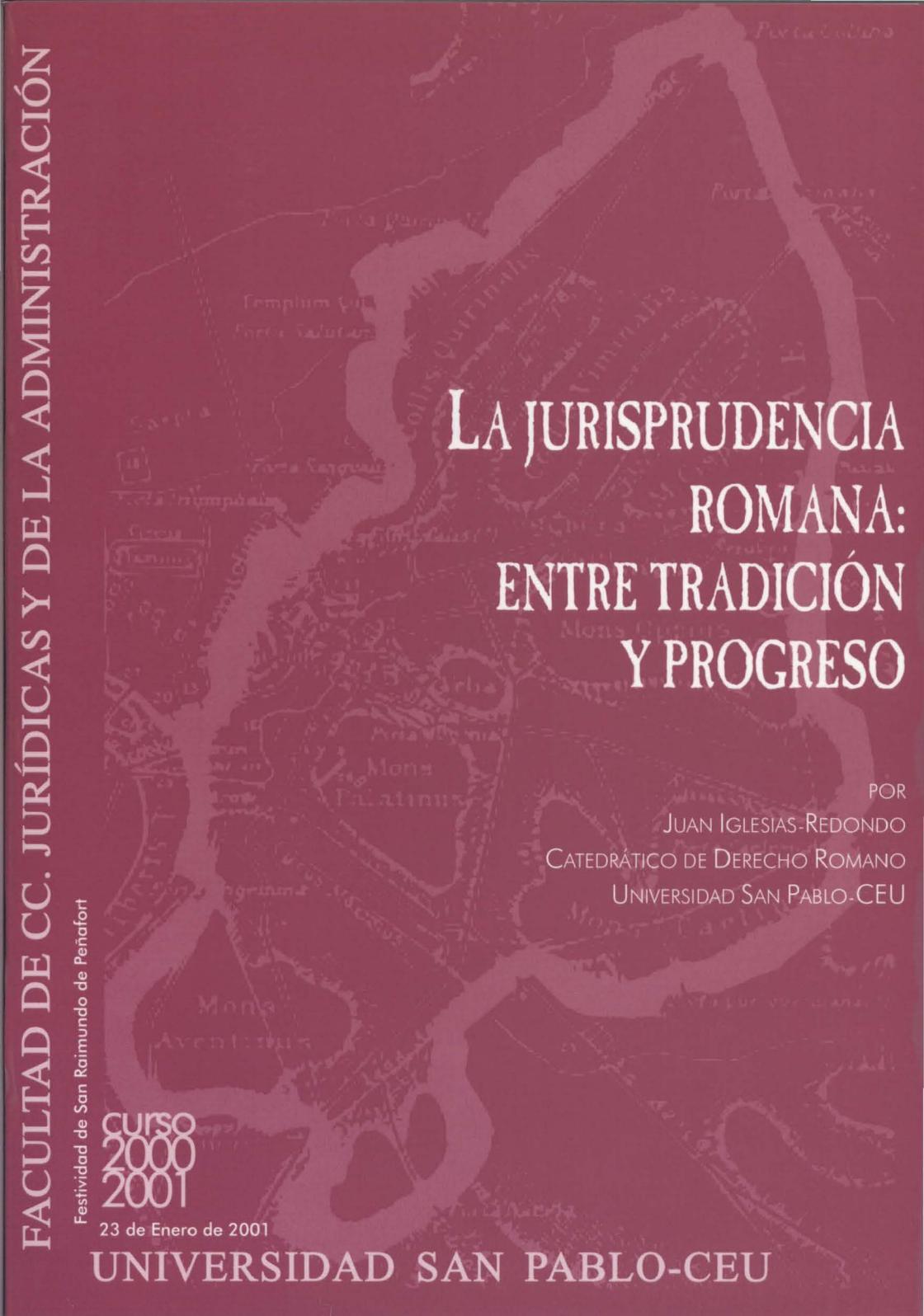


FACULTAD DE CC. JURÍDICAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN

Festividad de San Raimundo de Peñafort

CURSO
2000
2001

23 de Enero de 2001



LA JURISPRUDENCIA ROMANA: ENTRE TRADICIÓN Y PROGRESO

POR
JUAN IGLESIAS-REDONDO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
UNIVERSIDAD SAN PABLO-CEU

UNIVERSIDAD SAN PABLO-CEU

LA JURISPRUDENCIA ROMANA: ENTRE TRADICIÓN Y PROGRESO

El curso acababa de dar sus primeros pasos, cuando el Decano de la Facultad me encomendaba, con exquisita cortesía, la tarea de pronunciar la lección con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort. Sin dudar un instante, acepté el encargo, que ahora agradezco públicamente, porque eso es lo que correspondía, en los ordenes personal y académico, a tan generosa petición, y por entender, además, que se trataba de una ocasión extraordinaria para hablar de un tema romanístico.

Extraordinaria, si se tiene en cuenta que cada vez son más escasas las oportunidades que se nos brindan a quienes nos dedicamos al estudio de una ciencia histórica, como lo es hoy el Derecho romano, para pronunciarlos fuera del preciado, pero limitado ámbito de las aulas universitarias. El actual desinterés por 'lo histórico', en general, y por 'lo histórico-jurídico', en particular, no es, sin embargo, y ello no nos sirve de consuelo, un fenómeno exclusivo de la España actual, dando buena cuenta de ello nuestros colegas extranjeros que luchan denodadamente, como también lo hacemos nosotros, para que el Derecho romano no

desaparezca definitivamente de los planes de estudio de las Universidades europeas y se le siga reconociendo el valor que siempre ha tenido en la formación del jurista.

Dicho esto, parecería obligado que diera comienzo a esta lección glosando la vida y la obra de San Raimundo, ilustre jurista catalán que, partiendo del castillo de Peñafort, llega a Bolonia para estudiar Derecho y se convierte en destacado maestro universitario, compila las Decretales de Derecho canónico y escribe en 1222 su famosa *Moral Summa*, conocida como Raimundiana. Lo cierto es, sin embargo, que tras la semblanza hecha por el Decano en torno a nuestro patrono, poco o nada podría añadir a lo ya dicho por él.

Así las cosas, y puestas manos a la obra de dar cumplimiento al encargo del profesor Blanch, me ocupé durante un tiempo en meditar sobre el tema objeto de esta lección, teniendo presente, en todo caso, una idea: la de que no debía dedicar mi trabajo a una cuestión de especialista. A una de esas, tan habituales en nuestros estudios, que tienen por objeto esforzadas labores de arqueología jurídica, de disección de instituciones, de reconstrucción de textos, solo comprensibles, si acaso, a quienes tienen trato frecuente con tal clase de investigaciones.

Me vino entonces a la memoria lo dicho por WENCESLAO ROCES, romanista español prácticamente desconocido, a causa de su temprano exilio en Méjico, allá por los años treinta, y es esto: “Hay que abrir de par en par las puertas de nuestras aulas, seminarios y centros de investigación a las corrientes de aire renovador. Sacar la enseñanza del Derecho romano del mundo muerto de la arqueología, para incorporarlo al mundo vivo de la Historia y de la sociedad, que es uno y el mismo. Transformar la enseñanza de nuestra materia – y la del Derecho en general-, de una disciplina formalista, dogmática, arcaica y memorística... y, por ende, antipática, repelente, y deformadora, en una enseñanza ra-

cional y razonadora –para mentes adultas-, crítica, formadora y actual, modeladora de conciencias, por cuyas venas circula la sangre de los problemas sociales, humanos, haciendo así, de ella una escuela fecundadora del espíritu del jurista (...) La lucha por la conciencia y el espíritu del hombre es, en efecto, el ejemplo preclaro de los grandes juristas de Roma en su época creadora y el de los más sugestivos cultivadores de nuestra ciencia, en su período de esplendor” (1).

De acuerdo con lo dicho, he creído oportuno traer aquí, precisamente, uno de los temas que la romanística de todos los tiempos ha tenido por muy primero, y es el de la *iurisprudencia*. Gracias a ella, a la tarea asumida por los juristas, el Derecho romano llegó a ser lo que fue. Llegó, en definitiva, a un extraordinario y pasmoso grado de perfeccionamiento.

Con todo, y a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre el tema, es necesario esperar hasta tiempos recientes para encontrarnos con obras que otorguen a la *iurisprudencia*, en su conjunto, y en su historia misma, el debido tratamiento.

Ciertamente, no escasean hoy las monografías y artículos de revista que tratan, ya sobre la jurisprudencia en general, ya sobre particulares juristas, siendo muchos los avances alcanzados en las últimas décadas. Sin embargo, ni la alta calidad científica de dichos trabajos ha llegado al punto de ofrecernos una imagen acabada de cada uno de los juristas, ni se ha borrado del todo la imagen que representa a la jurisprudencia como una obra entera y maciza. No hemos desterrado todavía la idea de que los juristas romanos no forman bloque, no son un cuerpo uniformado de ideólogos, no son personas fungibles. Y si, a pesar de

1. ROCES, INDEX , 4(1973) pág. 40.

todo, seguimos teniendo esta imagen, es porque no se han dado todavía los últimos pasos de una investigación dirigida a poner de relieve las varias tendencias, los varios modos de operar y los diversos asientos sociológicos y culturales de cada uno de los juristas, cayendo, por tanto, en el error de ver la jurisprudencia romana desde una visual monocromática y, por eso mismo, inapropiada ⁽²⁾.

Debo advertir, por lo demás, y antes de entrar de lleno en el tema, del diferente significado que adopta el término jurisprudencia para el jurista actual, de un lado, y para el historiador del Derecho, de otro. Porque para el primero, el jurista no historiador, por jurisprudencia se entiende la doctrina sentada por los fallos o sentencias coincidentes de los Tribunales Supremos de justicia. Para el historiador, y en especial para el romanista, jurisprudencia es la labor llevada a cabo por los jurisconsultos romanos a través de dictámenes, respuestas o consejos emitidos a petición de los particulares y muy tenidos en cuenta por *praetores* y *iudices*. En sentido amplio, el *respondere*, o actividad de dar respuestas, comprende el *agere*, o asesoramiento en materia de litigios, y el *cavere*, o asesoramiento en punto a negocios o contratos.

Sentada esta diferencia, se comprende que el jurista actual no reconozca a la jurisprudencia, ya entendida como doctrina judicial, ya como doctrina científica, el valor de fuente directa del Derecho. Porque el jurista hoy, con excepción de lo que acontece en el mundo anglosajón, actúa sujeto a un ordenamiento jurídico cerrado, vertebrado en torno a una Constitución política en la que destaca el predominio avasallador de la ley. Distinta es, sin embargo, la posición del romanista, porque su tarea es la de llegar a conocer el proceso formativo de las instituciones a través de las diferentes etapas de su evolución y precisar qué función

2. IGLESIAS-REDONDO, *La técnica de los juristas romanos*, Madrid, 1987, pág. 16.

tuvieron en dicho proceso cada una de las que hoy se llaman “fuentes del Derecho”. Y se comprende, entonces, por qué el romanista otorga a la doctrina científica en la que se plasma la labor jurisprudencial romana un valor esencial y considera que, en el fondo, la ley es un obstáculo en la formación espontánea del Derecho ⁽³⁾.

Así las cosas, y tras estas ideas introductorias, me propongo abordar el tema objeto de esta lección, prestando especial atención a ciertos principios rectores del ordenamiento jurídico romano y a cuestiones relativas al método, los instrumentos y los fines de la *iusprudentia*.

No es tarea fácil para quien tiene trato con ‘lo histórico’ llegar a ver qué se oculta tras los vestigios del pasado. Entiendo, a este respecto, que una investigación dirigida al mundo jurídico romano –no concebido como un coto cerrado, sino como algo que forma parte de toda una cultura-, no debe descansar en un conjunto de ideas por muy científicas que sean. Hay que trabajar con las “fuentes”, con los textos, pero entendiendo que éstos no nos declaran sin más la ‘verdad real’, pues los textos fueron escritos en una época distinta a la nuestra y su lenguaje, por tanto, no va dirigido a nosotros, ni nos aseguran con una simple lectura el conocimiento de lo que late en su interior.

Para juzgar del Derecho romano, nos dice IHERING, no es suficiente dedicarse al estudio de sus concretas normas, sino que es preciso observarlas en su engranaje y a la luz de sus principios mismos, lo que obliga a hacer abstracciones, y por eso, en vez de una lente microscópica –la lente para interpretar un texto de las Pandectas-, necesitaremos un telescopio que nos permita ver la historia natural del derecho en general ⁽⁴⁾.

3. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, pág. 15.

4. IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp. F. VELA, Buenos Aires, 1947, pág. 21.

Así, pues, la comprensión de lo jurídico-romano y, por tanto, de la tarea llevada a cabo por los juristas, exige conocer previamente un conjunto de principios rectores que constituyen la raíz, la base, los manantiales a través de los cuales discurren las figuras, las instituciones y las reglas del Derecho romano. Gracias a los trabajos de entusiastas y esforzados romanistas, y nombro singularmente al mencionado IHERING, con su *Espíritu del Derecho romano*, a SCHULZ, con sus *Principios del Derecho romano*, y entre nosotros a IGLESIAS, con varios de sus estudios, hoy tenemos noticia de esos *principia* que nos llevan al conocimiento del entero espíritu del Derecho romano, y a través de ellos podemos, acaso, entrever por qué las cosas sucedieron en Roma de tal o cuál manera ⁽⁵⁾.

Podemos explicarnos por qué en Roma se da la primacía del *ius* –de un derecho de raíz popular-, sobre la *lex publica*, esto es, la decisión de razón política. Por qué una de las características del Derecho privado romano es su creación y desarrollo al margen de las decisiones estatales, es decir, provenientes de los órganos políticos de la *civitas* ⁽⁶⁾.

Sabemos que el pueblo, reunido en asamblea comicial, se da sus leyes, las que convienen a su organización y funcionamiento en cuanto <cosa pública> *-res publica-*. No se las da, sin embargo, a ese otro pequeño <estado> en el que ejerce su potestad el *paterfamilias*. La pequeña república, que es la *familia* –no entendida ésta como sociedad doméstica en el sentido moderno, sino como grupo al mando de un jefe-, y la gran república, que es la *civitas*, tienen ordenamientos de raíz y razón distinta y persiguen fines también distintos.

5. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 6ª ed., 3 vols., 1906-1923. Última reimpresión: Darmstadt, 1953-1954. Trads. esp. de E. PRÍNCIPE SATORRES, 4 vols., Madrid, 1981 y F. VELA, Buenos Aires, 1947; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich, 1934. Trad. esp. de M. ABELLÁN, Madrid, 1990; IGLESIAS, *Espíritu del Derecho romano*, Madrid, 1991.

6. Cfr. IGLESIAS, *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno*, Madrid, 1985, pág. 374.

El primigenio derecho privado –derecho eminentemente familiar-, reducido, corto en sus reglas y figuras, con origen en un mundo de creencias que escapan fácilmente a nuestra concepción, poco a poco se acomoda a una sociedad siempre cambiante, pero lo hace sin recurrir a prescripciones legislativas novedosas, es decir, sin acudir a la intervención estatal ⁽⁷⁾.

Si se hace excepción de las XII Tablas –documento de máximo relieve en orden al derecho antiguo-, la ley afecta escasas veces a la esfera del derecho privado. Mas téngase en cuenta, que dicha ley no hizo sino recoger por escrito el derecho tradicional anterior y que su trascendencia no radica tanto en su contenido, escasamente novedoso, como en el hecho de su publicación.

Por lo demás, si bien las XII Tablas quedaron superadas con el tiempo, nunca fueron expresamente derogadas. La *civitas*, todavía en plena época de Adriano, casi seis siglos después de su aprobación en el año 449 a. de C., considera que la Ley de las XII Tablas representa su propio sostén. Adviértase que desde dicha fecha hasta la finalización de la Compilación de Justiniano, que establece un nuevo ordenamiento en el año 534, habían transcurrido 983 años.

Tal ejemplo de permanencia obedece, según IHERING, al mencionado carácter conservador del pueblo romano, y la recompensa a esta fidelidad es la fuerza moral que solo el tiempo comunica a la ley, porque si las leyes cambian y se suceden rápidamente pierden fuerza, autoridad y respeto ⁽⁸⁾.

7. IGLESIAS, *Espiritu*, cit., pág. 57.

8. IHERING, *Espiritu*, cit., pág. 156.

Aunque no conocemos la totalidad de las leyes comiciales reguladoras de materias propias del *ius civile*, no pasarían, según ROTONDI, de una treintena: cinco sobre tutela, dos relativas a donaciones y dote, cinco en punto al matrimonio, otras tantas sobre sucesiones, siete sobre esclavos y manumisiones, dos relativas a la usucapión y seis sobre los juicios privados ⁽⁹⁾.

Esta legislación, según cree ÁLVAREZ SUÁREZ, y entiendo importante destacarlo, no tenía propiamente valor de creación de normas jurídicas, sino que nació para reprimir abusos en el ejercicio de los poderes —hoy hablaríamos de derechos subjetivos—, reconocidos por el *ius civile*, o para complementar sus instituciones, pero nunca para crear instituciones nuevas y mucho menos para oponerse a las que ya existían ⁽¹⁰⁾.

Lo dicho vale también para otras fuentes jurídicas, como los senadoconsultos, pues solo afectan a la órbita del derecho privado cuando razones de alta política aconsejan intervenir al objeto de corregir los defectos sociales del ordenamiento jurídico, o cuando la doctrina se muestra insuficiente para adecuar la normativa a los mandatos del sentimiento jurídico. La misma línea sigue la legislación imperial anterior al siglo III, resultando escasa en punto al derecho privado, siendo, en cambio significativa en los ámbitos del derecho administrativo y del derecho penal ⁽¹¹⁾.

Así las cosas, la interpretación, esto es, el desenvolvimiento y la aplicación del Derecho a una casuística cada vez más rica y variada se

9. ROTONDI, *Scritti*, 1, p. 1 ss. Sobre la economía de la norma, véase IGLESIAS, *Espritu*, cit., pág. 79 ss.

10. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 37.

11. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., págs. 7 ss.

confía a los juristas. Y es así como el orden familiar, raíz y razón del derecho privado, levanta su templo a la *iurisprudentia* ⁽¹²⁾.

Gracias a la actividad jurisprudencial los viejos preceptos se ponen al servicio de las nuevas exigencias, y para ello no hay que acudir a variaciones, a rupturas con lo que el derecho privado tiene de ordenamiento tradicional e invariable.

El primitivo ordenamiento tiene su asiento en los *mores maiorum*, término éste no traducible sin más por ‘costumbres’ de los antepasados o por derecho consuetudinario en el sentido que hoy damos a esta expresión. Fue un derecho que no se formó por una serie repetida de actos que, calando en la conciencia social, llevan a la creencia común de que actuando de una determinada manera se da respuesta a una necesidad jurídica. Sería más preciso decir, con palabras de ÁLVAREZ SUÁREZ, que “el pueblo romano conoció desde sus comienzos una serie de instituciones fundamentales, tan íntimamente identificadas con su propia existencia, y con su propio ser, consideradas tan naturales al cuerpo social, y tan necesarias para la vida del mismo que, al igual que sucede con las funciones orgánicas del cuerpo humano, nunca se preguntaron ni por su origen, ni por su fundamento y justificación” ⁽¹³⁾.

La tarea llevada a cabo ya por la primera jurisprudencia –la jurisprudencia pontifical–, no tiene, pues, por objeto la creación de tales instituciones jurídicas fundamentales, sino la de encontrarlas en el propio cuerpo social y darles vida, esto es, sacarlas a la luz desde su interioridad. La *iurisprudentia* descubre, des- envuelve, precisa y, en definitiva técnica, da juridicidad a un Derecho que es fruto de creación popular y anónima. Tal quehacer puede ser calificado de artístico-cien-

12. IGLESIAS, *Espíritu*, cit., págs. 55 s.

13. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 37.

tífico, si nos atenemos a la propia definición de CELSO sobre el Derecho recogida por ULPIANO en el famoso pasaje que encabeza el Digesto: “conviene que el que ha de dedicarse al estudio del derecho conozca primero de donde deriva el término *ius* <o derecho>. Es llamado así por derivar de <<justicia>>, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo” (14).

Así, pues, debemos reafirmarnos en la idea, aceptada por el común de los romanistas, de que el ámbito del Derecho privado apenas se ve rozado por la intervención estatal, de suerte que la relevancia, en este aspecto, de la *lex*, del *senatusconsultum* y de la *constitutio principis* es mínima. Y tal se explica por la lisa y llana razón de que el Derecho privado es considerado, desde la hora más vieja, como Derecho eminentemente “familiar”, no viéndose desmentida nunca la idea de que el *paterfamilias* es el gran protagonista de tal Derecho (15).

Investigaciones en la línea de los trabajos antes citados nos dan razón también de por qué el *ius civile* viene definido en Roma por su ‘invariabilidad’, si por tal se entiende un ordenamiento ‘tradicional’, es decir, un ordenamiento que es objeto de ‘tradicón’ o entrega de unos a otros, de una generación a la siguiente, pero que, una vez recibido, debe ser conservado, pues, como ha sido dicho, “lo nuevo debe descansar en lo viejo y conocido” (16).

Nada nos autoriza a creer, sin embargo, que la citada ‘invariabilidad’ se traduzca en anquilosamiento estéril de las normas, en empecinamiento por aplicar el viejo Derecho a las nuevas necesidades de los tiempos. Tal ‘invariabilidad’ significa buscar la sabia fórmula que permi-

14. ULPIANO, D.1,1,1pr.

15. IGLESIAS, *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989, págs. 16 s.

16. IGLESIAS, *Espiritu*, cit., pág. 76.

ta casar tradición y progreso. Y ello es posible si entendemos que lo que se entrega, generación tras generación, no es la norma en su corporeidad física, sino lo que late en su interioridad, lo que tiene de cultura jurídica, lo que representa en cuanto fenómeno jurídico, y eso sí es invariable.⁽¹⁷⁾ Y aquí, en esta tarea de entrega y recepción del Derecho, y en la de extraer de la norma sus últimas consecuencias juega un papel decisivo el jurista romano.

El *ius romanum*, como ya hemos dicho, no permanece quieto, inmóvil, sino que progresa, avanza, acomodándose a las nuevas circunstancias de un mundo, el romano, que no renuncia a los cambios que se operan en la conciencia colectiva.

Así, un día, el *ius civile*, derecho propio y exclusivo del ciudadano, desemboca en el *ius gentium*, en un derecho abierto, progresivo, liberado de la condicionalidad nacional, que nace para dar respuesta a las necesidades de la nueva hora, muy principalmente a las demandas de un floreciente comercio entre los pueblos que se mueven en la órbita romana. Y, nuevamente, la tarea del jurista, junto con la del pretor, se plasma en la modelación de un sistema jurídico universal.

La historia de Roma, tanto en lo político como en lo jurídico, pone de manifiesto su originaria inclinación hacia lo universal. El genio político, tras sortear numerosos lances y vicisitudes, lleva a la conquista del mundo antiguo. El genio jurídico traduce el viejo derecho civil, rígido, estrecho y nacionalista, en un derecho universal cual es el derecho de gentes.

El nuevo mundo creado por Roma exige un cambio, y se lleva a cabo sin traición a lo esencial e íntimo del *ius civile*. Se trata, en defi-

17. IGLESIAS, *Espíritu*, cit., pág. 75.

nitiva, de transformar un derecho aldeano, pues poco más que una aldea era Roma unos siglos atrás, en un derecho capaz de dar respuesta a una actividad, eminentemente mercantil, que traspasa todas las fronteras, y ello solo fue posible gracias a un sentimiento y a una vocación especial hacia 'lo jurídico' que, sin duda, anida en la mente del jurista romano.

Dicho cuanto antecede, es preciso que prestemos atención ahora a otro rasgo o principio definidor del Derecho romano y de la actividad de los juristas en punto al mismo. Me refiero a una especial tendencia de los romanos, y por ende de la *iurisprudencia*, hacia la concreción.

Afirma BIONDI, que "uno de los caracteres del Derecho romano, conforme con el espíritu latino orientado hacia la concreción, es la tipicidad de los institutos: surge y se desarrolla no la magistratura, sino singulares magistrados; no la servidumbre, como categoría abstracta, sino las singulares *servitutes*, no el *contractus*, sino los singulares *contractus* y las singulares *obligationes*" ⁽¹⁸⁾.

Ciertamente, el gran mérito de los romanos estriba también en haber sabido acompasar pensamiento y vida. Enemigos de teorizar sin más, han sabido, con ayuda de principios y de valores refrendados por la experiencia, dar respuesta concreta a las singulares realidades de la vida, plasmándose en unas categorías jurídicas que no son resultado de un afán especulativo, sino práctico.

El secreto, en definitiva, estriba en que el jurista romano no es el científico moderno que enuncia teorías en enormes volúmenes. Mas tampoco es legislador, en el sentido de que impone su voluntad a todos, sino el *prudens* –de *prudencia* o conocimiento- que con fina sagacidad satis-

18. BIONDI, *Il diritto romano*, Bolonia, 1957, pág. 34.

face las necesidades sociales en el ámbito del derecho. El jurista romano no impone el producto de sus especulaciones, sino que sugiere formulas, construcciones, razonamientos que tienen valor, no de forma autoritaria, sino en cuanto convienen para satisfacer una necesidad social ⁽¹⁹⁾.

Se lamentaba CICERÓN –con su modo de pensar, pudiera decirse a lo griego- de que los juristas romanos no hayan construido, a fuerza de particiones en géneros y especies, y sobre la base de definiciones claras y reglas abstractas, un hermoso y bien pautado edificio sistemático ⁽²⁰⁾. Pero es precisamente el método casuístico seguido por los juristas, atento a la realidad de las cosas, el que describe el derecho en su movimiento, dotando a la literatura jurídica clásica de una viveza que no se habría alcanzado a través de un sistema rigurosamente teórico ⁽²¹⁾.

Así, pues, y como ha quedado dicho de manera casi machacona, escasez legislativa, tradición y concreción constituyen, junto a otros principios que no podemos tratar aquí, presupuestos básicos para la debida comprensión del Derecho romano, de un Derecho que naciendo en los senos familiares, es des-envuelto, des-cubierto por la actividad del jurista con la ayuda necesaria y fecunda de su colaborador el pretor.

Sentado lo anterior, parece obligado que nos preguntemos ahora qué suerte de milagro se operó en Roma para que se aunaran tradición y progreso. Qué suerte de cosas tuvieron lugar para que el grave peso de ‘lo público’ no asfixiara la iniciativa popular, para que, como ha sido dicho por voz autorizada, “el *ius civile*, firme en su esencia moral, pueda engrandecerse y remozarse a un tiempo, sin dejar, por ello, de ser siempre el mismo” ⁽²²⁾.

19. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1965, pág. 31.

20. CICERÓN, *De orat.*, 1,42; *Brutus*, 41,152.

21. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., pág. 75.

22. IGLESIAS, *Espiritu*, cit., pág. 70.

La respuesta a tal cuestión hay buscarla, según creo, en la actuación conjunta del jurista y del pretor, lo que constituye, ciertamente, un hecho extraordinario si se tiene en cuenta que los autores significados de tal milagro no vienen reconocidos en la constitución política romana como órganos creadores de Derecho. En la constitución política romana –si se me permite esta expresión–, nunca plasmada en prescripciones o normas de Derecho escrito, la función legislativa propiamente dicha corresponde a los comicios o asambleas populares, previa iniciativa del magistrado competente para proponer la aprobación de la norma y el preceptivo refrendo posterior del Senado.

El pretor, magistrado jurisdiccional, no es un órgano legislativo, ni asume función judicial propiamente dicha, limitando su actividad a encauzar y dirigir los litigios, manifestando cuál es la norma jurídica aplicable al caso –*ius dicere*, expresión máxima de la *iurisdictio*–, y concediendo o denegando la acción para demandar. Como es sabido, la sentencia que pone paz a la cuestión controvertida se confía, desde antiguo, a un *iudex privatus*, designado por las propias partes del litigio y refrendado por el pretor. Téngase en cuenta, además, que en los edictos pretorios, verdaderos elencos de acciones, excepciones, interdictos y otros medios o remedios, no han de verse leyes sustantivas, sino normas avecindadas a las leyes de naturaleza procesal ⁽²³⁾, porque, en definitiva, al magistrado no le está permitido crear *ius*. No hay otra manera de ‘legitimidad’ que el *ius civile* y refiriéndose a éste, GAYO lo llama ‘*ius legitimum*’ ⁽²⁴⁾.

Así las cosas, los *responsa* o dictámenes de los juristas en punto a cuestiones, ya controvertidas, ya pacíficas, tampoco podían ser considerados, desde un punto de vista constitucional, como fuentes creadoras

23. GUARINO, *Diritto privato romano*, Nápoles, 1992, pág. 80; DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milán, vol. 2.1, pág. 239, nota 2, pág. 253.

24. GAYO, 4,11.

de Derecho. Se trataba de opiniones de particulares, expuestas de forma concisa y concreta, que tenían valor, única y exclusivamente, en atención a la *auctoritas* del jurista, entendida ésta como un poder que no se hace sentir de modo directo, pero que presta a la actuación de otro un valor públicamente acrecentado, un poder social merecido que habría de calificarse como prestigio ⁽²⁵⁾.

Hasta aquí he tratado de definir o delimitar cuáles fueron los rasgos o presupuestos jurídicos y políticos fundamentales que pudieran ayudarnos a entender ese fenómeno singular en la historia jurídica que permitió aunar tradición y progreso. Que hizo posible la búsqueda de nuevas soluciones a los cambios de toda índole que trajo consigo la transformación de la Urbe en el Orbe, sin necesidad de acudir a la vía de la reforma legislativa, que es lo que haríamos hoy, de acuerdo con nuestra mentalidad jurídica y en aplicación estricta del principio *lex posterior derogat anterior*.

También me he referido al procedimiento por el que se operó esa suerte de unión entre tradición y progreso: la labor conjunta del jurista y del pretor. El uno, a través de una tarea de asesoramiento asentada en la fuerza social y moral de su *auctoritas*. El otro, acogiendo, tantas veces, las soluciones propuestas por los juristas, e incluyéndolas en el edicto bajo forma de medios o remedios de naturaleza procesal, unas veces, y extraprocesal, otras.

Llegado este momento del discurso, debemos preguntarnos varias cosas: ¿cuál fue el proceso mental del que se sirvieron los juristas romanos a la hora de hallar nuevas soluciones a las novedosas demandas? ¿Con arreglo a qué método o técnica procedieron en su tarea? ¿Existió

25. WIEACKER, *Der römische Jurist*, en *Vom römischen Recht*, Stuttgart, 1961, pág. 12.

en Roma algo parecido a una Ciencia del Derecho? ¿Tuvieron los romanos una Filosofía del Derecho?

La respuesta a estas preguntas presenta las mismas dificultades con que nos encontraríamos si tratáramos de explicarnos el proceso mental que llevó al autor a la creación de una obra artística, como una escultura o una pintura, o de una obra literaria, como un poema o una novela. Sin duda, la fuerza impulsora debió ser, en uno y otro caso, la inspiración, pero sustentada, por lo que se refiere a los juristas, en algo más que la mera inspiración. Quiero decir que su labor encontró sustento también en otra suerte de pilares como la fuerza de la tradición, el valor de la experiencia y una especial sensibilidad para percibir las exigencias que impone la realidad, la propia naturaleza de las cosas ⁽²⁶⁾. En todo caso, la respuesta a tales preguntas nos obliga a plantearnos, a su vez, qué entendemos hoy por ciencia del Derecho y filosofía del Derecho.

Entendemos que hoy puede hablarse de la existencia de una ciencia del Derecho y que lo más significativo de ésta se cifra en el método que emplea; que en la ciencia del Derecho se conjugan aspectos históricos, sociológicos y sistemáticos; que “la moderna ciencia del Derecho tiene comienzo con SAVIGNY y con sus colaboradores y detractores, ya que todo lo que le había precedido fue transmitido a través de él” ⁽²⁷⁾.

En rigor, hubo un tiempo, que llega hasta el siglo XIX, en que teoría y práctica discurrieron por la misma vía. Teóricos y prácticos, aun con diferente pertrecho cultural, trabajaron sobre el *Corpus iuris* con un mismo fin: el de servir a los intereses de una realidad histórica.

26. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 69 s.

27. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart-Colonia, 1951, pág. 491.

Así las cosas, la moderna ciencia del Derecho tiene su punto de arranque en la labor llevada a cabo por los pandectistas alemanes. Como dice BIONDI, “cuando surgen los primeros trabajos de la Pandectística y los primeros sistemas jurídicos con la difusión de la *Begriffjurisprudenz*, que tiende a determinar los conceptos jurídicos, buscando identificarlos y precisarlos con el mismo escrúpulo que procede toda ciencia, se fundó verdaderamente la ciencia del Derecho, que en el marco de la renovación científica se alineaba ya con todas las otras” (28).

Pero la ciencia del Derecho lleva a cabo elaboraciones o construcciones doctrinales llenas de un científicismo cuya finalidad no se muestra siempre coincidente con aquella otra a la que dirige su actividad el práctico. En numerosas obras privan tanto los cánones de la ciencia o de la teoría general del Derecho, que “no se cita ni un artículo de ninguna ley si no es como curiosidad o ejemplo, cuando no para su crítica” (29). Lo cierto es que científicos y prácticos parecen discurrir por diferente vía, y el desinterés de éstos por la labor de aquellos, por la jurisprudencia romana y por todo lo que no sea pura prescripción legislativa, aumenta de día en día.

Sea como fuere, lo cierto es que el Derecho romano y, singularmente el elaborado por la *iurisprudencia*, siempre ha tenido excelentes defensores dentro y fuera de la romanística. Cosa distinta es que las varias y hasta apasionadas muestras de ello hayan servido para acercar la jurisprudencia romana a la moderna ciencia del Derecho.

Se habla a favor del Derecho romano. De él se dice, por ejemplo, que es escuela sin parangón del pensamiento jurídico y de sus métodos (30);

28. BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1953, pág. 33.

29. BIONDI, *Arte*, cit., pág. 33.

30. SÉLLER, *Der neuen Theorien in der Zürischen Rechtspflege*, 1828, pág. 15.

que en él se encuentran concepciones humanas expuestas con maestría no alcanzada, desde entonces, por ninguna ciencia del Derecho ni arte legislativo alguno ⁽³¹⁾; que por su vasta penetración en los varios campos del pensamiento individual y civil, así como por el laboreo de los juristas, se erige en sistema que es modelo para todos los sistemas jurídicos ⁽³²⁾; que en su jurisprudencia no faltan esbozos sistemáticos y tendencias constructivas ⁽³³⁾.

Por el contrario, se dice que el jurista romano es inhábil e inseguro cuando se enfrenta con aspectos teóricos ⁽³⁴⁾; que los juristas romanos son enemigos de la abstracción, carecen de sistema y su fuerte no es la tarea de definir ⁽³⁵⁾; que el esfuerzo llevado a cabo por la jurisprudencia a la hora de enunciar principios no conduce al logro de fórmulas apropiadas ⁽³⁶⁾.

Como vemos, no puede haber opiniones más encontradas a la hora de determinar si a la *iurisprudencia* se le debe reconocer o no la calificación de científica. Acertadas las posiciones afirmativas, aun cuando no responden siempre a los mismos criterios, cabe censurar, sin embargo, a quienes se empeñan en meter en un mismo carril la *iurisprudencia* y la ciencia jurídica presente, olvidando que sus métodos son bien distintos.

Con frecuencia, los modernos estudiosos cometen el error de examinar la jurisprudencia romana desde visuales inapropiadas. De una parte, hay quienes juzgan acertado o desacertado el método empleado por la *iurisprudencia* a la vista de su acercamiento o alejamiento, respectiva-

-
31. WINDSCHEID, en PARTSCH, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität*, 1920, pág. 15.
32. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho romano*, Madrid, 1954, pág. 3.
33. RICCOBONO, *Elementi sistematici nei commentatori <<ad edictum>>*; *Bulletino del Istituto di Diritto Romano*, 44(1936-1937), págs. 2 ss.
34. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp., Madrid, 1937, pág. 32.
35. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., págs. 28 ss.
36. WENGER, *Der heutige Stand der röm. Wissenschaft*, Munich, 1927, pág. 97 ss.

mente, del método retórico-dialéctico; de otra, hay quienes excomulgan la tarea jurisprudencial romana por el hecho de que no casa con el doctrinario jurídico moderno, por lo demás, tantas veces enmarañado y contradictorio.

“Es absolutamente cierto –dice ÁLVAREZ SUÁREZ- que la ciencia jurídica ha creado en torno al Derecho un complejo de conceptos abstractos enmarañados que han acabado por desvirtuar su esencia y por ocultar el verdadero sentido de su ser. Es cierto también, en consecuencia, que se acusa como insoslayable la necesidad de destruir esas superestructuras teóricas que cubren desde el Pandectismo la realidad viva del Derecho y que insertándose en el campo de la Filosofía jurídica se diversifican en una multiplicidad de escuelas contrapuestas sembrando las mayores incertidumbres respecto a cuál sea la verdadera esencia del Derecho” (37)

La jurisprudencia romana opera con conceptos, pero referidos siempre al sentimiento de lo justo, no separando teoría y praxis, norma y vida, de suerte que negar a la jurisprudencia romana el carácter de ciencia por el hecho de que no llega a la formulación de un sistema unitario de corte moderno, significa poner una afirmación apriorística, subordinar el juicio histórico a la comparación con un modelo aceptado como criterio universalmente válido de valoración (38).

Nos encontramos, ciertamente, ante un problema complejísimo: el de si la *iurisprudencia* puede o no ser considerada como ciencia. Porque tal cuestión, se inserta en otra más amplia y todavía no resuelta desde PLATÓN y ARISTÓTELES a nuestros días: la de qué se entiende por

37. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 20 ss.

38. BRETONNE, LABEO 1(1955), págs. 77 s.

ciencia. Porque desde comienzos del siglo XX el propio concepto de ciencia –apoyado en lo que se entendía por Ciencias de la Naturaleza–, se vio sujeto a revisión como consecuencia de los avances operados en el campo de la física y de la matemática. Hasta entonces, las bases sobre las que se sustentaban las Ciencias arrancaban del mecanicismo materialista de NEWTON y tenían caracteres propios y bien definidos: el saber científico se obtenía a través de investigaciones experimentales sobre los hechos, que se sometían a unas leyes inexorables ⁽³⁹⁾. Era el reino del *determinismo*, el *objetivismo* y la idea de un mundo de objetos regido por leyes absolutas e ineluctables.

Así las cosas, la jurisprudencia no tenía encaje en el mundo de las Ciencias, porque solo hay Ciencia de lo general, de lo que puede encajarse en leyes constantes e inmutables, y el Derecho versa sobre lo individual, lo cambiante, y es incapaz de sujetarse a tales leyes.

Pero algunos de los principios o leyes que, hasta entonces, daban sustento a la idea de Ciencia se ven sujetos a revisión como consecuencia de nuevas investigaciones. Así, el *principio de continuidad*, una de las bases en que se sustentaba la física mecanicista, expresado en el postulado de LEIBNIZ de que *natura non facit saltus*, entra en crisis cuando en 1899 formula MAX PLANK su conocida teoría de los cuántos, origen de la física cuántica. Frente a la creencia de que la energía se transmitía de modo continuo y sin saltos, demostró PLANK que la energía se absorbe y emite discontinuamente y con saltos bruscos, saltos cuantitativos que se pueden calcular y medir, lo que viene a contradecir un principio básico de la física clásica.

Otro principio sobre el que se apoyaba la física clásica y constituía un rasgo fundamental de la ciencia, el del *determinismo* y la *previsibilidad*,

39. Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 78.

también se vio sometido a revisión cuando en 1927 formula HEISENBERG la teoría del *principio de indeterminación o de incertidumbre*. Según el principio de la física clásica, una vez conocida la ley de un proceso físico, y determinada la medida exacta de un estado del sistema en que tiene lugar ese proceso, era posible prever con exactitud las medidas de los estados ulteriores del mismo sistema. Las investigaciones de HEISENBERG sobre la observación en la esfera no macroscópica le llevan a la conclusión de que no es posible siempre interpretar la causalidad física como determinación exactamente mensurable.

Se ofrece ahora un nuevo planteamiento general en el campo de las ciencias. Las transformaciones operadas conducen a la idea de que cada ciencia tiene su propio territorio y está sujeta a sus propias leyes, o, para decirlo con palabras de ORTEGA Y GASSET, “cada ciencia se hace independiente de las demás, es decir, no acepta su jurisdicción” (40).

Volviendo a la cuestión central de nuestro discurso, y de acuerdo con la nueva concepción en orden a la idea de Ciencia, creemos, en contra de lo que se viene sosteniendo por algunos –romanistas y no romanistas-, que “filosofía” y “ciencia” no se quedaron perpetuamente a las puertas del Derecho romano. Penetraron a través de un laboreo científico-filosófico que se pone de relieve en ciertos principios – no solo de índole jurídica-, que son expresión de la razón de ser, de la significación misma e íntima del Derecho romano.

Me refiero a conceptos filosófico-jurídicos que se encuentran en la noción de *ius*, concebido como *ars boni et aequi*, es decir, que persigue la justicia del caso concreto –*aequitas*-; en la noción de *iustitia*,

40. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, Madrid, 1947, vol VII, pág. 306.

entendida como *voluntas*, es decir, como actitud espiritual –*habitus animi*⁽⁴¹⁾, o en la noción de *iurisprudentia*, entendida como ciencia de lo justo y de lo injusto⁽⁴²⁾.

Los propios conceptos de *ius*, de *aequitas*, de *fides*, de *humanitas*, de *natura*, de *ratio*, podrán tener conexión con ideas extrañas, pero no cabe duda de que el espíritu latino les imprimió un sello peculiar y característico. Con ello, quiero significar que en Roma hubo una ciencia del Derecho y una filosofía del Derecho propias, porque el arte operacional del jurista, conforme a lo que reclama tal espíritu latino, deja atrás las especulaciones griegas. Así, la *humanitas*, antes citada, se asienta, según SCHULZ, en un orden eminentemente práctico para apartarse del todo de la nebulosa y utópica concepción griega⁽⁴³⁾.

Puede que sea verdad, y así lo dice LAURIA, que los romanos cultos –los políticos y los juristas, entre otros-, no se sustrajeron a influencias extrañas, a patrones culturales –filosóficos, retóricos, gramáticos- de sus contemporáneos⁽⁴⁴⁾. A pesar de ello, creo que la actividad de los juristas romanos nunca deja de ser peculiar y viene marcada siempre por un sello propio de *romanidad*. Piénsese en la tarea llevada a cabo por los juristas a la hora de la creación y desarrollo del *ius gentium*, pues éste atrae a la órbita romana reglas y figuras provenientes de otros ordenamientos, pero sin que pueda hablarse de un simple trasplante.

Puede que no debamos negar que la cultura griega penetró en el mundo romano, cosa distinta es, sin embargo, creer que lo griego viva en Roma a la manera griega y no, precisamente, a la romana, pues ni en

41. ULPiano, D. 1.1.10 *pr.*

42. ULPiano, D. 1.1.1 *pr.*

43. Cfr. SCHULZ, *Principien*, cit., pág. 130.

44. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, Nápoles, 1967, págs. 40 ss.

política, ni en Derecho se sirve Roma, sin más, de la dialéctica, de esa que, al decir de PLATÓN, “parte de conceptos, procede mediante conceptos y termina en conceptos”. Tal como afirma ORTEGA Y GASSET, “quien quiera transplantar una institución de un pueblo a otro tendrá que traerse con ella a la rastra aquel pueblo entero y verdadero. Podrán las leyes de la nación extraña servir de incitamiento y, aun de orientación, a nuestra inventiva política, pero, en última instancia, habrá que inventar” (45).

Sin duda, podemos afirmar que la gran inventiva de la *iurisprudencia* consistió en razonar con lo foráneo desde las circunstancias romanas, adaptándolo todo mediante un inteligente proceso de asimilación y combinación.

Cabe observar, a este respecto, que ciertos conceptos rectores utilizados por los juristas romanos como los de *aequitas*, *bona fides*, *animus*, *restituere*, *id quod interest*, se hallan muy cercanos a los tópicos aristotélicos y ciceronianos, pero no fueron concebidos por los juristas como categorías abstractas, construidas y estudiadas dogmáticamente, sino como simples criterios de valoración de las circunstancias de un caso concreto que podían servir de referencia para adoptar una u otra solución (46).

Así, pues, debemos poner de relieve dos cosas: primera, que los juristas podrán estar empapados de filosofía y sus decisiones se inspirarán acaso en el estoicismo, pero se apartan de la abstracción filosófica, conscientes de la diferente finalidad del Derecho frente a la filosofía; (47) y, segunda, la actuación de los juristas no se traduce en una especie de

45. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, cit., págs. 56 y 107.

46. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, cit., pág. 111.

47. Cfr. BIONDI, *Arte*, cit., pág. 63 ss.

reflexión sobre lo que sea el Derecho, sino sobre lo que es el Derecho entendido, sentido y vivido por los romanos y siempre con referencia a una casuística real, no inventada. La recepción de las ideas griegas no vino a trastocar nada, en el sentido de que no hizo cambiar la manera, el estilo de oficio y el oficio mismo de los juristas. Estos siguieron aferrados a su técnica de búsqueda de “lo justo” en el plano real de los innumerables casos.

Creemos, ciertamente, que los juristas romanos no se sintieron llamados a ser una especie de “teóricos generales del Derecho” y, si hubieran tomado otro derrotero distinto del que les marcaba un pueblo que vivía el Derecho con apasionamiento, ni el Derecho romano hubiera sido lo que fue, ni el Derecho, a secas, sería hoy lo que es.

En todo caso, complejo es el *tema romano*, porque no podemos soslayar ni el estilo ni el contenido de la civilización romana, a los que, naturalmente, no pueden ser ajenos los juristas. Porque no es fácil columbrar todo ese mundo de ideas, creencias, sentimientos, visiones, que dan forma al espíritu del pueblo romano. Y complejo es también el tema del método de la jurisprudencia, porque no aparece sujeto a unos patrones fijos y rigurosos, a unos cánones científicos, <<ortodoxos>>, propios de nuestra modernidad.

Ciertamente, el jurista romano debe estar asistido de todos esos conocimientos de que habla ULPIANO al definir la *iurisprudencia* ⁽⁴⁸⁾. Debe poseer cultura jurídica y técnica interpretativa, pero ni todo eso basta, pues también hacen falta sensibilidad jurídica, serenidad de juicio, sentido de la equidad, experiencia ⁽⁴⁹⁾.

48. ULPIANO, D. 1,1,10 pr.: “*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

49. GUARINO, *Il metodo della giurisprudenza: <<Diritto e Giurisprudenza>>* (1963), pág. 10 ss.

Por poseer todas esas cualidades, por acercarse con ellas al Derecho –la gran pasión de los romanos-, por actuar con *naturalidad* y apego a la realidad y concreción del caso, por haber sabido casar tradición y progreso, gozaron los juristas de singular predicamento, y a la postre, sentaron las bases de un ordenamiento en el que hunde sus raíces la tradición jurídica europea.

Todas las legislaciones modernas se basan, en mayor o en menor medida, en el Derecho romano, elemento de civilización que no se limita a las instituciones y reglas que de él hemos recibido. Pensamos y actuamos a lo romano. Nuestra formación jurídica es romana y, salvo que queramos renunciar a algo que forma parte de nuestra cultura y, por tanto, de nosotros mismos, debemos seguir reconociendo su valor universal.

Y concluyo. El Derecho romano hoy no es la panacea para resolver nuestros problemas jurídicos, pero sí un precioso instrumento para que el jurista moderno haga un alto en el camino de su delirante actividad, puesta al servicio de un *mare magnum* de leyes, decretos, reglamentos y disposiciones de todo tipo, cuyo estudio pausado difícilmente puede abarcar, y medite sobre el origen y naturaleza de las armas que maneja, para que, conociéndolas en su sentido más íntimo, se sirva de ellas con la mayor eficacia posible y haga de su ejercicio el arte de lo bueno y de lo justo.

Muchas gracias.