc. It. St. Diritto. La critica del testo*, 1, Firenze, 1971 (Ahorra en *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 132 ss.) subraya que "è dalla scuola di Servio che nasce un nuovo genere letterario tra quelli sino allora sperimentati dai giureconsulti, un genere che prende nome dalla operazione di *digerere*, di mettere ordine. . . I responsa. . . bisogna ordinarli e pubblicarli per scoprire. . . la dimensione teoretica, e farne argomento di dibattito e di riflessione da servire ai contemporanei e ai posteri. Così per il trapasso loro dalle scritture di memorie ai libri di studio, da una disposizione cronografica ad una sistemática, nasceva dal disordine una forma letteraria consapevolmente e per antonomasia ordinata: i *Digesta*".
22. Pomponius nos refiere que ya *Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*, pero que *Ofilius de iurisdictione edictum praetoris primus diligenter composuit* (D. 1,2,2,44). Cfr. para todos F. SCHULZ, *Storia cit.* (supra n. 9), 166; E. POLAY, *Privatrechtliche cit.* (supra n. 9), 72.
23. L. LANTELLA, *Le opere cit.* (supra n. 9), 51 s. Sobre Labeone, cfr. G. GROSSO, "Divagazioni su Labeone" y "Labeone e Capitone: tradizionalismo e conformismo nei giuristi", respectivamente en *Jus*, 1942 y en *Quaderni di Roma*, 1947; y ahora en *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976, 45 ss.; 55 ss.
24. M. BRETONE, *Tecniche cit.* (supra n. 9), 143 s. remarca que "solo ripercorrendo il cammino della *scientia iuris* e rendendosi consapevoli della sua razionalità intrinseca —così come essa si era costituita nel tempo: dal primo *ius civile* alla 'fondazione' di Manilio, P., Mucio e Bruto; dal costituere *generatim* di Q. Mucio Scaevola all'innovare labeoniano—, era possibile affermarne (o riaffermarne) il valore costitutivo, o in pari tempo rivendicarlo. . . l'autonomia" (frente al poder imperial). Este "carácter deliberadamente instrumental", esta "precisa intención práctica" de 'política' del método y de la cultura jurídica "conduce" el discurso de Pomponius, haciendo propositivas las indicaciones que él recaba de la historia y de la cual recoge los caracteres y el valor de tipos.
25. Cfr. *Thesaurus Linguae Latinae*, 6, 9, 1779 s., s.v. '*generatim*', Lipsia, 1929. Para algunos de los textos más relevantes, cfr. VARRO, *De lingua lat.* 9, 29: *non in volucribus generatim servatur analogia? non ex aquillis aquillae, atque ut ex turdis. . . turdi, sic ex reliquis suis quisque generis?*; CIC., *Verr.* 2, 2, 137: *honores habent. . . homines generatim, ut aratores. . . mercatores; orat.* 47: (*declamator*) *percurrat omnes locos, utetur aptis, generatim dicat*; CAES., *Gall.* 1, 51, 2: *Germani. . . copias. . . generatim. . . constituerunt paribus intervallis, Harudes, Marcomannos*; SALL., *reg.* 2, 12, 2: *omnia generatim describere*. Y para los casos en los que se recoge principalmente la totalidad de un género, y la generalidad de las indicaciones, cfr. PLIN., *nat.* 3, 139: *nunc totum* (es decir los pueblos antes enumerados) *uno nomine Illyricum vocatur generatim*; uso al cual está ligado también el D. 31, 66, 3 (Papiniano): *cum. . . generatim 'homo' legatur*.
26. Cfr. VARRO, *De Lingua Lat.* 7, 110: *In tribus (libris) . . . generatim discretis (sc. secundum verba locorum, temporum, poetarum; CIC., de orat.* 1, 41, 186: *nulli fuerunt qui illa artificiose digesta generatim componerent*; PLIN., *nat.* 12,1: *animalium. . . naturae generatim membratimque ita se habent. . .*

Generatim es por otra parte un término que no se ha demostrado aún en la época de Q. Mucius, pero el uso del mismo por Pomponio, y quizás también por otros antes de éste, para caracterizar la obra del jurista republicano, debía reflejar en un modo bastante preciso un aspecto presente en ella (su obra era en aquella época muy difundida)²⁷ y que pudiera ser asumido y propuesto como caracterizante, de aquella primera obra del más avanzado tipo de literatura jurídica.²⁸

Las palabras de Pomponio vuelven a adquirir el peso que tenían para el jurista quien, retrospectivamente, reconocía el nacimiento de un "tipo de obra" a través de connotaciones realmente presentes de manera innovativa en una obra concreta, que comenzaba a ser considerada no sólo como la primera realización de ese "tipo" (en cierto modo normativa, para quienes habían seguido sus huellas, si bien ella no hubiese sido

necesariamente la más completa o la mejor de tales realizaciones), sino que adquiría un significado tal que inducía a ubicar también el discurso jurídico propio de Pomponio mismo al lado de Quintus Mucius; y que venía colocado entre la concreta realización y el modelo propuesto.²⁹

El examen de los textos en los que esta referida la obra de Quintus Mucius³⁰ nos permite descubrir una elaboración y construcción de la materia, realizada con una terminología de intensa consistencia y coherencia sistemática, a la cual se refiere todo lo que existe o acontece en el espacio y en el tiempo (y que es, o podría ser descrito en diversos modos más) y a lo cual se conectan efectos jurídicos;³¹ una discusión y análisis en los que se hace uso de una pluralidad de "*rationes decidendi*", reconducibles, al menos en apariencia, a modelos de argumentos diversos³² entre los cuales es posible reconocer cierta

27. Un comentario sobre la misma fue escrito también por Gaius (cfr. Gai. 1, 188), y una obra ad Quintum Mucium habría sido escrita precedentemente por Lelio Felice (cfr. a. GELLIO, N.A. 15, 27, 1). Sobre el argumento cfr. F. SCHULZ, *Storia* cit. (supra n. 9), 363s.
28. Una interpretación diversa ha sido propuesta recientemente por A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (supra n. 20), 23 ss. y n. 17, quien sostiene que *generatim* "significa también 'generalmente' en el sentido de 'según regla(s) general(es)', y que por lo tanto en este texto se habría querido decir "que Mucio fue el primero en describir el derecho civil. . . de acuerdo con el método de las *regulae*". Este juicio no me convence: aun si bien es cierto que la elaboración de *regulae* se muestra sobresaliente en el trabajo de los juristas de dicha época —tan es así que a partir de P. JOERS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Bis auf die Caetonen*, Berlin, 1888, se ha difundido la cualificación de "Regularjurisprudenz"—, el término *generatim* usado por Pomponio expresa un concepto diferente: cfr. supra nn. 25 y 26. También M. KASER, "Zur Methode der römischen Rechtsfindung", en *Nachr. Ak. Wiss. Göttingen*, I, Phil.-Hist. Kl., 1962 (ahora en *Ausgewählte Schriften* 1, Napoli, 1976, 25 s.), si bien con mucha cautela, al interpretar tal término, hace referencia a manifestaciones de planteamientos sistemáticos.
29. Hay que tener presente que Pomponio podría haber usado la referencia conceptual a '*generatim*' en forma similar a la referencia a '*mathematicae*' utilizada siglos más tarde —LEIBNIZ, desde la juvenil *Disputatio iuridica de conditionibus* (1665), hasta los escritos de la edad más avanzada (cfr. *Opera omnia*, IV, 3, Ginevra, 1768), atribuye como es notorio, en general a los juristas romanos "*certissimas ac pene mathematicas demonstrationes*", y remacha, "*dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis*" (sobre el argumento cfr. para todos F. STURM, *Das röm. Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968); y luego por ejemplo K.F. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, pone de relieve y sobre la misma línea de pensamiento (par. 4) que toda la elaboración del derecho llevada a cabo por los juristas romanos, posee una seguridad, una certidumbre en sus conclusiones que no se encuentra "sino en las matemáticas", y se puede decir sin ninguna exageración que los juristas romanos "calculan con sus conceptos" ("*mit ihren Begriffen rechnen*"). Y también R. JHERING, *Geist des röm. Recht*, 3, 5, Leipzig, 1906, 9 especialmente para el antiguo derecho, subraya la "*mathematische Regelmässigkeit und Genauigkeit*".
30. Cfr. O. LENEL, *Palinogenesi*, 1, 757 ss.
31. Observa justamente y en general F. HORAK, "Osservazioni su dogmatica e casistica nel diritto romano e nei diritti moderni" (en imprenta) que "non si può non vedere come molte soluzioni di singoli casi, molti *responsa*, non sono altro, in fondo, che *regulae*, *dogmata*, e che non si distinguono in linea di massima dalle *regulae* che vengono espressamente definite come tali". Este autor aclara oportunamente además que ello no habría sido posible sin una elaboración de los llamados 'casos' según una técnica de "*fattispeciezzazione*" ("*Vertatbeständlichung*"), sostenida por la específica "funzione" propia de la exposición del 'caso' por parte de los juristas romanos que es aquella de la construcción de casos ("*fattispecie*") a los cuales referir las situaciones de hecho, como *species* en el *genus*.
32. Cfr. en general F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, 1, Aalen, 1969, *passim*, que las agrupa en dos categorías: *Deduktion* (Subsumtion) y *Wahrscheinlichkeitsbegründungen* (El A. reserva al segundo volumen el examen de un gran número de "Begründungen" en los que predomina o es determinante un juicio de valor). Sobre esta obra de Horak, cfr. recensión de G. GROSSO, en *Index*, 2, 1971, 105 ss., que examina con particular atención y con justa preocupación el "problema della razionalizzazione dei giudizi di valore".

actividad dirigida a la elaboración de *genera*, a la búsqueda de *definitiones* y de *regulae*.³³ En su conjunto reconocemos una elaboración constructiva cuyas modalidades y resultados son así fijados y por lo general seguidos en forma substancial por juristas republicanos contemporáneos o posteriores y por los clásicos.³⁴

Además, el examen de la secuencia de la tratadística de las instituciones en particular, reconstruible siempre a pesar de las dudas y lagunas,³⁵ ha llevado a reconocerle un orden propio, del que se debe evaluar su consistencia en relación con

las categorías utilizables y elaborables a la época, y que ha constituido no solamente una primera realización, sino también y sobre todo un esquema que, ya determinado, ha sido posteriormente apreciado, seguido, enriquecido y modificado.³⁶

c. El *ius civile* es el derecho en base al cual se habría desarrollado una interpretación que permitía afirmar que *es quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (D. 1,2,2,5),³⁷ y para las vicisitudes del cual, se viene afirmando mayormente el protagonismo de los juristas,³⁸ con

33. Sabemos que Q. Mucius trabajó en la determinación de los *genera tutelarum* (Gai., 1, 188), en la definición de *nexum* (VARRO, de *lingua latina* 7, 5, 105), de *gentiles* (CIC., top. 6, 29), de *penus* (GELL., N.A. 4, 1, 17; D. 33, 9, 3pr.), de *ruta caesa* (D. 50, 16, 241), de *argentum factum* (D. 34, 2, 27 pr. e D. 34, 2, 19, 9), de *vi factum* y de *clam factum* (D. 50, 17, 73, 2; D. 43, 24, 1, 5), de *postliminium* (CIC., top. 9, 37), de *aquapluvia* (CIC., top. 9, 38), de *pars* (D. 50, 16, 25, 1), a la individuación de *regulae* (D. 50, 17, 73 pr.; 3; 4; D. 50, 17, 203; D. 50, 17, 204; D. 17, 2, 30; D. 9, 2, 30, l), a una primera elaboración de la general articulación del *re, verbis, litteris, consensu, contrahere obligationem* (D. 46, 3, 80), sobre lo cual confronta en general R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, 90 ss.; A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani: Metodo. Mezzi. Fini*, Napoli, 1966; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970; C. A. CANNATA, "La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique", en *Fest. v. Lübtow*, Berlín, 1970, 431 ss.; E. POLAY, *Privatrechtliche cit.* (supra n. 9), 53 ss., 63 ss. (para la inscribibilidad de los textos del *liber singularis* horón de Q. Mucius a su obra de *ius civile*, cfr. F. SCHULZ, *Storia cit.* supra n. 9, 171 y n. 7; para una orientación contraria, B. SCHMIDLIN, "Horoi, pithana und regulae-Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung", en *ANRW*, 2, 15, Berlín, 1976, 107 s.). Sobre el problema de la centralidad de la terminología en el trabajo sistemático de los juristas romanos, cfr. siempre B. BIONDI, "La terminologia romana come prima dommatica giuridica", en *St. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1953, 73 ss. o, más recientemente, M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani", en *La filosofia greca e il diritto romano, Atti Colloquio Italo-francese. Accademia Nazionale dei Lincei*, 2, Roma, 1977, 212 ss., quien subraya en particular, para esta fase "dell'organizzazione del sapere giuridico", la tendencia "ad impadronirsi dei nessi e delle relazioni all'interno delle singole figure, degli istituti già empiricamente connotati nella legislazione e nella prassi" y saca a la luz que tal connotación "si manifesta nell'unità della terminologia rispetto a determinate figure, unità che viene assunta dalla giurisprudenza come punto di partenza delle sue classificazioni".
34. No es mi intención, al hacer esta afirmación de conjunto, esconder la particularidad de las contribuciones de cada personalidad, a cuyo esclarecimiento se han venido dedicando interesantes estudios. Considero solamente que sea el caso de subrayar una intensa continuidad, a diferencia de cuanto sostiene por el contrario F. SCHULZ, *Storia cit.* (supra n. 9), quien después de haber puesto un excesivo énfasis en "lo studio sistematico dei generi e delle specie giuridiche" por parte de la "giurisprudenza dialettica" (p. 119 ss.) sostiene que en el período clásico "l'interesse giuridico per la dialettica declina; vi fu un ritorno alla tendenza nazionale ad applicarsi ai casi concreti" (p. 231 ss.), y "un'opposizione a Q. Mucio nella quale si può ben vedere una reazione 'romana' contro la dialettica importata" (p. 234). Una atenta consideración de la naturaleza de la actividad constructiva de "fattispecie", y de sus implicaciones, nos permite una visión más ajustada a las fuentes, y también a la interpretación de Pomponius.
35. Según LENEL, loc. cit., la secuencia, con base en el comentario de Pomponius, podría haber sido: *de testamentis; de legatis; de legitima hereditate; de stipulationibus (?); de tutelis (?); de lege Aquilia (?); de statu liberis; de his qui in aliena potestate sunt (?); de possessione et usucapione; de emptio et venditio; de aqua (?); de contractibus earum personarum quae in aliena potestate sunt (?); de societate (?); de captivis et postliminio; de furtis (?)*. Una imagen más elaborada brinda F. SCHULZ, *Storia cit.* (supra n. 9), 172 ss., quien además encuadra cuatro macrocategorías unificadoras: derecho sucesorio, de las personas, de las cosas, de las obligaciones; cfr. sin embargo sobre todo los estudios de G. SCHERILLO, "Il sistema civilistico" cit. (supra n. 29), 445 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, "La formation du système des commentaires du droit civil dans la science juridique romaine", en *Ann. Faculté Droit d'Istanbul*, 12, 1953 (ahora en *Scritti*, 4, Napoli, 1977, 211 ss.).
36. Me refiero aquí también a los *luris civilis libri tres* de Sabino y a las obras que siguen el esquema sabiniano que es a su vez derivación del muciano: cfr. para todos F. SCHULZ, *Storia cit.* (supra n. 9), 279 ss. G. SCHERILLO, *Il Sistema cit.* (supra n. 29), 445 ss.
37. Cfr. M. BRETONNE, *Tecnica cit.* (supra n. 9), 127 (y también 167).
38. En verdad la perspectiva de Pomponius acentúa tal protagonismo de los juristas, habiendo sido justamente observado que "il racconto sulla scientia iuris è in realtà una galleria di personaggi, protagonisti di una tradizione" (L. LANTELLA, *Le opere cit.* supra n. 9, 30); pero también más allá de la 'deformación' historiográfica, tal protagonismo resulta verdadero, y, aparte de la específica posición de las XII Tablas, se encuentra inclusive una antítesis *ius-lex*: cfr. G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, 47 ss.

menos interferencias y mediaciones que para con otros principios ordenadores.

El *ius civile* es además aquel complejo de normas que constituye el núcleo del derecho de una sociedad gentilicia, y que, al momento de la articulación del sistema jurídico romano (piénsese en el surgimiento del *ius honorarium*, y en las razones del mismo)³⁹ replantea su *rol*,⁴⁰ —a tal punto que se precisa la renovación del "fundamento"—, llega a una nueva estabilización "(re)constitutiva"⁴¹ a través de una modificación de los nexos constructivos y sistemáticos; por lo que, de expresión y regla del orden histórico de esa sociedad de *paterfamilias* iguales, autónomos y propietarios, viene transformado en un modelo,⁴² que con tal modificación queda estrecha e indisolublemente interrelacionado.

d. Emerge entonces la individualidad de un "tipo de obra" a) en el que una actividad interpretativa conscientemente sistemática viene realizada tanto en la construcción de la materia a través de una terminología rigurosa, coherente y jurídicamente eficaz, como en el esfuerzo de manifestar los nexos, los fundamentos de tal coherencia, y de componer secuencias expositivas que la representen; y que, entre realidad y propuesta, con referencia a particularidades propias y a los modelos de coherencia existentes, está por lo tanto cualificada *generatim*; b) que, con tales características, nace circunscrita al *ius civile*, a su estructura de "derecho de iguales" (en el

sentido líneas arriba anotado), y se conecta a la individualidad de éste, que se "(re)constituye" en esta soldadura y fijación; c) que luego tiende a superar prontamente este límite y a generalizarse a los diversos complejos de normas que poco a poco se yuxtaponen o sobreponen (*ius honorarium*, etc.), aunque la estabilización inicial (que incluye la secuencia expositiva: el llamado sistema muciano) conserva una identidad propia al informar en particular una serie de obras que derivan de él en forma más directa y específica.

2.2. *De iure civili in artem redigendo*. La propuesta de Cicerón para una obra isagógica.

a. Diversa de la obra realizada por Q. Mucius es la obra isagógica auspiciada por Cicerón, y merece una breve citación el *programma* de *ius in artem redigere* formulado por él en el *de oratore* (1,42, 187-189)⁴³ y que él mismo quizás más adelante planteó sólo bajo el perfil metodológico en su obra *De iure civili in artem redigendo*, que llegara a perderse, y fuera recordada por Aulo Gellio (*Noctes Atticae* 1,22,7) y tal vez por Quintiliano (*Inst. orat.* 12,3,9).⁴⁴ Esto en efecto constituye otro punto de referencia significativo para la individuación del tipo de discurso institucional, si bien, y merece precisarlo preliminarmente, no es mi intención ciertamente afirmar que Gaius se haya inspirado materialmente en Cicerón para elaborar sus *Institutiones* (cuando por el contrario

39. Cfr. G. GROSSO, *Problemi cit.* (supra n. 38), 71 ss.; *Storia del Diritto Romano*, Torino, 1965, 276 ss.; E. POLAY, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen in antiken Rom*, Budapest, 1964, 262 ss.; A. WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1980.

40. Es interesante recordar la relación existente entre *ius civile* e *honorarium*, por lo que aquél no venía formalmente modificado por éste, y tendía a quedar en cierto modo vigente, pero sin efectividad: v. M. KASER, *RPR*, 1, München, 1971, 208.

41. Cfr. supra, 2, 1, a.

42. Cfr., sobre el punto, las observaciones de L. LOMBARDI V., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 36 ss. (particularmente p. 58).

43. El estudio de esta temática, en los últimos decenios, es siempre deudor de las contribuciones de S. STROUX, "Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus Geschichte der Interpretatio iuris", en *Fest. P. Spelsers-Sarasin*, Leipzig, 1926 (trad. it. de G. FUNAIOLI, en *Ann. Palermo*, 12, 1926, 647 ss.); "Die griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft", en *Atti Congr. Internaz. dir. rom.* Roma, I, Pavia, 1935, 113 ss.; y de G. LA PIRA, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", en *St. F. Virgili*, Roma, 1935, 159 ss.; "Genesi" cit. "L'arte sistematrice", en *BIDR*, 42, 1934, 336 ss.; "Genesi" cit., "Il metodo", en *SDHI*, I, 1935, 318 ss.; "Genesi" cit., "Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica", en *BIDR*, 44, 1936-37, 131 ss.

Cfr. ahora una precisa reseña crítica de esta página de historia de la historiografía jurídica en M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus species' nelle sistematice" cit. (supra n. 33), 3 ss., y una aguda serie de esclarecimientos sutiles y de distinciones en F. BONA, "L'ideale retorico ciceroniano" cit. (supra n. 20), 282 ss.

44. Cfr. D. NÖRR, "Cicero als Quelle und Autorität bei den röm. Juristen", en *Fest. Sontis*, München, 1977, 48s.; A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (supra n. 20), 23; y sobre todo F. BONA, "L'ideale" cit. (supra n. 20), 366 ss.

sabemos que había trabajado sobre el texto de Q. Mucius), y me limito por lo tanto a señalar el planteamiento ciceroniano por su carácter emblemático (y por las reflexiones a que dio lugar en épocas posteriores).

b. de Oratore 1,42, 187. *Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt: ut in musicis muneri et voces et modi; in geometria liniamentan formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus mutusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, pronuntiandi quidam sonuss; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere ignota quodam omnibus et diffusa late videbatur.* 188 *Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolosamque conglutinaret et ratione quadam constringeret.*

Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. 189 *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum pau citatem revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communione quadam, specie autem differentis, duas aut pluri complectitur partis. Partes autem sunt, quae generibus eis ex quibus manant subiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus quam vim habeant est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae*

*sunt eius rei propriae quam definire volumus, brevist et circumscripta quaedam explicatio.*⁴⁵

Este texto es ciertamente la expresión significativa de un clima cultural y de un método de trabajo, que se han venido desarrollando en Roma desde la segunda mitad del siglo II a. de C., y que han llevado a la producción en la cultura romana de cierto tipo de obras en diversos campos del saber (por ej. los *libri de re rustica* de Varrone; los *libri de architectura* de Vitruvio; los *libri medicinae* de Celso, etc.), proponiéndose también para la ciencia jurídica.⁴⁶

Para Cicerón, es la organización, la clasificación de las nociones particulares de una disciplina en categorías, lo que tipifica un *ars*. Tal organización de la materia es obtenida empleando un método que es percibido como externo a la materia misma, como un aporte interdisciplinario es decir que ella se funda en la asunción de criterios ordenadores extraídos de otra disciplina, filosófica.⁴⁷

Del mismo modo en que se ha actuado para otras disciplinas se debe actuar también para el Derecho, y dado que un *ars* se constituye principalmente *definiendo su objeto*, se debe proceder a tal definición que, a través de la individuación de sus elementos constitutivos, lo aisle y delimite de los de las demás ciencias. Se procederá luego a la individuación de *algunos pocos géneros* (tres precisa para la oratoria en *Partitiones oratoriae* 1,

45. ("Casi todas las nociones, reunidas hoy en doctrinas, se encontraban en una época desparramadas y desordenadas: así, en la música, los ritmos, los tonos y la melodía; en la geometría, las líneas, las figuras, los espacios, las magnitudes; en la astronomía, el renovarse periódico de los movimientos celestes, el despuntar, el ocaso y el movimiento de los astros; en la gramática, el estudio de los poetas, el conocimiento de la historia, la interpretación de las palabras, la corrección de la pronunciación; en la retórica misma, la investigación, el embellecimiento, la disposición, la memoria, la declamación; las relaciones de estos elementos entre sí era desconocida, y ellos parecían sin conexiones reciprocas, dispersos. Se ha utilizado por lo tanto un método externo a tales relaciones, propio de otro campo del saber, que los filósofos se atribuyen, con el cual cohesionar esta materia inconexa y desmembrada, y tratar de unificarla racionalmente.

Para el Derecho Civil, comenzando por poner en claro el objeto, sea éste la conservación de la igualdad de los ciudadanos en sus negocios e intereses bajo el respeto de las leyes y usos. Luego se individualen los géneros, reduciéndolos a un número restringido. Género es lo que incluye dos o más partes que se parecen en algo, pero que se diferencian en aspectos específicos. Partes en fin, son aquellas que están incluidas en los géneros que forman. Y todos los términos que designan géneros y partes deben definirse exactamente. La definición es una breve y precisa explicación de aquellas características que son propias de lo que se quiere definir").

46. Cfr. en general M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960.

47. F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (*supra* n. 20), 304 ss. ha puesto atención sobre el hecho de que en el texto en examen, Cicerón no haya precisado con claridad la disciplina que guía esta operación; y ello permite pensar que pueda estar constituida por una compleja, sincrética y común base filosófico-retórica que ofrecía una serie de instrumentos utilizables para organizar la base expositiva de cualquier disciplina, y que por lo tanto no se identificase para Cicerón, con la dialéctica, es decir con el arte del *ludicare verum falsumve sit*, de las proporciones verdaderas o falsas (*de orat.* 2, 38, 157, 159; *de fin.* 4, 4, 8, 9), y de la *distinctio ambiguum* (*de orat.* 2, 26, 111; *Brut.* 41, 152; *Ac.* 2, 28, 91 s.; *de fin.* 1, 7, 22).

3). Por lo tanto, a través de oportunas distinciones, *se dividen los géneros en especies*. Se designa y se define por último cada género y especie.⁴⁸ Son cinco operaciones, según un hilo lógico-formal riguroso, con las que, a un nivel de elaboración teórica en que la conciencia de aquello que se hace se traduce en precisas proposiciones, se compone esta vasta pirámide de géneros y especies que permite la visión global y unitaria de las nociones, el saber científico. Son cinco operaciones con las cuales se clasifican los conceptos siguiendo el orden decreciente de su extensión, en modo tal que los conceptos inferiores queden comprendidos en los superiores.⁴⁹

c. Esta concepción sobre el modo de organizar el saber se completa con una pedagogía y una perspectiva 'didáctica' del conocimiento científico, cuyo fin es el mejor dominio de las nociones para enseñarles y aprenderlas mejor, y que por ende está fijado sobre exigencias de una 'racional' exposición y aprendizaje.⁵⁰

Usuario de la obra que debía ser compuesta es el *orator*, para el cual parece que Cicerón considerase necesaria una *cognitio* (o *scientia*) *iuris civili* al lado de la *cognitio* de las demás artes liberales, y plasmada en el mismo modelo.⁵¹ Y si esto es verdad, el manual ciceroniano no parece

ideado en función de una propedéutica a la *iuris peritia*, no es una propuesta dirigida a subvertir en su época el método del *docere respondendo*.⁵²

d. Objeto de esta obra es el *ius civile*, y su definición —que Cicerón pone al inicio de la descripción de las operaciones que se deben seguir para unificar y ordenar esta materia— tiene una importancia fundamental, porque constituye, aunque sea en forma muy reducida, un pasaje de las reglas del modelo hacia la propuesta de un modelo del sistema del Derecho Civil romano existente.

Los elementos de la definición se sitúan en tres frentes: en primer lugar se individualan las fuentes (ley y costumbre); en segundo lugar se individua el fin del Derecho Civil en el mantenimiento de la igualdad; en tercer lugar, parece que se quiere individualar las situaciones en las que se persigue este fin a través de tres coordenadas, "*in rebus causisque civium*", términos que, como primera aproximación podríamos referir a los "asuntos y controversias de los ciudadanos", y que parecen proponer tres categorías (*cives, res, causae*) que podrían constituir aquellos "pocos géneros a individualar, reduciéndolos a un pequeño número".⁵³

Esta definición encierra un intenso significado

48. No faltan por cierto problemas en la realización de una correcta y concienzuda interpretación de este texto. Sobre estas cinco operaciones consultar, en general: M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique* cit. (supra n. 20); B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit. (supra n. 33), 168 ss. En especial, sobre los géneros y especies, se recuerde la discusión sobre la diferencia o no —para Cicerón, y en general para los antiguos— entre *divisio in species* e *partitio* (CIC. *Top.* 5, 28): la primera propia de un 'sistema cerrado', la segunda de un 'sistema abierto': cfr. D. NÖRR, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, y crítico M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus-species'" cit. (supra n. 33), especialmente, 105 ss. Sobre las definiciones, cfr. A. CARCATERA, *Le definizioni* cit. (supra n. 33), 77 ss. y R. MARTINI, *Le definizioni* cit. (supra n. 33), 27 ss.

49. Observa F. SCHULZ, *Storia* cit. (supra n. 9), 133 s. cómo "la concezione ciceroniana di questa impresa era immatura e inadeguata. Quello cui egli mirava era un breve, concluso sistema, costruito con distinzioni elementari, definizioni e principi. Quello cui miravano i giuristi era precisamente l'opposto: e cioè... un sistema aperto". Esta contraposición que he referido en las sucintas y claras palabras de F. Schulz, pero que gozan de cierto acogimiento, no pienso que pueda ser considerada completamente satisfactoria.

50. Cfr. M. FUHRMANN, *Das systematische* cit. (supra n. 46).

51. Cfr., para todos, F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (supra n. 20), 329 ss.

52. Incisivamente, F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (supra n. 20), 377 concluyendo una atenta relectura de todos los textos de Cicerón, observa que sería un ir contra Cicerón, si sólo pensáramos que él quería, con su manual, indicar el camino por recorrer a aquellos juristas que caracterizaban, y habrían continuado caracterizando aún por mucho tiempo, la enseñanza de su disciplina, no en base al modelo de las artes liberales de molde griego, sino en base al modelo de cuño típicamente romano, del "*docere respondendo*".

53. Sobre la posibilidad de deducir, de esta definición, las tres macrocategorías principales que sistema (*cives, res, causae*); sobre la particularidad de este planteamiento respecto a otros planteamientos "cuadrupartíticos" (VARRO, *Antiquitates, Individua hominum, loci, tempora, res* en el camino de las categorías familiares a los gramáticos: *qui, ubi, quando, quid*); sobre su eventual proyección sobre el sistema de las *Institutiones* de Gaius, cfr. M. VILLEY, *Recherches* cit. (supra n. 20); contra, pero sin profundizar, B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* cit. (supra n. 33), 171.

substantial si se evalúa la evidenciación que hace de la *conservatio aequabilitatis*,⁵⁴ tanto en relación al ideal político de los nobles de los últimos años de la república,⁵⁵ como en relación con las características estructurales de aquel *ius civile*, arriba aludidas y por las cuales viene propuesta.

e. Entre la obra de Quintus Mucius y la propuesta de Cicerón existe pues una coincidencia referida al objeto por elaborar, el *ius civile*, en relación con el cual Cicerón pone de relieve la perspectiva igualitaria, que se ha presentado en cierto modo como característica implícita y esencial de tal completo de normas.

Existe sin embargo una diferencia en relación ya a la primera secuencia de las macrocategorías a alcance más general (siempre y cuando se acoja la interpretación arriba propuesta de la definición ciceroniana).⁵⁶

Hay diferencia también en lo referente a la destinación de las obras, y a los destinatarios, pues hemos visto que Cicerón tendría como objetivo la enseñanza, y la formación del *perfectus orator*, mientras que Q. Mucius ha compuesto para juristas una obra de elaboración *constitutiva* del Derecho.

Existe en fin diferencia en relación con la estructura del discurso, que en la propuesta ciceroniana se centra en el imaginado dominio cognoscitivo de toda una rama del Derecho a través de un discurso construido con aquéllas, limitadas y circunscritas, operaciones lógicas indicadas, y coherente con las implicaciones y exigencias de las mismas; mientras que Q. Mucius procede a la *constitución* interpretativa de todo un complejo de normas a través de la construcción de las categorías y la coherencia terminológica existente

y/o perseguida, en un modo no dominado por la preocupación exclusiva de aquellas formalizaciones, y en el cual encontramos también silencios y variedades argumentadoras.

2.3. Las *Institutiones* de Gaius/Justiniano.

a. Queda ciertamente mucho por precisar aún sobre las relaciones existentes entre el mucius-pomponiano *ius civile generatim constitutum*, la propuesta ciceroniana de *ius civile in artem redigere*, y el modelo Gaius-Justiniano de las *Institutiones*. Considero sin embargo que sea importante y posible subrayar con claridad: de un lado, que la adquisición de la problemática ciceroniana por una obra isagógica a la tradición metodológica y al patrimonio de elaboración mucianos, lleva a la creación de una nueva obra, la cual se convierte en un modelo nuevo; de otro lado, que tal especificidad se coloca —conjuntamente a la de otras obras ya mencionadas— al interior de aquel campo de perspectivas metodológicas que tienen como connotación común lo que Pomponius llama *generatim ius constituere*.

b. El núcleo central de la especificidad de las *Institutiones*, de estos *totius legitimae scientiae prima elementa*,⁵⁷ está constituido por la profunda solidez y ligazón entre los dos elementos antes mencionados (y examinados en los dos párrafos anteriores).

Objetivo fundamental e informador de las *Institutiones* es en efecto el de la preparación inicial del jurista a través de una actividad de enseñanza especializada e institucionalizada,⁵⁸ en la cual el derecho es asumido como un objeto preconstituido para hacerlo más fácilmente conocido, por sistematizar y exponer, y en la cual aun

54. Cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* cit. (supra n. 33), 170 ss. y n. 24, cita las posibles fuentes griegas de inspiración de un objetivo tal del ordenamiento, el primer de todos ARISTÓTELES, *Eth. Nicom.* 5, c. 6, 1131 a 9; a 15; a 20 ss.; c. 7, 1131, b 9.

55. Cfr. para todos F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 3, Napoli, 1966, 117 s.; 165 ss.

56. Cfr. supra n. 53; para las reconstrucciones propuestas del llamado sistema muciano, cfr. supra n. 35.

57. *Const. Imperatoriam*, 4.

58. Cfr. M. VILLEY, *Recherches* cit. (supra n. 20), 25 ss.; 30; M. FUHRMANN, *Das systematische* cit. (supra n. 46), 185 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 41; H. J. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, Paris, 1965, 418 ss.; D. LIEBS, "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW*, 2, 15, Berlin, 1976, 229 ss. En particular, E. POLAY, *Privatrechtliche* cit. (supra n. 9), 103 ss. subraya como el *docere* estuviera evidentemente ya presente e individuado en la actividad de los juristas (se puede en efecto recordar por ejemplo que *Mucii auditores complures fuerunt*, y que también Servio tuvo *auditores*: D. 1, 1, 2, 42-44), pero en la época del Principado ello viene a constituir una específica actividad: el *instituere*. En relación luego a la organización de tal específica actividad, GELL., *N.A.* 13, 13 habla de *stationes* *ius publice docentium aut respondentium*; Schol. ad *Iluv.* 1, 128 recuerda que *aut iuxta Apollinis templum iuris periti sedebant et tractabant*, aut quia *ibi bibliothecam iuris civilis et liberalium studiorum in templo Apollinis Palatini dedicavit Augustus*; y sobre el punto, cfr. D. LIEBS, "Rechtsschulen" cit. supra, 236 ss.; F. SCHULZ, *Storia* cit. (supra n. 9), 217 s. y, para la época sucesiva hasta Justiniano, p. 490 ss. con lett.

queda anulada la percepción de participar con el propio trabajo en la *creación* del mismo;⁵⁹ es el intento educativo y más latamente civilizador, de transmisión y difusión de un modelo en el marco de la extensión de la *civitas*.⁶⁰

Este objetivo se lleva a cabo mediante un uso de las operaciones lógicas indicadas en el programa de Cicerón, y este uso es tal que otorga la forma general a un discurso entonces hecho para juristas, y promueve la formulación de numerosas definiciones de términos-conceptos, ya presentes y elaborados en el trabajo constructivo, y de sus conexiones recíprocas que en tal modo adaptadas,⁶¹ fijadas y estabilizadas canalizan las

posibilidades del mismo, unas veces potenciándolas y otras limitándolas.⁶² Este uso que así se liga a ese Derecho positivo estructurado e interpretado según el método muciano, no desemboca pues en la construcción de un modelo de exposición jurídica adaptable a cualquier ordenamiento positivo, sino que significa la vinculación definitiva de dichas operaciones lógicas a la representación del ordenamiento jurídico romano tal como era, y en el modo en que se había elaborado, y a la enucleación en él de específicos valores-verdades, que vienen reconocidos en forma más explícita, dogmáticamente configurados, fijados en términos, conceptos, categorías, y, en

59. G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose e contratti*, Torino, 1974, 2 s. observa que Gaius precisamente "si pone come osservatore ed espositore di ciò che considera creazione del diritto". Cfr. también F. CASAVOLA, "Gaius nel suo tempo", en *Gaius nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico*, Napoli, 1966, (= en *Labeo*, 12, 1966, y ahora en *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 149 ss.).

60. Que las *Institutiones* sean un género literario cuyo origen debería buscarse en la actividad de la jurisprudencia provincial, ha sido sugerido por D. LIEBS, "Römische Provinzialjurisprudenz", en *ANRW*, 2, 15, Berlin, 1976, 345; cfr. sin embargo reservas de M. TALAMANCA, "Per la storia della giurisprudenza romana", en *BIDR*, 80, 1977, 329 ss. Mi observación es en todo caso diversa: hago referencia al general proceso de difusión de la *civitas*, a la extensión progresiva de la ciudadanía en cuyo marco, y para cuyas exigencias, juristas, eventualmente provincianos o atentos a la experiencia de las provincias, podían dar una contribución que se insertaba no obstante en una problemática madurada en Roma y a cuyas raíces no omitiría señalar las mutaciones en el origen social y cultural de los juristas (cfr. W. KUNKEL, *Herkunft* cit. *supra* n. 16), y sobre todo el creciente número de los operadores del derecho. Cfr. también F. SCHULZ, *Storia* cit. (*supra* n. 9), 276 s.

61. Sería interesante evaluar si, y cómo, a este mismo específico cambio de objetivo del trabajo del jurista, que *Institut* pueda estar conectada también la mutación del tipo de macrocategorías sistemáticas utilizadas, y de sus respectivos nexos, en las *Institutiones* de Gaius (y Justiniano), respecto a las de las obras precedentes.

G. GROSSO, *Problemi sistematici* cit. (*supra* n. 59), 5, distingue precedentes sistemáticas "impostate soprattutto sugli atti e fatti giuridici, che importano il movimento dei rapporti giuridici", de la de Gaius, que se centra sobre "oggetti sostanziali" (*personae, res, actiones*), cuyo "movimiento è presentato dal punto di vista dell'acquisto e della perdita". L. LANTELLA, "Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)", en *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 198 ss. reconoce el perfilarse "di una opposizione fra accento dinamico e accento statico all'interno della rappresentazione giuridica", es decir de una oposición entre una perspectiva atenta a los "episodi salienti della vita giuridica. . . coincidente con quella dell'utente giuridico", y un "atteggiamento più distaccato di chi assume ormai il diritto come un oggetto professionale", que se acompaña a una "crescente separazione del giurista come intellettuale specializzato". Me parece que esta mutación de tipo de macrocategorías pueda ser examinada a la luz del hecho que la sistemática expositiva de las otras obras está conectada a la ocasión, real o ficticia, del encuentro entre el jurista y un usuario-operador del derecho, es decir al *cavere, agere, respondere*, al dar *consilia*, mientras que la nueva sistemática de las *Institutiones* de Gaius está ligada a la exigencia de representar el derecho a un escuchador-estudiante, y por eso tiende a una visión más estática, menos "dramatizada" del ordenamiento.

62. Sobre el valor de las clasificaciones, y en general de las categorías sistemáticas de Gayo, han surgido dudas, tanto en forma general como en relación ya a particulares categorías. No es posible efectuar aquí una reseña de estas posiciones: cfr. por ejemplo W. FLUME, "Die Bewertung der Institutionem des Gaius", en *ZSS*, 1962, 22 ss. quien reconoce solamente conceptos ordenadores ("Ordnungsbegriffe"); A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (*supra* n. 20), 27 ss., quien considera que Gaius use el procedimiento divisorio "aunque resulte inútil para resolver un caso", pero luego destaca el valor de "unificar conceptos", de "buscar el género común" aun si "antes no han sido conjugados bajo un mismo género".

El alcance histórico dogmático, y en consecuencia práctico, de las categorías y clasificaciones de Gaius, —sin querer decir con esto que todas hayan logrado su perfección— ha sido más bien puesto de relieve claramente por G. GROSSO, *Problemi sistematici* cit. (*supra* n. 59), *passim*, con un planteamiento por lo demás bastante menos rígido —por ejemplo— que el de la considerable obra de AFFOLTER, *Das römische Institutionen-System*, Heidelberg, 1897. Así, Grosso saca a la luz por ejemplo, cómo la categoría de las *res* (corporales e incorpóreas) unifiquen la tratada de los derechos reales y de las obligaciones, poniendo conjuntamente el problema práctico de los modos en que tales *res* se individualizan o se transfieren, aunque sea para concluir con la negación de la existencia de un acto que tenga eficacia real y obligatoria (cfr. *Gai.* 2, 38). Grosso aclara además cómo el mismo orden expositivo general tenga un valor práctico, por ejemplo en relación con el usufructo, no tratado ya en materia de legados (como en los comentarios de Ulpiano, Pomponius y Paulus *ad Sabinum*) sino entre las *res incorpóreas*, y a mí me parece que este cambio ayude a abrir el camino del usufructo hacia nuevas utilizaciones, como la del usufructo legal del padre.

ésta su específica y compacta estabilización⁶³ en que los perfiles político-ideológicos se delinearán mayormente,⁶⁴ proyectados con una carga y una resistencia históricamente dinámica, más allá de las concretas realizaciones de los mismos en normas que varían.

Así por ejemplo, el tratamiento inicial de las fuentes del Derecho (Gai. 1,1-7; J.1,1.2) que parece reflejar un orden expositivo más antiguo,⁶⁵ identifica y delimita, *define* el objeto del estudio a través de la indicación de cómo aquel específico derecho positivo (para cuyo estudio *duae sunt positiones, publicum et privatum*, y que está compuesto de normas de *ius naturales*, de *ius gentium* y de *ius civile* J. 1,1,4) se ha producido y se produce en modo tal que, bajo la afirmación de la supremacía de la ley, es también expresión de una experiencia histórica que reconocía la diversidad de complejos de normas, de principios orde-

nadores, y de fuentes; expresiones de fuerzas y de realidades sociales, de contradicciones de la sociedad, instrumentos positivos de la crítica y de la adecuación de un ordenamiento cuyo fin es la justicia.⁶⁶

Así, la individuación de los *genera perpauca* y de sus principales divisiones, es decir de las macrocategorías, y de sus recíprocos nexos, de las macrosecuencias que atraviesan la totalidad del ordenamiento con el esfuerzo de una interpretación unificadora afectado a estas operaciones, implica en términos dinámicos el objetivo de *servare aequabilitatem* dentro de un ordenamiento concreto, ajustado a una perspectiva constructiva que es a la vez histórica y dogmática, apegada al *principium*.⁶⁷ Y, por ejemplo, las categorías más generales propuestas (*personae, res, actiones*) emanan del trabajo constructivo, del cual ciertamente seleccionan y jerarquizan los

-
63. En general, sobre estos problemas, cfr. A. GUZMÁN, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, 22. Sobre la diferenciada permanencia de los diversos elementos de un ordenamiento, y sobre los conceptos jurídicos, como la parte más estable de un sistema, cfr. para todos I. ZAJTAY, "Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law", en *Arch. f. Civil. Praxis*, 165, 1966, 97 s.; "La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux", en *Rev. Intern. Droit Comparé*, 18, 1966, 353 s.
64. He aludido antes (n. 62) a las discusiones sobre el valor de las categorías y clasificaciones de Gaius-Justiniano. Me parece que al valor dogmático se une en modo consistente una dimensión ideológico-política intensa, precisamente en el momento en que se tiende a presentar un explícito diseño de conjunto que de un lado se radica en la historia, y de otro lado se propone en una forma más acentuada, y que, injertada en una actividad de enseñanza que se presenta con las características arriba mencionadas, viene a tener interlocutores diversos a los de las épocas precedentes, constituyendo un punto de contacto entre una clase más numerosa de operadores del derecho y un centro que le monopoliza la producción, pero que es también consciente de operar sobre una tradición, así como del hecho de la vinculación que su producto origina.
65. Cfr. en general L. LANTELLA, "Il lavoro sistematico" cit. (*supra* n. 61), 227 ss.
66. Para una lectura del sistema de las fuentes (*lex, plebiscitum, senatus-consultum, constitutio principis, edicta magistratuum, responsa prudentium*, y luego la costumbre), para la posibilidad de orientarlo hacia un único principio ordenador (*quod populus Romanus constituit*), o a más (estando el polo opuesto representado por los *responsa prudentium*), y para las conexiones con partes de la sociedad en diversos modos protagonistas de la historia, cfr. en general G. GROSSO, *Problemi generali* cit. (*supra* n. 38), 47 ss.; *Storia* cit. (*supra* n. 39), *passim*; E. POLAY, *Differenzierung* cit. (*supra* n. 39). No se puede además desmerecer el valor de la referencia a la *iustitia* en J. 1, 1 pr, y de su relación con la historia, con la dinámica de los complejos de normas, con la pluralidad de las fuentes y de los principios ordenadores, de las realidades sociales que los manifiestan, por lo que ella se pone como objetivo de una "perenne tensión" (cfr. G. ARCHI, "Giustiniano e l'insegnamento del diritto", en *L'educazione giuridica. II. Profili storici*, Perugia, 1979, 117 ss.). Sobre la distinción *ius publicum - ius privatum*, cfr. para todos STELLA-MARANCA, "Le *duae positiones* dello *studium iuris*", en *Ann. Bari*, 2, 1936, 37 ss.; M. KASER, "Ius publicum - ius privatum", en *SDHI*, 17, 1951, 277 ss.; G. NOCERA, *Ius publicum. Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris*, Roma, 1946; G. GROSSO, *Problemi generali* cit. (*supra*), 87 ss. Sobre la distinción entre normas de *ius naturale, gentium, civile*, cfr. para todos, además de G. GROSSO y E. POLAY cit., G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946; *Il concetto di ius gentium*, Milano, 1947; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, 1, München, 1971, 202 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 1982, 109 ss. con lett.
67. Me refiero evidentemente al canon metodológico enunciado por Gaius (D. 1, 2, 1), quien iniciando su comentario a la *lex duodecim Tabularum*, subraya haber emprendido un trabajo tal de interpretación de las leyes de los inicios de la ciudad, no por hacer *verbosos comentarios*, sino con la convicción de que en todas las cosas es perfecto aquello que consta de todas sus partes, y ciertamente de cada cosa *potissima pars principium est*. Cfr., sobre el fr. cit., F. SCHULZ, *Storia* cit. (*supra* n. 9), 239 s.; 333 s.; C. A. MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano, 1966, 90 s.; 132 ss.; F. CASAVOLA, "Gaio nel suo tempo" cit. (*supra* n. 59), 158 ss.; D. NOERR, "Pomponius" cit. (*supra* n. 10), 581 n. 373.

datos en una determinada dirección; potencian algunos perfiles y subordinan otros según una línea de tendencia a largo plazo del sistema, como se desprende en modo particular del elemento central de tal modelo unificante constituido por la macrocategoría de la *persona, cuius causa ius statutum est* (J. 1,2,12), que se coloca a nivel religioso, político, social y económico;⁶⁸ que se expresa tanto en los actos *inter vivos* como en los *mortis causa* en términos de "autonomía" de "autorreglamentación directa y concreta de intereses según las premisas y los esquemas típicos ofrecidos por el *ius*";⁶⁹ que, mientras que por un lado resulta plenamente realizada en la figura del *paterfamilias* titular de una *potestas* autónoma no individualista, pero que "unifica un interés común",⁷⁰ por otro lado, con su constitución unitaria expresa un dato presente *ab antiquo* en el ordenamiento romano, la consideración de cada hombre como tal, y potencia correctamente, en términos históricos y dogmáticos, este aspecto frente a las aún subsistentes *divisiones*.⁷¹

c. En esencia,⁷² la individualidad de este

"nuevo tipo de obra" que se une a los tipos individuados por Pomponius, consiste a) en la finalidad de preparación inicial del jurista (*instituere*) ligada a una estructura del discurso que inserta en la existente elaboración constructiva un uso más amplio de expresas clasificaciones de conceptos unificadores y de formulaciones de axiomas, que tiende a devenir dominante; b) en la emersión y fijación de específicas categorías sistemáticas substanciales prevalentemente propias del *ius civile*, pero puestas para *omne ius, quo utimur*, para *tota legitima scientia*, en una perspectiva unificadora, proyectada en el espacio y en el tiempo; c) en fin, para Justiniano, en la explícita ligazón entre centralidad de la *iustitia* y centralidad de la *persona*.

d. Como consecuencia de la creación de este "nuevo tipo de obra", *Institutiones* no significa una obra isagógica cualquiera que exponga un cualquier ordenamiento, sino una obra que *constituye el Derecho romano según la línea del modelo Gaius-Justiniano*.

El trabajo institucional, de mano con las

68. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, München, 1971, 270 ss. y let. ahí cit. n. 1.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1970-74; C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, 1976 y 2 ed., 1979 (trad. it., Roma, 1980).

69. Cfr. en general G. GROSSO, *Problemi generali cit. (supra n. 38)*, 111 ss.; *Il sistema romano del contratti*, Torino, 1963, 243.

70. G. GROSSO, *Tradizione cit. (infra n. 73)*, 87 remarca que para sentir el significado y el valor de la elaboración que los juristas romanos hacen de ciertas instituciones, es necesario tener presente que ellos poseían la percepción de una "sovrantà attuale", es decir de una permanencia de ese antiguo poder soberano del *pater*, agudamente actualizado por P. BONFANTE, del cual cfr. *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma, 1925 (reimpr., Milano, 1963). F. DE MARTINO, "Individualismo e diritto romano privato", en *Ann. Diritto e St. Legislativi*, 16, 1941 (ahora en *Diritto e società nell'antica Roma*, 1, Roma, 1979, 265; y traducción española de F. HINESTROSA, Bogotá, 1978, 29), evidencia en fin el carácter no individualístico de la *patria potestas*.

71. Considero que sea importante destacar el hecho de que la categoría de la *persona* no sólo se articula en *divisiones*, a través de las cuales se representan los diversos *status* de los hombres en el ordenamiento (sobre el tema cfr. por ej. la interesantísima lectura de F. GORIA, "Schlavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato", en *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 311 ss.), sino que, además unifica a esta diversidad de hombres, más allá de sus particulares diferencias, que resultan por tanto subordinadas, menos importantes que los datos comunes, y superables (se piense verbigracia a la superación de la división entre ciudadanos y *peregrinos*, categoría esta última presente en Gai. y no vuelta a ser utilizada en J.). Esta unificación, a nivel de categoría dogmática, está arraigada en el ordenamiento, en el que todos los hombres participan al *ius* y pueden pasar de un *status* a otro, lo que, para los esclavos, impresionaba a los griegos, y que, radicada en la época más antigua (en el *principium*), cuando cada esclavo manumiso devenía horro y ciudadano, resiste también a través del tiempo, del mayor desarrollo del sistema servil, y funda la restauración justiniana de la *simplex libertas* de los *prima urbe Romae cunabula* (J. 1, 5, 3). Cfr. S. SCHIPANI, *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones*, trad. F. HINESTROSA, Bogotá, 1983, 53 ss.

72. Cfr. para todos M. KASER, "Zur Methode" cit. (*supra* n. 28), 71 (27); F. WIEACKER, "Griechische Wurzeln des Institutionensystems", en *ZSS*, 70, 1953, 93 ss. E. POLAY, *Privatrechtliche cit. (supra* n. 9), 108 concluye así su análisis: "Die mit dem Wort *Instituere* bezeichnete juristische Tätigkeit ist also die in der klassischen Zeit des Römischen Rechts erreichte höchste Entwicklungsstufe der abstrakten, ja manchmal geschichtlich gefärbten juristischen Denkweise. Der Ausgangspunkt dieses Denkens ist der Begriff des Rechts als ein Axiom, das aber mit der Praxis in irgendeiner Verbindung steht. Die Rechtsinstitute werden in einem System bedacht behandelt und man strebt nach der genauen Definition der einzelnen Rechtsinstitute". A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (*supra* n. 20), 17 a su vez asevera: "es un dato firme que esta última obra (sc. las *Institutiones*) se aparta de toda y de cada una de las obras de la jurisprudencia anteriores en la naturaleza del sistema (sc. dialéctico) aplicado a la materia jurídica recogida en ella".