



EL VALOR DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Giovanni Luchetti

Università di Bologna (Italia)

giovanni.luchetti@unibo.it

Fecha de recepción: 7 julio 2018 / Fecha de aceptación: 5 septiembre 2018

Resumen: Este estudio tiene por objeto analizar desde una perspectiva histórica y jurídica el tema del “precedente jurisprudencial” en el derecho romano desde la doble perspectiva de la Ciencia del Derecho y de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de la consideración de que los *responsa prudentium* son una fuente de producción del derecho. El análisis también se llevará a cabo ofreciendo una visión comparativa tanto de los ordenamientos nacionales entre los siglos XVIII y XIX como de los sistemas jurídicos actuales de Common Law.

Palabras clave: precedente jurisprudencial; derecho romano; *responsa prudentium*.

Abstract: The aim of this study is to analyse, with a historical and legal perspective, the theme of the “jurisprudential precedent” in the Roman law, with the double perspective of the Science of Law and the judgements of the jurisdictional bodies, notwithstanding the observation of the fact that the *responsa prudentium* represent a source of production of law. The analysis will be carried out by offering a comparative overview both on the national legal systems between the 18th and the 19th century and on the current legal system of Common Law.

Keywords: jurisprudential precedent; Roman law; *responsa prudentium*.

1. ACLARACIONES PRELIMINARES

El estudio de los aspectos romanísticos de la cuestión que vamos a abordar requiere algunas aclaraciones preliminares. La primera aclaración se refiere al significado que hay que reconocer a la expresión “precedente jurisprudencial”, la

palabra “Jurisprudencia” es notoriamente poli-semántica y normalmente se utiliza en dos sentidos: a) con referencia a la ciencia del derecho; b) con referencia a las decisiones de los órganos judiciales¹.

El “precedente jurisprudencial” en derecho romano puede ser investigado como el valor reconocido a las opiniones expresadas por los juristas, y también como el valor que se reconoce a las decisiones de los órganos judiciales. Esta distinción es importante porque, como sabemos, en el derecho romano los *responsa prudentium* constituyen una forma de producción del derecho. Diversamente sucede con las decisiones de los jueces, menos en los casos en los cuales asume el rol de juez en un proceso el emperador.

Ambas perspectivas de investigación - la relativa al valor del *responsum* del jurista como fuente de producción del derecho y la relativa al diferente valor que hay que reconocer a las sentencias de los jueces - deberían tener en cuenta a los factores de evolución del ordenamiento jurídico romano y a los cambios constitucionales ocurridos durante una larguísima historia que incluye - desde la fundación de Roma hasta la muerte de Justiniano - el plazo de trece siglos.

Los *iura populi Romani* resultan de la combinación - y, en perspectiva diacrónica, de la estratificación - de una pluralidad de fuentes de producción, en la que la aportación de la ley resulta, globalmente, muy marginal². Durante todo el

¹ GORLA, G., «Giurisprudenza», en *ED* 19 (1970), p. 490 (= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 263-264); LOMBARDI VALLAURI, L., «Giurisprudenza. I) Teoria generale», en *EGT* 15.2 (1989), p. 1; MONATERI, P. G., «Giurisprudenza», en *DDP (Sez. Civ.)* 9 (1993), p. 151; TARUFFO, M., «Giurisprudenza», en *Enciclopedia delle Scienze Sociali* 4, Roma 1994, pp. 348-349.

² *Gai.* 1.2: “Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium”. Sobre el catálogo de Cayo, véase en la literatura más reciente BRUTTI, M., «Gaio e lo ius controversum», en *AUPA* 55 (2012), pp. 96 ss.; y GIODICE SABATELLI, V., «Atti autoritativi, norme di autoregolamentazione, responsa iurisperitorum», en *Giuristi, poteri, istituzioni. Scritti di diritto romano*, Bari 2013, pp. 76 ss. Sobre el papel marginal de la ley comicial en el contexto de las fuentes de producción, cf. KASER, M., «Zur Methode der römischen Rechtsfindung», en *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. I. Philologisch-historische Klasse* 2 (1962), pp. 75-76 (= *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino 1976, pp. 31-32; = «Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici», en *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma*

plazo de desarrollo de la historia constitucional romana, además, no son infrecuentes los casos de superposición del ejercicio de funciones legislativas y de funciones judiciales por el mismo órgano. Pensemos, con referencia a la experiencia más remota, al proceso comicial, que se llevaba a cabo frente a pueblo reunido en asamblea³. Pensemos, también, en la figura del imperador, al cual se reconocía el poder de adoptar normas través de la legislación imperial o juzgando en un proceso⁴. Continuamos con el análisis estableciendo un criterio esencialmente cronológico.

2. LOS SIGLOS VIII Y III A. C.

La escasez de fuentes relativas al periodo más antiguo de la historia del jurídica de Roma (siglos VIII-V a.C.) no permite ir más allá de la formulación de la hipótesis - que tiene, sin embargo, bastante verosimilitud - de que la decisión resolutoria de una controversia contribuyera a la formación del derecho consuetudinario, *i mores maiorum*, pero sin adquirir en sí el mismo valor obligatorio y el rango de fuente de producción del derecho⁵.

Entre los siglos IV y III a.C., el proceso de laicización del conocimiento

attraverso le riflessioni di antichisti e giuroromanisti contemporanei. Antologia, Padova 1995, pp. 178-179); TALAMANCA, M., «La 'lex' e il sistema normativo repubblicano», en *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989², pp. 230 ss.; DALLA, D., «Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali», en *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli 2006, p. 1024; GIACHI, C., MAROTTA, V., *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma 2012, pp. 13 ss.

³ SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989², pp. 46 ss.; GIUFFRÈ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli 1997⁴, pp. 31 ss.; SANTALUCIA, B., *La giurisdizione penale in Roma antica*, Bologna 2013, pp. 9 ss.; VALDITARA, G., *Diritto pubblico romano*, Torino 2013, pp. 142 ss.

⁴ Sobre la actividad normativa del príncipe, cf. GALLO, F., «Sul potere normativo imperiale», en *SDHI* 48 (1982), pp. 413 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli 1982, pp. 30 ss.; MAROTTA, V., *Mandata principum*, Torino 1991, pp. 71 ss.; ARCARIA, F., *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano 2000, pp. 29 ss. Sobre los *decreta* imperiales, en particular TAMBURI, F., «I decreta Frontiana», en *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, pp. 273 ss.; y RIZZI, M., *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano 2012, pp. 15 ss.

⁵ Cf. VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, pp. 73 ss.; VINCENTI, U., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova 1998, pp. 3 ss. Più in generale, sugli antichi *mores*, v. TALAMANCA, M., «I 'mores' e il diritto», en *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., pp. 29 ss.

jurídico que fue determinado por la disolución del monopolio pontifical sobre el conocimiento y la interpretación del derecho facilitó esta evolución: el precedente jurisprudencial, entendido, esta vez, como producción del derecho por parte de los juristas, cuanto más fuera conocido y entendido más profunda sería su contribución a la formación de las normas jurídicas⁶.

3. LOS *RESPONSA PRUDENTIUM*

La misma disolución del monopolio pontifical de la consciencia y de la interpretación del derecho tuvo un efecto novedoso: el nacimiento de la ciencia jurídica⁷ en Roma - y este fenómeno no ocurre en otros pueblos de la antigüedad - se constituyó una clase de juristas: los *prudentes* que dirigieron la evolución del ordenamiento - conciliando el compromiso práctico y la reflexión desarrollada a nivel teórico con método científico. La invención del derecho en Occidente - para recordar el subtítulo de una reciente monografía de Aldo Schiavone (ahora recientemente publicada en su segunda edición) - representa sin duda la herencia más importante de la romanidad para la historia y la cultura de los siguientes siglos, esta

⁶ Sobre este punto, cf. VINCENTI, U., «Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano», en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. Gallo, F.*, Vol. II, Napoli 1997, p. 568 y nt. 6 (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003, p. 3 y nt. 6 § 3). En relación con el monopolio pontificio sobre la interpretación del derecho y su disolución progresiva, véase CASSOLA, F., LABRUNA, L., «La laicizzazione del sapere giuridico fino a Sesto Elio Peto Cato», en *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., pp. 297 ss.; D'IPPOLITO, F., «Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio», en *Labeo* 23 (1977), pp. 131 ss. (= *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli 1994², pp. 29 ss.); BRETONE, M., *Storia del diritto romano*, Bari 2004¹⁰, pp. 107 ss.; en la literatura más reciente, cf. MIGLIETTA, M., «Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso. I giuristi romani e la formazione della regula iuris», en *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano 2012, pp. 42-43; ID., «Giurisprudenza romana tardorepublicana e formazione della regula iuris», en *SC* 25 (2012), pp. 204 ss.

⁷ D'IPPOLITO, F., «Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio», cit., pp. 143 ss. (= *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, cit., pp. 47 ss.); SCARANO USSANI, V., «Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone y de Pomponio», en *Ostraka* 2 (1993), p. 226 y nt. 79 (= *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino 1996, p. 255 y nt. 79 [= *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino 1997, p. 47 y nt. 80]); VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 2012², pp. 12 ss.

importancia puede y tiene que ser percibida en una perspectiva no solo europea, sino tendencialmente universal⁸.

Como ya he dicho anteriormente, los *responsa prudentium* - contrariamente a lo que ocurre en la actualidad, en un sistema codificado - constituyen en el derecho romano una fuente de producción del derecho. En realidad, es la fuente de producción del derecho por excelencia, de hecho, se suele afirmar que el derecho romano es un derecho que emana de la jurisprudencia⁹. Las fuentes antiguas muestran que los romanos ya tenían plena conciencia de esta peculiaridad. Cicerón, destacando la superioridad de la *civitas Romana* respecto a los periodos históricos anteriores, los cuales dejaron a hombres individuales la creación de las instituciones y la emanación de las leyes, como por ejemplo Minos en Creta, Licurgo en Esparta, Teseo, Dracón, Solón, Clístenes, muchos otros y, finalmente, Demetrio de Falero en Atenas, señala: “*nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*”¹⁰. Pomponio, que como

⁸ SCHIAVONE, A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005 (= *The invention of law in the West*, translated by CARDEN, J., SHUGAAR, A., Cambridge, Massachusetts-London, England 2012). De este volumen también aparecieron traducciones al francés y al español: *Ius. L'invention du droit en Occident*, traduit par BOUFFARTIGUE, J. et G., Paris 2008; *Ius. La invención del derecho en Occidente*, traducción de PRÓSPERI, G., Buenos Aires 2009.

⁹ VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 93 ss.; CERAMI, P., «Giurisprudenza-Scienza giuridica nel diritto romano», en *DDP (Sez. Civ.)* 9, cit., pp. 180 ss. (= «Giurisprudenza e scienza del diritto», en *AUPA* 43 (1995), pp. 206 ss.). Sobre los *responsa prudentium* y su uso procesal, cf. VINCENTI, U., «Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano», cit., pp. 567 ss. (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, cit., pp. 1 ss.); BRETONI, M., *Storia del diritto romano*, cit., pp. 195 ss.; DALLA, D., «Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali», cit., pp. 1023 ss.; STARACE, P., «Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo», en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, Padova 2012, pp. 27 ss.

¹⁰ CICERO, *De re pub.*, 2.1.2: “*Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe conmutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisthenes, tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate*”. Sobre el texto, cf. GUARINO, A., «Forma e materia della costituzione romana», en *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli 2006, pp. 401-402 (=

sabemos es un jurista del siglo II d.C., autor de un manual, el *liber singularis enchiridii*, en el cual se trazan los rasgos esenciales del desarrollo de la historia jurídica de Roma, identifica el rasgo característico del *ius civile*, en el hecho que este último: “*sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*”¹¹.

El *responsum* es la respuesta - o el dictamen - proporcionada por el jurista a una pregunta que le formula un ciudadano. Este último podía usar el *responsum* del jurista en sede jurisdiccional, en apoyo de sus argumentos. Las normas enunciadas por los *prudentes* se podían aplicar solo por razón de su intrínseca racionalidad. Al respecto es significativo que Labeón, jurista contemporáneo de Augusto, conocido también por adoptar posturas críticas al respecto de la progresiva afirmación del poder imperial, haya escrito una obra - que no hemos recibido directamente, sino que conocemos por la epitome posterior de Pablo en el III siglo - llamada Πιθανά (= cosas que persuaden)¹². Los juristas romanos no se consultaban porque tenían

Studi di diritto costituzionale romano, Vol. I, Napoli 2008, pp. 17-18 [= *Nuove pagine di diritto romano*, Napoli 2010, pp. 30-31]; véase también QUADRATO, E., *Legislator dal legem ferre al leges condere*, Bari 2014, pp. 28-29.

¹¹ D. 1.2.2.12 (Pomp. l. s. ench.): “*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*”. Sobre el *liber singularis enchiridii*, cf. BRETONI, M., *Linee dell'enchiridion di Pomponio*, Bari 1965, pp. 30 ss.; ID., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², pp. 211 ss.; D'IPPOLITO, F., «Le forme della massima dignatio nell'enchiridion di Pomponio», en *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, cit., pp. 3 ss.; CRIFÒ, G., «Pomponius, Liber singularis enchiridii. D. 1.2.2 e la “storia del diritto”», en *Materiali di storiografia romanistica*, Torino 1998, pp. 51 ss.

¹² Sul problema della tradizione testuale e, più in generale, sulle caratteristiche dei Πιθανά, cf. TALAMANCA, M., «I ‘Pithanà’ di Labeone e la logica stoica», en *Iura* 26 (1975), pp. 1 ss.; FORMIGONI, W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus*, Milano 1996, pp. 18 ss.; CANNATA, C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea, I, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, pp. 316 ss.; VACCA, L., «I precedenti e i responsi dei giuristi», en *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC-Perugia, 25-26 giugno 1999*, Torino 2000, pp. 52 ss.; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, cit., pp. 126 ss. Sobre la actitud del jurista hacia el poder imperial, véase en particular BRETONI, M., «Il “diritto antico” nella polemica antiaugustea», en *Quaderni di Storia* 8 (1978), pp. 273 ss. (= *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., pp. 129 ss.).

autoridad pública, sino debido a su autoridad moral por parte de la comunidad.

Las soluciones jurídicas recomendadas por los *prudentes* podían ser contradictorias entre ellas. En este sentido, es posible afirmar que el derecho privado romano fuera *ius controversum*¹³. La opinión de un jurista, sobre el asunto - concreto o de escuela - enfrentado, se sometía al ensayo y al examen crítico de la jurisprudencia y, en el caso en que se considerara fundada y merecedora de ser acogida, se convertiría posteriormente en *ius receptum*¹⁴. Nada podría haber impedido la creación de nuevas normas destinadas a regular situaciones novedosas, la superación de posturas anteriormente expresadas o la adopción - debido a la afirmación de una nueva sensibilidad o del cambio de las exigencias económicas y sociales - de una disciplina diferente. El derecho jurisprudencial constituye un factor poderoso de la evolución del ordenamiento y una herramienta especialmente flexible.

¹³ KASER, M., «Zur Methode der römischen Rechtsfindung», cit., pp. 74-75 (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., pp. 30-31 [= «Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici,» cit., pp. 176-177]); GIACHI, C., MAROTTA, V., *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, cit., pp. 187 ss.; VACCA, L., «Controversialità del diritto e impianto casistico», en *Ius controversum e processo tra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, pp. 61 ss.; CERAMI, P., «Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni», *ibid.*, pp. 387 ss.

¹⁴ ADEMÁS DE LA REFLEXIÓN CIENTÍFICA DE LA JURISPRUDENCIA, UN CIERTO PESO EN LA FORMACIÓN DEL *IUS RECEPTUM* DEBIERON ASUMIR LAS *RES IUDICATAE*: VÉANSE A ESTE RESPECTO LAS OBSERVACIONES DE BONA, F., «La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana», en *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno, Pavia 26-27 aprile 1985*, Padova 1987, pp. 101 ss. (pero véanse, en sentido contrario, las observaciones de TALAMANCA, M., «rec. a op. ult. cit.», en *BIDR* 91 (1988), pp. 854 ss.); plantea que las *res iudicatae* podrían haber contribuido a modelar el *ius receptum* también PUGLIESE, G., «Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana», en *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli 1994, pp. 17 ss. (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, Napoli 2007, pp. 739 ss.). Una posición más articulada es la que expresa VACCA, L., «I precedenti e i responsi dei giuristi», cit., p. 41, según la cual la incidencia de las *res iudicatae* podría haberse desarrollado más “*sulla prassi giudiziaria*”, que “*sull'elaborazione scientifica del diritto nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali*”. De manera más general, sobre la relación entre el *officium iudicis* y el *ius controversum*, véanse las reflexiones de CORBINO, A., «Iudicia, ius varium e iudici tra tarda repubblica e primo principato», en *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto. Napoli, 18-20 ottobre 2001*, Napoli 2003, pp. 155 ss.

Más exactamente, el derecho jurisprudencial romano se desarrolla a través del análisis de la casuística¹⁵. En una respuesta muy célebre, transmitido por los *digesta* de Alfenio Varo, se dice: “*in causa ius esse positum*” (D. 9.2.52.2 [Alf. 2 dig.])¹⁶. La expresión - fuertemente tajante - muestra que la solución jurídica que hay que ofrecer reside en las peculiaridades del asunto analizado. Es decir, solo un cuidadoso análisis de la cuestión que ha causado la controversia permite la identificación de la solución jurídica que debe aplicarse.

El método utilizado por el jurista para individuar la norma a aplicar en el caso concreto está eficazmente descrito por un célebre pasaje paulino: “*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*” (D. 50.17.1 [Paul. 16 *ad Plaut.*])¹⁷. Afirmando que el derecho que debería aplicarse no se deduce de la regla, sino que, más bien, es la regla la que emana del derecho, el pasaje del fragmento paulino que acabamos de recordar se ha considerado justamente una especie de manifiesto del

¹⁵ VACCA, L., «Casística giurisprudenziale e concettualizzazione romanistica», en *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano 1982, pp. 83 ss. (= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006, pp. 29 ss.); MIGLIETTA, M., «Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso. I giuristi romani e la formazione della regola iuris», cit., p. 37; ID., «Giurisprudenza romana tardorepublicana e formazione della regola iuris», cit., p. 188; por último, STOLFI, E., «I casi e la regola: una dialettica incessante», en *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli 2014, pp. 1 ss.

¹⁶ D. 9.2.52.2 (Alf. 2 dig.): “*In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. respondi in causa ius esse positum...*”. Sobre la tradición textual y sobre las características de las respuestas de Servio Sulpicio Rufo, conocidas a través de la obra de su discípulo Alfenio, véase para todos BRETONE, M., «La tecnica del responso serviano», en *Labeo* 16 (1970), pp. 7 ss. (= *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., pp. 91 ss.); con particular referencia a la aportación de Alfenio Varo, véase también, en la literatura más reciente, MIGLIETTA, M., «Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e responsum nei 'digesta' di Publio Alfenio Varo», en *Studi in onore di A. Metro* IV, Milano 2010, pp. 275 ss.; sobre el significado de la afirmación “*ius in causa esse positum*”, v., por último, STOLFI, E., «I casi e la regola: una dialettica incessante», cit., pp. 5-6, y nt. 12.

¹⁷ D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): “*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*”.

método inductivo - y no deductivo - utilizado por la jurisprudencia romana¹⁸. La célebre afirmación de Paulo posteriormente fue recordada - entre otros - por Francis Bacon, jurista, filósofo y teórico del método científico inductivo¹⁹.

Mirando al mundo contemporáneo, se puede comparar lo que ocurrió en el derecho romano clásico y lo que ocurrió - y curre aún hoy en día - en los sistemas de *common law*²⁰. En estos sistemas el derecho prevalece la formación judicial (*judge made law*), mientras que el derecho de formación legislativa (*statutory law*) tiene una importancia residual (aunque las diferencias sobre este tema entre los países de *common law* y los de *civil law* se van atenuando progresivamente: el derecho de formación legislativa adquiere una importancia cada vez mayor en los sistemas de *common law*)²¹. Como ha afirmado eficazmente Peter Stein: “*agli occhi dei giuristi*

¹⁸ KASER, M., «Zur Methode der römischen Rechtsfindung», cit., pp. 60 ss. (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., pp. 16 ss.; VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 110 ss.; ID., «Analogia e diritto casistico», en *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Bâle-Genève-München 1999, pp. 353 ss. (= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., pp. 105 ss.); para la posibilidad de que la célebre definición de *regula* contenida en D. 50.17.1 hubiera sido obtenida por Pablo desde el principio de los Πιθαυά labeonianos, cf. CANNATA, C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, cit., pp. 324 ss. Sobre este texto, en la literatura más reciente, véase MASI DORIA, C., «Principi e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico», en *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari 2011, p. 35; VACCA, L., «I precedenti e i responsi dei giuristi», cit., p. 56 ss.; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 139 ss.

¹⁹ BACON, FR., *De augmentis scientiarum*, lib. 8, aphor. 85, ed. SPEDDING, J., ELLIS, R. L., HEAT, D. D., I, London 1858, rist. Stuttgart 1963, p. 823); sobre este punto, cf. VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 139, nt. 29.

²⁰ FRANCHINI, L., «Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e common law», en *Diritto@Storia* 10 (2011-2012); VACCA, L., «Interpretazione e scientia iuris. Problemi storici e attuali», en *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca. 19-20 novembre 2009*, Milano 2012, pp. 12 ss.; ID., «Interpretatio e caso concreto», en *LR 2* (2013), pp. 45 ss. (= *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno ARISTEC. Roma 9-11 giugno 2011*, Napoli 2013, pp. 29 ss.). La cuestión de la relación entre el derecho romano y el desarrollo del sistema inglés de *common law* debería aclararse mejor: para algunas líneas de investigación, véase recientemente MIGLIETTA, M., «Regis actiones. Linee e prospettive per una indagine critica sui rapporti intercorrenti tra diritto (processuale) romano e sistema inglese dei 'writ's'», en *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, Vol. I, Padova 2011, pp. 781 ss.

²¹ Al mismo tiempo, no debemos olvidar el papel asumido en los ordenamientos de derecho codificado por la jurisprudencia creativa, para poder identificar también en esta última una verdadera y propia *case law*: sobre este punto, véanse las observaciones de VINCENTI, U., «Intorno alla distinzione tra

*romani, come dei common lawyers, l'essenza del diritto era piuttosto il ius che la lex*²².

La comparación entre el derecho jurisprudencial (*rectius*, judicial) inglés, el *case law*, y el derecho jurisprudencial romano entendido como derecho creado por los juristas exige, sin embargo, algunas precisiones. El juez de los sistemas de *common law* tiene la obligación de observar los precedentes judiciales de la norma de lo *stare decisis*²³. El juez del mundo anglosajón puede apartarse de los precedentes judiciales solo utilizando la técnica del *distinguishing*: él tendrá que señalar que, a pesar de las aparentes analogías, el asunto que está examinando es, en realidad, diferente de los que han provocado las decisiones precedentes²⁴.

El jurista romano, en cambio, no es jurídicamente obligado a seguir la autoridad del precedente: la opinión jurisprudencial formulada no es vinculante y puede ser aplicada en casos análogos, que surgen posteriormente, solo a razón de su científicidad²⁵. En el derecho romano no hay *doctrine of binding precedent*: las opiniones jurisprudenciales sacan fuerza y legitimación solo de su capacidad de persuasión.

sistemi giuridici aperti e chiusi», en *Giurisprudenza italiana* 8/9 (2000), pp. 1775-1776 (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, cit., pp. 73 ss.). Para el hecho de que ninguno de los dos modelos haya sido adoptado y funcione de forma pura, véase KASER, M., «Zur Methode der römischen Rechtsfindung», cit., pp. 50 ss.

²² STEIN, P., «I rapporti interni tra il diritto romano classico ed il common law inglese», en *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milano 1992, pp. 59-60.

²³ STEIN, P., «I precedenti nella common law», en *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, cit., p. 53 ss.; CANNATA, C. A., GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino 1989⁴, pp. 110 ss.; MATTEI, U., *Il modello di common law*, Torino 2010³, pp. 141 ss.; SERIO, M., «La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese», en *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, cit., pp. 91 ss.

²⁴ SERIO, M., «L'interpretazione del precedente nel common law», en *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno ARISTEC. Roma 9-11 giugno 2011*, cit., pp. 89 ss.

²⁵ KASER, M., «Zur Methode der römischen Rechtsfindung», cit., pp. 72-73; VACCA, L., «Sulla rilevanza dei 'precedenti' nel diritto giurisprudenziale romano», en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, cit., pp. 29 ss. (= *Mélanges F. Sturm*, I, Liège 1999, pp. 493 ss. [= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., pp. 79 ss.]).

Otra importante diferencia entre el juez en los sistemas de *common law* y el jurista romano proviene del hecho de que este último no está incluido en un aparato jurisdiccional estatal con estructura piramidal. El jurista romano no se ve afectado, en su actividad, por la jerarquía de los tribunales, de la división entre *Superior Courts* - jurisdicciones de grado superior - e *Inferior Courts* - jurisdicciones de grado inferior. Todas las opiniones formuladas por los juristas en derecho romano se encuentran en un nivel de efectividad de igualdad (salvo la distinción resultante de la concesión - desde la edad de Augusto - de lo *ius publice respondendi ex auctoritate principis*)²⁶.

Otro paralelismo, que acerca los sistemas de *common law* al derecho romano, pertenece a la duplicidad de sistemas: *common law* y *equity* por un lado, *ius civile* y *ius honorarium* por otro²⁷.

Como el antiguo pretor romano, también las *Courts of Equity* - antes de la unificación jurisdiccional, que tuvo lugar en Inglaterra entre 1873 y 1875 y sucesivamente en los demás países de *common law* - podían apartarse del derecho vigente y dejarse guiar por criterios diferentes de la estricta aplicación del derecho, y sugeridos por razones de oportunidad o de justicia²⁸. Hoy, aunque ya no hay dualismo de jurisdicción, la distinción entre *common law* ed *equity* queda, en recuerdo del diferente origen y de los diferentes principios que han inspirado las correspondientes normas. También en el derecho romano ocurre algo similar: cuando

²⁶ Sobre la introducción del *ius publice respondendi* por parte de Augusto, cf. VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 97 ss.; BRETONE, M., *Storia del diritto romano*, cit., pp. 214; ASTOLFI, R., «Sabino e il ius respondendi», en *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, cit., pp. 1007 ss.; VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 82 ss.

²⁷ PUGLIESE, G., «Ius honorarium a Roma ed equity nei sistemi di common law», en *RTDPC* 42 (1988), pp. 1105 ss. (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., pp. 79 ss.).

²⁸ PUGLIESE, G., «Ius honorarium a Roma ed equity nei sistemi di «common law», cit., pp. 1125-1126 (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., pp. 105 ss.). Sobre la unificación jurisdiccional, véase en particular CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, pp. 547 ss. y PICARDI, N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, pp. 61 ss.

el *ius honorarium* cesa de ser fuente de producción del derecho vigente, los dos sistemas de normas constituidos por el *ius civile* y por el *ius honorarium* aún son considerados sobre planos distintos²⁹.

Otro punto de vista, quizá aún más evidente de la relación entre la experiencia jurídica romana y la del *common law* es la capacidad de conformar el derecho en términos de soluciones procesales experimentales. El razonamiento jurídico queda afectado por la distinción - que se afirmó, como sabemos, posteriormente y en ámbito continental - entre derecho procesal y derecho substancial³⁰.

4. EL EDICTO DEL PRETOR

Ya hemos visto que los *responsa prudentium* en el derecho romano constituyen una fuente de producción del derecho. Con referencia al valor que hay que reconocer al precedente por parte de los órganos jurisprudenciales, en esta sede, serán necesarias unas reflexiones sobre otra fuente de producción del derecho: el edicto del pretor.

Como sabemos, el pretor emanaba - al principio de cada año de cargo - un edicto, en el cual se ilustraban los criterios que el mismo magistrado habría aplicado en el ejercicio de su jurisdicción³¹. Este era el *edictum perpetuum*, destinado a valer

²⁹ Sin embargo, las categorías en la comparación diacrónica deben usarse de forma rigurosa. Cabe señalar - sobre la base de las investigaciones precisas realizadas sobre el tema por Giovanni Pugliese - que la *aequitas* pretoria y la *equity* del mundo anglosajón, aun teniendo ambos términos una raíz común, no terminan nunca por identificarse plenamente. En primer lugar, la *aequitas* en derecho romano no es una característica exclusiva del derecho de fuente magistratual, mientras que la *equity* se refiere, en la terminología jurídica anglosajona, exclusivamente al sistema - entendido como un conjunto de remedios, principios y reglas - creado por las *Courts of Equity* y aún vigente en el marco de la unificación jurisdiccional llevada a cabo. Además, la *equity* del mundo anglosajón tiene como punto de referencia directo no la *aequitas* praetoria, sino la *aequitas* del derecho canónico medieval y la de los textos eclesiásticos. Sobre este punto, cf. PUGLIESE, G., «Ius honorarium a Roma ed equity nei sistemi di «common law», cit., p. 1119 (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., p. 98).

³⁰ PETER, H., *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen 1957, *praecipue* pp. 51 ss.; STEIN, P., «I rapporti interni tra il diritto romano classico ed il common law inglese», cit., p. 60.

³¹ CANNATA, C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino 1982, pp. 29 ss.; GIACHI, C., MAROTTA, V., *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, cit., pp. 229 ss.; VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 80 ss.

para todo el año de cargo del magistrado. El pretor, aunque sin vínculo jurídico a este respecto, solía atenerse a las elecciones adoptadas por su predecesor en el ejercicio del cargo. Entonces, el texto del edicto se hizo *tralaticium*. Está claro que en el caso del *edictum tralaticium* se debería reconocer una eficacia persuasiva al precedente jurisprudencial.

El emperador Adriano - según una tradición contestada por unos autores - confirió, luego, a Salvio Juliano la tarea de ordenar el texto del edicto, en una versión que, sometida a la aprobación del senado, se hizo definitiva³².

Conviene examinar, aunque brevemente, la estructura del proceso privado romano e investigar de forma más exhaustiva el valor de las decisiones de los jueces. A este respecto, preliminarmente tenemos que acordar que el derecho romano conoce en el curso de su largo desarrollo tres modelos de proceso privado: per *legis actiones*, el proceso formular, la *cognitio extra ordinem*³³.

³² Para una visión general de la cuestión, cf. MELILLO, G., «edictum perpetuum», en *NNDI* 6 (1960), pp. 376 ss.; *cui adde* TORRENT, A., «La ordinatio edicti en la política jurídica de Adriano», en *AHDE* 52 (1983), pp. 17 ss. (también en *BIDR* 86-87 [1983-1984], p. 37 ss.). En sentido crítico con respecto a la tradición de la *compositio edicti* de época adrianea, a las numerosas contribuciones sobre el tema de Antonio Guarino («La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi», en *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto. Verona 27-28-29-IX-1948*, II, Milano 1951, pp. 169 ss.; «L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto», en *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, pp. 625 ss.; «Opinioni codificate?», en *Labeo* 1 (1955), pp. 201-202; «Alla ricerca di Salvio Giuliano», en *Labeo* 5 (1959), pp. 67 ss.; «La formazione dell'editto perpetuo», en *ANRW* 2.13 (1980), pp. 82 ss.; «De albo corrupto», en *Index* 18 (1990), pp. 275 ss.; «L'editto in casa Cupiello», en *Labeo* 36 (1990), pp. 50 ss.), debe añadirse la monografía de CANCELLI, F., *La codificazione dell'edictum praetoris. Dogma romanistico*, Milano 2010, pp. 1-312. En defensa de la opinión tradicional, véanse, en la literatura más reciente, las observaciones de SCIANDRELLO, E., *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, pp. 17 ss.; ID., «Giuliano e l'applicazione del senatoconsulto Macedoniano», en *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012, p. 575. Sobre la política del derecho de Adriano, véanse las observaciones de BONINI, R., *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, *Principato*, Bologna 1983, pp. 44 ss.

³³ PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano 1963, pp. 3 ss.; CANNATA, C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le legis actiones*, Torino 1980, pp. 11 ss.; TALAMANCA, M., «Processo civile (dir. rom.)», en *ED* 36 (1987), pp. 3 ss.; CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, pp. 86 ss.

El proceso *per legis actiones* y el proceso formular se caracterizan por la división en dos fases: la fase *in iure* y la fase *apud iudicem*. La fase *in iure* se desarrolla delante del magistrado, la fase *apud iudicem* delante del juez privado elegido por las partes. La fase *apud iudicem* es la en la que tiene lugar la obtención, la discusión y la evaluación de las pruebas y acaba con la emisión de la sentencia³⁴. La sentencia dada por el juez privado - que ni siquiera tiene la obligación de motivar - es inapelable³⁵.

El juez privado que emite la sentencia puede no tener - y, normalmente, no tiene - competencias específicas en ámbito jurídico³⁶. Su actividad es guiada constantemente por la jurisprudencia, por la reflexión científica de los juristas. El juez privado se adapta - en el ejercicio de sus funciones - a los planteamientos conservados en los *responsa* de los juristas. En caso de *ius controversum* - cuando las opiniones de los juristas son diferentes entre ellas - la actividad de los *iudices privati* puede contribuir de hecho a la afirmación de una opinión jurisprudencial en

³⁴ CANNATA, C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, cit., pp. 135 ss.; TALAMANCA, M., «Proceso civil (dir. rom.)», cit., pp. 24-25; CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, cit., pp. 105 ss. Con particular referencia al tema de la instrucción probatoria, cf. BROGGINI, G., «La prova nel processo romano arcaico», en *Ius* 11 (1960), pp. 348 ss.; PUGLIESE, G., «La prova nel processo romano classico», *ibid.*, pp. 386 ss. En la literatura más reciente, PULIATTI, S., «Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto», en *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani, 22-23 maggio 2009*, cit., pp. 43 ss.

³⁵ CANNATA, C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, cit., pp. 186 ss.; *ID.*, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, cit., pp. 115 ss.; MARRONE, M., «Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano», en *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, cit., pp. 24-25 (= *Iuris vincula. Studi in onore di Talamanca, M.*, V, Napoli 2001, pp. 278-279 [= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, pp. 801-802]); VACCA, L., «I precedenti e i responsi dei giuristi», cit., p. 39, que observa, oportunamente: «*il problema della motivazione espressa della sentenza è di regola pregiudiziale rispetto al problema dell'eventuale utilizzazione della sentenza per la soluzione dei successivi casi simili*». Sobre la ausencia de motivación, véase BISCOTTI, B., «Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove», en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova 2012, pp. 301 ss.

³⁶ TALAMANCA, M., *rec. a La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno, Pavia 26-27 aprile 1985*, cit., pp. 855-856. Sobre esta cuestión, véase también VINCENTI, U., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., pp. 9 ss.

lugar de otra³⁷.

Este estado de cosas explica porque las *res iudicatae*, los precedentes judiciales, nunca aparecen en los listados de fuentes de producción del derecho redactados por los juristas³⁸. De las *res iudicatae*, en cambio, se interesan los retores, en razón de su eficacia persuasiva, de su actitud a orientar, a guiar, la formación del convencimiento del juez que sucesivamente será llamado a juzgar un caso similar.

Las *res iudicatae* son colocadas por Cicerón, en el *De oratore* - sobre la base de una calificación del matriz aristotélica - en el ámbito de las pruebas extra-técnicas u *inartificiales*, preexistentes y ajenas a la técnica del orador³⁹. Estas últimas son contrapuestas a la pruebas técnicas u *artificiales*, argumentos ideados por el orador y expresión de su técnica particular. Cic., *De orat.*, 2.27.116:

“*Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa atque a re deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est*”.

Los tratados de retórica ofrecen una minuciosa preceptística concerniente el uso eficaz de las *res iudicatae*. El autor de la *Rhetorica ad Herennium* afirma que se puede citar el precedente para persuadir el juez que sucesivamente tendrá que resolver un caso similar y observa que la eficacia persuasiva del *exemplum* depende del grado de semejanza entre este último y el caso a decidir, de la cercanía del tiempo del precedente, de la autoridad moral del juez que ha sentenciado. Luego, una gran

³⁷ Sobre este punto, véase la literatura mencionada *supra*, nt. 15.

³⁸ VINCENTI, U., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., p. 17. Sobre la no inclusión de las *res iudicatae* en los catálogos de las fuentes de producción, véanse también las observaciones de MARRONE, M., «Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano», cit., pp. 29-30.

³⁹ PUGLIESE, G., «La prova nel processo romano classico», cit., pp. 404 ss.; ID., «Cicerone tra diritto e retorica», en *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, IV, Milano 1963, pp. 576-577 (= *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino 1985, pp. 86-87); VINCENTI, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova 1995², pp. 114 ss.; ID., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., pp. 9 ss.; VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 26 ss.

eficacia persuasiva se reconoce a la citación de un considerable número de precedentes⁴⁰.

Estas enseñanzas se reafirman en la *Institutio oratoria* de Quintiliano: la eficacia persuasiva de los *exempla* depende de la *auctoritas* de los que han sentenciado y de la semejanza de lo de que se debate⁴¹.

Cicerón, en los *Topica* (5.28), incluye las *res iudicatae* en una célebre descripción de los elementos que componen el derecho civil. Cic., *Top.*, 5.28:

“*Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discernitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat...*”

El texto no proporciona un listado de las fuentes de producción del derecho, pero se centra en considerar el *ius civile* desde el punto de vista de la distinción retórica entre *divisio* y *partitio*⁴². Mientras que el concepto de *divisio* estipula la imputabilidad de diferentes *species* a un *genus commune*, el concepto de *partitio* está

⁴⁰ *Rhet. ad Herenn.*, 2.20: “*Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus. Rhet. ad Herenn.*, 2, 46: *Quoniam exornatio constat ex similibus et exemplis et amplificationibus et rebus iudicatis et ceteris rebus quae pertinent ad exaugendam et collocupletandam argumentationem, quae sint his rebus vitia consideremus... Exemplum vitiosum est si aut falsum est ut reprehendatur, aut improbum ut non sit imitandum, aut maius aut minus quam res postulat. Res iudicata vitiose proferetur si aut dissimili de re proferetur, aut de ea re qua de controversia non est, aut improba, aut eiusmodi ut aut plures aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint*”. Sobre esta preceptiva, véase en particular VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 26 ss.

⁴¹ QUINT., *Inst. orat.*, 5.2.2: “*Confirmantur praecipue duobus, auctoritate eorum qui pronuntiaverunt, et similitudine rerum de quibus quaeritur; refelluntur autem raro per contumeliam iudicum, nisi forte manifesta in iis culpa erit; vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam, et ipse pronuntiaturus, nec libenter exemplum, quod in se fortasse reccidat, facit*”. Sobre este punto, cf. VINCENTI, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., pp. 115-116.

⁴² Sobre este texto, véase ampliamente VINCENTI, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., pp. 122 ss.; ID., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., pp. 14-15; SCOGNAMIGLIO, M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno 2009, p. 108 ss.; VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 23 ss.; para una referencia, véase también MARRONE, M., «Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano», cit., p. 29 y nt. 22 (= *Iuris vincula. Studi in onore di Talamanca, M.*, V, cit., p. 284 y nt. 30 [= *Scritti giuridici*, II, cit., p. 805 y nt. 26]).

dirigido a la identificación de partes individuales de un conjunto unitario: el concepto de definir *quasi in membra discerpitur*.

El gran orador demuestra, entonces, que las *res iudicatae*, aunque no constituyan una fuente de producción del derecho, pueden trazar su marco, su rostro concreto.

Debe advertirse, sin embargo, que las decisiones de los jueces, aunque constituyan una fuente de producción del derecho, pueden contribuir a la formación del derecho consuetudinario. Se debe sobre todo a la jurisdicción de los tribunales de los *centumviri* la afirmación del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*⁴³. En caso de preterición del *heres sus*, el testamento hubiera sido declarado *inofficiosum*⁴⁴.

Otras veces, el precedente jurisprudencial tiene mucha influencia, por la importancia del principio afirmado. Especialmente en la antigüedad - y sigue siendo recordada - la famosa causa *Curiana* (del nombre del demandado Curio), que se desarrolló en 93 a.C. delante del mismo tribunal centunviral, que decidió la primacía del criterio hermenéutico basado en la búsqueda de la voluntad del ordenante testador sobre la interpretación conservadas en el testamento⁴⁵.

Más tarde, el valor de las sentencias dictadas por el funcionario imperial en el sistema procesal de la *cognitio extra ordinem* no es diferente de las sentencias emitidas por los *iudices privati* del proceso formular. El proceso, una vez desaparecida la distinción entre la fase *in iure* y la fase *apud iudicem*, se desarrolla totalmente ante el funcionario imperial, que emana la sentencia. Las sentencias no constituyen una fuente de producción del derecho, pero se reconoce una eficacia

⁴³ VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 38 ss.; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, cit., p. 30.

⁴⁴ Sobre los orígenes de la *querela inofficiosi testamenti*, véase DI OTTAVIO, D., *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, I, *Le origini*, Napoli 2012, pp. 1 ss.

⁴⁵ VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 30-31. Sobre la *causa Curiana*, véase ampliamente FINAZZI, G., *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, pp. 82 ss.

persuasiva respecto al mismo funcionario que ha emanado la sentencia - este último es naturalmente llevado a seguir sus preceptos - o los de otros funcionarios, posteriormente llamados a juzgar sobre casos similares.

En particular con referencia al sistema procesal de la *cognitio extra ordinem*, se puede también suponer que la mayor importancia adquirida por la motivación de la sentencia y el reconocimiento de la apelabilidad de la sentencia - siendo el funcionario imperial, a diferencia de lo que pasaba con el juez privado, instalado dentro de una estructura jerárquica y piramidal - pudo reforzar la eficacia persuasiva del precedente judicial.

Un célebre pasaje de Calístrato conserva la sugestiva referencia a una *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*⁴⁶. El jurista trata de un rescrito de Septimio Severo⁴⁷. El emperador - si en la aplicación de la ley hubiera surgido unas *ambiguitates* - reconociera fuerza de ley a la costumbre o a la *auctoritas* de las *res perpetuo similiter iudicatae*⁴⁸. D. 1.3.38 (*Callistr. 1 quaest.*): “*Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*”.

El párrafo - según la interpretación que aparece preferible - debe ser referido a problemáticas jurídicas que podrían surgir en ámbito provincial⁴⁹. En la realidad

⁴⁶ Sobre la figura de Calístrato, cf. BONINI, R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, I, Milano 1964, pp. 11 ss.; PULIATTI, S., *Il «de iure fiscali» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano 1992, pp. 1 ss.

⁴⁷ Para la datación de las *quaestiones* de Calístrato, v. PULIATTI, S., *Il «de iure fiscali» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, cit., pp. 81 ss.

⁴⁸ Para la referencia a la costumbre, cf. GALLO, F., «Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)», en *Iura* 36 (1985), pp. 70 ss.; ID., «Precisazioni su *ius moribus receptum, responsa prudentium, consuetudo*», en *Labeo* 46 (2000), pp. 95 ss.

⁴⁹ KASER, M., «Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht», en *Festschrift F. Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien 1978, pp. 128-129 (= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, 1986, p. 61-62); MARRONE, M., «Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano», cit., pp. 32-33 (= *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, cit., pp. 287-288 [= *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 807-808]). Para una interpretación diferente, véase VINCENTI, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., pp. 117 ss.; ID., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., pp. 18-19. Según este último autor, el texto

de las provincias romanas, las *res perpetuo similiter iudicatae* constituyen un medio de prueba para el conocimiento de los derechos locales⁵⁰.

5. EL EMPERADOR COMO JUEZ

Otro valor debe ser reconocido, en cambio, como ya habíamos anticipado, a las constituciones imperiales emanadas por el emperador que asume el rol de juez en un proceso (*decreta*). El emperador puede asumir el rol de juez en un proceso ya sea en el sistema del proceso formular como también en el sistema de la *cognitio extra ordinem*. La sentencia emanada por el emperador (*decretum*) tiene valor vinculante para los jueces sucesivos que tengan que decidir sobre casos similares⁵¹. Dicha norma es establecida expresamente solo por Justiniano, en el *principium* de la constitución reflejada en *CI. 1. 14.12 pr.*: (*Iust. A. Demostheni pp.*, a. 529): “*Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus*”.

La norma enunciada por Justiniano no tiene, en realidad, carácter innovador⁵². Ya precedentemente se le reconocía valor de fuente del derecho a todas

marcaría el reconocimiento del valor de fuente del derecho a las sentencias uniformes y constantes. En la literatura más reciente, véase también SCOGNAMIGLIO, M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, cit., pp. 112-113. Más en general, sobre el tema de la relevancia de las *res iudicatae* para los juriconsultos romanos, véanse las observaciones de VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 50 ss.

⁵⁰ Esto parece ser confirmado por *D. 1.3.34 (Ulp. 4 de off. proc.)* y *CI. 8.52 (53).1 (Alex. A. Apro evocato, a. 224)*. *D. 1.3.34 (Ulp. 4 de off. proc.)*: “*Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit. CI. 8.52 (53).1 (Alex. A. Apro evocato, a. 224): Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae*”.

⁵¹ Sobre este punto, cf. VINCENTI, U., «I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche», cit., p. 15.

⁵² Mientras que el reconocimiento del valor vinculante de los *decreta* no representa una novedad, la concepción de la función del derecho y del poder imperial es totalmente nueva con respecto al pasado: véanse sobre este punto las numerosas contribuciones de ARCHI, G. G., *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, pp. 86 ss.; ID., «Il diritto nell'azione politica di Giustiniano», en *SDHI* 47 (1981), pp. 31 ss.; ID., «Problemi e modelli legislativi all'epoca di Teodosio II e di Giustiniano», en *SDHI* 50

las constituciones imperiales y por tanto también a los pronunciamientos judiciales del emperador. Un significativo testimonio relativo al valor vinculante del *decretum* consiste en un párrafo de la oración *de testamentis transmarinis* de Fronton - expuesta frente a Antonino Pio - que conocemos gracias a la transcripción parcial efectuada por Marco Aurelio en una epístola dirigida al mismo orador⁵³. *Ep. ad M. Caes.* 1.6.2-3:

“In iis rebus et causis quae a privatis iudicibus iudicantur, nullum inest periculum, quia sententiae eorum intra causarum demum terminos valent; tuis autem decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciantur. Tanto maior tibi vis et potestas quam fatis adtributa est: fata quid singulis nostrum eveniat statuunt; tu, ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis. 3. Quare, si hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eiusmodi causis decernant?”

Mientras las sentencias realizadas por los *iudices privati* tienen valor *intra causarum demum terminos*, los decretos imperiales obligan *universos exemplo*. Las *instituciones* ulpianeanas afirman que la voluntad imperial tiene valor de ley, constituyen una fuente de producción del derecho: *“quod principi placuit legis habet vigorem”* (D. 1.4.1 pr. [Ulp. 1 *inst.*])⁵⁴. La continuación del mismo fragmento

(1984), pp. 341 ss.; ID., «Il potere normativo imperiale nella Costantinopoli di Giustiniano. Tradizione e innovazione», en *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IV, *Novella constitutio. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningae 1990, pp. 12 ss.; ID., «I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana», en *SDHI* 57 (1991), pp. 124 ss. Sobre la constitución y sobre la posibilidad de que también *CI. 7.45.13* formara parte de un contexto normativo único y más amplio, cf. BASSANELLI SOMMARIVA, G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, pp. 7 ss.; en la literatura posterior, v. PAOLO CASAVOLA, F., «Legislatore interprete», en *Labeo* 41 (1995), pp. 90 ss.; VINCENZI, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., pp. 9-19; ID., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, cit., pp. 22-23.

⁵³ Sobre este punto, v. BONINI, R., *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, cit., pp. 93 ss., según el cual el texto daría testimonio de que: *“già prima della metà del secondo secolo d.C. ogni dubbio sulla possibilità di generalizzare anche le sentenze imperiali era definitivamente superato”*; SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, cit., pp. 73 y ss.; VINCENZI, U., «I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche», cit., p. 15; SCOGNAMIGLIO, M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, cit., p. 109.

⁵⁴ D. 1.4.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *“Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat”*. Sobre el

ulpiniano precisa que son fuentes de producción del derecho todas las constituciones imperiales: las instrucciones emanadas por los funcionarios públicos (*mandata*), las respuestas dadas a preguntas dirigidas por funcionarios y por privados, (*epistulae* e *rescripta*, o *subscriptions*), los pronunciamientos emanados por el emperador en el rol de juez de un proceso (*decreta*) y las disposiciones dirigidas a todos los súbditos (*edicta*)⁵⁵.

6. LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN LA ÉPOCA JUSTINIANA

Hemos visto ya como las sentencias emanadas por los jueces - sean esos *iudices privati* en el sistema del proceso formular o funcionarios imperiales en el sistema de la *cognitio extra ordinem* - no entraban en catálogo de las fuentes del derecho y no poseían valor vinculante para los jueces sucesivos, los cuales tenían que resolver casos similares. La situación apenas expuesta, es confirmada también por el derecho justiniano.

Justiniano en una constitución del 529 refleja en *CI. 7.45.13* afirma que los precedentes judiciales no son vinculantes. Los jueces deben juzgar no sobre la base de los precedentes judiciales sino sobre la base de las leyes (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*)⁵⁶.

texto de Ulpiano y sus usos por parte de los teóricos del absolutismo moderno, v. SCHIAVONE, A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., pp. 374 ss. (= *The invention of law in the West*, cit., pp. 431 ss.). Sobre la *lex regia*, cf. MANTOVANI, D., «Lex regia de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante», en *La lex de imperio vespasiani e la Roma dei Flavi (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008)*, Roma 2009, pp. 125 ss. Para una relación del debate doctrinal sobre la denominada *lex de imperio Vespasiani*, véase también BUONGIORNO, P., «Idee vecchie e nuove in tema di lex de imperio Vespasiani», en *Athenaeum* 100 (2012), pp. 513 ss.

⁵⁵ D. 1.4.1.1 (Ulp. 1 *inst.*): “*Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus*”. Sobre los diferentes tipos de constituciones imperiales, cf. BONINI, R., *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, cit., pp. 77 ss.

⁵⁶ *CI. 7.45.13 (Iust. A. Demostheni pp., a. 529)*: “*Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognationales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed*

Según el derecho justiniano la voluntad imperial es ya - como es sabido - la única fuente de producción del derecho. Los jueces de frente a las incertezas interpretativas deberían atenerse de juzgar y dirigirse al emperador “*cui soli concessum est leges et condere et interpretari*” (se expresa así el ya mencionado párrafo 21 de la *const. Tanta*)⁵⁷. El emperador es por tanto el único creador e intérprete del derecho⁵⁸.

La experiencia de la *relatio ad principem* en casos de dudas interpretativas ha sido sucesivamente tomada como modelo en Europa, en momentos históricos diversos y para responder - en el ámbito de los diferentes equilibrios entre el poder legislativo y el poder judicial - a exigencias diametralmente opuestas. El instituto de la *relatio ad principem* viene utilizado por la monarquía absoluta de Luis XIV, como ya en el derecho romano último, para comprimir los poderes de los órganos jurisdiccionales⁵⁹. Más tarde, referirse al legislador constituía uno de los institutos

omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus”. Sobre este punto, cf. VINCENTI, U., «I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche», cit., p. 23.

⁵⁷ La estrecha relación entre las prohibiciones de interpretación impuestas por el emperador y la denominada referencia al legislador es subrayada adecuadamente por ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 59 ss., y, más recientemente, por ALVAZZI DEL FRATE, P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000, pp. 42 ss. Para una visión general eficaz desde una perspectiva histórico-comparativa, véase también GORLA, «Giurisprudenza», cit., p. 493 y nt. 8 (= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 270 y nt. 8 § 3). Para una descripción rápida de los desarrollos posteriores del mismo derecho justiniano, con particular referencia a las disposiciones contenidas en las *Novv.* 113 y 125, cf. GALLO, F., «La codificazione giustiniana», en *Index* 14 (1986), pp. 44-45.

⁵⁸ En este sentido, es significativa *CI.* 1.14.12.3: “*Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatum haberi. si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*”. El monopolio del emperador sobre la interpretación del derecho se había afirmado progresivamente durante el dominado: cf. *C.Th.* 1.2.3 = *CI.* 1, 14, 1 (a. 316); *Nov. Marc.* 4 = *CI.* 1.14.9 (a. 454); *CI.* 1.14.11 (a. 474). De forma más general, sobre la actividad interpretativa del emperador, también con referencia a los siglos anteriores, cf. GAUDEMET, J., «L'empereur, interprète du droit», en *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen 1954, pp. 169-203. Con especial referencia al derecho justiniano y bizantino, véase por último PULIATTI, S., «L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo», en *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 397 ss.

⁵⁹ Sobre el *référé législatif* del *Ancien Régime*, véanse las observaciones de ALVAZZI DEL FRATE, P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore"*

más característicos del iluminismo jurídico, que propugnaba una rígida división entre el poder legislativo y poder judicial⁶⁰.

7. LAS OPINIONES DE LOS JURISTAS DEL DERECHO COMÚN

El derecho romano-justiniano en la reelaboración realizada por glosadores y comentadores, ha sido en el curso del Medioevo el único instrumento que podía ser conocido en toda Europa y que podía ser utilizado en cualquier parte del continente⁶¹. Hasta el momento de la emanación de los códigos modernos se realizó en Europa un extraordinario fenómeno de desarrollo cultural unitario⁶². Estas consideraciones valen también en referencia a nuestro tema y permiten comprender los desarrollos de la edad del derecho común.

Por cuanto se refiere al valor de reconocer a las opiniones de los juristas en la edad del derecho intermedio será necesario recordar que la *communis opinio doctorum*, la opinión jurisprudencial que goza de mayor relevancia, no tiene valor de ley: de ella se puede disentir. Todavía, los jueces y los funcionarios, considerados personalmente responsables de su obra, raramente no se adecuaban a la *communis opinio*⁶³.

nell'illuminismo giuridico, cit., *praecipue* pp. 56 ss.; ID., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005, pp. 5 ss.

⁶⁰ Véase también ALVAZZI DEL FRATE, P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, cit., *praecipue* pp. 56 ss.; ID., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., pp. 91 ss.

⁶¹ La observación se puede ver en BENACCHIO, G., *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova 2010⁵, p. 179.

⁶² Sobre el *ius commune* y su desarrollo, v. BELLOMO, M., *L'Europa del diritto comune*, Roma 1988, pp. 61 ss. (= *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, Washington, D.C. 1995, pp. 55 ss.); VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the Past and the Future. Unity and diversity over Two Millennia*, Cambridge 2002, pp. 13 ss. (= *I sistemi giuridici europei*, Bologna 2003, pp. 21 ss.); PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, pp. 77 ss.; ZIMMERMANN, R., «Lo *ius commune* e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea», en *Contratto e impresa / Europa* 14 (2009), pp. 101 ss.; ID., «Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe», en *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn 2011⁴, pp. 27 ss.

⁶³ DOLEZALEK, G., «Precedenti giudiziali nello *ius commune*», en *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, cit., pp. 57 ss. Sobre la *communis opinio*, véase ampliamente LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967 (rist. 1975), pp. 119 ss.

El primado de la ley emanada por el emperador en el cuadro resultante del *Corpus iuris civilis* determinó una conducta muy desfavorable hacia la creación del derecho por parte de los jueces⁶⁴.

Ejemplo significativo de esta tendencia es la interpretación que ha sido hecha de un rescrito de Severo Alejandro contenido en *CI. 7.64.2*⁶⁵. El rescrito imperial negaba que le pudiera ser reconocido algún valor - también si no había sido propuesto el apelo - a la sentencia hecha por un juez que había macroscópicamente violado una norma de derecho muy notoria: la incapacidad del menor de 14 años de hacer testamento. El contenido preceptivo indicado en el rescripto severiano constituye - como ha sido observado por la doctrina - un obstáculo a la comunicación de las *rationes decidendi* de las sentencias⁶⁶.

Del rescrito se da - desde el siglo XV - una interpretación particularmente extensiva, con el efecto de inducir los jueces a no motivar el derecho en sus pronunciamientos. De hecho se aconsejaba a los jueces no explicar sus sentencias con argumentaciones, para evitar censuras. Los pronunciamientos se limitaban a exponer los hechos y el desarrollo del proceso. Normalmente, por este motivo, ni se hacían recopilaciones. Tal estado de cosas atenuó fuertemente la posibilidad que el precedente judicial tuviera cualquiera eficacia.

⁶⁴ DOLEZALEK, G., «Precedenti giudiziali nello ius commune», cit., pp. 61 ss.

⁶⁵ *CI. 7.64.2 (Imp. Alexander A. Capitoni, s.d.)*: «*Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potioem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. 1. Quod si, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes*». Para la exégesis de esta constitución, véase RAGGI, L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano 1961, pp. 71 ss., y PUGLIESE, G., «La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato», en *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1963, p. 147 y nt. 11 (= *Scritti giuridici scelti*, II, Camerino 1985, p. 91 y nt. 11 § 3). Para una referencia al principio enunciado en el primer párrafo, véase también ID., «Res iudicata pro veritate accipitur», en *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, p. 799 (= *Scritti giuridici scelti*, II, cit., p. 217).

⁶⁶ DOLEZALEK, G., «Precedenti giudiziali nello ius commune», cit., pp. 63 ss.

8. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO MODERNO

El nacimiento del estado moderno significó más que nunca la exigencia de una uniforme interpretación y aplicación del derecho en todo el territorio del estado. Ya he hecho referencia a la disciplina de la *relatio ad principem* querida por Luis XIV y contenida en la *Ordonnance civile* del 1667 (*Code Louis*)⁶⁷.

En el curso de los siglos XVIII y XIX las exigencias de una interpretación uniforme y aplicación del derecho se manifestaron con incluso mayor vigor. Los ordenamientos nacionales buscaron de ofrecer una respuesta a través de dos instrumentos: 1) la atribución de valor normativo a los precedentes judiciales de los tribunales supremos; 2) la atribución de la función de interpretar las leyes al poder legislativo, a través del instituto de referencia al legislador.

1) En Assia - región centro-occidental de la Alemania - se afirmó legislativamente en el curso del XVIII siglo y hasta el siglo siguiente que los tribunales de apelación no tuviesen más la autoridad de modificar sus precedentes⁶⁸. En el Estado de Hannover, desde el 1848, todos los tribunales debían aplicar los precedentes del tribunal supremo publicados en la gaceta del estado. La norma fue abrogada en 1848, porque el parlamento tuvo temor que pudiera resultar comprometido su monopolio legislativo⁶⁹. Desde el 1850 hasta el 1870 en Austria todos los tribunales inferiores debían aplicar las decisiones del tribunal supremo⁷⁰.

2) La obligación de los jueces de recurrir al rey, en casos de dudas interpretativas, fue previsto en las *Leggi e Costituzioni* sabaudas del 1770, en el proemio de las cuales se lee: “*qualora si eccitasse qualche dubbio sulla intelligenza*

⁶⁷ PICARDI, N., «I lavori preparatori del Code Louis», en *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gorla, G.*, III, Milano 1994, pp. 2601 ss.; ID., «Il giudice e la legge nel Code Louis», en *RDP* 50 (1995), pp. 33 ss.; ID., «Introduzione», en *Code Louis. T. 1 Ordonnance civile, 1667*, Milano 1996 [Testi e documenti per la storia del processo], I, ed. PICARDI, N., GIULIANI, A., pp. IX ss.; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 128 ss.

⁶⁸ DOLEZALEK, G., «Precedenti giudiziari nello ius commune», cit., p. 79.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

delle medesime [costituzioni], li Magistrati ce ne rassegneranno le loro rappresentanze per ricevere le nostre determinazioni”⁷¹. En este sentido decidió también el *Codice di Leggi e Costituzioni* emanado por el Duque de Módena Francisco III en el 1771, así como el *Dispaccio* del Rey de Nápoles Fernando IV del 23 septiembre 1774, obra de Bernardo Tanucci⁷².

La institución de la referencia al legislador pareció responder perfectamente al principio de separación de los poderes y a la nueva concepción de la jurisdicción, entendida como pura aplicación silogística de la ley: “*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*” (Montesquieu, *De l’esprit des lois*, 11, 6 [ed. BRETHER DE LA GRESSAYE, J., II, Paris 1955, p. 72]).

La exaltación de la ley - que caracteriza el contexto cultural del iluminismo - tuvo “*come corollario l’enfaticizzazione della interpretazione autentica, considerata*

⁷¹ Sobre este punto, cf. ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., p. 10 y nt. 20. Para una visión general de las consolidaciones sabaudas, v. VIORA, M. E., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1967³, pp. 21-22; BONINI, R., *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna 1988², pp. 9 ss.; PENE VIDARI, G. S., «Introduzione. Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche», en *Costituzioni sabaude. 1723*, Milano 2002 [Testi e documenti per la storia del processo, IIª sezione: codici degli stati italiani preunitari, I, ed. PICARDI, N., GIULIANI, A.], pp. IX ss.; ID., «Legislazione e giurisprudenza nel diritto sabaudo», en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale. Alghero, 4-6 novembre 2004*, Roma 2006, pp. 201 ss. (= *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007, pp. 35 ss.).

⁷² Véase también ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., pp. 10-11. Sobre el Código Estense de 1771, v. BONINI, R., *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, cit., pp. 115 ss.; y también, en la literatura más reciente, TAVILLA, C. E., «Introduzione. Il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici», en *Codice estense. 1771*, Milano 2001, pp. IX ss. Sobre la figura de Bernardo Tanucci, cf. en particular GALASSO, G., «Tanucci: immagine e prospettive storiografiche», en *Bernardo Tanucci. Statista, letterato, giurista. Atti del Convegno internazionale di studi per il secondo centenario. 1783-1983*, I, Napoli 1986, pp. 5 ss.; para la biografía, véase MIGLIORINI, A. V., «Tanucci, Bernardo», en *DBGI II*, Bologna 2013, pp. 1931 ss.

*l'unica interpretazione possibile*⁷³. Los jueces debían aplicar simplemente las palabras de la ley, siendo prohibida cualquiera forma de interpretación.

En 1790 la Asamblea Nacional Constituyente introdujo el *référé législatif* en la Francia revolucionaria. El dogma de la interpretación silogística de la ley se ha mostrado solo una breve utopía. De hecho, ha sido - a la luz de las numerosas dificultades de aplicación práctica causadas por la institución - un error macroscópico y craso.

El art. 4 del Code Napoléon, haciendo responsable por denegación de justicia el juez que haya omitido juzgar bajo pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, determinó la abrogación del instituto del *référé*. Debido al art. 4 del Code Napoléon la interpretación nomopoiética se redescubrió.

La norma incluso permitía tener nuevamente en cuenta en sede de interpretación el derecho romano, que, para siglos, se consideró *ratio scripta*⁷⁴. Así se tendía un puente - como observa Ugo Petronio - entre lo antiguo - representado por la tradición consolidada de derecho romano y de la ciencia jurídica medieval - y el nuevo⁷⁵. Me quedo aquí. Los filósofos del derecho y los cultores del derecho positivo podrán ilustrar de forma mejor otros perfiles de este tema.

⁷³ Así, ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., p. 12.

⁷⁴ Sobre los orígenes y el uso de esta expresión, v. GUZMÁN, A., *Ratio scripta*, Frankfurt am Main 1981, pp. 5 ss.; CORTESE, E., «Un personaggio in cerca d'autore. La compilazione giustiniana nel medioevo», en *Diritto@Storia* 3 (2004).

⁷⁵ Cf. PETRONIO, U., «Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna», en *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto. Napoli 18-20 ottobre 2001*, cit., p. 457. Sobre el art. 4 del Código Civil francés, véase también ID., «L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici», en *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino 2012, pp. 77 ss.