



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# Acerca de las fuentes jurídicas del Derecho romano

Juan M. Blanch Nougués

Profesor del Departamento de Derecho Romano  
Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO** Introducción.—I. Fuentes inmediatas de nuestro conocimiento del Derecho romano.—II. Fuentes del Derecho romano.

## INTRODUCCION

1. La expresión «fuente del Derecho» es, en el ámbito jurídico, equívoca. Si la trasladamos cronológicamente al Derecho romano puede serlo aún más. En el presente trabajo pretendo expresar y contrastar en sus rasgos fundamentales la contribución doctrinal del prestigioso romanista alemán Kaser, quien, en palabras de otro no menos insigne romanista, Wieacker (con el que ha mantenido durante las últimas décadas desde posiciones diferentes, un muy fructífero diálogo científico), constituye uno «*der besten und erfolgreichsten Erforscher des römischen Privat- und Prozessrechts*»<sup>1</sup>.

Se me permitirá, con fundamento en la citada ambigüedad de la expresión «fuente del Derecho», aludir a dos campos diferentes que en los últimos años han interesado a Kaser. Uno primero, relativo a lo que podríamos denominar «fuentes inmediatas de nuestro conocimiento del Derecho romano», y un segundo, correspondiente a la doctrina de las fuentes del Derecho (fuentes de producción, fuentes de conocimiento). Al primero pertenece la singular aportación de Kaser, *Zur Methodologie der Römischen Rechtsquellenforschung*<sup>2</sup>. Dado que su repercusión en la

<sup>1</sup> Wieacker, *Textkritik und Sachforschung*, en *Ausgewählte Schriften*, Band 1, 1983, 123.

<sup>2</sup> Viena, 1972: en adelante, *Methodologie*. Parte del trabajo presentado en el Segundo Congreso Internacional de la Società Italiana di Storia del Diritto en 1967, y que llevaba por título el expresivo *Zur Glaubwürdigkeit der Römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*. En comparación, el

romanística ha sido considerable, merece una exposición más detallada. A aquélla debe unirse el posterior trabajo: «*Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den Römischen Rechtsquellen*»<sup>3</sup>. Por lo que se refiere al segundo, fundamental es su obra *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristen methode Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*<sup>4</sup>, de la que he de analizar la primera parte, compuesta por los artículo: «*Zur Problematik der Römischen Rechtsquellenlehre*»<sup>5</sup>, con una significativa modificación a propósito del *ius respondendi* (motivada por el trabajo de Wieacker *Respondere ex auctoritate principis*<sup>6</sup>, y que tendremos ocasión de analizar más adelante); «*Das Urteil als Rechtsquelle im Römischen Recht*»<sup>7</sup>; «*Der Privatrechtsakt in der Römischen Rechtsquellenlehre*»<sup>8</sup>, cuya sección tercera, «*Ius publicum und ius privatum*», ha sido suprimida (en su lugar, el autor se remite al artículo del mismo nombre)<sup>9</sup>; «*Zum ius honorarium*», cuya primera redacción<sup>10</sup> se ha completado con la posterior de «*Ius honorarium und ius civile*»<sup>11</sup>. Dentro de esta primera parte del libro, relativa a las fuentes del Derecho, he apartado el artículo mencionado antes («*Ein Jahrhundert...*») por considerar más conveniente su análisis conjuntamente con la *Methodologie...* No se me oculta que al haber centrado mi atención en el tema de las fuentes opero en la obra de Kaser (RAAJ) una disección que corre el riesgo de romper la unidad y coherencia interna que su autor ha deseado conferir. Por ello ha de ser advertido el lector del continuo fluir, a lo largo de la obra entera, de ciertas ideas conductoras (*Leitgedanken*) —repulsa al concepto de «sistema», casuismo...—

segundo aparece ampliado sobre todo en el aparato de notas y, en ocasiones, en el texto; incluye además, al final, índices de fuentes y de materias. Véase también SZ, 69, 1952, 60 ss.

<sup>3</sup> *Anz. Osterr. Akad. d. Wiss. phil. hist. Kl.*, 1979, que aparece en el reciente volumen del mismo autor: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Viena-Colonia-Graz, 1986, 112 ss. (aquí con un apéndice añadido: *Über Rechtsregeln, literarischen Juristenstil, justinianische Streichungen und Kürzungen*, 146-154).

<sup>4</sup> Véase nota anterior; en adelante, RRAJ. Recensión de Giaro, *Über Methodologische Werkmittel der Romanistik*, SZ 105, 1988, 180-262; el autor realiza una *isolerende Analyse* de los conceptos metodológicos presentes a lo largo de toda la obra de Kaser, y que éste utiliza para aquilatar la técnica de los juristas romanos: *Systemlosigkeit, Kasuistik, Induktion (und Regelbildung), Intuition und Topik*. Desde el punto de vista del método de los juristas resulta obligada la referencia al célebre trabajo de Kaser *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, en *Nachrichten der Ak. der Wiss.*, Gotinga, 1962 (traducción española de J. Miquel: *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964). Véase también recensión de Crook en *Journal of Roman Studies*, 78, 1988, 250 ss.; reseña de Wubbe en t. 55, 1987, 399 ss.

<sup>5</sup> *Festschrift Flume*, Colonia, 1987; RRAJ, 9 ss.

<sup>6</sup> *Satura Feenstra*, 1985, 71-94.

<sup>7</sup> *Festschrift Schwind*, Viena, 1987; RRAJ, 42 ss.

<sup>8</sup> *Festschrift Wieacker*, Gotinga, 1978; RRAJ, 65 ss.

<sup>9</sup> SZ, 103, 1986, 1 ss.

<sup>10</sup> *Estudios homenaje a Ursicino Alvarez*, 1978.

<sup>11</sup> SZ, 101, 1984, 1 ss.; RRAJ, 84 ss.

que unifican, en cierta medida, el contenido de los trabajos que en ella se contienen.

2. El estudio de un Derecho muy anterior en el tiempo a nosotros, como es el romano, presenta una complejidad de problemas jurídicos que, a su vez, se hallan condicionados históricamente. Las fuentes inmediatas de conocimiento de que disponemos son, por un lado, muy variadas (y de muy diversa índole), lo que exige a su vez una diferente variación: fuentes jurídicas y literarias; directas (cuando captan fielmente contenidos jurídicos) e indirectas (por ejemplo, reelaboraciones, comentarios, indicios diversos). Otra característica que, por desgracia, presentan las fuentes así consideradas es la de su «escasez»; de ahí que nuestros juicios e interpretaciones sean, la mayor parte de las veces, probabilísticos<sup>12</sup>. Avatares históricos diversos, sufridos por las fuentes, han ocasionado además que ciertos aspectos del Derecho romano estén más iluminados que otros. No pasa, por ejemplo, inadvertida la importancia que para el actual estudio del Derecho procesal romano ha tenido el descubrimiento, a comienzos del siglo pasado, del palimpsesto veronés de las *Instituciones* de Gayo.

Por otro lado, no resulta exenta de dificultades la expresión «fuentes del Derecho» en la segunda acepción indicada. Para empezar, el concepto de «Derecho» es diferente entre los romanos del que utilizamos hoy día. La misma idea de «norma jurídica», entendida como mandato imperativo, no encaja bien en el Derecho romano. Además, la distinción de fuentes de producción y de conocimiento no es del todo clara. Finalmente, ni siquiera coinciden juristas y oradores en las respectivas enumeraciones de fuentes que realizan.

Estas son algunas de las cuestiones que afronta Kaser, y que tendré oportunidad de exponer<sup>13</sup>.

## I. FUENTES INMEDIATAS DE NUESTRO CONOCIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

1. Desde esta perspectiva, destaca su ya citada *Methodologie...*<sup>14</sup> Significativa es la sustitución del título del trabajo originario («*En torno*

<sup>12</sup> Son explicables desde esta perspectiva las diferentes actitudes de los romanistas ante las fuentes; me refiero concretamente a la pugna dialéctica entre la denominada *Textforschung* (uno de cuyos máximos exponentes es Wieacker) y la *Sachforschung* (entre cuyos representantes se encuentra sin duda Kaser). Hablaremos de ellas más adelante.

<sup>13</sup> No deseo terminar esta introducción sin mencionar una muy reciente e interesante obra (Iglesias, *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989), a la que haré referencia en no pocas ocasiones en la segunda parte de este trabajo.

<sup>14</sup> Recensiones de Wieacker, *Textkritik und Sachforschung*: SZ, 1974, 1 ss.; ahora también en *Ausgewählte Schriften* (en adelante, AG), Band 1, 1983, 122 ss.;

a la credibilidad de las fuentes jurídicas romanas») por el nuevo de «*Metodología de las fuentes jurídicas romanas*», que sugiere, en principio, la presentación de un método de valoración de las fuentes. Este método es el de la «diferenciación» (*Differenzierung*)<sup>15</sup>, mediante el cual Kaser pretende depurar los excesos a que ha conducido la crítica radical de textos, poniendo de relieve: la rica variedad de soluciones casuísticas aportadas en las controversias de los juristas clásicos, la personalidad infungible de éstos y de su estilo (considerado éste «literario» antes que «legislativo») y la actitud «clasicista» de Justiniano. Todo ello permite al autor pronunciarse a favor de la credibilidad de las fuentes jurídicas romanas y de la adopción, por parte del investigador, de una actitud cauta ante las fuentes (*Konservativismus*)<sup>16</sup>.

El interés de Kaser es predominantemente científico (la reconstrucción del ordenamiento jurídico, tal y como se conserva en los escritos de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales de la época clásica)<sup>17</sup>, pero también pedagógica<sup>18</sup>, como confiesa al final de su obra.

Mayer-Maly, *Iura*, 23, 1972, 257-263; Guarino, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna, in Atti dell'Accad. Pontaniana*, 20, 1970-71, 61 ss. = *St. Donatuti*, 1, 1973, 479 ss. = *Le ragioni del giurista*, 1983, 355 ss. A este trabajo de Guarino responde ya Kaser al final de su *Methodologie*, 102-109; a las recensiones, sobre todo la de Wieacker, por ser más extensa, y la de Mayer-Maly, en *Ein Jahrhundert...*, *supra*, nota 3.

<sup>15</sup> *Methodologie*, 8.

<sup>16</sup> No niega, sin embargo, Kaser los resultados exitosos que ha cosechado la crítica textual, ni los méritos que ha tenido su labor (*Methodologie*, 99 ss.). Tampoco desea un retorno a un estadio científico primitivo, dominado por una fe ciega en las fuentes en cuanto originadas por una autoridad superior. Más recientemente (*Ein Jahrhundert...*, nota 69, 144) declara: «*Es wäre traurig, wenn die heutigen Forscher aus derselben Angst mit umgekehrtem Vorzeichen vor der Kritischen Literatur den Kopf in den Sand stecken wollten.*» Wieacker (*Zur gegenwärtigen Lage der romanistischen Textkritik*: AG, 108) expresa, con evidente sentido del humor, esta misma idea: «*Wollen wir nicht den Teufel des Radikalismus durch den Beelzebub der Reaktion austreiben.*»

<sup>17</sup> *Methodologie*, 7. Respecto de la inclusión de la etapa diocleciana en la época clásica (id., 8), véase, en contra, A. d'Ors, DPR, § 9, 39 ss., Pamplona, 1989.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, 99 y 108, aunque el autor advierte que este interés no ha predeterminado sus conclusiones (109). Le preocupa al autor la posición del Derecho romano en los planes de estudios universitarios y, por consiguiente, la relación que existe entre nuestra disciplina, eminentemente jurídica a su juicio, y otras que no lo son (especialmente la Filología). Consecuencia lógica de la sustancial seguridad de las fuentes que él propugna, es la correlativa pérdida de importancia de la Filología para la investigación romanística; también, desde el punto de vista pedagógico, la necesidad de adiestrar a los alumnos en las argumentaciones jurídicas en que se apoyan las opiniones de los juristas clásicos, surgidas en las prolíficas controversias doctrinales, dándoles prioridad frente a las distinciones filológicas operadas en los textos (estratos textuales...). Más recientemente (*Ein Jahrhundert...*, 129) reconoce, sin embargo, la práctica de filólogo «diletante» a que se ha visto obligado todo romanista. Se lamenta, además, de la pérdida que ha supuesto para la romanística no haber sabido aprovechar la valiosa ayuda que —de no haber sido por las inseguras conclusiones a que condujo la exacerbada crítica interpolacionista, es decir, por culpa de romanistas— habría podido prestar la Filología. Más adelante (id., 145) el

2. A continuación me referiré, siquiera brevemente, a la *Sachgeschichte* (o «historia de contenidos jurídicos», que propugna Kaser) y su relación con la *Textgeschichte* («historia de textos», defendida sobre todo por Wieacker). Objeto de investigación de la primera lo constituye la *stoffliche Substanz der Quellenaussagen*<sup>19</sup>, es decir, el nacimiento y desarrollo de instituciones jurídicas, reglas y principios jurídicos, así como las soluciones casuísticas dadas a los problemas jurídicos; objeto de la segunda, el transcurrir vital (*Lebenslauf*) de los escritos de los juristas, desde su primera redacción y publicación hasta la última configuración que presenta para nosotros (normalmente en el Digesto). Para Kaser<sup>20</sup>, la diferencia más importante de la *Sachgeschichte* respecto de la *Textgeschichte* es la de atender, más que a la forma, al pensamiento jurídico contenido en un cierto texto, el cual puede haberse mantenido intacto a pesar de conservarse el texto inalterado, por la adopción, con el tiempo, de significado y función diferentes. En realidad, como declara Wieacker<sup>21</sup>, «*man kann nicht sagen, das interesse gelte ('primär') der Sachgeschichte, nicht der Textgeschichte, solange und soweit man sachgeschichtliche Aussagen auf texte gründet die dem Zweifel unterliegen*»<sup>22</sup>. En la primera fase de conocimiento de las fuentes, el objeto de la *Sach-* y de la *Textgeschichte* es por consiguiente idéntico, ya que «*die einzige Information über die 'Sachen' fließt ihr ja durch die Texte zu*»<sup>23</sup>.

Ahora bien, advierte Wieacker que no existe una relación de estrecha interdependencia entre (contenido) *Sach* y (texto) *Text*. Los textos jurídicos pueden ser entendidos, en su opinión, de dos formas: bien como relatos (*Berichte*) de hechos pasados, que el intérprete traduce en el ámbito de su realidad pretérita, bien como «obra del espíritu» (*Geisteswerk*), «objetivación espiritual», suplida a su vez por la comprensión espiritual del intérprete. Esta segunda forma es —según él— la adoptada normalmente por las creaciones de los juristas romanos. Ello lleva a la consecuencia de, por un lado, admitir la imposibilidad de considerar el texto jurídico al margen del contexto cultural del que procede, y por otro, reconocer que este contexto cultural entorpece una relación directa

---

autor se refiere a la fundamental misión que, con independencia de los esperanzadores descubrimientos que consigan la Filología y otras ciencias de la Antigüedad, queda reservada a los juristas: liberar a las fuentes del concepto de «sistema» propio de la pandectística del siglo XIX.

<sup>19</sup> Kaser, *Ein Jahrhundert...*: RRAJ, 126.

<sup>20</sup> Kaser, *Methodologie*, 9.

<sup>21</sup> Wieacker, *Textkritik und Sachforschung*, 1974; AG, 142.

<sup>22</sup> Realmente Kaser (*op. cit.*, 9) se refiere a lo mismo cuando dice: «*Der Sachhistoriker kann über der Zuverlässigkeit der Quellenaussagen nur dann gültig urteilen, wenn er auch die Methoden des Quellenforschers beherrscht*», aunque a continuación añade que el «historiador de textos» necesita del manejo de criterios tomados de la *Sachgeschichte*.

<sup>23</sup> Wieacker, *op. cit.*, 143.

entre el texto y su contenido. Ahondando Kaser<sup>24</sup> en las palabras de Wieacker, señala un hecho a mi juicio decisivo para comprender el cambio de función que puede haber sufrido un texto no alterado formalmente en un contexto cultural diverso (por ejemplo, un texto clásico en época justiniana): la ruptura cultural y jurídica calificable como *geistesgeschichtliche Katastrophe*, que supone la disolución de la jurisprudencia clásica y la transformación del sistema de fuentes. El texto jurídico, considerado en aquel ámbito de extraordinaria vivacidad de manifestaciones jurídicas, se contempla en adelante desde la perspectiva de una «doctrina escolástica muerta» (*tote Schuldoktrin*). El caso contrario, es decir, de un texto alterado formalmente, pero no sustancialmente (o lo que es lo mismo, conservando el pensamiento jurídico originario), ha sido tradicionalmente designado como de «alteración formal». Wieacker<sup>25</sup>, antes de la aparición de la *Methodologie...* de Kaser, manifestaba su desconfianza respecto de la utilización de este concepto, que, en su opinión, implicaba un previo juicio normativo (*normatives Urteil*), a saber: el de dar relevancia arbitrariamente a normas jurídicas independientemente de su forma lingüística, pensamiento y motivación (lo cual sería únicamente compatible con concepciones jurídicas tales como la imperial absolutista o la del moderno positivismo jurídico). En respuesta, Kaser<sup>26</sup> afirma la necesidad de todo historiador del Derecho de percibir los cambios histórico-espirituales sufridos por la declaración concreta de un cierto principio jurídico que, con aspecto alterado, se encuentre en diferentes ambientes culturales; pero ello no impide que pueda advertirse una continuidad del principio jurídico subsistente. A raíz de esta contestación, Wieacker<sup>27</sup> parece más inclinado a admitir el concepto de interpolación formal, concretamente en dos casos: allí donde conozcamos claramente los motivos que inspiran las alteraciones y los encargos a las comisiones redactoras realizados por los emperadores (interpolaciones legislativas de Justiniano, Teodosio II y, en inferior medida, en el Breviario Alariciano); en segundo lugar, allí donde el texto sea simple *Bericht* del ordenamiento jurídico vigente (leyes, edictos...). Sin embargo —continúa Wieacker—, tiene el citado concepto escasa aplicación allí donde el texto constituya una «creación espiritual», porque entonces resulta prácticamente imposible distinguir con nitidez entre el pensamiento y su expresión.

En realidad, como demuestran los resultados asombrosamente coincidentes de la *Text-* y de la *Sachforschung*, ambas ofrecen una visión complementaria (*stereoskopisch*, como la califica Kaser<sup>28</sup>) de un mismo

<sup>24</sup> RRAJ, 134.

<sup>25</sup> Wieacker, *Zur gegenwärtige...*: AG, 106 (véase nota 16).

<sup>26</sup> Kaser, *Methodologie*, 40, nota 66a.

<sup>27</sup> Wieacker, *Textkritik*: AG, 145.

<sup>28</sup> RRAJ, 126.

objeto: los textos. Define A. d'Ors<sup>29</sup> el Derecho romano como «una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iurisprudentes...*). Esta, sólo en apariencia, sorprendente definición se comprende bien a la luz de lo expuesto. En su conocida obra *Presupuestos críticos*<sup>30</sup> expone el mismo autor los requisitos que, a su juicio, debe observar el método histórico-crítico. Recuerdo aquí los dos primeros: «1.º No apartarse nunca de las fuentes. 2.º Someter estas fuentes a la crítica más ceñida posible...» Kaser<sup>31</sup>, por su parte, enuncia dos máximas en el manejo de la crítica textual: 1.ª, «*Alles bleibt möglich*»: cualquier posible alteración del texto no es, en principio, descartable. Lo que importa, sin embargo, es su mayor o menor «probabilidad» (*Wahrscheinlichkeit*)<sup>32</sup>, y 2.ª, «*Jeder Text ist eine Individualität; jede Schematisierung wäre in der exegetisch-kritischen Behandlung von Übel*». Ello implica la necesidad de dominar todos los medios metódicos a nuestro alcance.

3. La trascendencia de las interpolaciones justinianas queda reflejada en la célebre frase de Justiniano «*multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*» (*Const. Tanta*, 10)<sup>33</sup>. Este y otros testimonios han determinado que, a lo largo de siglos, desde los tiempos de los humanistas (Cuyacio, Faber o nuestro Antonio Agustín) hasta los llamados «pioneros» de la moderna crítica textual de fines del siglo pasado (Gradenwitz, Alibrandi, Eisele), una pléyade de romanistas haya dedicado sus esfuerzos a la denodada búsqueda de esas alteraciones compilatorias. En nuestro siglo, Beseler o Albertario han llevado esa tarea hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, ya a fines de los años veinte, Riccobono<sup>34</sup> alzaba su voz contra los excesos a los que conducía la despiadada e irreflexiva crítica de textos, acusándola de «nihi-

<sup>29</sup> DPR, 1989, § 1, p. 27.

<sup>30</sup> *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943, 40-41.

<sup>31</sup> *Methodologie*, 100-101.

<sup>32</sup> A este respecto, declara (*Methodologie*, 9): «*Da es jedoch die gemeinsame Tragik aller geschichtswissenschaft ist, dass uns von den meisten Dingen Kein sicheres Wissen, sondern blossе Möglichkeiten oder bestenfalls wahrscheinlichkeiten hinterblieben sind...*»

<sup>33</sup> En opinión de Kaser (*Methodologie*, 82) —quien, por lo demás, se muestra pesimista, a diferencia de Wieacker, respecto de la supuesta claridad de las leyes imperiales introductorias de la compilación—, el sentido de esa declaración es ambiguo. Posteriormente (RRAJ, 141-142) advierte Kaser la necesidad de interpretar la frase en el entero contexto en que se inserta, de lo que resulta que la decisión autoritaria de controversias doctrinales por el emperador ocupa una posición destacada. Por su parte, Mayer-Maly (véase nota 14, 260) pone el acento en la expresión *utilitas rerum* para afirmar que la finalidad de las interpolaciones sería, preferentemente, la de hacer más comprensibles los textos, más que alterarlos sustancialmente.

<sup>34</sup> Riccobono, *Ann. Palermo*, 1929-30, 15 ss.



lista». Pero por entonces, como apunta Kaser<sup>35</sup>, el movimiento interpolacionista era todavía demasiado fuerte como para ser contrarrestado por individualidades aisladas, con argumentos que, por lo demás, resultaban endebles en no pocos aspectos: así, en la tesis de Riccobono, la idea del «*sviluppo rettilineo*» del Derecho romano posclásico, impermeable a «impulsos externos» (derechos orientales helenísticos), no sopesando el autor tampoco debidamente «impulsos internos» diversos: transformaciones de circunstancias económicas, el vulgarismo, la influencia de la praxis, el cristianismo...<sup>36</sup>.

Sin embargo, a pesar de la brillantez alcanzada por el interpolacionismo en nuestro siglo, su crisis estaba anunciada. Wieacker ha sido uno de los romanistas que con mayor precisión ha señalado las causas de esta crisis<sup>37</sup>: 1.<sup>a</sup> Purismo filológico de consecuencias normativistas, que diluye la personalidad de los juristas y encorseta su estilo lingüístico en rígidas formas de expresión arbitraria y apriorísticamente fijadas. 2.<sup>a</sup> Formalismo jurídico, secuela del pandectismo, mediante el cual se construye un nuevo «sistema» (contrapuesto al que ofrecían los pandectistas) correspondiente al Derecho clásico, es decir, un modelo ideal que se esconde presuntamente tras las interpolaciones y caracterizado por la ausencia de antinomias. 3.<sup>a</sup> Creencia en el influjo decisivo de los llamados «derechos populares» orientales, reflejado en interpolaciones prejustinianas. 4.<sup>a</sup> Sobrevaloración del influjo de las escuelas orientales a través de interpolaciones prejustinianas. También critica Wieacker la técnica utilizada<sup>38</sup>: a) Empleo de «conclusiones en cadena», que parten de criterios materiales para llegar a resultados formales, y viceversa; asimismo, el viciado procedimiento de indagación consistente en aprovechar, de un modo irreflexivo, por parte de un cierto romanista, las sospechas de alteración textual de otro para sus propios fines. b) Etiología simplista: observada una alteración formal, ésta se interpretaba como síntoma inequívoco de una reforma producida en el ordenamiento jurídico o de una acomodación realizada por el redactor del texto al Derecho vigente a la sazón; y al contrario, la ausencia de interpolaciones significaba la no alteración del ordenamiento jurídico. Concluye el autor aludiendo a la necesidad de una nueva exégesis de los textos que no se limite a lacónicos paréntesis e iracundos signos de admiración.

<sup>35</sup> *Methodologie*, 14-15.

<sup>36</sup> Entre quienes se mostraron cautos en la tarea interpolacionística es de destacar la figura de Lenel, que acuñó precisamente la expresión «caza de interpolaciones» (*interpolationenjagd*: SZ, 45, 1925, 17 ss.), con la que se describía gráficamente la actitud de aquellos que incurrieron en una desmedida actividad crítica. Respecto de la historia de la búsqueda de interpolaciones, Palazzini Finetti, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milán, 1953.

<sup>37</sup> *Zur gegenwärtige...*: AG, 107 ss.

<sup>38</sup> Idem, 113 ss.; antes, en su célebre obra *Textstufen Klassischer Juristen*, Gotinga, 1959, 13.

Extraordinariamente coincidente se muestra Kaser, y ello nos permite entrar en el pensamiento de este autor. En primer lugar, me parece que el llamado *Konservativismus* que propugna Kaser apunta más bien a la técnica que propiamente al método; en segundo lugar, y conexo con lo anterior, porque ese método en realidad se halla fundado en la «experiencia» del propio investigador y en su «fino olfato» (lo que, desde luego, no es un concepto metodológico). Todo ello conduce a la formulación de reglas o principios de la experiencia (*Erfahrungsregeln*), que, a su vez, funcionan como ideas conductoras de la investigación (*Leitgedanken*). Entre éstas, una muy importante, plasmada ya en su *Methodologie*...<sup>39</sup>, pero que adopta enorme fuerza en su nueva obra, RRAJ, recorriéndola por entero: se trata del rechazo de un posible retorno a los métodos y doctrina de la pandectística (y muy especialmente entre éstos, la aplicación del concepto de «sistema» a las fuentes jurídicas romanas)<sup>40</sup>.

3.1. Kaser<sup>41</sup> critica, en primer lugar, el modo rutinario de proceder en la investigación romanística, que ha sido una de las causas de su anquilosamiento: Comienza prácticamente todo romanista por la consabida pregunta acerca de qué hay de interpolado en un cierto texto, lo que ya es —a juicio de Kaser— un error, porque deben ser agotadas todas las posibilidades (más adelante veremos cuáles) antes de pronunciarse por la existencia de alteración en un texto. Una vez comprobado por el investigador algo «anormal» en el texto —continúa Kaser—, se pregunta entonces por las razones que impulsaron al redactor posclásico o a los compiladores justinianos a su inclusión (y suele dedicarles duras palabras por no haber entendido debidamente o por haber operado irreflexivamente sobre el texto). El procedimiento concluye, finalmente, con el arrumbamiento del material interpolado, considerado inútil y sin valor alguno.

Estima Kaser<sup>42</sup> que el radicalismo interpolacionístico ha incurrido en la equivocación de partir de dos premisas, de entrada erróneas: primera, que las alteraciones textuales son siempre intencionadamente dirigidas a provocar modificaciones jurídicas de sustancia; segunda, que estas modificaciones se derivan directamente del empleo no clásico del lenguaje<sup>43</sup>. El rechazo de todo ello, junto a los argumentos que expone, y que expongo *infra*, le llevan al autor a enunciar una de sus *Leitgedanken*: «... dass auch viele unklassisch formulierte Texte Klassisches Recht enthalten, weil sie aus Klassischen Material gebildet sind».

<sup>39</sup> 101-102.

<sup>40</sup> Tendremos oportunidad de analizarlo en la segunda parte de este trabajo.

<sup>41</sup> *Methodologie*, 101; RRAJ, 131-133; especialmente 133, nota 46.

<sup>42</sup> *Methodologie*, 19.

<sup>43</sup> El razonamiento puede esquematizarse así: *unklassischer Sprache* → *unklassischer Inhalt*.

3.2. En cuanto al supuesto de reducción o acortamiento posclásico del material clásico (de excepcional importancia para Kaser, como veremos), recibe dura crítica la indiscriminada utilización de corchetes ([ ]) y ángulos (< >), comprensivos los primeros del material alterado, y los segundos, del originario<sup>44</sup>. A su juicio, sería mucho más correcto renunciar a una reconstrucción del texto meramente hipotética y contentarse con señalar los indicios de una posible intervención y sus motivos<sup>45</sup>. Objeta el autor a la utilización de corchetes: primero, que el texto original no se puede reconstruir si el fragmento clásico ha sido irremisiblemente desplazado por el nuevo. Segundo, que su uso simplemente «finge», no «ofrece» seguridad científica. Tercero, que no captan los diversos estratos textuales. Cuarto, que no sirven para distinguir si las impurezas advertidas son achacables a la forma o al contenido del texto. En su opinión, su empleo debería quedar reservado a los siguientes casos: *a*) casos en los que es posible confrontar redacciones del texto de diferentes épocas<sup>46</sup>; *b*) casos en los que, con seguridad y sin más alteraciones, se ha operado una sustitución «limpia» de un término jurídico por otro, por ejemplo, *pignus* por *fiducia*, en época justiniana, sistemáticamente, y *c*) casos de adiciones al texto fácilmente comprobables (si bien Kaser advierte aquí que se debe operar con sumo cuidado)<sup>47</sup>.

3.3. Lugar preeminente en el pensamiento de Kaser ocupa la distinción de alteraciones formales y sustanciales (de las primeras hemos hablado ya *supra*, § 2). A diferencia de otros autores<sup>48</sup>, Kaser considera indispensable incluir también dentro de las alteraciones sustanciales las denominadas de reforma y de adaptación. Las primeras se reservan a la autoridad imperial; las segundas pueden muy bien ser realizadas por el redactor del texto con fines diversos: para ampliar o restringir una determinada doctrina jurídica en su campo de aplicación; para adaptar el fragmento a la nueva realidad jurídica (por efecto, v. gr., de la

<sup>44</sup> *Methodologie*, nota 60, p. 35; gráficamente, Kaser dice (cit. 59, p. 35): «*geradezu primitiv wirken die Versuche mancher Textkritiker, an der überlieferten Fassung so lange mit der Interpolationenscheere herumzuschneiden, bis sich ein glatter, runder Text ergibt*».

<sup>45</sup> Los indicios formales de alteración son de muy diversa índole (defectos gramaticales y sintácticos en la redacción, frases incompletas, «saltos» en el discurso, rupturas de la lógica...). Pero, para Kaser (cit. 59, p. 35), estos «aparentes defectos» pueden ser valiosos indicios de la redacción originaria del texto en la fuente primigenia.

<sup>46</sup> Los célebres *Confronti* de dobles transmisiones textuales de Chiazzese, *Ann. Palermo*, XVI, 1931, sobre los cuales Wieacker insiste en sus *Textstufen* (véase *supra*, cit. 38).

<sup>47</sup> Wieacker (*Textkritik...: AG*, cit. 21, p. 126), sin embargo, resta importancia («... *denke ich milder...*») a la utilización de estos signos, en tanto sean entendidos simplemente como «notación» de una determinada propuesta de reconstrucción y crítica del texto.

<sup>48</sup> Por ejemplo, Chiazzese, *op. cit.*, 131 ss.

transformación del ordenamiento procesal o del sistema de fuentes); para elegir una solución entre las ofrecidas por la jurisprudencia clásica en las controversias (fin éste al que Kaser otorga —como veremos— singular relevancia). Bajo la óptica de la *Sachforschung*, insiste Kaser en la necesidad de analizar en qué medida una alteración en el aspecto formal del texto afecta a su contenido (lo que, en su opinión, no acontece en la mayoría de los casos)<sup>49</sup>.

En su concepción, late el conflicto acerca de la prioridad entre los indicios formales y los sustanciales para determinar la existencia de una cierta alteración. Reviste especial importancia esta cuestión en época de Justiniano (a quien Kaser reconoce como «*Reformator von beson derem Gewicht*»), en la que destacan las interpolaciones sustanciales, agrupadas por el autor en cinco apartados, en atención a criterios o indicios sustanciales<sup>50</sup>: 1.º Interpolaciones que se desprenden directamente de la legislación imperial, con fines de reforma, en la que el emperador decide arbitrariamente sobre cuestiones dudosas (*L decisiones*); también, en la medida en que, asumiendo la legislación de emperadores precedentes, admite Justiniano a su vez las acomodaciones (por ejemplo, procedentes del Derecho vulgar) que aquéllos habían reconocido o tolerado (págs. 83-86). 2.º Interpolaciones resultantes de la eliminación de anacronismos jurídicos (*mancipatio, in iure cessio, fiducia...*) y de la acomodación a la praxis, que desde época posclásica, dispone el cambio de estructura jurídica de ciertos negocios como la *stipulatio* (págs. 86-89). 3.º Interpolaciones derivadas del cambio del orden procesal, aunque sin eliminar por completo el anterior, lo que habría sido imposible, dada la estrecha vinculación entre materia y procedimiento (págs. 88-89). 4.º Interpolaciones provocadas por las transformaciones socioeconómicas, políticas (organización estatal) y religiosas (cristianismo) de la sociedad romana (págs. 90-91); éstas, poco importantes en lo que respecta al material clásico contenido en el Digesto e *Instituciones* de Justiniano. 5.º Interpolaciones basadas en las creaciones teóricas y sistemáticas de las escuelas orientales que penetran ahora.

Séanme permitidas dos breves reflexiones sobre lo visto hasta ahora:

1.<sup>a</sup> No sé hasta qué punto no simplifica Kaser en exceso, cuando carga todo el peso de las alteraciones sustanciales (que, a su juicio, son las más importantes) sobre la época justiniana. Además, es discu-

<sup>49</sup> Aunque ya hemos visto *supra* las dificultades que ello entraña, en concreto: por causa del vínculo inescindible entre pensamiento y expresión; en segundo lugar, por la actitud «normativista» que puede suponer.

<sup>50</sup> *Methodologie*, 80-94; a su juicio, en primer lugar, la etapa de los por él designados «prepostclásicos» (*Frühnachklassiker*) no se caracteriza por la incidencia sustancial en los textos (*Methodologie*, 60-69); el vulgarismo afecta principalmente sólo a Occidente (pp. 69-71); y finalmente, las escuelas jurídicas orientales no alteraron las fuentes mediante interpolaciones prejustinianas; fue en época justiniana cuando se operó su influjo en los textos (es decir, a través de interpolaciones justinianas).

tible la calificación de «clasicistas» que concede el período comprendido entre los años 250 y 300, es decir, a las nuevas ediciones de escritos clásicos y a los florilegios y epítomes («*Gemeinsam ist allen diesen Werken die klassizistische Grundhaltung*»), emparentándolos (págs. 71-72) con la actividad de las escuelas jurídicas orientales<sup>51</sup>.

2.<sup>a</sup> En cuanto a la cuestión de la prioridad de los indicios formales o sustanciales, Kaser opina «*dass die sprachlichen Kriterien ebenso beweiskräftig seien wie die sachliche*»<sup>52</sup>. De aquí, desde luego, no se desprende, como se ha llegado a decir<sup>53</sup>, una prioridad de los segundos en detrimento de los primeros. Esta es además la defensa que el autor adopta recientemente<sup>54</sup>. Sin embargo, la impresión puede ser otra si se compara la declaración anterior con otra que le precede en la misma obra: «*Die sprachlichen Indizien der Unechtheit treten damit für die Sachgeschichte verdienstermassen in der Hintergrund*»<sup>55</sup>. Como es obvio, y el mismo autor reconoce<sup>56</sup>, los indicios formales son más llamativos, y por ahí pienso que puede venir la sospecha de interpolación, sin que deba necesariamente ser concluyente.

4. La actitud conservadora que debe tener el romanista ante las fuentes (primordial *Leitprinzip* de Kaser) se apoya en dos *Fixpunkten*: el clasicismo de Justiniano (*Methodologie...*, págs. 16-19) y la multiplicidad de soluciones clásicas ofrecidas por las controversias de juristas (págs. 19-35), que se complementan, a su vez, con estos dos: Primero, la necesidad de una valoración de los escritos de los juristas, considerándolos obras literarias, individualizadas y no divinizadas (es decir, todo lo contrario de lo que establece el dogma propugnado por la crítica radical de textos, de la «*Konstanz ihrer Leistungen*»)<sup>57</sup>, relativización de la terminología jurídica utilizada por ellos<sup>58</sup> (págs. 47-60). Segundo, importancia fundamental de la supresión del material clásico, ya en época posclásica, pero sobre todo en época justiniana, eso sí, «*ohne Änderung der sachlich juristischen Substanz*» (págs. 32-36)<sup>59</sup>.

Respecto del clasicismo de Justiniano, se trata de un tema discutido: ¿Fue Justiniano un admirador del patrimonio clásico hasta el punto de conservarlo íntegro, aun cuando no fuese conforme a la realidad jurídica vigente? ¿Fue más bien un hombre de su tiempo, con una actitud de

<sup>51</sup> En este sentido, Wieacker, *Textkritik*: AG, 130.

<sup>52</sup> *Methodologie*, 48.

<sup>53</sup> Wieacker, *op. cit.*: AG, 139; Mayer-Maly, 263.

<sup>54</sup> RRAJ, cit. 41, p. 129.

<sup>55</sup> *Methodologie*, 41.

<sup>56</sup> RRAJ, 130.

<sup>57</sup> *Methodologie*, 48.

<sup>58</sup> Véase Kaser, en *St. Biondi*, 1, 95 ss.

<sup>59</sup> RRAJ, 151.

*antiquitatis reverentia* meramente superficial? <sup>60</sup>. Aduce Kaser <sup>61</sup> que Justiniano no se contenta con recordar los nombres de los juristas, autores de los fragmentos, y de sus obras, a través de las *inscripciones* y *subscriptions*, y acaso conservando algún arcaísmo más, sino que mantiene, en abierta contradicción con el ordenamiento en vigor, un elenco de instituciones jurídicas procedentes del Derecho clásico; particularmente relevantes las del ámbito procesal (subsistencia en los textos de las figuras del «pretor» o de los «ediles»; esquema de acciones...).

El clasicismo de Justiniano se conecta íntimamente, según la concepción de Kaser, con la caracterización del Derecho clásico como *ius controversum* (además de jurisprudencial y casuístico). Para el autor, esta circunstancia es de un extraordinario interés, y hasta el momento no ha sido tomada debidamente en cuenta <sup>62</sup>, quizá por la relativamente reducida pervivencia que de esas citas se ha conservado en el Digesto (inferior aún en las *Instituciones* de Gayo; absolutamente ausente en los epítomes posclásicos). Además, en el Derecho romano, frente al Derecho moderno, se acentúa este carácter no sólo por la falta en aquél de un «esqueleto» o mínimo codificado, sino porque a las controversias entre juristas o escuelas contemporáneas se debe añadir las de juristas distantes entre sí cronológicamente <sup>63</sup>.

En su opinión, los juristas romanos distinguen claramente entre que la cuestión jurídica sea discutida (*quaesitus*) y que prevalezca una determinada opinión (*receptum est, hoc iure utimur...*). Las citas de otros autores realizadas por un cierto jurista son —a su juicio— indicio claro de que se invoca el nombre o nombres de otros, o bien para acallar dudas propias, o bien para afianzar su opinión frente a la de los demás. Las fuentes más importantes de este *ius controversum* son los «Comentarios», sobre todo los *ad edictum* y *ad Sabinum* de Ulpiano y Paulo (a los que habría quizá que añadir los nombres de Celso y Juliano). Para el autor fue decisiva la labor de estos juristas, consistente en la criba y selección de opiniones, no tanto en orden a la claridad expositiva, sino, mucho más importante, la salvaguarda de la seguridad jurídica, puesta en peligro por la exacerbada proliferación doctrinal <sup>64</sup>.

Más recientemente <sup>65</sup>, Kaser se refiere a las causas de las contradicciones textuales y a su interpretación por los romanistas: la explicación ofrecida por los pandectistas tendía a armonizar los textos, atribuyendo cada grupo de éstos, en contradicción con otro u otros, a categorías di-

<sup>60</sup> Esta última interpretación parece defender Guarino, *Le ragioni del giurista*, Nápoles, 1983, 367 ss., apoyándose en Archi, *Giustiniano legislatore*, Bolonia, 1970, y en Wieacker; en este último, como puntualiza Kaser (*Methodologie*, 104), injustamente.

<sup>61</sup> *Methodologie*, 105.

<sup>62</sup> Idem, 27; véase también RRAJ, 137-138.

<sup>63</sup> Idem, 21.

<sup>64</sup> Idem, 22 ss.

<sup>65</sup> RRAJ, 139-140.

ferentes. Esta explicación, que Kaser no menosprecia, sin embargo es rechazada por la crítica interpolacionística, libre ya de las servidumbres interpretativas del Derecho romano como Derecho vigente, oponiendo otra diferente: la del antagonismo entre el Derecho clásico y el Derecho justiniano advertido a través de las interpolaciones. Otra causa puede ser la de la existencia de faltas mecánicas en los textos justinianos, provocadas por errores de copia. Insiste Kaser, sin embargo, en la relevancia de las controversias doctrinales como fuente de contradicciones, lo que le conduce a formular diversas *Erfabrungsregeln*<sup>66</sup>:

*Primera.* En la mayor parte de los casos en los que no se disponga de una base seria para admitir una reforma justiniana deberán aceptarse como clásicas sendas declaraciones<sup>67</sup>.

*Segunda.* A propósito de la relación entre Derecho clásico y justiniano:

- a) No se debe creer que una total ausencia de contradicciones forma parte de un plan o programa de redacción prefijado por Justiniano (por más que éste declarase que el trabajo final debía quedar exento de aquéllas)<sup>68</sup>;
- b) Cuando se introducen alteraciones sustanciales en los textos, éstas no son sino el resultado, las más de las veces, de la elección de una solución ya aportada por el Derecho clásico (o la única, o una entre varias, o, si bien no admitida finalmente la solución clásica, con apoyo en doctrina clásica)<sup>69</sup>. En definitiva, la conclusión última es: «*Häufige Sachkonstanz trotz Textänderung*»<sup>70</sup>.

Esta es quizá la parte del discurso de Kaser más frágil. De entrada el mismo autor reconoce la imposibilidad de demostrar sus *Erfabrungsregeln*. Guarino<sup>71</sup>, en su recensión a la *Methodologie...*, no admite siquiera la identificación como *ius controversum* del Derecho clásico (sobre todo, del clásico tardío) y considera que las citas de juristas o rescriptos imperiales son únicamente *ad adiuvandum* respecto de una realidad jurídica que ha superado ya las anteriores controversias. Tampoco admite la inclusión, dentro de éstas, de las diferencias de opinión entre juristas no contemporáneos (a las que denomina «variaciones jurisprudenciales»), que constituyen, antes bien, superaciones doctrinales respecto de opiniones pasadas. Por su parte, Wieacker<sup>72</sup> acusa a Kaser de incurrir, mediante

<sup>66</sup> De nuevo *Methodologie*, 27 ss.

<sup>67</sup> Idem, 27.

<sup>68</sup> Idem, 30.

<sup>69</sup> Idem, 30-31.

<sup>70</sup> RRAJ, 142.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, 371 ss.

<sup>72</sup> *Textkritik*: AG, 133 ss.

la formulación de *Erfahrungsregeln*, en un apriorístico desplazamiento de la carga de la prueba. Kaser<sup>73</sup>, si bien entiende que la utilización de *Beweislastregeln* es dudosa en el ámbito científico, enuncia dos a favor de la autenticidad de las fuentes: 1.<sup>a</sup>, que la misma transmisión de textos opera ya, de suyo, a favor de la declaración contenida en ellos, y, por consiguiente, lo contrario ha de probarse, y 2.<sup>a</sup>, que, aun cuando esto se demuestre, es preciso además probar que tampoco es clásica la idea o doctrina jurídica en que se apoya la declaración. El autor observa últimamente<sup>74</sup>: «*Es geht auch mir überall nur um das Überwiegen von Wahrscheinlichkeitsgründen über Gegengründe.*» La pregunta previa que, a su juicio, debe formularse todo romanista ante un determinado texto no es la de qué parte de ese texto se halla interpolada, sino si la interpolación, además de ser posible, es probable. Si lo es, entonces se deberá argumentar seriamente y no mediante meras conjeturas. Desconfía Wieacker de esta actitud conservadora, a la que dedica diversos calificativos peyorativos: *goldener Mittelweg*<sup>75</sup>, *seltsame Logik*<sup>76</sup>. A su juicio, supone una amenaza de *Indoktrination* hablar de «radicalismo» o «conservadurismo» en el campo de la ciencia<sup>77</sup>. Para Wieacker, únicamente caben «*Urteile über die Wahrscheinlichkeit eines äusseren Vorgangs*»<sup>78</sup>. De esta expresión yo destacaría: 1.º, la referencia a la «probabilidad», que constituye la servidumbre insalvable de toda investigación romanística, y 2.º, el carácter externo del fenómeno estudiado por el investigador: ello se comprende recordando una idea expresada en sus *Textstufen*<sup>79</sup>: «*Weit weniger sicher (nämlich als unmittelbarer Textvergleich) sind die in der Rechtsgeschichte bevorzugten Rücksschlüsse aus allgemeinen, oft nur postulierten Erfahrungssätzen über rechtsgeschichtliche, besonders dogmengeschichtliche Wahrscheinlichkeiten*»<sup>80</sup>. En realidad, confiesa Wieacker<sup>81</sup> que lo que considera realmente discutible no es tanto la posición conservadora de Kaser cuanto la cuestión de la prioridad de los indicios formales y sustanciales para el descubrimiento de interpolaciones. A este respecto hemos visto ya la posterior observación que realiza Kaser; por lo demás, el tema ha sido tratado *supra*.

Hablemos ahora, primero, del estilo literario de los juristas y, segundo, de la reducción del material clásico operada sobre todo en época justiniana. Respecto del estilo jurisprudencial, advierte Kaser<sup>82</sup> de los peligros de interpretación que conlleva supervalorar la actividad de los

<sup>73</sup> *Methodologie*, 104.

<sup>74</sup> RRAJ, 131-132.

<sup>75</sup> *Textkritik*: AG, 133.

<sup>76</sup> *Idem*, 138.

<sup>77</sup> «... oder gar Schlachtruhe wie Bilderstürmerei oder Götzendienst»: AG, 138.

<sup>78</sup> *Idem*, 138.

<sup>79</sup> 28.

<sup>80</sup> Defensa de Kaser, *Methodologie*, nota 2, p. 10.

<sup>81</sup> *Textkritik*, 139 ss.

<sup>82</sup> *Idem*, 47 ss.



juristas, al exigir a éstos una exactitud y rigor lingüísticos más propios de superhombres (*sic*). Resulta necesario —a su juicio— introducirse en la forma de expresión y razonamiento del autor antiguo y observar así que en ocasiones su laconismo se debe, más que a una actitud, a que no necesita detallar en el caso concreto aspectos o circunstancias que le son obvias<sup>83</sup>; otras veces, su estilo se vuelve deliberadamente ampuloso, divagante o incluso trivial (al menos para nosotros). Resalta el autor además, la flexibilidad de la terminología jurídica utilizada y la necesidad de realizar estudios monográficos sobre cada jurista en particular. Concluye<sup>84</sup>: «... *wir sollten bei dem Mindestniveau, das wir einem Klassiker zugestehen wollen, noch etwas weniger rigoros verfahren als bisher*». A mi juicio, aun siendo muy sugestiva la opinión de Kaser, esta referencia suya a criterios valorativos indeterminados (*Mindestniveau, weniger rigoros*) remiten no ya a un método inseguro de interpretación, sino, dada la total ausencia del mismo, al *savoir faire* del romanista, a su experiencia como investigador de las fuentes y a su fino olfato<sup>85</sup>.

En segundo lugar, la reducción del material clásico operada fundamentalmente por los compiladores bizantinos<sup>86</sup>. Kaser pone de relieve que, atendiendo a las declaraciones de Justiniano (*Const. Omnem*, 1, y *Tanta*, 1), los compiladores debieron de leer, al parecer, unos 2.000 libros, que integraban tres millones de líneas, y que redujeron a 150.000 líneas (es decir, a una vigésima parte). Confrontando la Palingenesia de Lenel, observa Kaser que el *Digesto* ocupa 2.000 columnas. Si cada libro por término medio cabe en 24 columnas<sup>87</sup>, el resultado arroja una cifra algo inferior a 2.000 libros (1.625). En realidad, de los trabajos más utilizados (como el «Comentario» *ad edictum* de Ulpiano) sólo ha sobrevivido la mitad aproximadamente (es decir, 12 columnas de la Palingenesia en vez de 24). Esto nos ofrece una idea de la enorme «tala» de textos; pero, para Kaser, ello no debió de influir necesariamente en el

<sup>83</sup> Arremete Kaser contra lo que él denomina *profesorale Pedanterie*, presente en los escritos de algunos romanistas (ídem, nota 83, p. 47).

<sup>84</sup> Ídem, 49.

<sup>85</sup> Wieacker (ídem, 126 y 128) teme que esta actitud se resuelva en una «cuestión de gustos». Esta suavización en el rigor exigido a los juristas le sirve a Kaser, además, para exponer la finalidad didáctica de los escritos jurisprudenciales (amén de práctica) y la influencia de los recursos retóricos en el razonamiento de los juristas. De este modo salva la clasicidad de las *laudationes edicti*, proemios o introducciones. Para Wieacker (ídem, 128), sin embargo, dejando a un lado los proemios, mandatos imperiales, ... en cuya clasicidad concuerda con Kaser, afirma que «*die Häufung rethorisches Mittel doch Wohl als vorläufiges Bearbeitungsindiz gelten dürfen*». A. d'Ors (DPR, 55, cit. 3, p. 92) considera los *laudationes edicti* producto de la tendencia escolástica posclásica.

<sup>86</sup> Kaser, *Methodologie*, 32-36; RRAJ, 151-154. Kaser se remite aquí a Wenger, *Quellen des röm. Rechts*, 1, 1935, p. 91 ss.

<sup>87</sup> Es decir, cada *liber* (rollo) integraría entre mil quinientas y dos mil quinientas líneas, cada una aproximadamente de treinta y cuatro letras, de lo que resulta una cifra entre veintitrés y treinta y una columnas de la Palingenesia.

contenido sustancial de los textos, sino que tendió más bien a suprimir materias superadas y a eliminar repeticiones (muy usuales entre obras análogas —por ejemplo, comentarios— y en la casuística), y, finalmente, a reducir las controversias doctrinales.

Las conclusiones son obvias: 1.<sup>a</sup>, antes de decantarse por la existencia de una adición posclásica debe preferirse la hipótesis de una supresión<sup>88</sup>, y 2.<sup>a</sup>, teniendo en cuenta el trabajo sometido a presión de los compiladores, debe valorarse la aparentemente impropia expresión de un autor clásico, como probable indicio de una condensación o concatenación de casos diversos realizada defectuosamente (dejando al descubierto sus «costuras»).

Se trata, nuevamente, de ideas muy valiosas y sugestivas; pero —a mi juicio— también aquí se puede objetar que no queda claro que una alteración formal no afecte necesariamente al contenido sustancial. Al menos no estamos en disposición de discernir los casos en que esto sucede de los demás.

## II. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

1. A continuación vamos a referirnos a la teoría de Kaser acerca de las fuentes del Derecho en sentido propio, fuentes de producción y de conocimiento, que el autor plantea desde una doble perspectiva singular: «Asistematicidad»<sup>89</sup> (en contra de estériles concepciones pandectísticas) y carácter «casuístico» del Derecho romano. También el mismo concepto de «Derecho» debe ser —a su juicio— revisado, relativizando, por un lado, la distinción propia de la Pandectística entre Derecho objetivo y subjetivo (el primero, bajo los principios de estabilidad y división de poderes y caracterizado por su fuerza vinculante)<sup>90</sup>, y por otro, la idea de Derecho como algo actualmente vigente, sin referencia al futuro.

Considera Kaser necesario, en primer término, fijar una cierta *Distanz*<sup>91</sup> entre la doctrina romana de las fuentes jurídicas y la establecida por el pandectismo. En ese esfuerzo de acercamiento a las fuentes romanas reinicia el autor, con nuevos ojos, una valoración de las fuentes literarias —infravaloradas por la investigación romanística en su opinión—, con la finalidad de extraer de ellas información valiosa y fidedigna para el conocimiento del Derecho<sup>92</sup>.

Adelantemos que, para el autor, «*Das Klassische Recht war ein Juris-*

<sup>88</sup> Véase *supra* sobre la utilización de corchetes.

<sup>89</sup> En palabras de Giaro, *Systemlosigkeit*.

<sup>90</sup> *Zur Problematik...*: RRAJ, 10-11; sobre el principio de estatalidad como entorpecedor de nuestro entendimiento de las fuentes romanas, Iglesias, *Las fuentes...*, 32 ss.

<sup>91</sup> *Idem*, 12.

<sup>92</sup> *Idem*, 12: «*Die Lehrer der Redekunst hätten ihren Schülern, die sie zu erfolgreichen Prozessrednern ausbilden sollten, einen schelchten Dienst erwiesen wenn sie ihnen von den Quellen des geltenden Rechts ein falsches Bild geboten hätten.*»

*tenrecht und in besonderen ein Fallrecht»*<sup>93</sup>, es decir, el Derecho casuístico jurisprudencial constituye la fuente jurídica más importante del Derecho clásico romano; junto a él, el Derecho con fuerza de ley (*Gesetzesrecht*), con un muy limitado campo de aplicación, y el Derecho consuetudinario (este sí relevante —según Kaser—, pero no siempre fácil de distinguir de la jurisprudencia). Asimismo, a la ley en el Derecho romano arcaico debe unirse la sentencia judicial (*Urteil*) y el acto jurídico privado (*Privatrechtsakt*). Por último, una valoración especial requiere el *ius honorarium* en su relación al *ius civile*: es aquí donde la aversión de Kaser al concepto de «sistema» en las fuentes romanas cobra mayor intensidad.

Se ha de observar, sin embargo, que el panorama de las fuentes que ofrece Kaser no encuentra exacta correspondencia con las enumeraciones que de la misma realizan oradores y juristas: los primeros, porque añaden algunas que realmente no pueden ser tenidas como tales (*aequitas, natura...*); los segundos (Pomponio, Gayo y Papiniano), porque entre ellas no enumeran sorprendentemente la costumbre.

Por último, puntualiza Kaser<sup>94</sup> que no se puede afirmar que los juristas romanos utilicen un concepto técnico de «fuente del Derecho». Tan sólo encontramos catálogos enumerativos de fuentes, mediante los cuales se describen el origen del Derecho a través de las fuentes (*ex... venit*), o se afirma que el Derecho es introducido «por ellas» (*introducere*), o se muestran las fuentes como integrantes del *ius* (*constare, consistere*)<sup>95</sup>. Un acercamiento a la imagen de «fuente» se encuentra en Pomponio cuando declara: «*lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile*»<sup>96</sup>. Entre los no-juristas, Tito Livio<sup>97</sup> habla claramente de *fons*, en un sentido a-técnico, refiriéndose a las XII tablas: «*fons omnis publici privati que iuris*». Cicerón utiliza el término *natura*, pero más en un sentido filosófico que jurídico<sup>98</sup>. Concluye Kaser<sup>99</sup>: «*im ganzen zeigt sich, dass der Sprachgebrauch zur Bildung des Rechts aus seinen Quellen für die römische Vorstellung vom Wesen der Rechtsquellen nichts greifbares hergibt*»<sup>100</sup>.

2. *Derecho con fuerza de ley* («*Gesetzesrecht*»). Destaquemos los siguientes puntos:

Señala Kaser<sup>101</sup>, por un lado, que para los romanos el prototipo de *tensia*, Gai. 1,3) y *senatusconsulta, constitutiones principium y responsa*

<sup>93</sup> *Methodologie*, 19-20.

<sup>94</sup> *Zur Problematik...*, 12 ss.

<sup>95</sup> Por ejemplo, respectivamente, Pap., D. 1,1,7 pr.; Pap., D. 1,1,7,1, o Gai. 1,18; Gai. 1,2.

<sup>96</sup> Pomp., D. 1,2,2,6.

<sup>97</sup> Liv. 3,34,6.

<sup>98</sup> *De off.*, 3,17,72: «*quoniam iuris natura fons sit*».

<sup>99</sup> *Idem*, 14.

<sup>100</sup> Sobre este punto véase también Iglesias, *ibid.*, 23 ss.

<sup>101</sup> *Ibidem*, 14 ss.

en ningún catálogo (precediendo a las restantes); también, en que la *lex* constituye, según él<sup>102</sup>, el criterio de medición de las demás fuentes de *Gesetzesrecht*: *plebiscita* (equiparados a la ley por la célebre *Lex Hortensia*, Gai. 1,3) y *senatusconsulta, constitutiones principum* y *responsa prudentium*, a los que Gayo otorga un «*optinere legis vicem*» (Gai. 1,4; 5 y 7, respectivamente). Se exceptúan los «*edicta magistratuum*» (Gai. 1,6), cuyas innovaciones constituyen simple derecho honorario. Pero, en aparente contradicción con lo anterior, la función de las *leges*, incluidas las XII Tablas, consiste —según Kaser— en regular determinadas cuestiones concretas de ámbito muy restringido (tan sólo a fines de la República, y por influencia griega, existe la tendencia de reconducir todo el Derecho a las leyes)<sup>102 bis</sup>.

En este primer punto, sólo una observación: estamos de acuerdo con Kaser, si bien creemos oportuna una matización que extraemos de A. d'Ors<sup>103</sup>: que la expresión «*legis vicem optinent*» no significa «equiparación a la ley», sino «validez jurídica en sentido más amplio». Como el mismo Kaser reconoce, el término *lex* es equívoco.

En segundo lugar, en cuanto a la fuerza vinculante del *Gesetzesrecht*, declara el autor<sup>104</sup>, en principio: «*Die Quellen des gesetzten Rechts —'leges' und 'quae legis vicem optinent' ebenso wie die edicta magistratum—, gelten, indem sie mit verbindlicher Kraft ausgestattet sind*»; pero añade a continuación, «... *dass die Bindung in Rom sehr viel lockerer gehandhabt wurde als heutzutage*». Es decir —añádase—, que ni siquiera en el campo de la *lex* cabe aplicar una concepción imperativista del Derecho. Añade a esto Kaser que la diferencia entre la *lex* romana y la moderna ley no estriba en el mayor período de vigencia de aquélla (sobre todo si se compara con los actuales códigos civiles), sino en serle ajena la aplicación de un sistema cerrado de principios, uniformado por un común espíritu informador<sup>105</sup>: De ahí el papel predominante de los juristas en Roma, consistente en la adaptación e innovación de las leyes (y de los *edicta*, si cabe más profundamente) a las nuevas circunstancias.

En tercer lugar me referiré al acto jurídico privado (*Privatrechtsakt*) y a la sentencia judicial (*Urteil*), que constituyen el contenido de sendos trabajos de Kaser, ahora en RRAJ («*Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*», págs. 65-83, y «*Das Urteil als Rechtsquelle in römischen Recht*», págs. 42-64). Como he dicho anteriormente, Kaser les

<sup>102</sup> Idem, 16-17.

<sup>102 bis</sup> La relación entre *ius* y *lex* es tema recurrente en el autor en los últimos años; cfr. «*Die Beziehungen von lex und ius civile und die XII Tafeln*», Studi in mem. G. Donatuti, II, 1973, p. 523 ss. (= Ausg. Schrift., I, p. 181 ss.); «*Lex und ius civile*», Deut. Landesref., 1967, p. 3 ss. (= Ausg. Schrift., I, p. 159 ss.); «*Über Gesetz und Recht in der privatrechtsgeschichtlichen Erfahrung*», Gedächtn. R. Dietz, 1973, p. 3 ss. (= Ausg. Schrift., I, p. 123 ss.).

<sup>103</sup> DPR § 47, p. 81.

<sup>104</sup> *Ibidem*, 20.

<sup>105</sup> Sobre el concepto de «sistema», más adelante.

atribuye en el Derecho romano antiguo la condición de fuente jurídica, muy cercana a la ley. Respecto del primero recuerda Kaser que el acto (o, en términos modernos, negocio) jurídico privado no se considera hoy día —salvo quizás por el Derecho laboral— como fuente de Derecho. Esta idea, trasplantada por los pandectistas a las fuentes romanas, constituye, sin embargo, un intolerable prejuicio. Analiza el autor las fuentes literarias, concretamente Cicerón y Quintiliano, quienes, como es sabido, citan los *pacta* como una fuente jurídica más. La verdad es que el resultado de ese análisis es, en principio, desalentador: «Für eine Gleichordnung von Rechtsquellen und Rechtsakten in der Anschauung der römischen Juristen ist nach alldem den literarischen Quellen nichts zu entnehmen»<sup>106</sup>.

La opinión de los retóricos no es compartida por los juristas. Ello se debe —según Kaser— a la diferente perspectiva desde la que unos y otros contemplan el acto jurídico privado: aquéllos, interesados por la cuestión de la prueba y por el resultado final del litigio, consideran el acto jurídico privado como elemento fundamental probatorio; éstos, en cambio, lo valoran exclusivamente como un factor integrante de la cuestión jurídica que subyace. Resulta claro pues, por qué los retóricos lo incluyen entre las fuentes del Derecho (a efectos de prueba) y los juristas no.

Singular importancia tienen en el Derecho antiguo las expresiones *lex privata* (que únicamente aparece en D. 8,4,13, célebre texto que Kaser trata al final), *lex dicta*, *legem dicere*, *ita ius esto* (en las XII Tablas)<sup>107</sup>. Destaca el autor que tanto *lex publica* como *lex privata* tienen en común que, en ambas, una de las partes impone algo a la otra<sup>108</sup>, y lo que se precisa averiguar es si algo de esta concepción se ha conservado en el Derecho clásico: se refiere Kaser a las limitaciones de disposición jurídica en los negocios<sup>109</sup>. Somete a nuevo estudio el fragmento ulpiano D. 8,4,13 (la servidumbre del mar), y en relación con él, C. 3,34,3 (*Ant. a. 223*). Estas son sus conclusiones: una influencia de la visión

<sup>106</sup> Idem, 70.

<sup>107</sup> En cuanto a la expresión *ita ius esto*, véase Kaser, *Das Altrömische Ius*, Göttinga, 1949, y *Zum Ius Begriff der Römer*, en *Essays Beinart*, 1979, 63 ss. (aunque anuncia en RRAJ una revisión del tema en preparación); A. d'Ors, en *Studi in mem. di Albertario*, II, 1950, 279, quien, muy atinadamente, propone la traducción de *ius* por «posición justa».

<sup>108</sup> Define A. d'Ors (DPR § 36, 63) la *lex privata* como aquella que declara el que dispone de lo suyo en un negocio privado (*lex rei suae dicta*) y *lex publica* como la que declara el magistrado (*rogatio*) y reciben los comicios con su autorización (*iussum*); sobre la expresión *legem dicere*, del mismo autor, en AHDE, 34, 1954, 571 ss.; véase también *La ley romana, acto de magistrado* (1969), en *Nuevos papeles del oficio universistario*, 312.

<sup>109</sup> Sobre el tema, el trabajo de Kaser *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*, en *Festgabe für J. Sontis*, 1977, 11 ss. (también en RRAJ, 173 ss.). Respecto de las prohibiciones legales de enajenación, Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, 1977.

jurídica que transmite la expresión *lex rei suae dicta* se advierte a través de diversas manifestaciones clásicas, como son determinadas limitaciones negociales de disposición jurídica, y, en el ámbito provincial, la creación de servidumbres *pactionibus et stipulationibus* (también *venditione*). Ambos casos son ejemplos del Derecho clásico, de producción de efectos no meramente obligacionales, sino reales<sup>110</sup>.

Por lo que respecta al segundo trabajo, muy brevemente: inicia Kaser su estudio, nuevamente, con el análisis de las fuentes literarias, Cicerón y Quintiliano (quienes mencionan el *iudicatum* entre las fuentes de Derecho); pero muy especialmente Quintiliano (inst. or. 5,2,1), cuya exposición tripartita de *praeiudicia* reduce Kaser finalmente a dos supuestos: sentencias sobre asunto propio o ajeno; distinción esta que constituye un punto esencial de contacto entre juristas y retóricos. Sólo para el primer caso (sentencias sobre asunto propio) los juristas emplean el término *praeiudicium*, y en torno a él desarrollan una variada casuística, que produce reglas más o menos fijas acerca de la efectividad de la sentencia respecto de terceros; esto último sólo se advierte, de modo general, en época antigua (*Schöpfungsakt*). Por lo que hace a las sentencias sobre asunto ajeno, en ninguna ocasión los juristas utilizan el término *praeiudicium* referido a ellas<sup>111</sup>, aunque sí los retóricos (Quintiliano; Ps-Ascon, div. 4,12): nuevamente aquí les separa el diferente interés que mueve a unos y a otros<sup>112</sup>. Destacan, en cambio, los precedentes judiciales en el ámbito provincial; pero, incluso aquí, Kaser los valora muy restrictivamente (como *Informationsmittel*)<sup>113</sup>.

De mayor interés si cabe me parece la defensa que Kaser realiza del casuismo romano, contestando a Behrends<sup>114</sup>, quien sostiene que los juristas romanos practicaban un método conceptual y normativo fundado en leyes, *responsa* y principios técnicos de interpretación y desarrollo jurídico. Kaser le opondrá dos argumentos<sup>115</sup>: que el Derecho romano es casuístico, si bien no judicialista (como el inglés); pero incluso detrás de los jueces es fácil advertir el consejo del jurista; en segundo lugar, la escasez de leyes en Roma (y además, la necesidad de admitir cierta vinculación a las leyes también en derechos judicialistas). Como se ve, la cuestión del casuismo lleva más allá del problema de la valoración como fuente del Derecho del precedente judicial e introduce de lleno en el método de los juristas romanos<sup>116</sup>. Recientemente, Giaro se refiere, en

<sup>110</sup> RRAJ, 83.

<sup>111</sup> Como revisión del trabajo originario, Kaser ha acudido a cada vez más útil servicio informático de la Universidad de Linz (véase RRAJ, cit., 34, p. 51) para asegurar la citada afirmación.

<sup>112</sup> RRAJ, 58 ss.

<sup>113</sup> Pp. 60-62.

<sup>114</sup> SZ, 92, 1975, 171 ss.

<sup>115</sup> *Ibid.*, cit., 40, p. 53.

<sup>116</sup> *Ibid.*, Vacca, *Contributo allo studio del metodo casuistico nel diritto romano*, Milán, 1976, quien analiza ambas perspectivas. En su opinión, la regla del *stare*

su recensión a Kaser<sup>117</sup>, a este segundo aspecto. En su opinión, resulta preciso no incurrir en imágenes estereotipadas al caracterizar un determinado ordenamiento jurídico, y a ello puede inducir, según el autor, la tesis de Kaser cuando habla de «juristas pragmáticos», como si en el polo opuesto se colocasen los *Rechtsmathematiker*; o cuando insiste en un método ascendente (*von unten*), como si crease de la nada (*von Nichts*), y atribuye a la construcción jurisprudencial de reglas un valor secundario (producto de la casuística con fines muy limitados)<sup>118</sup>. Insiste Giaro en la relativización del *Abstraktniveau* del Derecho romano, situando a éste en el término medio entre la minuciosidad descriptiva del sistema anglosajón y la abstracción conceptual de las codificaciones europeas. En su afán por no contraponer rígidamente el caso (*Fall*) a la norma (*Norm*), matiza Giaro el método casuístico entendido como *Denken in Fällen*: ¿hasta qué punto no es sino un «modo de representación» del Derecho (*Darstellungsstil*)? Por otro lado, el desarrollo casuístico conduce a una progresiva abstracción al servicio de la ilustración de determinadas construcciones dogmáticas o problemas jurídicos, pero también a la anticipación de soluciones. A su juicio, en definitiva, «*die Klassische Kasuistik setzt ein (manchmalzu) enges Netz von jurisprudentiellen Normen und Regeln voraus, das die Juristen, besonders die Hochklassiker, immer wieder 'umzuinterpretieren' oder sogar umzuformulieren versuchen...*» Más adelante volveremos sobre el tema; por ahora sólo diremos que sería deseable evitar la expresión «norma jurídica» en el ámbito romano<sup>119</sup>.

### 3. Derecho consuetudinario («*Gewohnheitsrecht*»).

3.1. Enérgica es la defensa que adopta Kaser respecto de esta —a su juicio— fuente del Derecho romano clásico. Ha de quedar claro desde el principio que lo que se discute es si la jurisprudencia considera incluido este derecho consuetudinario en su concepción de las fuentes jurídicas; no, en cambio, si el Derecho romano hunde sus raíces en la costumbre, entendida como *mores*, lo que es indiscutible<sup>120</sup>. Se trata, pues, de saber hasta qué punto los juristas clásicos sienten la costumbre aún como fuente jurídica viva e independiente de las demás. Schulz lo

*decisis* no tiene aplicación en el Derecho romano, pero la indiscutible relevancia del «precedente» se explica por el juego de otros principios: las *rationes decidendi*, tradicionalismo y autoridad.

<sup>117</sup> Pp. 207 ss. especialmente.

<sup>118</sup> Sobre los *regulae iuris* véase Reinoso Barbero, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1988, 9 ss., y especialmente 27-48.

<sup>119</sup> Sobre el casuismo jurídico romano: García Garrido, *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976; también, *Derecho privado romano*, Madrid, 1988, especialmente 92 ss.

<sup>120</sup> Véase Iglesias, *Las fuentes...*, 42-43.

ha negado, y, como recuerda Flume<sup>121</sup>, Kaser, en un primer trabajo (*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*)<sup>122</sup>, sostenía la opinión de Schulz, que también expresaba en la primera edición de su *Tratado de Instituciones* (§ 48, III); si bien aquí ya observaba, frente a este autor, que el origen de la conocida clasificación ulpiana *ius ex scripto-ius ex non scripto* había que buscarlo en la retórica antes que en la escolástica posclásica<sup>123</sup>. En la segunda edición de la citada obra se advierte, sin embargo, un giro radical de opinión: «*Der Gedanke, dass die inveterata consuetudo an Gesetzesstelle stehen kann, dass die allgemeine Volksüberzeugung den förmlichen Gesetzesbeschluss der Komitien zu ersetzen vermag, und dass dieser Volkskonsens sogar Gesetze per desuetudinem ausser Kraft setzen (abrogare) kann, wird bereits dem Julian zuzuschreiben sein*» [D. 1,3,32 pr.-1].

No cabe duda que en este significativo cambio de opinión ha ejercido considerable influencia la actitud «conservadora» de Kaser ante las fuentes. Así, en cuanto al difícil y discutido fragmento de D. 1,3,32 pr. (Iul. 84 dig.), estima el autor<sup>124</sup> que se trata de un *excursus* del jurista clásico Juliano acerca del poder vinculante de la *consuetudo* en general (es decir, no exclusivamente en relación con los derechos locales). El jurista se habría expresado aquí con mayor libertad que en otros lugares de sus obras; pero ello —a juicio de Kaser— no entorpece considerar el fragmento como sustancialmente genuino. De la referencia del texto a la legislación popular (fenecida a fines del siglo I d. C.) deduce el autor que Juliano se inspiró probablemente en ideas que procedían de los círculos filosófico-retóricos de la tardía República<sup>125</sup> (por consiguiente —a juicio de Kaser—, el fragmento no procede de la doctrina escolástica oriental). Para el autor, el paralelismo entre la voluntad popular y la negocial, en cuanto a sus formas de expresión (expresa o tácita), es perfecto: tanto respecto de la creación jurídica (en el ámbito privado: la *usucapio*, modo tácito de adquisición de la propiedad, complementario de la *mancipatio*, modo expreso) como de la abrogación (por *desuetudo*)<sup>126</sup>.

Nos parece, sin embargo, que la interpretación de Kaser presenta

<sup>121</sup> Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, en *Rhein. Westf. Ak. der Wis.*, 1975, 9 ss.

<sup>122</sup> SZ, 59, 1939, 52 ss. La opinión de Schulz es valorada por Schmiedel (*Consuetudo im Klassischen und nachklassischen römischen Recht*, 1966) como «das gesicherte Ergebnis der neueren Romanistik». Esta opinión tradicional ha sido combatida por D. Nörr: SZ, 84, 1967, 454 ss.; *Festschrift Felgentraeger*, 1969, 356 ss.; *Divisio et partitio*, Berlín, 1972; véase también la crítica de Waldstein, *Gewohnheitsrecht und Iuristenrecht*, en *Fg. von Lübtow*, 1980, 105 ss.

<sup>123</sup> Véase ahora RRAJ, 14; cit. 94, p. 32; 33: Kaser no atribuye a la clasificación una decisiva significación, siendo sus fines más ilustrativos que de sistematización.

<sup>124</sup> RRAJ, 25 ss.

<sup>125</sup> Es éste un punto de contacto entre retóricos y juristas, según Kaser: *Gai.* 3,82, cit. *de inv.* 2,22,67.

<sup>126</sup> Sobre el fragmento, últimamente: Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, 1987, 90 ss. (de acuerdo con la genuinidad del fragmento); F. Gallo, *Produzione del diritto e sovranità po-*



ciertos puntos discutibles: en primer lugar, es sabido que el fragmento, aun atribuyéndolo a Juliano (Justiniano se refiere a él en la Const. *De auctore* [15 de diciembre de 530] como «*Salvi Iuliani scriptura*»), se enmarca en un contexto muy concreto: la aplicación de la *lex Papia Poppaea* a municipios fuera de Italia. Pretender generalizar el razonamiento de Juliano es algo que debe demostrarse si no se desea incurrir en un injustificado desplazamiento de la carga de la prueba. En segundo lugar, resulta preciso distinguir claramente entre *mores* y *consuetudo*, y no parece que Juliano utilice ambos como sinónimos en la expresión «*mori-bus et consuetudine*»<sup>127</sup>.

3.2. Una segunda dificultad para admitir el derecho consuetudinario como fuente jurídica viva es —como apuntaba antes— la de su ausencia en las enumeraciones de fuentes que realizan los juristas: Pomponio (D. 1,2,2,12), Gayo (Gai. 1,2) y Papiniano (D. 1,1,7 pr.). Kaser aduce diversos argumentos: primero, la realidad viva en la conciencia de los juristas, que representa el dístico *leges moresque* (Gai. 1,1,1,92; Ulp. D. 24,1,3,1; ...); segundo, la fragilidad del argumento, según el cual las enumeraciones de fuentes son de *numerus clausus*, pues —a juicio de Kaser— los juristas no llegaron a plantearse la cuestión de la *divisio* o *partitio*; tercero, la propia flexibilidad del derecho consuetudinario, no estrictamente caracterizado como coactivo<sup>128</sup>; cuarto, que las enumeraciones de fuentes lo son de derecho escrito, y que, por tanto, la costumbre no tiene entrada en ellas<sup>129</sup>. En conclusión: según Kaser, los juristas romanos habrían renunciado a incluir el derecho consuetudinario en sus elencos de fuentes: «*Weil sich deren Dasein und Beschaffenheit aus den weiteren Ausführungen und aus der sonstigen Rechts Literatur von selbst ergeben*»<sup>130</sup>. Una idea quizás complementaria expresa Iglesias cuando afirma «*que su falta de registro escrito [de los 'mores'], salvo en los supuestos, no precisados, de su acogida en las XII Tablas, y la condensa-*

*polare nel pensiero di Giuliano: a proposito di D. 1,3,32*: Iura, 36, 1985 (en realidad, 1988); Guarino, *Giuliano e la consuetudine*: Labeo, 35, 1989, 2, 172 ss. (crítica de los dos anteriores, especialmente de Gallo); Iglesias, *Las fuentes...*, nota 5, 37.<sup>127</sup> Iglesias, *op. cit.*, 38: «*Así las cosas, la expresión 'derecho consuetudinario' abriga dos significaciones: a) La de los 'mores' civiles, contando máximo de 'ius civile', temido por intocable y eterno, y objeto de explicación por los 'jurisprudentes'; b) La de la 'consuetudo', desaparejada de tal explicación, con fuerza autónoma basada en la voluntad popular, declarada 'rebus ipsis et factis'.*»

<sup>128</sup> Fundado en esta flexibilidad, describe Nörr (*Divisio...*, 2) el derecho consuetudinario «*als Mittel der Rechtsschöpfung und Rechtserkenntnis aufgefasst wird wie das Gesetz*».

<sup>129</sup> Esta es la conocida tesis de Mayer-Maly, en «*Gnomon*», 41, 1969, 384 ss. Kaser, sin embargo, no hace especial hincapié en este argumento. Guarino (*La consuetudine e Polonio*, Labeo, 21, 1975) opina que los elementos de fuentes de los juristas lo son de fuentes de conocimiento del Derecho romano «*cioè gli elementi que permettono al lettore, e in generale all'uomo della strada, di toccare con mano quel ius...*»

<sup>130</sup> RRAJ, 32.

*ción misma de la varia preceptiva en una especie de código místico —asiento inmaterial de la 'memoria veterum'— no se prestan a una fijación teórica o didáctica en los libros de los juristas»<sup>131</sup>.*

3.3. En relación con lo anterior, se discute asimismo en qué medida el derecho consuetudinario puede considerarse como fuente autónoma, en concreto respecto del derecho jurisprudencial. Kaser, apoyándose en la expresión *lex et mos*, que designa la equiparación de ambas fuentes sentida por los juristas, identifica *Gewohnheitsrecht* con un núcleo de instituciones y normas que ocupa en el Derecho romano antiguo un amplio espacio, apenas interferido por la legislación. De ahí que mantenga su independencia en el Derecho clásico y no precise de *Transformation* en ninguna otra fuente: el Edicto o la *interpretatio* jurisprudencial no «transforman» la costumbre, sino que la «hacen practicable» o la «actualizan»<sup>132</sup>. De acuerdo con Flume<sup>133</sup> en cuanto a la independencia de la costumbre con respecto al derecho de juristas, se separa de él cuando éste afirma que allí donde los juristas romanos se refieren a los *mores* como fundamento originario del *ius*, expresan tan sólo una instructiva enseñanza sobre el origen del Derecho, pero no un fundamento de validez actual del *ius*. Para Flume, el *ius*, Derecho no positivado, se contempla por los juristas como algo «pre-supuesto» («*moribus ab initio introductum est*»), no necesitado de la *consuetudo*, sino, sin más, utilizado por ellos («*hoc iure utimur*»). Kaser<sup>134</sup> matiza esta opinión advirtiendo que en la referencia a la *consuetudo* incluyen los juristas, además del auténtico derecho consuetudinario, aquellas opiniones jurisprudenciales estabilizadas, guiadas por la experiencia, y que sirven a los juristas de *Informationsmittel* en la búsqueda de lo justo. Con todo, admite el autor que las notas distintivas del derecho consuetudinario y jurisprudencial (es decir, en cuanto a la seguridad jurídica) tienden a desvanecerse en la medida en que el derecho jurisprudencial pasa a ser indiscutido (*ius receptum*)<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> *Op. cit.*, 42. En un término medio se sitúa Nörr (*Divisio...*, 54), para quien la ausencia de la costumbre en las enumeraciones de fuentes no es índice de la falta de reconocimiento de su existencia por los juristas, «*sondern seiner geringen Bedeutung*». Opinión opuesta de Flume, *op. cit.*, 18.

<sup>132</sup> De otra opinión, Nörr, *Divisio...*, 48.

<sup>133</sup> *Op. cit.*, 18.

<sup>134</sup> RRAJ, 36-37.

<sup>135</sup> Sobre la relación entre *mores* y derechos de juristas estima Kaser (nota 102, p. 36) que sería deseable una confrontación con la tesis de Gallo (*Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, 1971) que identifica la *interpretatio prudentium* con *ius civile* en cuanto recibida *moribus*, desde antiguo; más tarde, en cuanto emanación del *ius respondendi*. Para Iglesias, por un lado, «la misión del jurista es la de venir sobre algo dado de antemano» (p. 55), pero ello no significa que pueda obrar a su arbitrio, porque no dispone de «*legitimación constitucional*» para ello. Ello se advierte en lo que Iglesias denomina «*fenómeno de ida y vuelta*», apreciable entre la conciencia social y el propio jurista, que implica el control de la actividad de éste.

#### 4. Derecho de juristas («Juristenrecht»).

En la tesis de Kaser destaca el «derecho de juristas», pues, según él, la mayor parte del Derecho privado (y procesal civil) romano es, hasta el final de la época clásica, primordialmente *Juristenrecht*. La labor de los juristas consiste en hacer practicables las *leges* y lo equiparado a ellas (*moribus introducta*) y así confeccionar un denso tejido (*lückenloses Gewebe*) que pueda ofrecer una solución a cualquier *Fallproblem*. Los juristas son *Pragmatiker*, pero sus respuestas no surgen *aus den Fingern*, sino que se apoyan firmemente en la experiencia (*supra*, § 3.3).

Aparte de la distinción entre *Juristenrecht* y *Gewohnheitsrecht* que hemos visto ya (§ 3.3), y aparte del concepto que maneje Kaser, *ius controversum*, tomado del espléndido trabajo de Schwarz<sup>136</sup>, según el cual no existe para los juristas romanos un *ius controversum*, *ambiguum* o *dubium*; tan sólo una controversia acerca de qué opinión es la correcta (*quod verum o verius est*)<sup>137</sup>, destacamos el cambio en la redacción que, a propósito de *ius publice respondendi*, ha operado Kaser en el artículo original. El motivo de esta significativa modificación ha sido la opinión que sobre este tema ha emitido últimamente Wieacker en su trabajo *Respondere ex auctoritate principis*<sup>138</sup>, conforme a la cual: 1.º, el *ius publice respondendi* se concibe, sencillamente, como «distinción» que otorga el príncipe a determinados juristas, que no comporta una autorización exclusiva para dictaminar (de ahí la vinculación fáctica del juez a los *responsa* de tales juristas); 2.º, la práctica imperial de concesión del citado privilegio finaliza con Tiberio<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> *Festschrift Schulz*, 1951, 201 ss. y 210.

<sup>137</sup> Por consiguiente, toda opinión, aunque no resulte finalmente victoriosa, forma parte del *ius*. Para Kaser (35), no sólo el Derecho *gewordenes* cuenta, sino también el *werdendes*. Esto, naturalmente, es ininteligible desde la óptica pandectística.

<sup>138</sup> *Supra* cit., 6.

<sup>139</sup> Como Kaser parece suscribir *toto corde* la opinión de Wieacker, permítaseme, pues, detenerme en el análisis del trabajo de este autor. Señala Wieacker que su intención no es la de sustituir la tradicional imagen que tenemos del *ius respondendi* por otra radicalmente diversa, pero sí la de recordar la limitada base de fuentes de que disponemos. En efecto, ésta se reduce a D. 1,2,2,48 (correspondiente al *liber singularis enchiridii* de Pomponio); Inst. 1,2,8, y Gai. 1,7. Aparte de estos textos, no hay ningún otro que haga referencia a concesiones individuales del privilegio a ciertos juristas o grupos de juristas; tan sólo genéricas declaraciones sobre el *respondere* de los juristas, de ciertos emperadores, Calígula (Suet., *Gaius* 34,2) o Adriano (en el célebre episodio de los pretores relatado por Pomponio en D. 1,2,2,49).

Pero no sólo se trata de que las fuentes sean escasas, sino que, además, son difíciles de interpretar.

A) En primer lugar, el fragmento 2.º de D. 1,2 (pp. 73-75), cuya transmisión en el Digesto es muy defectuosa, lo que, a juicio de Wieacker, se explica por la escasa familiaridad de los redactores con respecto a los nombres propios de los juristas citados en él y por la probable reducción a un solo *liber (singularis)* de una obra de Pomponio originalmente contenida en dos. [Respecto de esto último, Bretone, *Tecnica e ideologie dei giuristi romani*, Nápoles, 1982, 212 ss. Contra esta posibilidad, Guarino, ya en *Il 'ius publice respondendi'*, ahora en *Le ragioni del giurista*, 1983, 97-98.] A ello se une el peculiar estilo literario de Pomponio y el distorsio-

nado hilo argumental del texto, con frecuentes «saltos» en el tiempo hacia atrás y hacia adelante. No puede decirse, por consiguiente, que se trate de ninguna obra maestra de la literatura jurídica.

Extrae Wieacker las siguientes conclusiones:

1. El relato contiene un núcleo de información veraz.
2. No ofrece duda la autoría de Pomponio.
3. En cuanto a las referencias a un *ius* o *beneficium respondendi* augusteo, silenciados en casi todas las demás fuentes, es discutible si de *beneficium* y de *petere*, *concedere*, *dare*, habla realmente Augusto o más bien Pomponio; ídem respecto de la expresión «*ut maior iuris auctoritas haberetur*».

4. Partiendo de la hipótesis de reconstrucción de Mommsen ([*luit et*]), a consecuencia de la cual Tiberio sería el primer emperador en conceder el privilegio a un jurista de rango ecuestre (Sabino), reconoce Wieacker que el motivo que inspira a Pomponio para realizar un *excursus* acerca del *beneficium* es la distinción que recibe Sabino, maestro de la escuela a la que pertenece Pomponio (sobre esto volveremos más adelante). Bajo la influencia de esta motivación, supone Wieacker que se encuentra también Gayo en Gai. 1,7; no así la doctrina sobre las fuentes jurídicas del Dominado (Inst. 1,2,8 se interpreta desde esta perspectiva, p. 76).

B) Analiza a continuación el autor (pp. 77-80) Gai. 1,7, que, a su juicio, debe ser interpretado en el contexto (§§ 1-7) en que se inserta. De ello se desprende algo curioso: que comienza Gayo hablando de *responsa prudentium* y termina con *sententiae, opiniones*, términos estos genéricos que apuntan a la tendencia, a saber, «*die Ausweitung der Responnenprivilege zum allgemeinverbindlichen Juristenrecht*», abriendo paso a la nueva concepción, desarrollada en el Dominado y que llega hasta la Compilación justiniana, de la delegación imperial de una general facultad de creación jurídica (siempre que no se tratase de *ius controversum*). Estas *sententiae* y *opiniones* no podían limitarse a los juristas privilegiados; de ahí que sospeche el autor (p. 78) que la concesión del privilegio no era ya objeto de praxis.

C) Enjuicia Wieacker como *Tyrannenlaune* (p. 87) la declaración de Calígula (Suet., *Gaius* 3,1); deja para el final el análisis del episodio de Adriano y los pretores.

Para el autor, constituye un hecho de suma importancia que en el siglo que media entre Tiberio y Adriano las fuentes jurídicas, literarias y epigráficas guarden silencio acerca de un aspecto de la vida tan considerable como es el privilegio de «*respondere publice ex auctoritate principis*» (no sirven las alusiones a un mero *publice respondere*) (p. 82).

Dedica, en segundo lugar, el autor una sección (*Offene Fragen*) a la crítica (pp. 83-88) de la opinión de dos insignes romanistas, Kunkel y Magdelain, que conciben la *auctoritas principis* como «autorización jurídica exclusiva», concedida a través del príncipe, de la actividad de dictamen de los juristas patentados. Para Wieacker, en primer lugar, el *permissum est* de Gayo no implica «actividad en exclusiva» de ciertos juristas; por otro lado, las expresiones que utiliza Pomponio (antes citadas) no se refieren al *respondere* sin más, sino al *respondere ex auctoritate principis*. En segundo lugar, la dimensión jurídica de la *auctoritas*, presente tanto en el *ius publicum* como en el *ius privatum*, debe —a juicio del autor— contrastarse con la significación que adopta el término *auctoritas* en las *Res Gestae*, c. 34: «*Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nibilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae*» (para el autor, núcleo de una ideología de la *res publica restituta* que permite interpretar el *respondere ex a. p.* como refuerzo del reconocimiento de los *beneficium* significaría más «ventaja» concedida por el príncipe que *excepción a la prohibición general*). En tercer lugar, contra la idea del monopolio de ciertos juristas en el dictamen de cuestiones jurídicas, opone el autor que *respondere* en nombre del «príncipe» no impide *respondere* «en nombre propio» de los juristas no patentados; que de la pretendida prohibición general se carece de todo indicio; rechazable es también, en su opinión, argumentar que Augusto poseía suficientes competencias para ello (bien por su *tribunicia potestas*, de la que se deriva su *ius auxilii*, bien por su condición de *Pontifex Maximus*). En

cuarto lugar, respecto de las implicaciones político-judiciales señala la contradicción que se advierte entre la hipótesis de la «depuración» manejada por los autores y la actitud prudentemente conservadora de la política augustea.

Una segunda *offene Frage* es para el autor (pp. 88-89) el modo y forma de concesión del privilegio: del *petere incipere* y de la singular distinción de Sabino resulta razonable pensar en una ventaja imperial a *persona ad personam* válida para todas las futuras respuestas del patentado.

Se plantea el autor una tercera cuestión (pp. 89-97), a su juicio, la principal: la duración del *ius respondendi*. La opinión tradicional estima que perdura sin solución de continuidad a lo largo de todo el Principado hasta Adriano. El autor piensa, por el contrario, que no va más allá de Tiberio. A la escasa probabilidad que Calígula, Claudio y Nerón concediesen el privilegio une el autor el fenómeno cultural consistente en la transformación de las funciones de los juristas, llevada a cabo decididamente en época de los Flavios mediante la creación del *consilium principis*. En cuanto al episodio que relata Pomponio (D. 1,2,2,49) sobre la petición efectuada por *virii praetorii* a Adriano *ut sibi liceret respondere*, rechaza el autor tanto que el fragmento signifique la continuación de una praxis de concesión del privilegio, interrumpida hasta Adriano, como que se trate de una mera invención de Pomponio (a juzgar por las circunstancias que rodean el caso: estilo personal de Adriano y la elegante referencia retrospectiva a la antigua libre *fiducia studiorum*).

Conclusiones (*Zwischenbilanz*) (pp. 92-94):

1.<sup>a</sup> Augusto comienza a autorizar *ad personam* a juristas de rango senatorial (cuyos nombres y número nos son desconocidos) a *respondere ex auctoritate sua*. Esto no entraña una prohibición *dirigistische*, sino tan sólo la disposición para la vida pública de la jurisprudencia al servicio de la política de renovación estatal del príncipe.

2.<sup>a</sup> Tiberio continúa la práctica y concede el privilegio a juristas del rango equestre. Después de Tiberio no parece que persista esta práctica.

3.<sup>a</sup> Sin embargo, que no se realice más la concesión del *beneficium* no significa que se haya olvidado. Dos juristas de la escuela sabiniana (Pomponio y Gayo) aún lo recuerdan, movidos por la elevada distinción que obtuvo Sabino (Gayo va más lejos cuando habla de *sententiae* y *opiniones* en vez de *responsa*). Es inseguro, sin embargo, que los propios contemporáneos y aquellos de época posterior a Gayo siguieran conexionando *auctoritas prudentium* y *beneficium respondendi*.

4.<sup>a</sup> El episodio de Adriano y los *virii praetorii* no contradice las anteriores conclusiones: nuevamente aquí, el hecho de que perdure el recuerdo de la concesión del *beneficium* es compatible con su anacronismo en la práctica: «*Im Klima der grossen Reichsjurisprudenz seiner Zeit war sie hoffnunglos antiquiert.*»

En cuanto a la valoración que puede hacerse de este interesante trabajo, destacaría, en primer lugar, la dificultad de replantear, tan originalmente como lo ha hecho el autor, un tema como éste, largamente debatido por la doctrina. Su principal aportación es la de considerar extinguido el *ius respondendi* después de Tiberio, lo que hace, a su vez, innecesaria la esforzada «alienación» de juristas entre los que disfrutaban y los que no de tal privilegio. Sin pretender entrar a analizar en profundidad el tema del *ius respondendi*, que exigiría por sí solo una atención monográfica, me limitaré a realizar las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> El autor admite sin más la hipótesis reconstructiva de Mommsen citada *supra* («*legitime Emendatioversuchen*», p. 73) para defender la práctica del *beneficium* anterior a Tiberio únicamente respecto de juristas de rango senatorial. Como otros autores (por ejemplo, Guarino, *op. cit.*, 112 ss.) no la comparten, hubiera sido deseable una explicación más detallada; claro que la hipótesis de Guarino acerca de la transformación de una práctica oficiosa con Augusto, en un *ius* con Tiberio, se ve rechazada automáticamente por la de Wieacker, quien, por lo demás, argumenta *ex silentio* de las fuentes (salvando, naturalmente, el pasaje de Adriano y Gai. 1,7, que interpreta Wieacker de modo diverso). La pregunta que habría que hacerse entonces es si efectivamente el silencio de las fuentes es expresivo o no.

5. «*Ius honorarium*» y «*sistema*».

Resulta preciso dedicar una mención separada al *ius honorarium*. Además, es aquí donde el carácter asistemático» que predica Kaser del Derecho romano adopta mayor intensidad (*Zum ius honorarium*)<sup>140</sup>.

2.<sup>a</sup> Me parece muy sugestivo el enfoque del problema dado por el autor, es decir, el elemento espiritual que informa el contenido de los textos y el cambio de *Klima* o ambiente cultural desde el que éstos han de valorarse; de este modo, puede explicarse la aparente contradicción de una figura jurídica no vigente, pero todavía «presente» en el recuerdo de quienes escriben. Sin embargo, debe reconocerse que las premisas desde las que parte este planteamiento no son del todo seguras (aunque, como hemos comprobado a lo largo de este trabajo, la seguridad es algo difícilmente alcanzable en los estudios históricos). Por un lado, puede admitirse sin violencia que Gayo y Pomponio comportan, en el relato de hechos precedentes, un común interés por la historia. Parece claro también que el *excursus* sobre el *ius respondendi* realizado por Pomponio surge precisamente a partir de Sabino («*ut obiter sciamus, ...*»). Que Gayo se considere sabiniano tampoco ofrece dudas. Pero más discutible es que Pomponio también lo sea (p. 77: *Schulgenosse*; p. 93). El único testimonio de que disponemos en esta dirección es el célebre fragmento de Pomponio (D. 45,3,39: «... *et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici in id utroque casu posse domino*») en el que el jurista utiliza la expresión *Gaius noster*. Honoré, en su conocida obra *Gaius* (Oxford, 1962, 1 ss.), pretende demostrar que el pasaje es genuino, y que Pomponio se refiere de ese modo a su compañero de escuela. Desde luego, es probable que aquí *Gaius* no señale, como tantas otras veces sucede, al jurista Casio (Lenel, *Palingenesia* I, n. 251). Sin embargo, como reconocía el propio Wieacker en su recensión a la obra de Honoré (SZ 81, 1964, 402 ss.), los indicios de interpolación del fragmento son más fuertes que los argumentos en contra (citando entre estos últimos expresamente dos: que también los clásicos designaban a sus colegas con el término *noster* y que Gayo y Pomponio eran sabinianos). Según la tesis de Honoré, Pomponio era algo más joven que Gayo (aquel nacido en el año 115 d. C. y éste en el 112); proculeyano al principio, más tarde sabiniano; colega y rival de Gayo, ambos en Roma (la emigración a provincias de Gayo se debe, según Honoré, a Pomponio: 25 ss., 57 ss. y 81 ss.). Hasta aquí la tesis de Honoré. Wieacker (*supra*, 410 ss.), refiriéndose a la debilidad de argumentos acerca del pretendido paso de escuela de Pomponio, declaraba: «*Ist es nicht wirklich einfacher, ihn [Pomponio] gleich einen Sabinianer sein zu lassen?*» Lo cierto es que esta conclusión tampoco es comprobable. D. Nörr (*Pomponius oder, Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, ANRW, 1976, 497 ss.), en una ponderada valoración de las circunstancias de la vida de Pomponio, concluye: «*Demgegenüber [tesis de Honoré] ist festzuhalten, dass zwar besondere Beziehungen des Pomponius zu Gaius denkbar sind, dass ein Indiz für eine Rivalität zwischen beiden Juristen allenfalls darin gefunden werden kann, dass sie —neben Laelius Felix als einzige— einen Kommentar zum 'Ius civile' des Q. Mucius geschrieben haben. Für eine nur einigermaßen sichere Zuweisung des Pomponius zu einer der beiden Rechtsschulen fehlen die Beweise.*»

Sirvan estas reflexiones simplemente para matizar (y comprender mejor), en lo posible, la opinión de Wieacker, que —como siempre, fértil de nuevas ideas— abre una posibilidad más de interpretación del problema.

<sup>140</sup> RRAJ, 84 ss. Una cuestión previa es la de averiguar a qué fuente de las señaladas por Kaser atribuir los *edicta magistratum*. El autor parece incluirlos (p. 20) entre los casos de Derecho con fuerza de ley (*Gesetzesrecht*), pero indica, a continuación, el enorme influjo de los juristas en dos *edicta* a través de su actividad de consejeros de los magistrados (por consiguiente, acercamiento de los *edicta* al *Juristenrecht*); además, señala que Gayo (1,6) se refiere a los *edicta* sin atribuirles el efecto de *legis vicem optinere* (mero *ius honorarium*). Cicerón, según Kaser (cit. 33,

Estima Kaser que debe contemplarse el *ius honorarium* desde una perspectiva radicalmente diversa a la proporcionada por la aplicación del concepto de «sistema» a las fuentes romanas (propio de los pandectistas). Tampoco el *ius civile* es, a su juicio, un sistema, aunque matiza esta afirmación porque, en cambio, sí lo considera como *Geschlossene Ordnung* (lo que no admite para el *ius honorarium*)<sup>141</sup>. Este último no es capaz de tener vida independiente respecto del *ius civile*, y además, su campo de actuación, al igual que sucede con las leyes, se reduce a limitadas intervenciones en el *ius civile* (dejando intactas extensas zonas de éste), con una finalidad predominantemente constructiva («a partir de», y no «contra» el *ius civile*). Según Kaser, el *ius honorarium*, considerado al margen del *ius civile*, se reduce a «eine blosse Summe fragmentarischer und inkohärenter Erscheinungen». Por ello prefiere referirse al *ius civile-honorarium-gentium* con la imagen, tomada de la geología, de «estratos» (*Schichte*), y rechaza la idea de un enfrentamiento frontal entre *ius civile* y *ius honorarius*, todo lo más, *begrenzte Gegensätzlichkeit*.

Son destacables en el razonamiento de Kaser los siguientes argumentos: en primer lugar, es cierto que junto a las funciones de *adiuvare* y *supplire* que cumple el *ius honorarium* respecto del *ius civile*, en la conocida expresión de Papiniano (D. 1,1,7), se añade una más, la consistente en un *corrigerere*. Pero debe —a juicio de Kaser— minimizarse el alcance de esta última debido a la escasez de casos en que se produce un específico enfrentamiento; además, porque no sería apropiado (*unrömischer Weg*) separar radicalmente las funciones entre sí, sin admitir interferencias<sup>142</sup>.

En segundo lugar, la existencia de la *aequitas* invocada por el magistrado para oponerse al *ius civile* no supone tampoco una rígida contraposición de ambos órdenes, como lo demuestran los *iudicia bonae fidei*. En tercer lugar, resulta evidente que no puede aducirse una supuesta lucha de poder sostenida entre los órganos que custodian el *ius civile* y el *ius honorarium* (juristas y magistrados). En cuarto lugar, existe un proceso de suavización progresiva del limitado antagonismo entre ambos *iura*. En quinto lugar, rechaza Kaser la imagen reduccionista del *ius honorarium* como de un mero agregado de recursos procesales<sup>143</sup>, ya que tras éstos puede descubrirse una abundancia de innovadoras ideas pertenecientes a lo que se podría denominar Derecho material. De este modo interpreta Kaser la aparición del procedimiento formulario como creación

p. 17), enmarca las creaciones edictales no bajo el derecho de ley, sino bajo el *ius civile* (*Juristenrecht*, top. 5, 28) o bajo el derecho consuetudinario (*de inv.* 2,22,67, texto en el que afirma el retórico que, en buena medida, al *consuetudine ius* pertenece *quae praetores edicere censuerunt*, por efecto —a juicio de Kaser, cit., 109, p. 38— de la confusión entre *mos* y *aequitas*).

<sup>141</sup> Iglesias sí acepta (p. 34) el concepto de sistema aplicado al *ius civile*.

<sup>142</sup> RRAJ, 97.

<sup>143</sup> *Ius civile - ius honorarium*, en *Scritti Ferrini*, Pavia, 1946 = *Studi e ricordi*, 1983, 382 ss.

pretoria, y la posterior asimilación por el *ius civile*, primero de manera limitada, por la *lex Aebutia* (según su conocida tesis<sup>144</sup>), más tarde ampliada por las *leges Iuliae*; también las *actiones* y *prescriptiones*<sup>145</sup>; *actiones* y *exceptiones utiles e in factum*<sup>146</sup> y otros supuestos de ampliación de pretensiones civiles<sup>147</sup>. Finalmente, el limitado antagonismo entre *ius civile e ius honorarium* también se advierte en: A) La en ocasiones controvertida atribución de efectos jurídicos por los juristas romanos a uno u otro estrato jurídico; ejemplos<sup>148</sup>. B) El reconocimiento de efectos recíprocos: a) *Rezeptionen* por el *ius civile* de innovaciones honorarias, como es el caso de la protección de un supuesto por *actio in factum*, más adelante protegido también por *actio in ius*<sup>149</sup>; b) *Reflexwirkungen* del *ius honorarium* sobre el *ius civile*, mediante los cuales se suaviza el rigor de éste cuando entorpece el desarrollo de aquél; entre los ejemplos que ofrece Kaser citemos, por todos, el del propietario bonitario que es considerado como poseedor usucapiente [a pesar de la dudosa existencia de buena fe en el comportamiento, consistente en la recepción de una *res Mancipi* sin las formalidades exigidas (*mancipatio, in iure cessio*)]<sup>150</sup>.

Kaser no niega la existencia de ciertas manifestaciones de sistematización perceptibles, por ejemplo, en la jurisprudencia de fines de la República o en el jurista Gayo; pero, a su juicio, en aquélla el alcance es muy restringido y en éste sus fines los meramente escolásticos<sup>151</sup>.

Desde esta perspectiva «antisistemática», observamos de modo claro cómo queda el sistema de fuentes proyectado por Kaser. Como destaca Giaro<sup>152</sup>, sobresale el derecho consuetudinario (que, evidentemente, no responde a la idea de «sistema»), sobre el cual opera, como depositaria suya, la jurisprudencia; por el contrario, un plano muy secundario adopta la ley. Sin embargo, según Giaro, no es del todo justificada la aversión de Kaser al concepto de sistema aplicado a las fuentes («... für das Klassische römische Recht nicht ganz das Ohr verschliessen Können»)<sup>153</sup>. Conforme a este autor<sup>154</sup>, el concepto de «sistema» es tan amplio y equívoco, que prácticamente puede ser utilizado según el gusto personal del

<sup>144</sup> St. Albertario 1, 1953, 25ss. = *Ausgew. Schrif.* 2, 1977, 443 ss.

<sup>145</sup> Crítica Kaser la oposición *aequitas/ley* para aplicar el funcionamiento de la *denegatio actionis* en época avanzada.

<sup>146</sup> Sobre la existencia de *exceptiones utiles* véase, sin embargo, Betancourt, en AHDE, 1980, 699 ss.

<sup>147</sup> RRAJ, 97-102.

<sup>148</sup> Idem, 102-105.

<sup>149</sup> Sobre este discutido tema véase ahora Iglesias, *op. cit.*, 71 ss., y lit. citada en cit. 8, p. 73.

<sup>150</sup> RRAJ, 105-111.

<sup>151</sup> En una obra anterior (*Methode*, 66; véase *supra*, cit. 4) admitía, sin embargo, la existencia de una *innere Systematik*, en el sentido de ausencia de antinomias y armonización de máximas y conceptos; pero es rechazada en su *Tratado de Instituciones*, 2.ª ed., I, 187-188.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, 197-198.

<sup>153</sup> Idem, 207.

<sup>154</sup> Idem, 192 ss.



intérprete: si por sistema se entiende el modelo aristotélico de *episteme*, debe concluirse que el Derecho romano no tiende a él de ninguna manera; pero esto no conduce necesariamente a pensar en la ausencia absoluta de todo sistema en el Derecho romano, lo que significaría un inadmisibile «decisionismo». Por ello, más bien se puede partir de conceptos menos rigurosos de sistema que arranquen de la consideración de sus límites cuantitativos (*Umfang*) y cualitativos (*Strenge*). Así considerado, se puede hablar de sistema como de todo «núcleo (pequeño) de deducción» (*Ableitungsbasis* o *-zusammenhang*) o de, gráficamente, «red o tejido de conceptos y declaraciones normativas recíprocamente coordinados» [*(Netz untereinander koordinierter Begriffe und Normativaussagen)*]. En este segundo sentido declara Giaro: «*Die Römer ziehen es wohl vor, mit einer Mehrzahl von eher 'horizontal' ausgebildeten, untereinander koordinierten Kleinsystemen... zu arbeiten*»<sup>155</sup>. Otro aspecto importante en la crítica de Giaro es igualmente el de la relativización que propugna de la distinción entre finalidad práctica y finalidad didáctica: hasta qué punto la escuela se halla lejos de la vida o, de otro modo, en qué medida una clasificación sistemática tergiversa o simplifica la trama del problema dogmático. Desde luego, parece evidente que el restringido uso que de reglas y categorías sistemáticas se realiza en época clásica permita suponer que contrasta con el mucho más prolífico de época anterior y posterior.

La crítica de Giaro conduce por derroteros diferentes (el método utilizado por los juristas romanos) a los emprendidos por el presente trabajo. Bástenos señalar que, coincidiendo con Giaro, no parece sostenible una absoluta ausencia del concepto de sistema en la técnica jurisprudencial. En realidad, el mismo Kaser, casi diríamos, sin advertirlo, se aproxima a una visión sistemática de la fuente cuando, por un lado, reconoce que los juristas resuelven los problemas apoyados en la experiencia, y por otro, que el producto de la actividad de los juristas es un «tejido sin vacíos» (*lückenloses Gewebe*), o que el *ius civile* puede considerarse como *geschlossene Ordnung*. Suscribimos también la opinión de Giaro respecto del escaso desarrollo que se advierte en el Derecho romano clásico de un sistema de prelación de fuentes (en el sentido kelseniano de la expresión) y la relevancia, que tan insistentemente ha señalado Kaser, de las normas jurídicas romanas (?) más como productos de conocimiento que como mandatos imperativos. Es ésta, a nuestro juicio, una de las principales contribuciones de Kaser a la «despandectización», valga el término, de las fuentes. De ahí que no tenga nada de extraño la destacada posición que ocupa en la concepción de Kaser sobre las fuentes el derecho consuetudinario y, sobre todo, el derecho de juristas<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> Idem, 196.

<sup>156</sup> Recordemos, en fin, las palabras de L. Lombardi (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967, 67): «... che la giurisprudenza è ..., la principale (anzi a rigore l'unica) fonte di cognizione-produzione del diritto al livello delle norme generali.»