

SOBRE LOS PROBLEMAS DE LA INVESTIGACION ROMANISTICA

Francisco Samper
Profesor de Derecho Romano

1. LAS VICISITUDES HISTÓRICAS DE LA ORIENTACIÓN METODOLÓGICA ¹

El término "investigación" (*in-vestigo*) significa en latín seguir el rastro, o descubrir, descifrar después de mucho buscar; la actividad científica de búsqueda de la verdad se suele también designar en latín con la palabra *scrutinium*, que es la acción de explorar, examinar, inquirir o tratar de conocer. Entre nosotros, la investigación consiste en aumentar la esfera de lo conocido; buscar lo desconocido partiendo de lo que conocemos, por lo que no consiste en la mera búsqueda de datos o conocimientos que otros ya han expuesto o demostrado, sino que tiene por objeto la búsqueda de un saber adicional o complementario al existente ².

Sin temor de error, puede decirse que el método de investigación es consustancial a la ciencia, hasta el punto de que su empleo diferencia el resultado obtenido como tal conocimiento científico, en oposición al llamado conocimiento vulgar, y es así porque el método constituye la lógica particular de cada ciencia, o, dicho en otras palabras, el proceso racional y crítico adecuado para alcanzar un conocimiento exacto; en el sentido de que el método es una lógica particular, podemos, además, concluir que a cada ciencia corresponde un determinado método investigativo, y ello nos lleva a un primer problema de determinación del lugar que ocupa el Derecho Romano dentro del panorama general de las ciencias.

Una primera aproximación al contenido de Derecho Romano nos presenta esta disciplina como una materia de estructura ambigua y ambivalente, por cuanto parecen confluir en ella los caracteres propios de la Historia y del Derecho: el Derecho Romano es ciencia jurídica, en cuanto opera con materiales jurisprudenciales, pero es también ciencia histórica, en cuanto dichos materiales son considerados como una realidad pretérita cuya fisonomía se pretende reconstruir ³. Esta bipolaridad del Derecho Romano ha sido la razón

¹ Para el concepto de método, *vid.* ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte*, 235 ss., HERMANN, *Teoría de la Educación*, Trad. de Luzuriaga, Buenos Aires (1959) 144.

² Sobre el concepto de investigación, *vid.* POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Trad. de Sánchez de Zavala, Madrid (1962) 27 s. ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte*, 278 s. D'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho*, Santiago de Compostela (1979) 72 ss.

³ La apariencia "bifronte" del Derecho Romano ha sido altamente considerada por los autores, tanto desde un punto de vista sustancial como con relación a los aspectos metodológicos. *Vid.* entre otros, ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte*, 271 ss., D'ORS, *Prelección de 1949*, en *Papeles de Oficio Universitario*, 164, que parece centrar el doble carácter en una relación estudio-utilidad: "siendo el estudio del derecho romano... eminentemente histórico, su principal utilidad ha de ser de carácter muy distinto.

determinante en las oscilaciones metodológicas que nuestra ciencia viene experimentando desde que en los albores del siglo XII se incorpora al panorama de los estudios humanísticos y universitarios, y también puede decirse, desde un punto de vista práctico, que su misma ubicuidad le ha permitido mantenerse permanentemente como disciplina de renovado interés en la formación universitaria, aun a costa de sufrir frecuentes crisis, que coinciden con períodos de mutación en su perspectiva metodológica: el Derecho Romano, a través de su tradición científica, ha oscilado entre los dos extremos de la pura erudición histórico-filológica, por una parte, y de la práctica jurídica inmediata, por otra; los momentos de esta última tendencia coinciden con aquellos en que el Derecho Romano tuvo categoría de sistema jurídico vigente; los de la tendencia histórico-filológica, con las épocas en que el Derecho Romano ha tenido una pura consideración de derecho de la antigüedad clásica; ejemplos típicos de actitud erudita encontramos en el método de los estudiosos renacentistas franceses (*mos gallicus*) o en la moderna crítica de interpolaciones; fines de aprovechamiento práctico, por el contrario, han dado por resultado las escuelas de los glosadores y de los comentaristas medievales surgidos en torno a la Universidad de Bolonia (*mos italicus*)⁴ y la pandectística alemana decimonónica. Pero vale la pena que examinemos más detenidamente este proceso pendular.

a) *La Escuela de Bolonia*

Es bien sabido que el renacimiento romanístico medieval iniciado por Irnerio tuvo una clara orientación práctica; sin embargo, sus comienzos se abren bajo el signo del propio renovador, con la necesidad primaria y sustancial de establecer los textos⁵, pues fue propósito inicial de Irnerio conducir el estudio del Derecho Romano a las propias fuentes justinianas, en toda su complejidad, y relegar como fuentes secundarias los epítomes que habían circulado con relativa abundancia durante la alta Edad Media. El interés de los primeros glosadores, mantenido después por sus sucesores, se centra en el Digesto, cuya división escolar, en su origen, muestra ya un sentido crítico muy marcado que sería inútil destacar, por cuanto es suficientemente conocido de todos⁶. Punto de partida para el estudio del texto restaurado fue la labor

⁴ Sobre las escuelas jurídicas de romanistas medievales y renacentistas, *vid. GUZMÁN, Mos italicus y Mos gallicus*. Rev. D. UCV 2 (1978) 11 ss.

⁵ Irnerio es, ante todo, un filólogo y gramático, que intenta la restauración del Digesto, dando forma a la edición "vulgata" que posteriormente y a partir del fundador de la Escuela, se adopta como texto escolar de Bolonia. Respecto del carácter fundacional de la escuela jurídica de Bolonia, *vid. WIEACKER, Historia del Derecho Privado*, Trad. de Fernández Jardón, Madrid (1957) 43 ss. PIANO MORTARI, *I commentatori e la scienza giuridica medievale*, Catania (1966) 81 ss. Interesantes notas sobre la personalidad y la formación del maestro se encuentran en la reciente obra bibliográfica de SPAGNESI, *Wernertius, Bononiensis iudex*, Firenze (1970) p. 202.

⁶ Conforme con la tradición de Bolonia, el Digesto se divide en tres o cuatro partes, pero no sabemos exactamente la razón de esta forma de división. La primera parte es el *Digestum vetus*, que va desde el principio hasta el título 2 del libro 24; el *Digestum novum* va del libro 39 al 50 inclusive; el *Digestum infortiatum* es la parte intermedia, esto es, desde el título 3 del libro 24 hasta el libro 38 inclusive. Se suele decir que la división tripartita se debe a que cada una de las partes fue descubierta en época distinta, pero hay otras varias explicaciones, muchas de ellas lindantes en lo pintoresco. Algunos dividían el *infortiatum* en dos partes, de manera que la obra

de aclaración sobre el significado de las palabras, ingente obra de exégesis analítica cuyo cumplimiento dio a los estudiosos boloñeses una familiaridad con los textos que posiblemente no ha sido superada hasta hoy; pero este estudio de *significatio verborum* fue sólo el comienzo de una labor más audaz, por cuanto una vez conocido el sentido de las palabras, se pasa a desentrañar el significado del texto, y ya Imerio inicia la costumbre de anotar junto al pasaje comentado los demás lugares del *Corpus* que pudieran estar relacionados con él; de esta manera intentan conciliar las contradicciones o indican la *ratio* de un *responsum* como aplicación de un principio más general o como confirmación o integración de otra sentencia. También usan el método de la *distinctio*, mediante el cual obtienen conceptos subordinados a partir de otros más generales; sabemos que semejante práctica se remonta a la propia jurisprudencia romana, por lo menos en sus momentos más marcadamente didácticos (como el de Q. Mucio Scevola), y que resulta familiar en obras de finalidades escolásticas tales como las Instituciones de Gayo, el Epitome de Ulpiano y la Instituta de Justiniano. Sobre la base de todas estas construcciones obtenidas por análisis, los glosadores formulan reglas generales sintéticas, que no se encuentran contenidas en el texto de las fuentes⁷. En cuanto a la forma de expresión literaria de la glosa, aparte las anotaciones marginales sobre significado de las palabras, el modo más simple es el de los *brocharda*, o reglas jurídicas a las cuales ya hemos hecho referencia; las *summulae* son aquellas notas o glosas propiamente tales, escritas al margen de un título o de un fragmento, con las que se pretendía declarar o aclarar el significado del fragmento, de la rúbrica o acaso del título entero; los *tractatus* reunían las definiciones y glosas dispersas que se referían a una sola materia; las *summae*, por fin, cuyo nombre recuerda a las contemporáneas obras teológicas de gran aliento, reúne varias *summulae*, precedidas de un prólogo de carácter sintético y generalizante; tras el cuerpo del tratado se agrega una serie de estudios sobre el tema de las *summulae*, en cierta manera desconectadas del *Corpus* justiniano⁸.

La orientación metodológica general de estos tratadistas, cuya impronta ha quedado grabada en el proceder de toda la literatura jurídica moderna, puede resumirse en el célebre dístico descriptivo compuesto hacia mediados del siglo XVI:

venía a quedar compuesta de cuatro. En cuanto al *Corpus Iuris Civilis* —nombre que también se debe a la escuela de Bolonia— es dividido en cinco partes: las tres del Digesto, el *Codex* (que comprende los nueve primeros libros solamente), el *Volumen*, con los tres últimos libros del Código, la *Instituta*, las *Novelas* en el texto del *Authenticum*, a las que solía agregar los *Libri Feudorum*, la *Lombarda* y algunas constituciones de emperadores romano-germánicos, cfr. PIANO MORTARI, *op. cit.*, 59 ss.

⁷ Sobre este modo de proceder de la glosa pueden consultarse, entre otros, la ya clásica obra de VINOGRADOFF, *Diritto Romano nell'Europa Medievale*,² Trad. de Riccobono, Milán (1950) 37 ss., KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Trad. de Sta. Cruz, Madrid (1955) 109 ss., WIEACKER, *op. cit.*, 42 ss., KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge (1932) 64 ss., PIANO MORTARI, *op. cit.*, 78 ss.

⁸ PIANO MORTARI, *op. cit.*, 80.

Promitto, scindo, summo, casumque figuro,⁹ prolego, do causas, connoto, obiicio.

Promitto, es decir, presentación en conjunto de un problema; *scindo*, esto es, distinguir, superar los elementos simples que aparecen en el problema, labor analítica de particularización; *summo*, o sea, recapitular desde el punto de vista de precedentes de autoridad; *casum figuro*, que significa ilustrar el problema con ejemplos varios y cuestiones semejantes; *prolego*, o lo que es lo mismo, análisis crítico del texto, a fin de escoger la variante más firme y establecer así la lectura correcta; *do causas*, es decir, enunciar las cuatro causas aristotélicas; *connoto*, formular reglas y analogías; *obiicio*, que consiste en adelantarse a las posibles objeciones y absolverlas satisfactoriamente.

Resulta para nosotros altamente interesante el hecho de que los juristas boloñeses fundamentaran su obra en textos de autoridad cuya última referencia era la compilación justiniana, a la cual le era atribuido un carácter casi religioso: la actitud de los teólogos y de los juristas venía entonces a coincidir en este punto crucial de la metodología¹⁰: así como las Sagradas Escrituras representan la fuente de toda verdad en el campo religioso, y a ellas se remite a través de autoridades intermedias (como pueden ser los escritos de los Padres) cualquier sentencia de orden práctico o especulativo que pueda emitir un teólogo, así el *Corpus Iuris* es la *última ratio* a la que el legista recurre a través de sucesivas glosas de autoridad para fundamentar su propio dictamen. La jurisprudencia era, pues, la ciencia de interpretación del *Corpus Iuris*, texto único, coherente, cuyas contradicciones son explicadas por el método de la distinción; expresión a la vez de la anhelada unidad imperial y de la sabiduría incommovible del sistema, cuerpo en el que su contenido se impone sobre la propia historia de sus estratos. El género literario usado por estos legistas, la glosa, refleja claramente el fin interpretativo de su actividad intelectual, porque se ejercita en torno a la *ratio scripta*¹¹ del texto, y toda esta exégesis se desarrolla guiada por reglas fundamentalmente análogas a las que se emplean para la hermenéutica bíblica, pues como ciencias textuales que eran la teología y la jurisprudencia, los esquemas y métodos lógicos de una y otra disciplina resultan ampliamente intercambiables. Se debe agregar que, en esta época, la teología sufre una notable transformación, a impulsos de la recuperación de las obras de Aristóteles, y del simple análisis exegético de las Escrituras, de las explicaciones verbales o los esfuerzos para armonizar pasajes aparentemente contradictorios, se pasa a través de construcciones especulativas no siempre apoyadas directamente en el texto sagrado, a la sistematización científica de la doctrina católica, que en la obra ingente de Santo Tomás se convierte en arquitectura lógica y conceptual de los principios difusos contenidos en la Biblia: la hermenéutica bíblica se convierte en una dogmática teología, y así, paralelamente, la hermenéutica del *Corpus Iuris* tiende a transformarse en una "dogmática jurídica"¹².

⁹ Vid. particularmente, WIEACKER, *op. cit.*, 46.

¹⁰ Las relaciones entre los juristas y los teólogos en cuanto al método, han llamado a menudo la atención de los estudiosos, Vid. KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 110, CALASSO, *Medioevo del Diritto*, I, Milán (1954) 370, ID. *Storicità del diritto e scienza del diritto*, en *Storicità del Diritto*, Milán (1966) 180, D'ORS, *Sobre el dogma jurídico*, en *Papeles de Oficio Universitario* (1961) 176.

¹¹ La expresión "*ratio scripta*" es usada la primera vez por Leibniz: D'ORS, *La crisi attuale del diritto nell'impostazione romanistica*, en *JUS* (1951) 345.

¹² Cfr. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milán (1951) 108.

No nos parece casual que la actitud "dogmática" de los glosadores haya estado ligada a una tendencia práctica de aplicación actual de sus resultados: es verdad que la ciencia de los juristas boloñeses consideraba al *Corpus Iuris* desde el punto de vista de su contenido intrínseco, independientemente de sus posibilidades de utilización práctica, pero al mismo tiempo el *Corpus Iuris* es tenido como *lex una*, elemento legislativo unificador del Imperio, colocado en calidad de derecho común y universal frente a los estatutos personales o locales; así fue inevitable un deslizarse de la jurisprudencia romanística a terrenos más cercanos a la praxis, puesto que el propio contenido de las glosas era aprovechado como *ius commune omnium hominum*, para la resolución de los conflictos que quedaban más allá de los derechos particulares¹³. Los glosadores se ven, pues, impulsados a crear un sistema, que simultáneamente pudiera invocar el prestigio unitario del Imperio —por referencia al *Corpus Iuris*— y tuviese la precisión y flexibilidad convenientes para las exigencias jurídicas de aquel momento histórico: semeja esta actitud, a primera vista, la de los jurisprudentes romanos de la República, que se remontaban hasta las XII Tablas en un largo vuelo interpretativo; mas realmente hay diferencias sustanciales entre unos y otros, ya que mientras la brillante pléyade que se inicia con Sexto Elio Peto Cato difunde su estilo en un medio que todavía desconoce el legalismo jurídico, los glosadores han de contar con la confusión moderna entre *lex* e *ius*, de manera que al invocar el texto, pretenden apoyar sus argumentos no sólo en la autoridad de la *ratio scripta*, sino sobre todo en la voluntad imperial manifestada; por eso se puede decir, con más propiedad, que su actitud creadora está emparentada con la de los autores de las interpretaciones que conocemos a través del Breviario de Alarico, aunque naturalmente el objeto interpretado, la preparación intelectual de los intérpretes y la fineza del método empleado difieren en forma notable para uno y otro caso.

Los comentaristas o *consiliatores* representan una acentuación de la línea dogmática y ahistórica¹⁴, por lo que en nuestra breve excursión de los antecedentes metodológicos de nuestra ciencia hemos de considerarlos como dos momentos de una misma tendencia, diferenciada, sobre todo, más que por el método, por el empleo de la diversidad de fuentes jurídicas vigentes. Labor principalísima de los comentadores es el intento de armonizar la *Magna Glosa accursiana* —considerada como un verdadero código legal— con el *Corpus Iuris Canonici* o con los derechos locales¹⁵. La construcción dogmática los lleva a

¹³ Las fuentes romanas proporcionan elementos para crear un *ius commune* en dos sentidos distintos —fuera del aporte al derecho canónico—, por una parte, dando origen a un sistema internacional público, a través de la idea extraída de una interpretación a D. 1,1,5, según la cual la guerra, como introducida por el *ius gentium*, sólo puede ser declarada "*a principe vel a populo Romano*". Cfr. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici medievali* 2, Milán (1958) 266. En segundo lugar, el derecho romano, en cuanto *lex* transferida al Sacro Emperador, y en cuanto doctrina, fondo común de las escuelas jurídicas de la cristiandad, sirve de derecho privado supletorio y de derecho de conflictos de toda la Europa Occidental. Vid. PIANO MORTARI, *op. cit.*, 137 ss.

¹⁴ Esta actitud ahistórica es bien conocida y se debe ver como un reflejo del carácter práctico del estudio sobre los textos romanos. Sobre este punto puede verse KOSCHAKER, *op. cit.*, 117 ss.

¹⁵ Sobre la *Magna Glosa*, TORELLI, *Per l'edizione critica della glossa accursiana alle istituzioni*, RSD, 7 (1934), ASTUTI, *L'edizione critica della glossa accursiana*, Atti. Cong. Int., I Roma (1935) 322 ss., NICCOLINI, *I giuristi postaccursiani e la*

apartarse cada vez más del texto justiniano, que es usado sólo como una referencia de fundamentos fácticos para crear sobre los principios generales deducidos un sistema jurídico distinto, útil para resolver, sobre todo, los problemas de conflictos estatutarios según una minuciosa técnica de distinciones y sub-distinciones que hoy todavía persiste viva en el ámbito del derecho internacional privado.

b) *La tendencia humanista*

El derecho de los comentaristas, sin embargo, como modo de estudio de los textos romanos, va a sufrir una crisis que coincide con la aparición del movimiento humanista conocido bajo el nombre de Renacimiento¹⁶. La expresión de estas nuevas ideas se manifiesta primeramente en la propia Italia, donde los juristas Maffeo Vegio (1406-1458) y Lorenzo Valle (1400-1457) inician la polémica antibartolista¹⁷; achaca el primero de ellos a los comentaristas haber oscurecido el sentido del *ius civile*, en vez de aclararlo; se lamenta de que las opiniones de Bartolo o Cino prevalezcan sobre las de Papiniano o Ulpiano, y en una actitud que presagia la crítica de interpolaciones, acusa a Triboniano de haber mutilado la obra de los juristas clásicos, es decir, el patrimonio más preciado de la ciencia romana del derecho. Valle plantea la necesidad de restaurar el *Corpus Iuris* en su pristino significado y de depurarlo de las corrupciones introducidas por Justiniano. Un siglo más tarde, Alciato propone llanamente el empleo del método filológico para la restauración de la obra de la jurisprudencia romana clásica¹⁸.

Pero las nuevas tendencias humanistas van a tener un desarrollo notable sobre todo fuera de Italia, en Francia y en Flandes; es el propio Alciato quien inicia el movimiento en Francia, ambiente social donde el florecer de estas ideas se vería facilitado por el hecho de que allí el régimen jurídico estaba fundado no tanto sobre la supervivencia del Derecho Romano, sino sobre el *droit coutumier* que provenía de fuentes regionales, locales y del Rey: el descubrimiento del *Corpus Iuris* tuvo entonces el valor de un hallazgo histórico, cuyo interés no radicaba en ser un elemento de aplicación a la praxis, sino una fuente de estudio erudito. La influencia de la cultura humanística sobre las disciplinas jurídicas se revela claramente en la tendencia de la nueva escuela a desarrollar los métodos histórico y filológico para la consideración de los textos romanos: tras esta postura latía un poderoso sentido de crítica, tanto hacia las fuentes históricas como a los resultados que la sabiduría medieval había obtenido en virtud de los conocidos métodos de la glosa y el comentario. Esta introducción, en el campo del pensamiento jurídico, de la filología de los humanistas, no podía dejar de tener una eficacia revolucionaria: la aspiración de res-

fortuna della Glossa in Italia, *JUS* (1964) 42 ss. Para el intento de armonizar la Magna Glosa y los otros derechos vigentes, PIANO MORTARI, *op. cit.*, 247 ss.

¹⁶ Ante la inutilidad de citar la bibliografía completa sobre el amplio tema del humanismo jurídico, nos limitamos a indicar, además de las obras de KOSCHAKER y WIEACKER ya citadas, a ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "de iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, Bologna (1937) 26 ss. PIANO MORTARI, *Aspetti della Scuola culta*, Catania (1966) p. 198.

¹⁷ Cfr. PIANO MORTARI, *Aspetti*, 4 s.

¹⁸ Para la figura de Alciato y su postura metodológica, *vid.* PIANO MORTARI, *Aspetti*, 6 s..

taurar la exacta lectura del texto del *Corpus Iuris*; la búsqueda del contenido propiamente clásico del Digesto; el establecimiento de estratos históricos en la fuente hasta entonces considerada monolíticamente incommovible, significaba una valoración distinta de la compilación justiniana, considerada ahora sin más como una obra humana, admirable sí, pero perteneciente a un determinado momento y ambiente histórico, con lo que implícitamente se disminuía su valor metajurídico y eterno.

Hemos visto cómo existió una semejanza evidente en cuanto a sus métodos de trabajo, entre los teólogos y los juristas medievales; ahora bien, dicho paralelo se mantiene también en el Renacimiento, por cuanto entre los teólogos humanistas, tanto católicos como protestantes, se despierta extraordinariamente el interés por el estudio de las lenguas clásicas y del hebreo y arameo; ello debía servir, en primer lugar, para restaurar la lectura, filológicamente exacta, de las Sagradas Escrituras, al mismo tiempo que la historia y sus ciencias auxiliares coadyuvarían al establecimiento del texto genuino entre las múltiples variantes que presentaban los manuscritos¹⁹. Había una manera diversa, en unos y en otros, de concebir su labor frente a los métodos de los años anteriores, que, sin embargo, no llegó a abrogar la consideración de Palabra Revelada para la Biblia, ni de *ratio scripta* para el *Corpus Iuris*, pero éste no es considerado ya texto positivo, sino depósito de valor doctrinario útil, cuando más, para ilustrar como un elemento de aportación jurisprudencial las decisiones sobre materias no reguladas por esas leyes reales o la costumbre. En el siglo XVI se determinan así los primeros presupuestos para distinguir, en el estudio del Derecho, por una parte, la actividad del historiador, puramente científica, dirigida sin fines de aplicación inmediata a la reconstrucción de fenómenos jurídicos o de doctrinas jurisprudenciales del pasado y, por otra, la labor intelectual dirigida a la comprensión y al desarrollo lógico de un texto vigente.

Ha de tenerse presente un aspecto singular de esta postura renacentista; particularmente frente a ciertas afirmaciones en el sentido de que la escuela culta sometió el Derecho Romano a un proceso de historicación. Es verdad que la jurisprudencia del *mos gallicus* considera el Derecho Romano como un producto histórico, y distingue un derecho clásico de un derecho justiniano, pero en cuanto se quiera significar que la escuela culta juzgó al Derecho Romano en su contexto individual y distinto sin medirlo según su correspondencia con un criterio inmutable de valor, debemos negar tal afirmación²⁰. Los juristas del Renacimiento no abandonaron nunca la idea de considerar la experiencia jurídica romana como *ratio scripta*, sobre todo cuando se referían al derecho clásico, y de reconocer en ella un conjunto de soluciones que se podía estimar modelo perenne de equidad y racionalidad; por ello, sólo los principios y sentencias no conformes con el concepto inmutable de racionalidad jurídica aparecían como susceptibles de ser superadas y sustituidas por la actividad del intelecto humano. La idea de la historicidad absoluta del derecho, según la

¹⁹ Sobre esta nueva forma de paralelismo entre método jurídico y método teológico, *vid.* PIANO MORTARI, *Aspetti*, 171 ss. Como hace notar el autor, el estilo teológico renacentista no es exclusivo de los reformadores, sino que alcanza por igual a los escrituristas católicos y protestantes.

²⁰ La postura ultrahistórica ha sido atribuida sobre todo a Hotman, que propició una codificación jurídica para el Reino de Francia, en vista de la escasa adaptabilidad del *Corpus Iuris* a las circunstancias contemporáneas. Puede verse una amplia consideración sobre el asunto en PIANO MORTARI, *Aspetti*, 174 ss.

cual los sistemas vigentes se forman en consideración a exigencias ambientales y de circunstancias históricas determinadas; el concepto de la continua adecuación del régimen jurídico, todos estos principios, aunque acaso latentes, se hallan mitigados por la idea de que se poseen, a través del *Corpus Iuris*, principios absolutos válidos para todo tiempo.

c) *La pandectística*

Los estudios romanísticos van a dar un nuevo giro, a partir del siglo XIX, por obra de la impronta de Savigny y su Escuela Histórica del Derecho²¹, que supone en cierta manera el inicio del regreso al *mos italicus*, como reacción frente al racionalismo de la escuela francesa: punto fundamental en la doctrina de Savigny²², es que el derecho no emerge del puro raciocinio atemporal, sino que es una elaboración viva y continua que logra cada pueblo en su propia historia. Dentro de la escuela prodúcense dos orientaciones distintas, que representan dos claras direcciones científicas: por una parte, los historiógrafos puros, con la meticulosidad propia de un filólogo o de un arqueólogo, conservarán en cierta manera el estilo metodológico de sus predecesores humanistas; por otra, la "pandectística" tratará de estudiar la ininterrumpida tradición romanística, para establecer "dogmas" jurídicos que permita dar coherencia científica al derecho actual. El estudio historicista depurado, entre cuyos cultivadores se encuentran hombres de la talla de Blumme, Bruns, Ferrini, Mommsen, puede considerarse como antecedente o anticipo de la dirección crítica contemporánea; los pandectistas, por el contrario, al igual que los bartolistas, toman al Derecho Romano como una tradición viva y vigente, y elaboran lo que se denominó un "sistema actual del Derecho Romano": entre ellos cabe mencionar a Ihering, Puchta, Glück y Windscheid.

El tratado sobre la posesión, de Savigny, viene a ser como el manifiesto de la nueva escuela. Su autor afronta monográficamente este difícil tema y empleó para ello un procedimiento nuevo: primero expone el Derecho Romano puro, mediante investigación de las fuentes, y después, las reformas experimentadas en leyes y prácticas posteriores. Indudablemente que en esta novedad metodológica está la originalidad de Savigny: ciertos principios, tenidos hasta entonces como Derecho Romano, cobran su verdadero significado medieval, mientras que otros, aparentemente extraños al *Corpus*, pueden entenderse romanos por ser como una adaptación evolutiva de ellos. Por otra parte, Savigny niega al Derecho Natural y a las codificaciones la capacidad de crear un derecho útil para todas las épocas y pueblos: la escuela histórica considera el Derecho no como un sistema de principios racionales que el hombre va descubriendo, con valor universal semejante a las leyes físicas, ni como producto casual de accidentes pasajeros, sino como emanación del alma del pueblo (*Volksgeist*) fraguado en cada país y para cada época en un lento proceso,

²¹ Sobre la Escuela Histórica y el *usus modernus pandectarum* pueden consultarse, entre otras, WIEACKER, *Europa und das römische Recht, Verborgenheit und Fortdaner*, en *Von römischen Recht* (1961) 228 ss. ID. *Gründer und Bewahrer* (1959) con rec. de D'ORS, AHDE (1959) 748 ss. ID. *Der gegenwärtige stand der Disziplin neuren Privat rechtsgeschichte*, en *Eramon Meridaleis I* (1963) 11 ss.

²² Una visión de los puntos doctrinarios de Savigny, en KOSCHACKER, *op. cit.*, 365. También PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giurídica*, en *St. Koschaker II*, p. 309 ss. IGLESIAS, *Savigny*, en *Estudios Romanos*, p. 55.

bajo los influjos de la raza, la historia, las condiciones económicas y las creencias morales.

En su dirección metodológica pandectística sobre la que ahora hemos de centrar nuestro interés, la escuela histórica tiende a crear una teoría general de aquella parte del derecho privado fundada en el Digesto: la finalidad de este método es eminentemente práctica, ya que a la sazón era el Derecho Romano sistema vigente en el Imperio alemán; sin embargo, la escuela perduró hasta después de la codificación del año 1900, y cabe agregar que aunque el movimiento era contrario a los códigos, la obra de los pandectistas tuvo una decisiva influencia en su elaboración, hasta el punto que se suele decir que el Código Civil Alemán no es sino el Tratado de Pandectas, de Windscheid, puesto en forma de artículos legales.

Consecuentes con la realidad de que el Derecho Romano era efectivamente el derecho histórico y vigente del Imperio alemán, intentan los pandectistas, ante todo, la restauración de lo que constituía un verdadero texto legal positivo: el *Corpus Iuris* de Justiniano, y como fuente de conocimiento habría que reconstruirlo en su originaria integridad. Para el Digesto se prefirió el texto de la "Florentina" en lugar de la "Vulgata" predilecta de los glosadores, y sólo se acudió a ésta para eventuales correcciones o integraciones. Los basílicos, en general, son dejados de lado, salvo para algún caso muy concreto o para completar alguna rúbrica. Respecto del Código, se dio especial valor a las *leges restitutae*, esto es, a las constituciones que se introdujeron en las ediciones posteriores al siglo XVI mediante la utilización de los textos jurídicos griegos. Para las novelas se prefiere siempre la versión griega en el caso de que hayan sido promulgadas en dicha lengua.

Los textos romanos no justinianeos son también estudiados, pero por cuanto no tienen validez de derecho vigente, sólo interesan en la medida que permiten comprender mejor el sentido del *Corpus Iuris*, y otro tanto se puede afirmar respecto de la labor exegética de los juristas intermedios: en esta actitud se percibe una contradicción conceptual de la pandectística, por cuanto, por una parte, afirmaban que el derecho histórico vigente era el de la tradición jurídica alemana, pero, por otra, desechaban la comprensión del derecho medieval y moderno, como si el *Corpus Iuris* hubiese llegado a ellos en calidad de derecho positivo sin pasar por el puente de la tradición romanística intermedia.

Las obras de los tratadistas y monografistas van paulativamente creando una teoría general del derecho privado, con principios formulados mediante inducción a partir de las soluciones singulares propuestas en el *Corpus Iuris*: en esto se diferencia la pandectística de la escuela del derecho natural, por cuanto los iusnaturalistas procuran deducir consecuencias de ámbito particular partiendo de principios aprioristas de carácter general; sin embargo, ambos sistemas metodológicos tratan de construir una dogmática general de carácter puro.

Nos queda por mencionar el método expositivo de la pandectística, que no deja de ofrecer algunos aspectos interesantes: dicho sistema repugna el orden legal y trata de reproducir la sucesión sistemática del *Corpus Iuris* tal como fue conocido desde el siglo XVI gracias a los trabajos de Connano y Donello. Es constante en el método de la pandectística el esfuerzo de abstracción y construcción sistemática que tiende siempre a recoger los viejos principios informadores y trata de aclarar a la luz de ellos el sistema jurídico entero en cada uno de sus casos. Por lo demás, invariablemente se nota un cierto olvido inten-

cionado por toda elaboración doctrinal debida a los juristas precedentes. Una excepción en este sentido se ha de considerar la ingente obra de Glück, iniciada en 1790 y terminada por los discípulos del autor después de la muerte de éste, en el año 1830; la obra recoge las opiniones de los juristas intermedios, y el orden sistemático de la exposición es el habitual que se usaba para el Digesto en el período precedente. Los volúmenes singulares, no obstante, pueden considerarse como auténticas monografías, donde el autor escribe según su propia originalidad, sin aludir nunca a una progresión textual.

La influencia que ejerció la pandectística sobre los estudios de Derecho Privado, en general, y de Derecho Romano, en particular, ha sido suficientemente comentada como para que sea necesario recalcarla en estas líneas. En lo que a nosotros interesa para este momento, diremos que representa un punto de llegada del estudio sobre el *Corpus Iuris* según el estilo iniciado en Bolonia; prescinde, pues, del aspecto histórico de las instituciones jurídicas, y se desinteresa llanamente por su evolución; por ello las corrientes del presente siglo acusan a la pandectística de ahistoricidad, ya que las tendencias hasta ahora en boga miran al Derecho Romano fundamentalmente como un derecho histórico, con todas las consecuencias que ello implica.

El siglo presente parece haber nacido bajo el signo del método interpolacionístico, al que no nos referiremos por ahora, sino para mencionarlo, pues debemos hablar extensamente de él más adelante. En gran manera se pueden considerar mentores de esta novísima metodología a los estudiosos de la escuela histórica que agrupamos bajo la denominación de "historiógrafos": significa el retorno al estilo culto del *mos gallicus*, así como la pandectística habría significado el retorno al estilo pragmático del *mos italicus*. El eclipse del pandectismo se puede explicar —y así se ha hecho invariablemente— por la pérdida del carácter de derecho vigente que sufrió el *Corpus Iuris* tras la promulgación del Código Civil Alemán, y una vez más encontramos coincidencia entre actitudes preferentemente históricas y circunstancias externas que impiden la aplicación efectiva del Derecho Romano a la vida práctica: a lo largo de este ligero recuento de la historia metodológica de nuestra ciencia, los dos momentos de reposo en el movimiento pendular han aparecido marcados siempre con el mismo sello, como si una consideración "dogmática" o para decir con más propiedad "sistemática" del Derecho Romano, estuviese ligada a la condición de derecho aplicable y fuese, además, incompatible con un estudio propiamente erudito, de dirección histórico-filológica. Nos resulta imprescindible tratar de aclarar el sentido de estas antinomias antes de tomar postura frente al problema del método.

2. HISTORIA DEL DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO

a) *Carácter científico de la Historia. Ley y Libertad*

Ha sido un viejo tópico referirse a la historia como una forma de conocimiento contraria y opuesta al conocimiento propiamente científico, por cuanto la historia está orientada hacia el conocimiento de lo que es concreto e individual, en oposición a las ciencias, cuyo objeto lo constituyen hechos regidos por leyes generales, abstractas y previsibles. Esta postura ha sido sustentada, incluso por historiadores de gran valía que, influidos por el espíritu positivista del siglo XIX, desesperaban de poder reducir la historia a los esquemas de una ciencia

exacta: "la historia debe llamarse la ciencia eminentemente inexacta", decía Huizinga²³, y en otro pasaje agregaba que era necesario renunciar a plantearse el concepto de la historia como ciencia, en vista que en determinados autores (por ejemplo, en Heródoto) no lo ha sido, y que se ha de tener respecto de este conocimiento la consideración más general de "fenómeno cultural"²⁴.

Según la concepción que acabamos de describir, la ciencia procede de un modo distinto a la historia, y hasta podría decirse que opuesto: la ciencia consiste en elaborar los conocimientos que la experiencia pueda proporcionar, disponiéndolos en clases y categorías, o comprendiéndolos en reglas o leyes generalizantes que después, a veces, se las hace descender a casos concretos de manera que puedan hacerse previsibles sus características de aparición, modalidades y accidentes; la historia, por el contrario, es el campo de lo individual y lo irreplicable, y como tal, irreductible a leyes generales: los hechos del pasado, establecidos a través de los métodos del historiador, se ordenan no según géneros afines, sino según una sucesión temporal de antes y después, y no se explican conforme a principios generales, sino cuando más, por un encadenamiento causal. Agregaremos que, en lo que interesa a nuestro tema, aquello que se dice para la historia, se dice también para la historia del derecho, aquello que se dice para la ciencia conviene igualmente a la ciencia (dogmática) jurídica²⁵.

Esta postura es el trasunto de una visión dicotómica respecto de la entera obra de la creación, según la cual la "naturaleza", con la rigidez inexorable de sus principios y leyes, se opone al hombre, o a lo que en él reside de más íntimamente personal: su libertad, en cuanto hace imposible prever la conducta del sujeto según un esquema de necesidad legal. Ya tendermos tiempo de considerar más detenidamente semejante visión, sobre todo a la luz de la nueva orientación que han tomado las ciencias de la naturaleza como resultado de los descubrimientos más recientes; por ahora nos limitaremos a agregar que la dicotomía aludida pasó a tener, desde mediados del siglo pasado, por influjo de la filosofía positivista, un matiz valorativo que colocaba a la historia y a las "humanidades", en general, en un rango epistemológico inferior a las otras disciplinas, las cuales vendrían a constituir las únicas ciencias verdaderas²⁶: en semejante clima espiritual se explica la postura de Huizinga, que se nos aparece no exenta de cierta dosis de amargura y desaliento. Desde entonces, no ha sido infrecuente que historiadores y humanistas busquen la manera de establecer principios generales que puedan dar categoría "científica" —según el punto de vista del positivismo— a las disciplinas cuyo estudio profesan.

Sin embargo, la actitud mental que hemos descrito como típicamente positivista, no es originaria en los discípulos de Comte, pues ya Francis Bacon afirmaba que el conocimiento histórico no podía considerarse científico²⁷, en cuanto que prescindía del principio de causalidad: la historia se parangonaría

²³ HUIZINGA, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, Madrid, 1934, I, 26 ss.

²⁴ HUIZINGA, *El concepto de la Historia y otros ensayos*, p. 87 ss.

²⁵ Tal aplicación de la dicotomía historia-naturaleza a la relación historia jurídica-dogmática jurídica parece encontrarse en ELLUL, *Essai sur la signification philosophique des réformes actuelles de l'enseignement du droit*, en *Arch. Phil. du Droit* (1961) 1-18, que se pronuncia contra la reducción del derecho a "ciencia fáctica" en lugar de conservar su carácter de "ciencia normativa".

²⁶ Remitimos, sobre este punto, a MARAVALL, *Teoría del saber histórico*, p. 52 ss.

²⁷ "Historiam et experientiam pro re habemus, quemadmodum etiam philosophia et scientiae", *De dignitate et augmentis scientiarum* 2,1,5.

así con el puro conocimiento empírico, cuya utilidad se reduce a la habilidad para reunir datos que podrán ser utilizados posteriormente por la verdadera ciencia o por la filosofía. Durante el período que media entre Bacon y la aparición del positivismo, se gesta un importante cambio en la orientación de las ciencias naturales: ya desde el punto de vista de los físicos que revolucionaron la astronomía, el conocimiento científico no va a consistir tanto en la explicación causal, sino en la descripción de la forma en que se producen los fenómenos, de manera que se pueda inducir de ellos un principio general y constante²⁸. Esta nueva forma de determinar un conocimiento científico recibió el nombre de "ley", entendida como expresión de relaciones fijas y constantes y, en consecuencia, formulable por medio de una ecuación matemática. El concepto de "ley" difiere del de "causa": ésta se refiere al porqué del fenómeno; aquélla a la forma en que se produce, al cómo, de manera que viene a consistir en la regularidad con que determinados hechos se presentan cuando otros han sido dados, sin que, no obstante, se puede afirmar que en semejante relación de hechos haya un nexo de dependencia, sino únicamente una regla de sucesión.

Conforme con esta nueva orientación de la epistemología científica, el argumento de Bacon para excluir a la historia de la familia de las ciencias, quedaba invalidado, por cuanto se negaba el carácter de causal al conocimiento científico, más he aquí que desde la perspectiva positivista, Durkheim excluye a la historia precisamente por una razón opuesta a la de Bacon: porque la historia se ocupa del conocimiento de las causas, en lugar de establecer conexiones legales²⁹, de manera que por distintos caminos, en dos épocas diversas, se vino a llegar al resultado idéntico de negar al conocimiento histórico la categoría de científico. Bajo el peso de esta visión estrecha de la filosofía positiva, los estudios históricos logran renovarse de manera extraordinaria, hasta el punto que puede afirmarse que nuestro actual modo de concebir la historia deriva de la profunda revisión metodológica iniciada por Niebuhr y Ranke³⁰, pero los maestros de aquella época no pudieron evitar la influencia de los criterios lógicos dominantes, ni tampoco lograron sustraerse a la desazón que les producía la irreductibilidad de la historia al esquema de las ciencias naturales; el planteamiento de la metodología histórica desde entonces, se ha reducido a dos problemas fundamentales de que derivan todos los demás, a saber en primer lugar, sobre si es posible al historiador coordinar los hechos de manera que logre establecer "leyes históricas" según el modelo de las ciencias naturales, o si por el contrario, la condición de irrepetible e individual que tienen los hechos históricos hace contradictorios con su objeto cualquier esfuerzo de generalización; el segundo problema se refiere a la circunstancia de que el historiador no conoce los hechos históricos de manera directa, sino a través de testimonios³¹, lo que acarrea como consecuencia su necesidad de someter

²⁸ Vid. al respecto, MACH, *Conocimiento y error*, 220 ss.

²⁹ DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*¹⁰ (1947) Abs.

³⁰ Esta renovación data, pues, de principios del siglo pasado, ya que la *Historia Romana* de Niebuhr comienza a aparecer en 1811, y la *Historia de los Pueblos Latinos* de Ranke, en 1824. En esa misma época Hegel pronunciaba sus célebres "Lecciones sobre la filosofía de la Historia".

³¹ Por eso, la Historia puede ser concebida como "estudio de textos" del pasado, antes que como "estudio de hechos" del pasado. Igual que todas las ciencias pertenecientes al campo de las humanidades, su objeto consiste en *verba* y no *facta*, por

dichos datos a una labor de interpretación que cubre al testimonio de un velo más o menos denso de subjetividad.

Por lo que se refiere al primero de los problemas apuntados, hemos de decir previamente que ya la ilusión de poder establecerse leyes de validez universal para las ciencias naturales, se ha desvanecido con la misma rapidez que otrora, al estímulo de la filosofía positivista, dominó en el pensamiento metodológico de los sabios. Hoy sabemos con mejores datos y argumentos que las leyes científicas son válidas para un grupo de fenómenos, o para un sector de la realidad, y que fuera de estos campos limitados, pierden su validez³², como, por ejemplo, sucede cuando se pretende aplicar los principios formulados para la física macroscópica a la física corpuscular, o cuando se traslada la geometría euclidiana, válida para espacios planos reducidos, al campo del universo curvo infinito. En cierta manera, puede decirse que las leyes físicas se han hecho históricas, por cuanto su validez ha dejado de considerarse universal, y rigen para un grupo particular de hechos. Pero hay más; la propia historia opera invariablemente con conceptos que no son estrictamente individuales, sino que guardan una relación expresa o implícita con géneros de hechos: no podemos pensar en Labeón sin considerarlo como un "jurista", "romano", "clásico", "proculiano"; lo mismo sucede si hablamos de la "compraventa" "romana", de las "fuentes" del "derecho", etc. El estudio histórico requiere, por una parte, cierta abstracción de la realidad, pues sabemos muy bien que no todos los datos que nos proporcione el pasado, o que podamos indagar del pasado, constituyen por sí mismos un hecho histórico. ¿Tendría, por ejemplo, interés histórico establecer el número de *mancipationes* que se realizaron durante el siglo que precedió al advenimiento del Imperio? Sabemos que se han efectuado innumerables *stipulationes* en Roma, y cualquier documento, cualquier inscripción que contenga el texto de una *cautio*, será para nosotros material precioso en cuanto elemento para conocer cómo se cumplía dicho negocio en la vida jurídica romana, pero evidentemente que no tomamos como objeto de la historia del Derecho Romano cada estipulación, en particular, sino la forma estipulatoria, en su contexto y en su evolución. Por otra parte, lo individual de la historia no está en los datos aislados, puesto que, para seguir con el ejemplo que hemos dado, cada acto estipulatorio viene a ser poco más o menos lo mismo que otros muchos que podamos conocer, y en tal sentido, una *stipulatio* poco tiene de individual, puesto que viene a ser la repetición de un género amplio. Muchos hombres en Roma alcanzaron la dignidad de *Pontifex Maximus*; muchos ejercieron el *imperium proconsulare*; muchos fueron honrados con el calificativo de *pater patriae*; muchos tuvieron potestad de *intercessio*, general propia de un tribuno de la plebe; pero la singularidad de Cayo César Octaviano no está en haber alcanzado cada una de estas dignidades, sino en que llegó a acumularlas todas simultáneamente. Con esto queremos expresar un principio que nos parece fundamental en el conocimiento

eso que siempre que nos referimos a "hechos históricos", queremos significar "acontecimientos que constan en documentos pretéritos", al respecto, *vid. D'Ors, Sistema de las Ciencias*, III, 42 ss.

³² *Vid. sobre este punto COLLINGWOOD, The idea of nature*, 177 ss., El principio de complementariedad, enunciado por BOHR, viene a reconocer que la naturaleza de los fenómenos físicos depende (es función) del sistema o conjunto en que se manifiestan; así, el electrón es partícula al atravesar el espacio y onda al atravesar la materia.

histórico, y que se puede formular así; el objeto de la historia se caracteriza por ser individual e irrepetible, pero lo individual no está en el dato aislado, sino en la conexión irrepetible que se da. El olvido de esta sencilla verdad ha desviado el problema del objeto de la historia del derecho, en muchos autores eminentes, por caminos escabrosos y cerrados, como luego tendremos ocasión de considerar; la singularidad histórica que llamamos Derecho Romano no consiste en un conjunto de negocios, testimonio de cuya realización podemos encontrar en documentos varios³³, pues no es singular que la gente intercambie bienes, alquile tierras, herede a sus antepasados, reclame contra los deudores insolventes, pero sí es peculiar la forma en que los jurisperitos romanos entendieran la conexión de dichos elementos, la relación que, en concepto de ella, existía entre la deuda no satisfecha y la reclamación que podía seguirse, la manera como el pretor agrupó las acciones en familias afines dentro del Edicto.

En cuanto a la aplicación del concepto de ley dentro del conocimiento histórico, también ha sido frecuente comprobar que los historiadores muestran una desilusión desesperanzada respecto a poder establecer leyes generales: "No he descubierto una sola ley histórica ni he encontrado ningún descubrimiento de éstos en ningún otro investigador dedicado a los mismos estudios", decía Meyer³⁴, porque "de lo fortuito y el libre albedrío individual" no puede obtenerse un conocimiento que presente coherencia lógica. Esta es la conclusión que parece imponer la noción de individualidad e irrepetibilidad que hemos reconocido a los acontecimientos históricos, pero al mismo tiempo cabe recordar que lo irrepetible no está en el hecho aislado, sino en el conjunto: tal vez una mayor aproximación al significado de dicho conjunto nos permita vislumbrar mejor una solución para este problema de la ley histórica, cuyo signo se mueve desde un indeterminismo extremo como el que apunta Meyer, hasta las tendencias deterministas que pretenden reducir la historia a la categoría de ciencia natural, sea en su dirección biológica, física o económica.

Algún ejemplo extraído de una de nuestras propias investigaciones puede ilustrar convenientemente el asunto³⁵. Cuando aún no se había promulgado el senadoconsulto Orficiano, los hijos de un liberto que moría tenían expectativas sucesorias superiores a las que en iguales circunstancias habrían correspondido a los hijos de una liberta causante, conforme con el sistema sucesorio que estableció la *lex Papia Poppaea*. En general, las posibilidades del hijo de un liberto o de una liberta dependían de los siguientes factores: que la sucesión fuera intestada o testada; que en la sucesión testada el causante instituyera o no sus propios *liberi*; que el causante tuviera o no el *ius liberorum*; que junto a los hijos del causante concurrieran el patrono o su descendencia agnada femenina o la patrona; que la hija (o nieta) del patrono o la patrona, en su caso, tuvieran o no el *ius liberorum*: toda esta minuciosa casuística daba lugar a un complejo sistema de concurrencia que tal vez resultaría demasiado largo describir en este lugar; bástenos decir que, respecto de los *liberi* del liberto, la preferencia del llamamiento *unde liberi*, sobre el del patrono tendía a apli-

³³ Una postura ultraparticularista asume CASSANDRO, *Storia e Diritto*, en RSDI (1966). Así cuando afirma que la historia del derecho no se ha de construir sobre "normas", sino sobre concretos actos jurídicos individuales.

³⁴ MEYER, *Sobre la teoría y la metodología de la historia*, en *El historiador y la historia antigua*, México (1955) 25 ss.

³⁵ Nos referimos a nuestro estudio *De bonis libertorum*, en AHDE (1971) 149 ss.

carse en forma integral únicamente cuando el causante había obtenido el *ius liberorum*, y en los supuestos contrarios se concedía al patrono, o a la patrona con *ius liberorum*, una cuota viril; si la causante era hembra, naturalmente que la calidad de legítimo que tenía el patrono, su descendencia o la patrona, prevalecía sobre el llamamiento *unde cognati* de los hijos de la liberta. Esta situación que hemos descrito es el primer hecho con que debe contar el historiador del derecho.

El senadoconsulto Orficiano dispuso que en la sucesión intestada, los hijos cognados de una mujer causante debían ser preferidos frente a los agnados, de manera que venían a ocupar una situación semejante a la de los *sui* en la sucesión de un varón; esta reforma hubo de afectar, indirectamente, en primer lugar, a la sucesión forzosa, puesto que el hijo excluido por el testamento de la madre comenzaba a tener interés en ejercer la querrela de inoficioso testamento, y en segundo lugar, a la *bonorum possessio*, por cuanto los herederos orficianos pudieron ser considerados dentro del llamamiento *unde legitimi*. Nuestro problema residía en que el texto del senadoconsulto no hacía alusión directa a la herencia de la mujer liberta, de manera que su aplicación a este supuesto hubo de ser obra de interpretación jurisprudencial, y se hacía preciso establecer la forma o los principios que aplicó la jurisprudencia frente al sistema sucesorio creado por la *Lex Papia Poppaea*.

La solución jurisprudencial no aparece explícita en las fuentes, pero es fácil establecer que, en teoría, cabían tres como posibles: suponer que la aplicación del Orficiano fue radical en el sentido que los hijos de la liberta excluían absolutamente al patrono, o bien estimar que los juristas distinguieron según si la liberta había alcanzado o no el *ius liberorum*, otorgando el beneficio del senadoconsulto exclusivamente a los descendientes de las libertas que tuvieran el *ius liberorum*; o bien pensar que la jurisprudencia aplicó en favor de los hijos de la liberta un régimen semejante al que ya disfrutaban los hijos de libertos. Desde nuestra perspectiva metodológica, debíamos escoger, entre estas soluciones, aquella que explicara satisfactoriamente todos los hechos contemporáneos que nos habían transmitido los documentos.

La primera solución no era posible, puesto que habría significado mejorar a los hijos de las libertas más allá de los beneficios de que gozaban los hijos de los libertos, quienes sucedían como *sui* o como *liberi*, y no como *legitimi*: semejante solución habría acarreado sin más la abolición de los distingos fundamentados en el *ius liberorum* del liberto causante, de manera que los hijos del liberto pudieran excluir al patrono en todo caso, de igual manera que lo hacían los hijos de la liberta. Pero esta conjetura dejaba sin explicación un texto de Ulpiano, contenido en D. 37,14,16 pr. en que el jurisconsulto supone aplicables las reglas de la *lex Papia Poppaea* para la sucesión de los libertos, y también se fundamentan en el sistema de la *lex Papia* —que crea la distinción sucesoria entre los que han alcanzado o no el *ius liberorum*—, D. 50,15,145, de Ulpiano, y la constitución CTh. 5,1,3, del año 383.

La solución de estimar que la jurisprudencia había aplicado el senadoconsulto sólo a las libertas que tenían *ius liberorum*, explicaba satisfactoriamente el hecho de la supervivencia del sistema de la *lex Papia*, pero hacía excepcional la utilidad del D. 50,16,145, y, sobre todo, dejaba sin explicación coherente el sistema de reforma a la sucesión en los bienes de los libertos o libertas que estableció Valentiniano en el año 447. Sólo la última solución propuesta, la de suponer que los descendientes de las libertas alcanzaron expec-

tativas semejantes a los descendientes de libertos, explica satisfactoriamente todos los hechos, incluso con el mínimo trabajo de corrección crítica de textos.

En el ejemplo que hemos puesto, encontramos una serie de hechos, unidos entre sí por una relación de coherencia que no depende del punto de vista del observador: podemos establecer mediante instrumentos auxiliares —como ser diccionarios o índices— la totalidad de fuentes que se refieren a un problema tan concreto como podría ser la sucesión de los libertos. Además de este conjunto de hechos coherentes, nos hallamos con que el problema propuesto plantea necesariamente la existencia de otro hecho, cual es el de la interpretación jurisprudencial al senadoconsulto Orficiano, y he aquí que la solución la hemos debido dar con sujeción estricta a una regla de coherencia que nos imponía la conexión de los demás hechos: es un proceder común en los historiadores, pero que nos da testimonio de que hay cierto grado de determinación en aquellos hechos que se articulan en un conjunto irrepetible: mejor dicho, los hechos que integran un conjunto histórico están sometidos a la ley del propio conjunto, que es general para todos los hechos conexos, en términos tales, que si se encontrara un hecho del conjunto que contradice a la ley, podemos dar ésta por inexistente. La ley de que hablamos viene a ser un enunciado concreto que se aplica a una multiplicidad de hechos diferentes y relacionados recíprocamente, de modo que nos da la posición de cada uno respecto al todo. Es particular, en el sentido que se refiere sólo a los hechos que integran el conjunto, es irrepetible, por cuanto el conjunto a que se refiere lo es, pero también es, en cierta manera, general, por cuanto afecta a todos los hechos del grupo.

Hemos de referirnos ahora al segundo de los problemas fundamentales de la metodología histórica, que más arriba mencionábamos, cual es el de la labor personal de selección e interpretación que corresponde al historiador en el acto de reconstruir el pasado: éste ha sido otro tópico para diferenciar la historia de las ciencias de la naturaleza, por cuanto el conocimiento de éstas —se decía— será “objetivo”, frente a la historia, de la que no cabía sino un conocimiento a través del intérprete. Hoy se reconoce unánimemente, en el campo de la ciencia, que la observación del científico está condicionada por las circunstancias de observación que él mismo ha escogido, y que la realización del experimento se debe a un previo proceso mental de selección³⁶. Así ocurre también en la historia, y tal vez el deseo de subrayar este punto es lo que ha movido a adoptar algunas posiciones extremas de historicismo, o a acusar paradojas como la de Croce, según la cual “toda historia es del presente”: no se puede pretender eliminar la personalidad del investigador, ni en el campo de las ciencias naturales ni en el campo de la historia. Hoy nos parece absurda la postura de los historiadores del pasado siglo, que pretendían entregar al saber humano el testimonio desnudo de los hechos contenidos en los documentos, como si una colección de inscripciones, monedas, expedientes, papiros y pergaminos, debidamente criticados, depurados y reconstruidos, pudiera

³⁶ Interesante, al respecto, la observación de JORDÁN. *La mecánica cuantista y los problemas fundamentales de la biología y de la psicología*, en *Rev. de Occidente*, 114, p. 233 ss., “En el acontecer microfísico la observación no significa simplemente que el sujeto llega a verificar y entrar en relación con hechos objetivos también preexistente, sino con un proceso producido en parte por el mismo hecho de la observación”. Este punto de vista no es discutido por la presente actitud de los científicos.

ser por sí misma la historia³⁷. Aun en estas colecciones se halla presente la personalidad del erudito, puesto que ha usado un criterio personal de selección y crítica. El análisis epistemológico nos permite asegurar que todo saber —histórico o científico natural— es respuesta a una pregunta previamente formulada, dirigida a un objeto preparado de antemano para que nos pueda responder: ante un hecho físico o histórico, no observamos sino lo que nos interesa y de ese hecho no escuchamos más que aquello que responde a nuestra pregunta³⁸.

Pero si es verdad que entre los hechos y nuestra observación se interpone, inevitablemente, el velo de nuestra subjetividad, no es un requisito de la observación científica el aumentar deliberadamente el espesor del velo: el sello personal de la investigación está en la pregunta que escogemos, pero una vez realizada la elección, dicha pregunta se ha de formular según el esquema que resulte más coherente con el objeto observado, pues la respuesta será tanto más perfecta en la medida que el idioma de la pregunta sea más semejante al del interrogado. Que la historia consiste en un saber que es del presente, a nadie se le puede ocurrir negarlo, puesto que el sujeto cognoscente vive en el presente; pero el conocimiento histórico consiste en “dominar” el pasado con el pensamiento, y dicho dominio se logra por medio de la adaptación de nuestras categorías mentales a las que son contemporáneas al testimonio³⁹. Algo semejante ocurre con el conocimiento de un idioma extranjero: decimos que alguien lo “domina” cuando ha adquirido la facultad de “pensar” en él, sin necesidad de “traducir” a la lengua materna. El recurso de traducir es sin duda lícito, mas sólo constituye una muleta para el aprendizaje, de cuya provisionalidad debemos ser conscientes, y que hemos de procurar abandonar tan pronto nos sea posible: eso mismo podemos decir para el recurso de proyectar sobre el pasado nuestros propios esquemas mentales.

Por lo que hasta aquí hemos podido ver, la historia proporciona un conocimiento diferente del que pueden dar las ciencias naturales, por cuanto su objeto se refiere a conjuntos irrepetibles, pero la oposición entre el saber histórico y el saber físico, biológico o matemático no es tal que se le pueda negar a aquél la categoría de científico. Es más, las nociones de “legalidad” y “objetividad” no resultan hoy irreductibles entre la historia y las “ciencias” tanto porque referidas a éstas aparecen menos generales y absolutas de lo que hace un siglo se pensaba, como porque en el campo de la historia existen

³⁷ Esta postura ha sido amplia y certeramente criticada por COLLINGWOOD, *The idea of history*, 246 ss., y llama irónicamente a este tipo de trabajo “la historia de tijeras y engrudo” (scissor and paste). Algún maestro de aquella época llegó a pensar que el historiador no podía ofrecer obras distintas a colecciones de documentos, así LANGLAIS, en el t. III de *La vida de Francia en la Edad Media*.

³⁸ La obsesión de “objetividad” ha generado algunas posiciones contrarias extremas, entre las que es bien conocida la de CROCE, *La storia come pensiero e come azione* (1948) 128 s., que tiene su antecedente en DRORSEN, *Vorlesungen Über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte* (1937) 34, según la cual no hay historia sin cuestión historiográfica. Despojada de exageraciones polémicas, la moderna filosofía crítica histórica viene a poner de relieve lo decisivo del papel que, en la elaboración del conocimiento histórico, desempeña el historiador con su pensamiento y su personalidad.

³⁹ *Vid.*, al respecto, las esclarecedoras páginas de MARVALL, *op. cit.*, 177 ss.

principios objetivos de observación, y es posible formular leyes de validez para un conjunto.

b) "Historia" jurídica y "dogma" jurídico

Acaso también la oposición entre "historia" del derecho y "ciencia" (dogmática) del derecho no sea tan radical e irreductible como se ha pretendido ver, ya que, al fin y al cabo, la ciencia jurídica aparece a priori en un extremo menos lejano de la historia que las ciencias naturales. Nuestra conjetura dista de ser original, pues ya ha sido planteada por diversos autores, y así Mitteis⁴⁰, cuyos estudios en este sentido son ya clásicos, niega que entre la historia y la ciencia jurídica haya divergencia de fines, y esta idea le viene sugerida por el uso que se hace del término "proceso" tanto en el terreno de la historia como en el del derecho. Para él, la dogmática trata de llegar, al igual que la historia, a la conciencia jurídica de un pueblo, o al subconsciente colectivo (Kollektives Unterbewusstsein) a través de las leyes: esta conciencia jurídica no está entendida en sentido naturalístico, como el *Volksggeist* romántico de la escuela histórica, sino en sentido propiamente histórico, como fruto de la obra de una comunidad humana, formado a través de un lento proceso secular. Es más, y siempre según Mitteis, la historia y la ciencia jurídica no están en oposición ni siquiera en cuanto al método, ya que ambas operan con el mismo concepto de "causa", no el matemático, que implica la verificación de todas las condiciones de un fenómeno previsible, sino el llamado de la "causalidad adecuada" según el cual se escoge, entre las varias condiciones, aquella que, conforme la experiencia, es idónea para producir el acontecimiento. Por último, la jurisprudencia dogmática ofrece a la historia el modelo del proceso, es decir, del desarrollo orgánico de una serie de actos conforme a reglas determinadas, y este mismo modelo se puede aplicar a ella, que resulta también un proceso, y así como el jurídico termina con una sentencia, cuyo fin es la eliminación de los contrastes surgidos durante su desarrollo, así también todo "proceso histórico" se nos muestra como una continua superación, por compromiso, de contrastes "polares"⁴¹.

Betti viene a negar también, desde sus peculiares puntos de vista relativos a la interpretación, las diferencias sustanciales entre dogmática e historia jurídicas. Ya tendremos ocasión de considerar con más latitud la postura metodológica de este autor, interesante por tantas razones; por ahora podemos decir que, tanto el historiador como el dogmático del derecho, han de emplear en su trabajo de investigación o aplicación el auxilio indispensable de la ciencia hermenéutica: hay una diferencia de actitud práctica entre el jurista que interpreta un derecho histórico —resultado meramente cognoscitivo— y el que interpreta un derecho vigente, cuya labor tiene una función normativa⁴², pero a pesar de estas distinciones y otras subdistinciones, el hecho de que subsuma el método de una y otra actividad en una misma categoría general, ha de tener, como veremos, consecuencias importantes en cuanto

⁴⁰ MITTEIS, *Von Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar (1947) 80 ss.

⁴¹ MITTEIS, *op. cit.*, p. 73 ss.

⁴² Respecto de la peculiar postura de BETTI, nos remitimos a la bibliografía citada en n. 53, *infra*, sobre el punto concreto que examinamos puede verse, sobre todo, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, en RIES (1948) e *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milán (1949).

al modo de delimitar el campo de la historia y el de la dogmática. No es ajena la teoría de Betti a cierto matiz hegeliano, que si no nos equivocamos, le inclina a subestimar los elementos de particularidad en la vida histórica, y cree poder establecer una ley (tendencial) de desarrollo jurídico, es decir, una ley del proceso histórico más que del conjunto particular, que determina el desenvolvimiento de los conceptos jurídicos según principios ya implícitos en su origen.

c) *Ciencia jurídica (Historia) y arte jurídico (dogmática).*
Postura de De Francisci

Una postura interesante respecto de este problema es la sustentada por de Francisci⁴³; este autor afirma el contraste insalvable entre romanística moderna y doctrina del derecho vigente, pero para él dicho contraste no significa la oposición entre dos ciencias distintas, sino entre dos puntos de vista desde los que puede ser considerado el mismo objeto que es el derecho: una posición científica de puro conocimiento, que es la historia del derecho, y una posición técnica, "arte del derecho" cuya finalidad es la aplicación y la creación de normas⁴⁴. Así, la exclusiva ciencia jurídica sería la historia del derecho, por cuanto es el derecho una realidad fenomenológica, y su estudio un conocimiento de lo particular, que lo aborda a través de las varias manifestaciones sucesivas del sentimiento y del pensamiento jurídicos: incluso las partes en que se puede descomponer sistemáticamente un sistema jurídico, no pueden ser comprendidas —como tampoco el sistema total— sin establecer sus orígenes, su devenir, las fases constructivas y el espíritu que anima su ser y su desarrollo⁴⁵. Pero hay más: el derecho sería la expresión del querer ser del cuerpo social en un determinado modo, y dicho querer ser constituye una *optio necessitatis* que no surge espontáneamente sino que es el resultado de una maduración elaborada a través de la experiencia, y que está en relación íntima con los demás elementos del cuerpo social; tales consideraciones llevan al autor a afirmar, ante todo, que no se puede desvincular el estudio jurídico científico de los demás elementos culturales que influyen en el derecho, sobre todo de aquellos que, al igual que la realidad jurídica, son manifestaciones de una voluntad de orden (religión, mitos, costumbres sociales, etc.); además, puesto que el derecho es un "querer ser", su estudio incluye necesariamente el conocimiento del "sujeto que quiere", vale decir, la civilización sobre que se asienta el sistema jurídico⁴⁶.

Al lado de esta ciencia jurídica, la dogmática aparece como un arte —*ars boni et aequi*—, que consiste en el modo de descubrir la norma que se acomoda a un caso concreto de aplicación, de adaptarla al supuesto individual y de indicar las vías para actuarla. Pero el autor reconoce que si bien es verdad que este arte nace como una técnica para resolver casos particu-

⁴³ La postura metodológica de este autor se halla expuesta en *Puntos de orientación para el estudio del derecho*, Barcelona, 1951. Trad. J. Iglesias, obra en la que sostiene postulados algo diversos que en su *Storia del Dritto Romano I*, Milán (1941) 45-46. En este trabajo menos reciente adopta una postura evolucionista y sociológica cercana al naturalismo de Bonfante, que más tarde corrige.

⁴⁴ DE FRANCISCI, *Puntos, cit.*, p. 41 ss.

⁴⁵ DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 32 ss.

⁴⁶ DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 34.

res, cierto es también que el conjunto de estas resoluciones tiende a integrarse en un sistema amplio, que en cuanto disciplina ordenadora de principios y constructora de un conjunto coherente de conceptos, puede presentarse bajo la apariencia de ciencia; sin embargo, aun desde este punto de vista, resalta el carácter instrumental del sistema, porque aunque el dogmático extrae principios generales de sus soluciones, lo hace como medio más seguro de obtener, por deducción, las mismas soluciones que le habían servido de base inductiva para obtener los principios generales, e inclusive, cuando en un acto de aparente creación, extrae de los principios generales una solución nueva, lo hace guiado por una voluntad previa de actuar en ese sentido, que responde a la valoración de los fines atribuidos en ese momento al ordenamiento jurídico por las concepciones generales de signo religioso, social, ético, político o económico. Pero sobre todo, la dogmática se demuestra instrumental porque sus principios no tienen la pretensión de ser un valor de conocimiento, sino que poseen, o quieren poseer, su propia *vis ac potestas*.

En lo que se refiere al derecho romano, opina De Francisci que no tiene sentido hablar de que se ha producido un abismo insondable entre ciencia y dogmática: el Derecho Romano constituiría un caso especial, en cuanto que es el antecedente generador de los derechos europeos continentales, y por eso puede ser útil reconstruir su "dogmática", es decir, la forma de aplicación ideada por los prudentes romanos; pero el Derecho Romano ha dejado de ser derecho vigente, de modo que inclusive el estudio de él como *ars boni et aequi* no puede dejar de ser histórico: los trabajos monográficos, encaminados a conocer la dogmática romana, son solamente capítulos de la historia del Derecho Romano ⁴⁷.

La tesis metodológica sostenida por De Francisci presenta puntos sugerentes, muy cercanos a nuestra propia postura; pero debe ser puntualizada para purgarla de algunos elementos perturbadores: antes que nada, parece haber un eco del ya superado positivismo, en cuanto cree que sólo es ciencia lo que determina el saber por leyes a las que obedece la vida, y que lleva al conocimiento de la "realidad objetiva" o de "la cosa en sí". Es verdad que De Francisci está pensando en leyes de lo individual, en el sentido que anotábamos más arriba en nuestra exposición; no mantiene, como Grand, por ejemplo ⁴⁸, la pretensión de descubrir leyes generales que presiden la evolución de la sociedad humana; tal postura asigna a la historia en general, y a la historia del derecho en particular, un simple papel subordinado de proporcionador de hechos pasados, para permitir, sobre la base de ellos, que el pensador, filósofo o sociólogo, formule dichas leyes generales de evolución. Pero además de este aspecto, y tal vez relacionado con él, muestra la concepción del autor una separación indebidamente radical entre los conceptos de arte (técnica) y ciencia (conocimiento): aparte que en la definición de Ulpiano —*ars boni et aequi*— la palabra *ars* tiene un sentido ambiguo, oscilante entre las expresiones griegas *επιστημη* y *τεχνη*, esta distinción sólo es posible, y con reservas, como división profesional de los que cultivan un saber, porque realmente no se puede concebir una técnica sin ciencia, y hasta resulta difícil-

⁴⁷ DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸ GRAND, *L'histoire du droit français. Ses règles. La methode. Son utilité*, NRHD (1919) 286.

mente concebible una ciencia *sin* técnica⁴⁹. Si la ciencia se refiere al objeto mismo del conocimiento, la técnica interesa en cuanto al modo no sólo de aplicación, sino también de aprehensión y transmisión; por eso De Francisci ha de reconocer que, en la labor del dogmático, hay un primer momento cognoscitivo⁵⁰, y nosotros podemos agregar que el historiador o "científico" ha de emplear también una "técnica" de indagación crítica, que justamente llamamos método y, además, normalmente, una "técnica" de comunicación y enseñanza.

Por otra parte, y si no nos equivocamos, De Francisci generaliza indebidamente el concepto de sistema jurídico como expresión de un querer: la idea de "ordenamiento", y de que los principios jurídicos constituyen reglas imperativas, tiene raíces romanas, indudablemente, pero se manifiesta en una época en que la creación jurisprudencial está en vías de agotarse, pues durante aquel período de brillante actividad jurisprudencial, que solemos llamar clásico, el derecho está mucho más cerca a la expresión de un saber que a la de un querer, y aparece como un conjunto no jerarquizado de soluciones intelectuales —prudenciales— para conflictos jurídicos reales o previsibles: los actos de imperación, particularmente las etapas de ejecución de las sentencias, son concebidas no como actuaciones jurídicas, sino como manifestaciones del *imperium* de los magistrados, y por ello mismo, ajenas al interés de los juristas⁵¹. Desde el punto de vista de esta realidad, "ciencia" y "técnica" se aproximan en el Derecho Romano, no ya por la razón actual que haya de estudiarse como hechos histórico, sino por la otra, válida inclusive para el tiempo de su vigencia, de que es una creación de orden práctico, ciertamente, pero cuya utilidad no radica en una *vis ac potestas* de que carece por sí mismo, sino en una coherencia prudencial respaldada por la *auctoritas*. Consecuencias de método importantes tiene esta precisión, puesto que si el derecho no es, primariamente, la expresión de un querer, cae por su base la observación de De Francisci sobre la necesidad de conocer al sujeto que quiere; pero no nos adelantaremos a tratar en este lugar el fundamental tema de la selectividad histórica.

d) *La historia jurídica como "dogmática sucesiva". Schöfeld y Betti*

Respecto de las concepciones antes consideradas sobre la relación entre "historia" y "dogmática" jurídicas, hemos de decir respecto de ellas que, tanto en Mitteis como en Betti, se advierte la tendencia a querer reducir la historia a la dogmática, como si el conocimiento histórico, por sí mismo, en cuanto tiene una labor propia que es la reconstrucción reflexiva del pasado humano, no tuviese un valor autónomo. Los puntos de vista de estos dos autores se hallan en cierta manera en el polo opuesto del sustentado por De Francisci, y aunque reconocen todos trae la necesaria relación entre los

⁴⁹ *Vid.* las interesantes observaciones de D'Ors, *Una introducción al estudio del Derecho*, pp. 20, 74 ss., 90. *Sistema de las Ciencias*, I, Pamplona (1969) 21.

⁵⁰ "Ciertamente, la interpretación jurídica contiene, como toda interpretación, un momento cognoscitivo, esto es, reconocedor del pensamiento, operación típica de la interpretación histórica, DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 49.

⁵¹ Cfr. D'Ors, *Educación helenística y jurisprudencia romana*, en *Una introducción al estudio del Derecho*, 79. SAMPER, *Derecho Romano y teoría del Derecho*, en *Rev. Fac. de D. Univ. Ext.* (1968), IX, N° 3.

puntos de vista histórico y sistemático, efectúan inconvenientemente la síntesis. Tiene razón Bader⁵² cuando afirma que la historia jurídica no está para servir de ayuda a la dogmática jurídica, sino para comprender cómo han sucedido realmente las cosas. Menos afortunada es la comparación o asimilación de Mitteis entre proceso jurídico y proceso histórico, aun cuando muchas veces en el lenguaje familiar hablemos del "juicio de la historia". La comparación no tiene más valor que el de una metáfora, porque la historia no instaura un proceso al pasado, y el acontecer histórico no se desarrolla conforme a reglas preestablecidas destinadas a que haya cierta fluidez en su curso o a que los protagonistas intervengan en condiciones de igualdad; la historia, en su proceso, no utiliza ficciones, ni presunciones, ni juramentos decisorios, ni litispendencia ni excepciones dilatorias, ni tiene la cosa juzgada por verdadera e inamovible.

Muchos autores muestran todavía más claramente la tendencia a reducir íntegra la historia dentro de la dogmática jurídica, y un ejemplo que podría servir de prototipo es el de Schönfeld, que distingue la "dogmática" de la "praxis"⁵³. En la concepción de este tratadista alemán, la "praxis" estaría dirigida a la solución de concretos casos de conflictos jurídicos; en cambio, la "dogmática" tendría por finalidad la labor de sistematización y exposición de un derecho presente. Esta "dogmática" del derecho forma un primer escalón particular de conocimiento, al que sigue la "teoría del derecho": así, mientras la dogmática elabora el sistema de un derecho concreto, y constituye la ciencia particular de éste, la "teoría del derecho" intenta establecer los géneros, las especies y las leyes generales de todo derecho pensable. La dogmática jurídica estaría en relación con la historia del derecho, por cuanto ésta no sería sino una "dogmática sucesiva" de un derecho no actual, sino reconstruido, o para decirlo de otra manera, no "inmediatamente", sino "mediatamente" presente: la historia del derecho vendría a ser así un elemento de información para construir el escalón "dogmático" o particular del conocimiento jurídico, y por lo mismo, "sierva" de la dogmática, preludio o introducción de ésta. En cuanto a la "teoría del derecho", escalón más alto del conocimiento jurídico, se la considera en sí misma ajena a la historia, por cuanto está concebida como ciencia de lo eterno—esto es intemporal—y lo posible, esto es, no real.

Verdaderamente, esta postura extrema de Schönfeld ya se encuentra latente en Betti, por cuanto propende al empleo de la dogmática actual para la utilización de la historia y su interpretación, como si la dogmática moderna tuviera un valor absoluto y atemporal, categoría lógica inmutable y universal. Creo que es este el momento de abordar el estudio de los postulados metodológicos sostenidos por el gran romanista italiano, puesto que ellos afectan a la esencia misma de las relaciones entre "dogmática" e "historia"⁵⁴.

⁵² BADER, *Aufgaben und Methoden des Rechtshisrikers*, Tubinga (1951) 7.

⁵³ SCHÖNFELD, *Von Problem der Rechtsgeschichte* (1927) 337 ss.

⁵⁴ Hemos examinado, sobre todo, las siguientes obras de BETTI, para la comprensión de sus postulados: *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, en RISC (1945) 34 ss. *Ergänzende Rechtsfortbildung als aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, en *Fest. Leo Raspe I* (1948) 379 ss. *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milán (1949). *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività*, en *R. Int. Fil. D.* (1949) I ss. *Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts und Kulturgeschichte*, en *Studium generale* (1959) 87 ss. *De la interpretación del*

Betti pretende construir no sólo una teoría metodológica para el derecho histórico, sino una general teoría de la interpretación, que abarca inclusive aspectos extrajurídicos —como el de la interpretación de la obra artística— y dentro de la cual tiene cabida, como un caso especial, la interpretación del Derecho Romano. Objeto de interpretación es, para Betti, cualquier forma representativa, sea inmediata (como un monumento) o mediata (como una tradición o un mito) en la cual se objetiva un valor. Se dice “forma” en el sentido amplio de relación unitaria de elementos sensibles, apta para conservar la impronta de quien la forjó; “representativa”, porque en ella hay un llamado a nuestra inteligencia o sensibilidad, que parte de otro espíritu distinto del nuestro, pero íntimamente afín a él, y dicho llamado se hace comprensible gracias a la forma⁵⁵. El proceso interpretativo parte del sujeto “intérprete” a la forma u objeto “interpretado”, y viene a ser como una inversión del proceso creativo del objeto, con la diferencia de que la interpretación se origina en un sujeto distinto del creador. Debido a esta especial característica, nacen dos exigencias en cierto modo antitéticas: ante todo, la necesidad de que el intérprete se atenga fielmente al valor expresivo de la forma interpretada (exigencia de subordinación); por otra parte, la realidad objetiva de la forma no se actualiza sino a través de la propia subjetividad del intérprete: toda la dialéctica del proceso interpretativo proviene de dicha antinomia, y los principios hermenéuticos, de acuerdo con ella, se han de referir ora al objeto, ora al sujeto.

En cuanto al objeto, el primer principio es el de la autonomía o de la immanencia: el objeto ha de ser entendido según el espíritu que en él se ha objetivado, esto es, el objeto ha de ser interpretado “según su propia ley de formación, según su propia necesidad, coherencia y racionalidad interiores”⁵⁶. El segundo principio es el de la totalidad y coherencia, impuesto por la correlación que intercede entre las partes del objeto: toda obra expresiva se puede integrar en otra más vasta, y la interpretación de cada una de sus partes sirve para iluminar las demás; en esta coherencia ve Betti un fundamento objetivo para lo que él ha de llamar la interpretación supletoria⁵⁷, y de la que hablaremos en un momento más.

Por lo que se refiere al intérprete, el primer principio hermenéutico es el de la actualidad en el entendimiento, por cuanto el intérprete, al reproducir en sí mismo el proceso creativo, lo hace entrar en su propio mundo de ideas, expresiones, conceptos, por lo cual la llamada a nuestra inteligencia que hay en el objeto, aun cuando proviene del pasado, queda contemporizada por su recepción en nuestra mente. El intérprete reproduce la creación —recrea— con su propia sensibilidad e inteligencia, con las categorías de su mente, con su educación del entendimiento, o de la correspondencia o consonancia hermenéutica, según el cual “el intérprete debe esforzarse por situar su propia actualidad viviente en íntima adhesión y armonía con el estímulo que le viene del objeto, de modo que uno y otro vibren al perfecto unísono”⁵⁸.

Derecho, en SDHI (1986) 153 ss. Una visión fiel y completa de su doctrina se puede ver también en DE FRANCISCI, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, en RIGG (1951) 1-49.

⁵⁵ BETTI, RIGG (1948) 36.

⁵⁶ BETTI, RIGG (1948) 44.

⁵⁷ Cfr., especialmente, BETTI, *Fest. Leo Raspe*, 382 ss.

⁵⁸ BETTI, RIGG (1948) 56.

Nos interesa, naturalmente, el problema de la interpretación histórica en Betti, particularmente por lo que se refiere al Derecho Romano. Es de sobra conocida la postura de este autor en cuanto a propugnar el empleo de la dogmática moderna para la reconstrucción del derecho histórico: sus puntos de vista podrían ser simplemente resultado de un reconocimiento de la imposibilidad para que el intérprete se despoje de los propios conceptos —un aplicación, diríamos, del principio de la actualidad en el entendimiento— o incluso recurso utilitario o instrumental, útil para una primera aproximación al mundo jurídico del pasado, y así parece desprenderse de algunos pasajes de su obra, como cuando dice que “sin el instrumental dogmático, el historiador del derecho no conseguiría nunca diferenciar con precisión científica una cuestión histórica de otra, una concepción de otra diversa, un medio de solución del problema de otro distinto: sin la dogmática, nuestro historiador del derecho iría a tientas, con el empirismo de un profano”⁵⁹. Pero en la teoría interpretativa bettiana, el empleo de la dogmática significa algo más que un recurso utilitario: dicho autor supone, dentro de su particular visión, que en este punto se muestra claramente hegeliana, que la dogmática jurídica ha guardado un desarrollo homogéneo desde el Derecho Romano hasta nuestros días, por lo que los conceptos actuales pueden tener una función integradora o supletoria de acuerdo con la regla hermenéutica de la totalidad y coherencia, como si el Derecho Romano y el contemporáneo formaran un solo sistema que se ha desenvuelto a través de veinticinco siglos sin solución de continuidad. “Es absurdo imponer al historiador que se limite a usar la dogmática embrionaria elaborada por los juristas de la época del derecho que estudia”⁶⁰. La dogmática elaborada por los contemporáneos a la norma jurídica puede ser, como fruto de reflexión, objeto, pero no instrumento de nuestra interpretación histórica”. Tras esta idea de evolución homogénea se oculta la noción de que los conceptos jurídicos crecen y se desarrollan como entes autónomos, sin relación alguna con las vicisitudes de la sociedad en que viven, impulsados sólo por la propia fuerza germinal de su nacimiento: frente a la idea del derecho como una creación constante —existencial, diríamos— de la sociedad, que se renueva íntegra en cada momento, según la idea de Paradisi⁶¹, esta concepción bettiana se nos aparece como una proyección de la teoría pura del derecho en la historia jurídica: una especie de “Reine Rechtsgeschichte”. La dogmática moderna sería, pues, “integradora”, por cuanto el jurista moderno, dado que sus conceptos no son embrionarios, sino maduros, puede completar el sistema o el concepto que los antiguos no supieron establecer por primitivismo o simple falta de capacidad. Tras esta aclaración, resulta que la distinción hecha por Betti entre la interpretación con función cognoscitiva y la interpretación con función normativa, si no queda totalmente borrada, al menos se desfigura notablemente, por cuanto resulta que la “función integradora” de la interpretación histórica viene a cumplirse mediante los mismos expedientes técnicos que la interpretación con función normativa.

A la luz de las consideraciones que hemos hecho sobre el origen de la “dogmática”, además, tal vez pueda decirse que el llamado método dogmático no deba denominarse método con toda precisión, porque no existe ni siquiera

⁵⁹ BETTI. SDHI (1966) 159.

⁶⁰ BETTI. SDHI (1966) 159.

⁶¹ PARADISI. *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, en RISC (1952-53) 148.

un claro concepto de lo que sea el "dogma" jurídico, palabra importada del campo teológico como resultado conjunto de la similitud de procedimientos entre teólogos y juristas, y de la reverencia como *ratio scripta* que merecía el *Corpus Iuris*. Pero ciertamente que en el derecho no existe un dogma en el sentido propio, por lo que la aplicación metódica de ciertos conceptos actuales al derecho histórico puede resultar doblemente perturbadora, tanto por la inadecuación del objeto como por la ambigüedad del concepto: así, por ejemplo, antes que aplicar al Derecho Romano el moderno concepto de "causa", sobre cuya naturaleza se mantienen aún vivas discusiones, vale más referirse a la causa en los casos y según el sentido que los propios romanos le daban. Nuestra parva experiencia nos muestra que la interpretación del Derecho Romano, según los esquemas jurídicos actuales, no ha hecho sino entorpecer y retrasar la recta comprensión del objeto de estudio; así, la teoría de las condiciones resolutorias ha mantenido oculta por mucho tiempo la peculiar estructura del disenso condicionado suspensivamente en los contratos consensuales; la esencia consensualista de los modernos contratos ha impedido advertir que en materia de obligaciones los romanos configuran afinidades no según el acto generador, sino según el tipo de fórmula. Y así podríamos continuar.

Así pues, aparte de la cuestión fundamental que toca a la creencia bettiana sobre el progreso rectilíneo del derecho —creencia que no compartimos— el reproche práctico más grave que cabe oponer a su doctrina interpretativa es que procura deliberadamente distorsionar las condiciones de la observación científica: como más arriba decíamos, si es verdad que entre los hechos históricos y nuestra apreciación de ellos se interpone la subjetividad del observador, no hay necesidad de aumentar ex profeso este factor de refracción. El empleo de la dogmática moderna podrá ser —por qué no— un punto de partida para una primera aproximación al material histórico-jurídico, pero dicho empleo, en realidad, no constituye por sí mismo un método, sino que es el resultado inevitable de que el material histórico sea examinado por un jurista, necesidad en la que Betti insiste y que nosotros suscribimos con profunda convicción. Podemos, por ejemplo, acercarnos al Derecho Romano con el prejuicio de nuestras nociones actuales sobre los derechos subjetivos; pero dicho prejuicio no lo mantenemos deliberadamente como una postura metodológica constante, ya que, una vez que hemos descubierto que esa noción no corresponde al objeto estudiado, debemos abandonarla. En el fondo, el empleo de la dogmática actual es una limitación que impone el desconocimiento inicial del objeto histórico, por lo que una vez desaparecido el desconocimiento, debe desaparecer la limitación: este empleo exclusivamente provisional de la dogmática moderna nos liberará de distorsiones en la reconstrucción final.

Por otra parte, Betti mismo reconoce que las categorías dogmáticas no pueden tener la pretensión de inmutabilidad que había creído encontrar Ihering en la "jurisprudencia superior", sino que son entes históricos sujetos a la variación a través de los tiempos; de ahí que se deba distinguir en cuanto a los conceptos que se pueden aplicar al Derecho Romano⁶²; sin embargo, aun respecto de estos conceptos e inclusive si nos pusiéramos en la hipótesis extrema de la invariabilidad, deberíamos partir de una comprobación de dicha inmutabilidad, y constituiría sin duda una petición de principio tratar de

⁶² BETTL. *Moderne dogmatische...* 88 ss.

aplicar los conceptos modernos al derecho antiguo para comprobar que tales conceptos han existido también en ese derecho.

Se ha dicho frecuentemente que la postura de Betti no es peligrosa en Betti sino en sus seguidores: hay que reconocer que el gran romanista italiano, en sus trabajos de reconstrucción histórico-jurídica, se muestra bastante flexible con su propio método, y jamás ha retrocedido ante la utilidad o la necesidad de la crítica de los textos. La postura de sus discípulos muestra en cambio matices más radicales: así, Checchini⁶³ asigna a los dogmas una función cognoscitiva absoluta, y no meramente práctica; por lo menos a aquellos dogmas a los que se le puede reconocer una virtualidad que trascienda del derecho actual y haga factible conocer no ya determinado derecho vigente, sino "el fenómeno jurídico en general", a la manera de la "teoría del derecho" de Schönfeld. La historia del derecho, por tanto, deberá ser "historia de los dogmas" útil para comprender el "desarrollo" (en el sentido hegeliano) de la ciencia jurídica; la labor del romanista se concretaría a "reconocer" en las antiguas instituciones el antecedente de nuestros actuales conceptos jurídicos, y a asistir, como espectador de los tiempos, al nacimiento y crecimiento de cada una de nuestras instituciones de derecho moderno.

e) *El derecho histórico como ciencia "jurídica"*

La separación metodológica entre derecho actual y derecho histórico nos parece evidente, pero creemos que esta separación es precisamente lo que hemos dicho: *metodológica y no conceptual*, lo cual significa que no hay aislamiento entre uno y otro; al contrario, desde nuestro punto de vista, se nos presenta la realidad jurídica toda como una realidad histórica, y lo que diferencia la actitud del historiador de la del dogmático es sencillamente su diferente sentido de la aplicación práctica: en esto nuestra postura viene en cierta manera a coincidir con la sostenida por De Francisci, sólo que no vemos la razón de negar la categoría de "ciencia" a la que está enderezada a la práctica. Esta observación que hacemos no es nueva, por cuanto ya había sido puesta de relieve por von Lübtov⁶⁴, quien sostiene que la norma jurídica es, en cierta medida, una manifestación histórica: "La ley no ha caído del cielo, sino que es un fenómeno histórico; cada ley y cada sentencia jurídica aporta consigo un pasado espiritual y tiene su particular historia". Inclusive esta ciencia de aplicación de que hablábamos, o la interpretación con función normativa, que llama Betti, tienen un momento preponderantemente histórico del que es imposible desligarse ni siquiera con el recurso de acudir al contexto verbal de la norma, y tal carácter histórico resalta mucho más paladinamente en los sistemas jurídicos que conscientemente adoptan una postura jurisprudencial para la producción de sus soluciones, como sucede en el Derecho Romano o en los países de tradición inglesa: de sobra es conocida la importancia que tiene, dentro del sistema anglosajón, la búsqueda del "precedente", que responde a un método eminentemente histórico⁶⁵.

⁶³ CHECCHINI. *L'unità fondamentale della storia del diritto italiano*. RSDI (1949) 7 ss.

⁶⁴ VON LÜSTOW. *Reflexionen über sein und werden in der Rechtsgeschichte*. Berlín (1954) 60.

⁶⁵ Esta realidad es reconocida por el propio BETTI. *Interpretazione*, 21 s.

El derecho presente está vinculado a sus precedentes históricos, y nuestro pensamiento jurídico vive, en gran parte, bajo el signo del pasado; la llamada "dogmática" no es, pues, atemporal, sino que se ha desarrollado a través de los siglos, ora en un proceso de crecimiento, ora en uno de transformación o inclusive de degeneración, por lo que muchas instituciones antiguas, inexplicables fuera de un singular contexto histórico, viven y permanecen en nuestros días sólo por *vis inertiae*. El puente que salva el abismo entre historia y dogmática se ha de tender con el convencimiento de la historicidad misma del derecho, en el sentido de que éste no es más que un conjunto de soluciones que, en un momento dado, realizan un punto de vista sobre la justicia, condicionada siempre por el pasado más o menos inmediato⁶⁶. Orestano pretende establecer la unidad entre historia y dogmática ampliando convencionalmente el concepto de derecho hasta el máximo límite imaginable, de modo que pueda abarcar todo lo posible de la fenomenología jurídica, y así llega a identificar el derecho con lo que él llama experiencia jurídica, y a la historia jurídica, con la historia de esa experiencia⁶⁷. Pero probablemente su error está en teorizar —esforzándose inútilmente en trazar un concepto de derecho— en vez de acercarse a la realidad histórica. No es preciso crear el concepto de derecho, sino hallarlo a través de la experiencia del historiador, y esto es lo que nos recordaba von Lübtow al exponer que el concepto de derecho lleva en su misma naturaleza la historicidad.

Cuanto hemos dicho, no significa que "historia" y "dogmática" sean una sola disciplina, ni que el estudio "histórico" se agote en el "precedente". Ya hemos advertido que existe una separación metodológica entre el estudio del derecho del pasado y el del derecho vigente, y naturalmente que dos métodos distintos, aunque se refieran a un mismo objeto, configuran disciplinas diversas, ya que establecen una diferencia formal de aproximación epistemológica. En cuanto a que el estudio histórico no se agota en el precedente, es una cuestión que hemos de tratar luego, cuando dos refiramos a las relaciones entre pasado y presente. Valga insistir por ahora en que conviene disipar el equívoco de que el fin de la historia del derecho es reconstruir dogmáticamente el derecho del pasado, deduciendo del sistema lo que en él ya estaría contenido pero que no fue, en su época, desarrollado, ya sea por insuficiencia de los juristas o por inmadurez de los tiempos⁶⁸: esta visión hegeliana se

⁶⁶ Con esto venimos a afirmar la independencia del estudio histórico del derecho y el carácter "jurídico" del Derecho Romano y de la historia del derecho por otra vía que la empleada por GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en AHDE (1953) 22 ss. Este autor insiste en el tema de la persistencia de las instituciones jurídicas, para llegar a la conclusión de que el historiador del derecho opera con instituciones presentes. No compartimos los puntos de vista de García Gallo, por cuanto, en primer lugar, la persistencia no significa inmovilidad; en segundo lugar, el interés del historiador del derecho no se agota en las instituciones que persisten, sino que también caen dentro del objeto de su estudio aquellas ya extinguidas; por último, aun la persistencia de una institución supone, a través de los tiempos, la conexión de ella en sistemas diferentes, y el cambio de sistemas es materia fundamental en el estudio histórico-jurídico.

⁶⁷ ORESTANO. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Turín (1961) 297 s.

⁶⁸ Este punto de vista parece encontrarse en MITTEIS, von Lebenswert, cit., p. 69 s.

encuentra tanto en Betti como en la teoría de la "dogmática sucesiva"⁶⁹. Nos adelantamos a decir que, para nosotros, el derecho histórico ha de ser comprendido en su propia particularidad, independientemente de la utilidad que pueda ofrecer al jurista moderno, pues la labor del investigador se dirige al conocimiento y no al aprovechamiento. Esto no desmiente la utilidad del derecho histórico, sino que la sitúa fuera del problema de la investigación.

3. HISTORIA GENERAL Y DERECHO HISTÓRICO

a) Purificación de lo jurídico

La concepción del Derecho como una realidad histórica lleva a plantear —aparentemente— la cuestión de si el Derecho Romano, como realidad histórica tanto desde el punto de vista material (en cuanto que es derecho) como formal (en cuanto su estudio se refiere al pasado) integra la ciencia de la Historia General o si mantiene frente a ella autonomía como ciencia particular. Habitualmente, el asunto ha sido considerado como un problema de relación entre una historia "general" (que para abreviar designaremos sin más Historia, con mayúscula) y una historia "especial"; así, leemos en Kohler⁷⁰ y en Paradisi⁷¹ que la historia jurídica es una parte de la Historia, en cuanto toda civilización tiene su derecho, y cada derecho, un vínculo vital particular con la civilización en que se desarrolla. También De Francisci se sitúa en esta misma línea, por cuanto, como anotábamos más arriba, cree inseparable la explicación del querer que significa el "ordenamiento jurídico", del sujeto que quiere: "no se debe olvidar que toda civilización es una combinación de elementos que sus varias manifestaciones están, más o menos, íntimamente entrelazadas, de manera que no es posible comprender una de ellas sin un conocimiento del todo, y que el derecho, no menos que la literatura, el arte, la filosofía, es un acto de creación del espíritu humano"⁷². Más radical aparece la negación de la autonomía para el derecho histórico en Branca y en Momigliano: para el primero de ellos⁷³, todo intento de escribir la historia de un sistema jurídico está condenado al fracaso, porque inevitablemente se resolverá en historia de las distintas relaciones (económicas, políticas, sociales, etc.) que regulan ese determinado campo, esto es, se resolverá en Historia sin más. Momigliano cree que es posible la historiografía particular referida a la literatura, el arte, las ciencias, la religión, por cuanto son campos radicados en actividades diversas de los individuos; pero en cuanto al derecho, que es la formulación de relaciones sociales radicadas en todo el conjunto de las actividades, estima inconcebible una historia particular que no afronte el análisis de las orientaciones sexuales, de las creencias ético-religiosas, de las fuerzas políticas, de la producción económica, etc., que caracterizan a una sociedad:

⁶⁹ El tema de la *Sukzessive Dogmatik* tiene origen en BRUNNER, pero ha persistido en todas las tendencias que de algún modo se hallan emparentadas con la teoría histórica de Hegel.

⁷⁰ KOHLER. *Das Recht als Kulturerschetsnung*. Würzburg (1885) 5.

⁷¹ PARADISI. *Le dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique* en *Arch. Phil. Droit et Hist.* (1959) 28.

⁷² DE FRANCISCI. *Puntos de orientación*. Cit. 35.

⁷³ BRANCA. *Considerazioni sulla dommatica romanistica in rapporto alla dommatica moderna*. RIGS (1950) 134 s.

la historia del derecho exigiría entonces tal dimensión y complejidad que se vendría a identificar con la Historia General⁷⁴.

El punto de partida para una crítica de estas posiciones podría estar en plantearse dos problemas, a saber: si la historia jurídica tiene un objeto propio, distinto de la Historia, y si existe un método histórico-jurídico diferenciado. Verdaderamente, de la solución a estos dos problemas depende, en definitiva, la cuestión de la autonomía de la historia del derecho.

A este respecto cabe, ante todo, considerar la postura de Mitteis, quien estima que la historia jurídica no es tanto historia del derecho cuanto historia pensada desde el punto de vista del derecho⁷⁵; la historia del derecho tendría una función propia en el ámbito de la Historia, en cuanto opera con construcciones conceptuales de juristas, esto es, con el método que usan los juristas para componer su obra: no es extraña a esta teoría la ya referida doctrina de Betti, y ambas concuerdan con el postulado del propio Mitteis, según el cual la historia del derecho sirve para aclarar y desarrollar los conceptos jurídicos que no fueron aclarados ni desarrollados en los derechos pretéritos. Esta misma tesis parece latir en Capograssi, quien, junto al valor "cognoscitivo" de la "ciencia jurídica", asigna a la historia del derecho una función "integradora", en el sentido de que el historiador, nutrido de la experiencia del presente, puede captar los procesos y formas inmaduras del pasado para construir el sistema que el derecho pretérito llevaba implícito: "tal vez —dice— la historia del derecho no tiene otra finalidad ni otro significado"⁷⁶.

Mitteis sostiene, por otra parte, que, a diferencia de la Historia, el objeto de la historia del derecho no sería lo individual, sino lo "típico", o término medio de lo individual, y en el mismo sentido si no nos equivocamos, viene a pronunciarse Orestano, quien estima que la historia del derecho tiene por objeto no ya los hechos jurídicos individuales, sino la noción abstracta que, a partir de ellos, ha elaborado la ciencia jurídica, noción que, si no coincide de hecho con la realidad misma, se nos presenta al menos en función "vicarial" de la realidad; por lo demás, el jurista que se hace historiador ha resuelto ya el problema de la concepción del derecho, y según su visión de jurista contempla el mundo del pasado, a sabiendas de que para él los problemas propiamente históricos son sólo medianamente problemas del conocimiento, por cuanto éstos ya están superados en el ámbito de la visión que el jurista-historiador tiene del derecho⁷⁷.

A nuestro parecer, y conforme con lo que más arriba exponíamos, constituye una tautología la afirmación de que el Derecho Romano es una ciencia histórica, puesto que lo es ya todo el derecho: si las ciencias se distinguen formalmente unas de otras, interesa saber qué diferencia a la historia del

⁷⁴ MOMIGLIANO. *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*. *Nuova Riv. St.* (1964) 133-149.

⁷⁵ MITTEIS. *Von Lebenswert*. *Cit.* 128. Un punto de vista cercano sostiene WIEACKER, quien dice entender "la historia del derecho privado... como historia del pensamiento jurídico y de los efectos de éste sobre la realidad de la edad moderna, pues sólo así se le comprende como lo que realmente es: historia a secas contemplada desde el punto de vista suprahistórico de la idea del Derecho y de la experiencia jurídica". *Historia del derecho privado*, cit. 4.

⁷⁶ CAPOGRASSI. *Il problema della scienza del diritto*, en *Opere II.*, p. 604.

⁷⁷ ORESTANO. *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*. RISG (1950) 184 ss.

derecho en general o al derecho romano en particular de las demás ciencias históricas, y pensamos que la intuición de la forma diferenciadora se encuentra expresada, de una manera u otra, en Mitteis, Wieacker, Brunner, Orestano: el Derecho Romano es una ciencia jurídica, porque al material histórico se le aplica un tratamiento de comprensión jurídica, y esto es lo que se quiere expresar con conceptos tales como "Historia pensada desde el punto de vista del derecho" o con la exigencia metodológica de que el Derecho Romano sea estudiado por juristas. Dentro de las ciencias jurídicas cabe todavía una nueva concreción, entre lo que podríamos llamar ciencias de conocimiento y ciencias de aplicación, según lo que de una u otra manera han puesto en relieve De Francisci y Pugliatti: el Derecho Romano dentro del cuadro general de las ciencias históricas sería una ciencia jurídica de conocimiento, y ello lo diferencia por una parte de la Historia (en cuanto que es ciencia jurídica) y, por otra, de la "dogmática" jurídica (en cuanto que es ciencia de conocimiento). La aplicación de la labor investigadora del romanista estaría dirigida a hechos particulares, como toda investigación histórica, pero éstos habrán de ser necesariamente hechos particulares jurídicos, pues los instrumentos de indagación o percepción, es decir, la propia formación jurisprudencial del investigador, son sensibles para la captación de este tipo de hechos, mas no necesariamente para aquellos a los que se refiere la Historia general. Este es un principio que podríamos denominar de "purificación de lo jurídico" en el estudio del derecho histórico y que lo podemos expresar tal vez en relación con el problema de la "causa" jurídica: así como el interés del jurista práctico se detiene al arribar al primer eslabón de la cadena causal que sale del ámbito de lo jurídico, así el historiador del derecho se ha de detener al encontrar, en su recorrido hacia el pasado, el primer antecedente que traspase las fronteras de lo jurídico⁷⁸. Proceder de otra manera nos llevaría a riesgos de generalización que terminarían por diluir el interés fundamental del jurista; como el derecho es una forma de vida social, regulación de ella en una época determinada, ocurre que si para su reconstrucción se atiende al total de las relaciones de la vida social y no al derecho, se encontrarán una serie de aspectos religiosos, políticos, económicos, psicológicos, sistemas de creencias, etc., que son sumamente interesantes, pero que verdaderamente exceden al campo de la historia del derecho, porque ésta se ocupa de cuestiones jurídicas que será menester tratarlas jurídicamente. Sin embargo, hay algunos autores que los incluyen, principalmente los aspectos sociales y económicos.

Según Grand⁷⁹, se derivan dos errores de separar el estudio del derecho de los fenómenos sociales y económicos: el considerar las instituciones jurídicas como pura creación arbitraria y provisional de los juriconsultos, y el darles un carácter absoluto de permanencia e inmutabilidad. Son, efectivamente, dos errores que pueden acompañar a esa separación; pero el estudiar e investigar conjuntamente derecho, economía y sociedad, además de ser abocado a un error, es un error en sí mismo.

⁷⁸ Cfr. D'ORS. *Una relación sobre la "causa"*, en *De la guerra y la paz*. Madrid (1954) 159 ss. El interés del jurista se detiene cuando la causa no tiene relevancia jurídica: así la muerte —su lugar y tiempo— pueden interesar como "causa" de la sucesión, pero la causa de la muerte natural es ya una materia extrajurídica.

⁷⁹ GRAND. *L'histoire du droit française. Ses règles. Sa méthode. Son utilité* NRHD (1919) 297.

Es claro que el derecho histórico como estudio tiene por objeto exclusivamente el derecho, pero al purificar su contenido de los aspectos no jurídicos no se impide que se examinen las causas —los “primeros eslabones”— de toda índole que hayan podido determinar la existencia y carácter de cada sistema o institución. Cabral de Moncada, en una crítica a las ideas de Pitzorno y de Besta, presenta un plan en el que, con gran rigor, quedan exceptuadas todas las materias que se consideran extrajurídicas, ya que “la historia del derecho es la historia de las formas jurídicas de una sociedad, como ‘formas jurídicas’, esto es, desligadas de los condicionalismos sociológicos”⁸⁰. En principio, puede parecer aceptable esta actitud; pero nadie ha pretendido poner en duda que el derecho no existe y se transforma por la sola virtud de su contenido lógico, sino que está enlazado con otros factores de la vida: situación política, condiciones económicas, estructura social, ambiente cultural, convicciones religiosas, etc. La misma complejidad de las causas que determinan el desenvolvimiento del derecho impide establecer una relación clara y sencilla, y así resulta que hay en la historia momentos en los que se acentúa el peso de las motivaciones espirituales y religiosas; otros en que ejercen el mayor influjo factores económicos, y así. Aunque fuera posible aislar y conocer estos varios agentes del movimiento histórico y señalar aquellos a los que corresponde la primacía en cada momento, aún queda un problema que es, en definitiva, el que interesa al jurista historiador: habrá que explicar cómo y en qué medida los factores de influjo metajurídicos se han traducido en principios y en soluciones de derecho.

A causa de todo esto es por lo que no se debe ir desde las condiciones históricas de toda índole a la historia del derecho, sino al contrario, desde las formas jurídicas, y a través del sello que en ellas ponen esas condiciones, al proceso histórico de su formación. Lo que resulta del todo insuficiente es reducir la historia jurídica a las formas lógicas que el derecho adopta y ponerlas en una serie que la mayor parte de las veces carecería de sentido. En todo caso, el requisito indispensable para incluir las materias extrajurídicas en el derecho histórico es que se haga con la sujeción más estricta al método histórico, y contrario a este método es presuponer que todas las circunstancias tienen una función actual sobre cada etapa de la vida jurídica y considerarse obligado a apurar el conocimiento previo de aquéllas como único medio de abordar la historia del derecho. Ya hemos indicado que el hecho histórico es un conjunto en que cada uno de los factores aparece coordinado con los demás, pero respecto de ninguno de ellos se puede emplear la noción de “causa” en el sentido aristotélico; por eso mismo la Historia puede ser abordada desde cualquiera de estos factores, tanto desde el derecho como desde otro que podamos imaginar, sin que valga al respecto la objeción de Momigliano, pues cada institución jurídica está referida a una relación particular que se puede separar, mediante análisis, del resto de las actividades que se desarrollan en el seno de la sociedad. La economía o la política no tienen necesariamente un papel de causa determinante para todo lo demás, y de hecho vemos surgir, desarrollarse o mantenerse sistemas jurídicos muy similares en regímenes políticos o económicos dispares. Una manifestación menor, pero frecuentísima, del difundido mito de que el derecho es una realidad de naturaleza política lo encontramos en las periodificaciones a que frecuentemente recurren los estu-

⁸⁰ CABRAL DE MONCADA. *O problema metodológico na ciencia de História do Direito português*. AHDE (1933) 155.

diosos, las cuales, en vez de tomar en cuenta factores jurídicos, proceden a establecer las etapas de acuerdo con los cambios de régimen político que ha sufrido el campo a que se refiere el estudio: la realidad de los hechos, sin embargo, nos está indicando que una revolución política afecta muy superficialmente, o muy tardíamente, las concepciones del derecho privado y que si, por ejemplo, el *pignus* romano sufrió un riquísimo proceso de transformación, los factores condicionantes de tal proceso están muy poco relacionados con el hecho de que paralelamente Roma se transformaba de república en principado.

b) *Evolucionismo y creacionismo jurídicos. La noción de "sistema"*

En relación con este tema está también el contraste extremo de posiciones existente entre Betti y Paradisi, que antes anotábamos. La doctrina de Betti, sustentada en lo esencial por otros estudiosos que hemos citado, tales como Mitteis, Brummer y Capogrossi, tiene cierto parentesco con las tendencias "naturalistas" de las que Bonfante fue paladín, por cuanto todos ellos afirman, de una u otra manera, que el derecho tiene una vida propia y que se desarrolla conforme a internas leyes "orgánicas": ya conocemos sobre este punto las concepciones de Betti, y de sobra han sido difundidas en el mundo de la romanística las perspectivas metodológicas de Bonfante y su procedimiento para la explicación de los anacronismos jurídicos.⁸¹ Todas estas teorías, evidentemente, tenderán a hacer resaltar la independencia de las "formas jurídicas" frente a las demás creaciones de una cultura, puesto que piensan que la evolución del derecho se puede explicar conforme con estas leyes internas de desarrollo. En sentido opuesto, afirma Paradisi que no se puede considerar el sistema jurídico como un organismo vivo que tiene leyes propias de evolución, puesto que el derecho es creado en cada momento como producto de la cultura existente en aquel momento⁸². Desde la perspectiva de Paradisi, habrá la tendencia natural a hacer depender la explicación de los hechos jurídicos más estrechamente de todo el contexto cultural que lo produce, puesto que la continuidad histórica no se podría encontrar en el sistema jurídico sino en la cultura que lo sustenta.

La razón de la discrepancia es más honda de lo que a primera vista puede aparecer y está en el objeto al que, según unos u otros, se ha de aplicar el conocimiento jurídico: cuando lo que aparece como meta del conocimiento es el "sistema" o la "dogmática", tiende a prevalecer el aspecto de la continuidad interna; si, por el contrario, la atención del estudioso se centra en los particulares negocios que realizan las personas, tiende a prevalecer la idea de que los actos, más que conexión entre sí, la guardan con el medio cultural metajurídico de que emergen: la toma de posición sobre este asunto nos conducirá, pues, a la solución del otro que sobre éste se sustenta.

⁸¹ La teoría o metodología "naturalística" de Bonfante ha sido suficientemente comentada en numerosos trabajos, y no creemos oportuno referirnos a ella en concreto, pues ha perdido del todo la actualidad que otrora llegó a tener. Sus puntos de vista programáticos los expone sobre todo en *Il metodo naturalistico e la storia del diritto*, en RISC (1917) 53 ss., y (1918) 3 ss. Una buena síntesis de su doctrina nos entrega BURLLO. *Cuatro métodos romanísticos*, en *Homenaje a Sánchez del Río*. 108 ss. Vid. también BRETONE. *Il naturalismo di Bonfante e la critica idealistica*, en *Labeo* (1959) 275 ss., sobre la polémica de Bonfante con Croce y Gentile.

⁸² PARADISI. *I nuovi orizzonti*, cit. RISC (1952-53).

Parece evidente que si el derecho es una ciencia histórica, su estudio ha de referirse a lo particular, y por eso, a través de distintos caminos, se ha hecho hoy día casi unánime la opinión de que la historia jurídica no puede reducirse a la historia de los dogmas, es decir, a una serie de abstractos, y ni siquiera a la historia de una técnica. Pero por otra parte hemos sostenido que lo individual e irreplicable en la historia no está en los datos aislados, sino en la conexión irreplicable en que éstos se presentan, y por eso no podemos pasar al extremo de Cassandro, discípulo de Croce, quien afirma que *sub specie historiae*, todo derecho es "derecho vulgar"⁸³, no en el sentido que ordinariamente se ha dado a esta expresión, sino en el de que el objeto de la historia jurídica es la *lex animata in terris*, no el dogma ni la "norma vicaria de la realidad", de acuerdo con la frase de Orestano, sino la realidad misma, la "ley viviente", la forma pasada, en cada caso concreto, en cada negocio o sentencia, de aplicación de las "fuentes" jurídicas. La inexactitud, tanto de la postura que abandona el estudio de lo particular para adentrarse en la geometría de las constituciones dogmáticas, como de aquella que a fuerza de buscar lo individual cae en la consideración de actos que se reiteran en forma más o menos similar, es intuida por Astuti, que en su "Historia de los contratos", dice que no se trata de estudiar "el contrato" como noción abstracta, sino "los contratos" como figuras típicas, y exhorta a no confundir "las fórmulas abstractas de la ciencia con la concreta realidad de la vida jurídica"⁸⁴. Lo que no advierte Astuti es que, al referirse a los "contratos" en plural, ha presupuesto la noción general de "contrato", el cual es un término en sí abstracto tomado según la moderna concepción dogmática de "convención generatriz de obligaciones", por lo que sus "figuras típicas" se reducen a simples subdistinciones de los conceptos abstractos. Nicolini cree que la concreción en la historia jurídica se logra asignándole por finalidad no la reconstrucción de la legislación, la doctrina, la práctica o la costumbre considerada aisladamente, sino todas ellas en sus recíprocas relaciones⁸⁵; esta postura ha sido criticada, por cuanto el "sistema" que propone el autor como objeto de la historia jurídica no sería otra cosa que el "dogma"⁸⁶; mas, a nuestro parecer, todo consiste en concretar el significado del término "sistema", que si no me equivoco, no coincide con el sentido de "dogma" en cuanto construcción "científica" creada según cánones de lógica formal sino que sencillamente significa "conjunto histórico (irrepetible)", es decir, conexión de elementos e instituciones jurídicos varios, que se coordinan en un momento determinado y obedecen a una ley particular de coherencia. Por nuestra parte, agregaríamos que, aceptando fundamentalmente el postulado de Nicolini, consideramos que la *ultima ratio* de la historia jurídica es el establecimiento de tales leyes de coherencia, con el adelanto de la conjetura que, al tratarse del Derecho Romano clásico, la ley de coherencia de todos sus elementos es el procedimiento formulario, y más concretamente, la fórmula procesal; así, el derecho histórico tendría tres momentos de conocimiento, a saber: uno preliminar que consiste en la aprehensión, a través de documentos, de los hechos jurídicos acaecidos en un

⁸³ CASSANDRO. *Storia e diritto*. RSDI (1966) 41 s.

⁸⁴ ASTUTI. *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. Milán (1952) 3 ss.

NICOLINI. *Per una maggiore concretezza degli studio storico-giuridici*, en *Studi Biondi* III (1963) 21-37.

⁸⁶ Así CASSANDRO, *op. cit.* I. c., p. 50.

pasado determinado: negocios, fuentes de producción, conceptos. En esta etapa se desarrolla la labor de depuración crítica histórico-filológica de las fuentes y el estudio de los datos que proporcionan los documentos. Una segunda etapa es la que podemos llamar de conocimiento del sistema, que consiste en aprehender la conexión entre los diversos hechos jurídicos que nos proporcionan las fuentes de información; por fin, la etapa última estaría destinada al descubrimiento de los factores de conexión. Por cierto que al referirnos a tres etapas diversas hemos hecho una división lógica y no cronológica, puesto que en el concreto trabajo del investigador el conocimiento de cada una de estas etapas coadyuva al de las demás. En fin, el desarrollo de estas ideas lo reservamos para el momento en que lleguemos a nuestras conclusiones finales sobre el método.

Con nuestra aclaración respecto de lo que se quiere significar a través del término "sistema", no nos puede afectar la crítica de que hay ciertos derechos "asistemáticos", como lo podría ser hoy el anglosajón o como lo fue el romano clásico, puesto que en ese caso se está pensando en "sistema" como sinónimo de "dogma"; porque, ciertamente, ni el derecho anglosajón ni el romano responden, en su creación, a un esquema teórico previo y total, en que las soluciones particulares son deducidas lógicamente de los principios jurídicos generales; pero no se puede afirmar que no existe hoy un "sistema" jurídico inglés, es decir, un conjunto de soluciones que se relacionan entre sí de una manera peculiar. Kaser había ya salido al paso acertadamente de esta objeción⁸⁷, y anotaba que existían dos tipos de "sistemas" jurídicos: uno cerrado, construido sobre dogmas jurídicos, que opera preferentemente con el método deductivo, ejemplo del cual sería el derecho europeo continental contemporáneo, y otro abierto, que consiste en un complejo de soluciones construido no sobre axiomas, sino sobre *τοπιαι* (punto de vista) con método inductivo, que establece las instituciones a través de inspiraciones prácticas sugeridas por problemas casuísticos: prototipo de este sistema es el Derecho Romano clásico⁸⁸.

c) *Las tendencias ultrahistóricas. El comparativismo sociológico*

Opuestas a nuestra idea de "purificación de lo jurídico" son una serie de tendencias metodológicas que podríamos en conjunto denominar ultrahistóricas, entre las que destacan el comparativismo de Wenger con su epígono el sociologismo histórico-jurídico practicado preferentemente en los países de habla francesa, y el sociologismo marxista que tiene sus más notables representantes en los romanistas de la Europa oriental.

El problema de la sociología toca muchas veces en su desarrollo el campo de la ciencia histórica, por cuanto ambas trabajan sobre la misma materia de

⁸⁷ KASER. *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, en *Nachrichten der Akad. der Wiss*, in *Göttingen I. Phil.-Hist. Kl.* n. 2, pp. 49-78.

⁸⁸ Se advierte que Kaser sigue los pasos de VIEWEG. *Topik und Jurisprudenz*. (Hay trad. cast. de Díez Picazo). La obra de Vieweg ha de ser acogida, sin embargo, con cierta reserva, porque no distingue convenientemente los métodos jurisprudenciales de los que usó la retórica forense, cuyo prototipo fue Cicerón. Certera crítica de la postura de Vieweg encontramos en GARCÍA GARRIDO, *Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanísticos*, en *Bol. da Fac. de Direito*, Coimbra (1964) 61 ss., y HORÁK, *Rationes decidendi*. I. Aalen (1969) 45 ss.

la vida social, aunque difieren en la forma de elaborarla. La metodología histórico-sociológica tiene como denominador común la afirmación de que la investigación de lo comparable es propiamente lo científico, y no la determinación de lo singular, y esto lleva a admitir, como presupuesto fundamental de la investigación histórica, la existencia de leyes de evolución de la Humanidad, que aunque sólo sean "tendenciales" o "estadísticas", aparecen tan generalmente aplicables como las que presiden la evolución de la naturaleza⁸⁹. Las leyes generales de evolución harían que los fenómenos culturales de los pueblos atravesaran semejantes o parecidos procesos y, como consecuencia, las lagunas que ofrecen el estudio de algunos de ellos pueden ser colmadas mediante comparación con los de otros conocidos que atraviesan un estado de evolución correspondiente. Es verdad que los sociólogos han tendido a rectificar el rigor de sus leyes, y que las que en un comienzo se consideraban "absolutas" se tiende a verlas hoy en día como "estadísticas": este mismo prudencial cambio de actitud se ha observado, por lo demás, respecto de las ciencias de la naturaleza, pero ello no ha suprimido una fundamental diferencia entre la actitud del historiador o humanista frente a la del sociólogo; en tanto éste trata de indagar y descubrir los principios generales que rigen la vida de la sociedad, aquél procura el estudio de lo irrepetible y la enunciación de la ley particular del conjunto. La aplicación del método sociológico a la indagación histórica del derecho no queda, entonces, en una pura cuestión de método, sino que afecta a la capacidad misma del objeto para ser tratado de una manera generalizante, y referida al derecho, no nos parece que tal aplicación pueda, en principio, pasar más allá de una simple comprobación de la frecuencia con que ocurren ciertos fenómenos jurídicos.

Fuerza es reconocer, sin embargo, que este principio general tiene su más y su menos, ya que no en todo momento de la vida o de la historia usa el hombre con igual intensidad su libertad: queremos decir que la calificación de un hecho como "histórico" o como "natural" (en el sentido de pertenecer al ámbito de las ciencias de la naturaleza) depende de que la libertad humana haya intervenido como ingrediente de producción, y así como en el hombre hay actos plenamente libres y otros que caen dentro de su condición orgánica, hay una zona, vacilante por su extensión, de actos en los que se entremezclan determinismo biológico o social y libertad. En general, creemos que se puede establecer como una regla que las creaciones del espíritu tiendan a perder autonomía en las épocas de decadencia o barbarie, que se caracterizan por un estado muy cercano a la naturaleza, y esta regla parece afectar también al derecho. Buen ejemplo de ello tenemos en el Derecho Romano, en que la época de creación jurisprudencial nos muestra un cuadro netamente original y diferenciado, al contrario del derecho vulgar, en el que se advierte como una vuelta a las concepciones primitivas que no se distinguen muy nítidamente de las del derecho germánico. D'Ors hacía la observación, a propósito de sus estudios sobre el llamado Código de Eurico, que la legislación de Recesvinto aparecía mucho más "germánica" que la del Edicto de Eurico, pero que ello

⁸⁹ Sobre el problema de la confusión entre sociología e historia del derecho *vid.*, sobre todo, GIBERT. Rec. a Caro Baroja: *Los pueblos del Norte de la Península Ibérica*. AHDE (1945) 775 ss. Respecto de los inconvenientes que acarrea la intromisión de la sociología en los estudios de Derecho Romano: GARCÍA GARRIDO. *Derecho Romano y Sociología jurídica*, en *Rev. D. Not.* (1959) 145 ss. D'ORS. *Programa de la asignatura. Prelección*. Pamplona (1971) 3 ss.

no se debía tanto a influencias de las costumbres jurídicas que hubieran traído los conquistadores visigodos, cuanto al hecho de que el Derecho Romano se hallaba en un proceso más avanzado de degradación, que lo hacía semejante a cualquier derecho primitivo⁹⁰.

En nuestro asiduo contacto con el Derecho Romano vulgar⁹¹, hemos notado constantemente ese fenómeno que podemos denominar la "pérdida de forma jurisprudencial": el derecho, en cuanto creación humana libre, es forma que se imprime a materiales sociales, económicos, morales, así como una escultura es forma que el creador libremente imparte a la piedra o la madera: cada obra artística o jurisprudencial lleva por eso la impronta personal del autor, y es tan irreplicable o tan inimitable como su propio creador. Pero cuando, fuera de las manos del artista, la obra es expuesta al deterioro de la erosión, pierde su forma libre y deviene pura naturaleza, piedra o madera; sociología, economía o moral, y por eso un derecho primitivo se parece a otro como dos rocas de granito entre sí, porque ambos tienen poco de jurídico como las dos rocas tienen poco de escultórico. Con esta larga metáfora hemos querido no pronunciarnos sobre el método sociológico, sino hacer ciertos distinguos de tratamiento según la época que viva el derecho que hacemos objeto de nuestro estudio: dentro de la periodificación trinitaria que hemos adoptado, nos parece que ex hypothesi no es posible emplear el método comparativo como instrumento de indagación sobre el conocimiento del derecho clásico; en cuanto al derecho arcaico y el período postclásico, acaso resulte aleccionadora la confrontación con otros derechos que se hallan en similar período de desarrollo, pero para ello se haría preciso la resolución de problemas previos que por ahora nos parecen insalvables.

Decíamos que el moderno sociologismo francés ha retomado, en cierta manera, la orientación comparativista de Wenger, y se pretende, como entonces, orientar los estudios de Derecho Romano hacia una labor de confrontación con los demás derechos de la antigüedad⁹²: sumerio, egipcio, hebreo, hitita y, sobre todo, helénico. La finalidad de esta orientación no es buscar posibles influjos, método que no perdería de vista que el objeto principal continúa siendo el Derecho Romano, sino tratar de establecer desarrollos paralelos que sirvan para completar recíprocamente las lagunas, y a este respecto no deja de ser revelador el hecho de que semejante tendencia haya florecido sobre todo en Francia, donde existe el arraigado hábito de preocuparse por las cuestiones de orígenes: esta tendencia se remonta, en alguna medida, a la erudición de los humanistas del siglo XVI, pero tienen su manifestación moderna a partir de Appleton, a principios del siglo, quien usó el método comparativo para sus indagaciones relativas a la legislación decenviral y al testamento primitivo. La recepción de las doctrinas de Wenger, en cuya puesta en práctica tanto había influido la situación política alemana posterior a 1933, no fue sino un

⁹⁰ D'ORS. *El Código de Eurico*, en *Estudios Visigóticos*. II (1960) p. 10 ss.

⁹¹ *Vid.*, sobre todo, la introducción de: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, AHDE (1968) 88-92. También: *Pars debita en el derecho romano vulgar*. SDHI (1971) 74 ss. *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*. Santiago de Compostela, 1972. *El significado de Cernere en las fuentes postclásicas*, en *Est. Sta. Cruz*, 1974.

⁹² Para una crítica de esta postura, *vid.* ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte*. 245 ss. D'ORS, *Presupuestos*, 27 ss. Sobre la secuencia actual de dichas orientaciones: MOMICGLIANO, *op. cit.*, *Nuova Riv. Storica* (1964) 133 ss.

modo de reforzar posturas ya tenazmente sustentadas, y así sucedió que, a la postre, fueron los romanistas franceses quienes más alborozadamente recogieron los frutos espirituales del nacionalsocialismo. Hoy en día la orientación comparativista muestra su fuerte influjo en publicaciones tales como *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, o en los congresos que celebra la *Société Internationale Fernand de Visscher*⁹³.

El atractivo del método comparativo ha de disminuir en la medida que adquiramos el firme convencimiento de que el interés jurídico del Derecho Romano reside fundamentalmente en el período que llamamos clásico. Los problemas de origen no son primordialmente jurídicos —“formales”—, sino metajurídicos —“materiales”—, sociológicos en suma, por lo que caen fuera de la atención y hasta de la capacidad técnico-profesional del jurista historiador. Hasta los ardientes partidarios de este método reconocen que sería necesaria una ingente labor preparatoria antes de aplicarlo, ya que los términos de la comparación son más imperfectamente conocidos que el propio Derecho Romano arcaico; además, las fuentes orientales requieren, para su estudio, instrumentos difícilmente accesibles al jurista, puesto que precisan la intervención de especialistas en lengua y cultura sumeria, hebrea, egipcia, etc.⁹⁴ La comprensión que de estos derechos podemos alcanzar no se puede ni remotamente comparar a la que hemos logrado del Derecho Romano cuyo ciclo evolutivo ha llegado a nuestro conocimiento de manera prácticamente completa: la experiencia de nuestra indagación romanística nos muestra que el derecho, en cuanto realidad histórica, se aprehende en la medida que conocemos el proceso productivo, y que muy poco nos enseñaría un bloque de fuentes sin historia. Tal es lo que acontece, por ejemplo, con el Código de Hammurabi, que nos podrá dar ciertas nociones sobre lo que eran las ideas jurídicas en la ciudad de Babilonia durante la época amorrea, pero cuyo significado se mantendrá oculto mientras desconozcamos las vicisitudes seculares del sistema jurídico sumerio. En definitiva: por lo que al derecho clásico se refiere, parece suficientemente establecida su originalidad en producción; la pureza jurisprudencial del Derecho Romano clásico es un sello característico, único en la antigüedad, que muestra cómo los romanos conservaron aquel sentimiento de superioridad que les hacía desdeñar las imitaciones. En lo que se refiere al período postclásico, tal vez pueda tener interés estudiar el influjo ejercido por el derecho griego, o para mejor decir, helenístico, pero naturalmente que el estudio de los influjos, siempre interesante, no presupone la adopción del método sociológico, puesto que mantiene el punto de vista de la primacía de un derecho particular como objeto de estudio⁹⁵.

⁹³ Vid. respecto de este punto: F. BARREIRO. *Los estudios de D. Romano en Francia*. Madrid (1970) 90 ss.

⁹⁴ Así CAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*. París (1967) III.

⁹⁵ El tema del influjo oriental está siendo hoy sometido a nuevo proceso de revisión, particularmente en lo que se refiere al derecho postclásico. Es posible que muchos de los “orientalismos” no sean sino “primitivismos” debidos al inevitable proceso de deterioro que también hubo de sufrir la parte oriental del Imperio: así, la doctrina de la influencia oriental vendría a reproducir aproximadamente lo que ha sido la doctrina de los germanismos en Occidente.

d) *El sociologismo marxista*

Una nueva tendencia ultrahistórica podemos considerar el sociologismo marxista, que no es simple variante de la anterior escuela sociológico-comparativa, sino una orientación metodológica que se encuadra dentro del marco más amplio del materialismo histórico. Naturalmente que no es este el lugar apropiado para emprender la crítica integral de dicha cosmovisión, sino que —expuestos ya nuestros puntos de vista sobre las relaciones entre historia general e historia del derecho— nos limitaremos a juzgar sus resultados en cuanto a la investigación romanística. Ampliamente representativa es la postura del romanista checo Bartosek⁹⁶, quien sostiene, como premisa fundamental, que el derecho es una categoría eminentemente política y, en consecuencia, ha de ser estudiado en relación con la teoría del Estado⁹⁷. La afirmación puede aparecer extraña puesta en la pluma de un romanista, que ha adquirido el hábito de familiarizarse con un sistema jurídico cuyas decisiones se fundamentan en las *auctoritas* y no en la *potestas*, en que las fuentes de creación libre o de escuela, como la jurisprudencia, se sobreponen en mucho, por calidad y cantidad, a las fuentes que provienen de actos de poder; más extraña es todavía esta relación con la teoría del Estado, entidad política ajena a la mentalidad aterritorial de los romanos y emparentada más bien con la antigüedad griega y helenística⁹⁸. Pero en fin, el asunto merece ser analizado más detenidamente. Según este autor, por cuanto el objeto de toda indagación científica es el conocimiento de la realidad en cuanto verdad histórica, la manifestación conjunto de esta realidad, en lo que se refiere a la sociedad humana, tiene su reflejo y su explicación en la filosofía marxista del materialismo histórico. Las máximas y principios elaborados por esta doctrina (Bartosek le llama “disciplina”) que conciernen al campo del Estado y del derecho constituyen la “teoría del Estado y del Derecho”, una de cuyas ramas sería la “Historia del Estado y del Derecho”. Dentro de esta especialidad, la disciplina más importante es la “romanística jurídica”, que estudia los problemas del Derecho Romano desde cuatro puntos de vista fundamentales, a saber, un primer aspecto “extrajurídico”, que responde a las preguntas: *Quid ius?* y *Quia ius?*, y un segundo “histórico”, que se refiere a la cuestión “*Quando ius?*”; un tercer aspecto “lógico y dialéctico”, que cuida el modo correcto de pensar y responde a las preguntas: *Quomodo ius?*, *Quale ius?*, y por fin un aspecto puramente “jurídico”, en torno a las clásica cuestión *Quid iuris?*⁹⁹.

⁹⁶ Por razones de acceso al idioma, hemos debido concentrar nuestra atención en los estudios metodológicos de BARTOSEK, entre los autores que sustentan las doctrinas históricas marxistas. La producción de dicho romanista, en este terreno, es abundante, por fortuna, y permite aprehender una idea bastante aproximada de lo que significa el método que sustenta. Pueden citarse, entre otros, los siguientes trabajos: *Come si dovrebbe studiare attualmente il diritto romano*, en *St. A. Ruiz I* (1953) 317; *Annotazioni metodologiche dal punto di vista del materialismo storico*, en *St. de Francis I* (1956) 375; *La periodizzazione del diritto romano*, en *Synteleta A. Ruiz* (1964) 1149; *Diritto Romano e teoria dello Stato e del Diritto*, en *Estudios en Homenaje a Sánchez del Río* (1967) 55. (cit.: *Est. S. del Río*).

⁹⁷ BARTOSEK. *Est. S. del Río*, 56.

⁹⁸ Respecto de este problema puede verse D'ORS. *Sobre el no estadismo del Imperio Romano*, en *Estudios clásicos*, 44 (1965) 109 ss.

⁹⁹ BARTOSEK. *Est. S. del Río*. 70 ss.

Es ilustrativo el ejemplo que pone para el empleo de su método con la *emptio spei*. Para él, la institución no se puede explicar sino como resultado de la especulación que los económicamente más fuertes hacían respecto de los pescadores, cazadores, etc., quienes preferían cambiar la incierta recolección de cosas futuras por una parva seguridad presente; esta práctica, que sin duda habrá beneficiado a la clase típicamente explotadora de los *equites*, llegó a ser finalmente aprobada por los tribunales, y sobre tal hecho los juristas, elaborando con elementos tales como *periculum*, *alea* y *spes*, construyen sobre casuística varia el grupo designado con el nombre de *emptio spei*, que se integra, finalmente, como parte orgánica de la institución de la compraventa y de todo el "ordenamiento jurídico" romano¹⁰⁰.

La muestra que hemos traído como ejemplo no ha sido escogida por nosotros con el propósito de vituperar el método, pues es propuesta por Bartosek como tema central en uno de sus trabajos más importantes sobre metodología marxista aplicada a la historia jurídica. Naturalmente que por este camino podemos ser conducidos a cualquier fantasía mucho más allá de lo que alguna vez pensamos que podía llegar el comparativismo o el naturalismo de un discípulo de Bonfante. Es útil, en todo caso, meditar sobre semejantes resultados para guardarse de toda aventura interpretativa que vaya más allá de los datos que nos entregan las fuentes, porque, de otra manera, nos perderemos en el juego —fascinante, pero juego al fin— de la pura conjetura. Pero aún suponiendo que los resultados fueran firmes y suficientemente fundados en la realidad, ¿explica las características jurídicas de la *emptio spei* el hecho de que haya sido establecida como resultado de la explotación de los *equites* sobre los pescadores? ¿Acaso lo que interesa al jurista no es más bien el juego de la *actio empti* y la *actio venditi*, del *periculum*, de la evicción, de la custodia, etc.? El autor nos replicará que "un concepto es inexplicable por sí mismo, y por tal motivo se hace necesario explicar todo el ambiente social en que se inserta el derecho, no sólo el derecho mismo, sino también los conceptos opuestos como el pre-derecho, el extra-derecho, el no-derecho y el anti-derecho"¹⁰¹. Esta extraña afirmación puede, sin mayor esfuerzo dialéctico, conducir a la conclusión de que la comprensión del derecho, en cuanto supone el conocimiento del no-derecho, se hace imposible sin la aprehensión previa de todo el universo de las ciencias no jurídicas, y si lo que se dice del derecho se dice de cualquier otra ciencia, resultará entonces que no hay ciencias particulares ni especialidades. Por nuestra parte, aceptamos el método de las antinomias (conocimiento de lo prejurídico y de lo antijurídico, mas no necesariamente de lo no jurídico), pero sólo como labor previa de determinación del objeto epistemológico: una vez delimitado el campo de conocimiento de una ciencia, el investigador puede ahorrarse las digresiones perturbadoras.

Queda todavía un aspecto que criticar: la noción de causa no es plenamente aplicable al devenir histórico, y así tenemos a cada paso que instituciones nacidas al calor de determinada circunstancia social, sobreviven pletóricas de fuerza aun después de desaparecida la circunstancia que le dió origen. Un ejemplo típico encontramos en la representación directa, cuya estructura imitó las relaciones patrimoniales existentes entre el amo y el esclavo; sin embargo, la persistencia de la institución, su difusión, solidez, elaboración y utilidad, nos está indicando que sería del todo insuficiente y desorientador explicarla como

¹⁰⁰ BARTOSEK. *Est. S. del Río*. 82 ss.

¹⁰¹ BARTOSEK. *Est. S. del Río*. 89.

producto de una sociedad esclavista. El remoto origen de la representación, más "motivo" que "causa", viene realmente a interesar muy poco para su comprensión.

e) *El estructuralismo y el Derecho Romano*

Tal vez debamos referirnos, como una novísima manifestación de estas tendencias sociológicas ultrahistóricas, al método del análisis estructural conocido como estructuralismo en sus diversas direcciones¹⁰². El origen de esta moderna dirección científica es difuso, pues su impulso parece provenir independientemente de varias ramas de la ciencia; se cita a Galois (1811-1832) como el precursor del análisis estructural, en cuanto formula y concibe la teoría de los grupos, como un conjunto de elementos numerables compuesto por una operación que, aplicada a alguno de sus elementos, produce el mismo resultado en el conjunto. Pero la gran difusión del método —aún no designado con el nombre de "estructuralismo"— se va a deber a las investigaciones lingüísticas del filólogo suizo Saussure¹⁰³. La concepción fundamental de este estudio es que las palabras no tienen una explicación etimológica, sino convencional; no es la historia de las palabras o su devenir "diacrónico" lo que explica su significado, sino el "sistema" en el que se integran de manera "sincrónica": dicho sistema consiste en un conjunto de leyes de equilibrio, determinado por la distinción y contraposición de fonemas y significados en forma que el valor de cada uno viene determinado por la presencia simultánea de los demás. Este punto de vista antihistórico que tan singularmente venía a irrumpir sobre el estudio del idioma proviene del ejemplo de los economistas, para quienes las crisis económicas eran problemas de coyuntura que podían resolverse independientemente del precedente histórico; justamente de la fundamental actitud "sincronística" de Saussure, se deriva la afirmación de que las correspondencias semánticas son puramente convencionales y que nada hay de permanente en una palabra que la vincula a un valor estable. Debemos advertir, sin embargo, que la lingüística estructural posterior ha modificado esta rígida posición de su fundador, al introducir la consideración de un proceso genético de autorregulación en la constitución del lenguaje, que se presenta no tanto como evolución social del idioma, sino como consecuencia de creación personal sobre la base de un esquema racional fijo que depende de la previa organización mental de la propia racionalidad¹⁰⁴.

Las concepciones lingüísticas de Saussure pasaron a otras ciencias, como la física, la fisiología, la embriología, la psicología. Particularmente interesante

¹⁰² Nuestra fuente de información sobre este tema proviene fundamentalmente de LEGAZ. *Estructuralismo en el Derecho*, *Rev. Der. Univ. de Madrid* (1969) 7 ss.; LAMSDORF-GALAGANE. *¿Estructuralismo en la Filosofía del Derecho?* Santiago de Compostela, (1969) pp. 112; HERNÁNDEZ GIL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2 (1971) 201-462. Una referencia al tema, breve, pero de gran utilidad, se encuentra también en D'ORS, *Sistema de las Ciencias*. 2 (1969) 41 ss.

¹⁰³ SAUSSURE, *Curso de Lingüística General* (1945). Trad. Alonso. Buenos Aires (1969).

¹⁰⁴ Cfr. D'ORS. *Sistema de las Ciencias*, 3, p. 45; HERNÁNDEZ GIL, *Metodología*, 2, p. 235 ss. Especialmente interesantes en cuanto rectifican el antihistoricismo extremo de Saussure, son los trabajos de HJELMSIEV, en particular: *El Lenguaje*. Trad. de M. V. Catalina. Madrid (1968).

para nosotros, a la antropología y la sociología, recepción que se realiza a mediados del presente siglo, y en la que cabe destacada participación a Claude Lévi-Strauss¹⁰⁵. Aplicado el análisis estructural a la sociedad, se introduce la noción de "campo social", como una extensión de la idea de "campo físico". La sociedad se explica ahora no "diacrónicamente" como el resultado de una larga convivencia que se origina en la condición gregaria del hombre, sino en forma "sincrónica", por la lógica de las oposiciones y correlaciones, compatibilidades e incompatibilidades, a la vez que intenta hallar un modo de formalización de la materialidad de los componentes sociales. Pero en este campo, la noción de estructura resulta menos precisa que en las ciencias lingüísticas o matemáticas y no hay unanimidad de concepto entre los distintos sociólogos estructuralistas¹⁰⁶; para Lévi-Strauss, por ejemplo, "la estructura no se refiere a la realidad empírica, sino a los modelos construidos con arreglo a ésta. Un modelo ofrece carácter de sistema: consiste en elementos tales que una modificación cualquiera de uno de ellos implica una modificación de todos los demás. Además, todo modelo pertenece a un grupo de transformaciones, cada uno de los cuales corresponde a un grupo de igual familia, bien que el conjunto de estas transformaciones constituye un grupo de modelos. Estas propiedades permitirán prever de qué modo reaccionará el modelo en caso de modificación de uno de los elementos. Por último, el modelo debe construirse de tal manera que su funcionamiento pueda dar cuenta de todos los hechos observados¹⁰⁷. Aunque hay otras concepciones posibles de estructura, y otros autores estructuralistas formulan críticas al carácter "estático" de las ideas de Lévi-Strauss, hemos citado su punto de vista, porque en él resalta más que en ningún otro la noción generalizante, abstracta y matemática del significado de la estructura. La meta común de los científicos estructuralistas parece ser —en el terreno de las ciencias sociales— alcanzar la ley general de las transformaciones que ocurren o pueden ocurrir dentro de determinada categoría de hechos sociales, lo que equivale a decir que el análisis estructural pretende la predicción de los fenómenos sociales, en cuanto los fenómenos temporales estarían dominados por una estructura intemporal¹⁰⁸: en este sentido se advierte la estrecha relación de este método con todas las direcciones sociologistas, entre las que, naturalmente, no se excluye el ya comentado sociologismo marxista. Precisamente el llamado "estructuralismo metódico" de las ciencias sociales pretende tener su origen en los métodos de Marx, que ya había utilizado el concepto de "estructura", aunque no con el sentido delimitado de la nueva orientación, al sentar la teoría de las "infraestructuras" y las "supraestructuras". El estructuralismo sociológico ciertamente se aproxima al marxismo en cuanto a que antepone las consideraciones relacionales a las estrictamente ónticas, y así a la idea marxista de que el hombre es ante todo un punto de convergencia de relaciones sociales tanto frente a los demás hombres como frente al mundo de la naturaleza, corresponde el programa estructuralista de que el rango paradigmático de las ciencias naturales se debe a que no tratan sobre el hombre, por lo que propicia la eliminación epistemológica de éste o su objetivación en las relaciones huma-

¹⁰⁵ Sobre la obra y las ideas de Lévi-Strauss, *vid.* amplia referencia en HERNÁNDEZ GIL, *Metodología*, 2, cit., p. 253 ss.

¹⁰⁶ Cfr. LAMSDORF-GALAGANE, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁷ LÉVI-STRAUSS. *La notion de Structure en Ethnologie*, p. 306. *Vid.* también, LEGAZ, *Rev. Fac. D. Mad.* (1969) cit. p. 12.

¹⁰⁸ LAMSDORF-GALAGANE, *op. cit.*, p. 93.

nas para que las ciencias sociales y las humanidades alcancen rango propiamente científico¹⁰⁹. Los sociólogos estructuralistas tratan de establecer el mecanismo de la interacción entre la "infraestructura" (condicionamientos económicos) y "supraestructura" (resultados ideológicos). Pero la postura espiritual de ellos es antes descriptiva que programática, por lo que se nos muestra carente de preocupaciones o proyecciones directas en un sentido político: consecuentes con sus tendencias apatética y cuantificante, aspira más al descubrimiento y la invención que a la reforma social¹¹⁰. A más de esta diferencia de actitud vital entre el estructuralismo y el marxismo, podemos agregar que el pensamiento marxista, apegado todavía al historicismo decimonónico a causa de su primer planteamiento dialéctico tomado de la filosofía de Hegel, no puede plegarse sin inconvenientes a una reinterpretación social que tiene como punto fundamental de conocimiento el divorcio entre la diacronía y la sincronía y pese a las modificaciones que se han introducido a este principio, resulta inadecuado, desde un punto de vista estructural, la explicación de las oposiciones e incompatibilidades sociales como puros momentos dialécticos de tesis y antítesis.

Respecto a la posibilidad de aplicación del análisis estructural al campo del derecho, hemos de decir que, *ex hypotesi*, en cuanto el estructuralismo tiene pretensiones exclusivistas y absorbentes, su método podría y debería ser aplicado a cualquier disciplina del saber, hasta el punto de que aquellas que por límites de su propio objeto quedaran fuera de la reducción estructural, no podrían con propiedad llamarse ciencias. El juicio de Lévi-Strauss sobre los juristas no es, sin embargo, muy favorable: "Tratan un sistema artificial como si fuera real, y para describirlo parten del postulado de que sería imposible que encerrara contradicciones"¹¹¹. Ya se advierte en seguida que el conocimiento jurídico de Lévi-Strauss no rebasa el sistema legalista en que se mueve, y que, en todo caso, no alcanza a un derecho histórico como el romano. Desde el campo científico del Derecho, la tendencia general se inclina a negar también—obviamente por razones diversas— la posibilidad de un estructuralismo jurídico. Aun cuando algunos autores juristas han sostenido posturas que aparentemente se pueden calificar de estructuralistas, ello no pasa de ser un estructuralismo "global", según la terminología de Piaget, es decir, en cuanto conciben la existencia de un todo social (distinto de sus componentes) dinámico que se autorregula; mas el estructuralismo en sentido estricto es el "metódico", que considera las leyes de las interacciones que transforman el todo. Pero aparte de esta aproximación impropia, se pueden señalar algunos criterios metodológicos especialmente interesantes en el campo del Derecho Romano, que apuntan una dirección calificable como preestructuralista.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 278.

¹¹⁰ Sobre las diferencias de actitud entre el humanista, el científico empírico y el cultivador de las ciencias sociales ("Geonomía") *vid.* D'Ors, *Sistema de las Ciencias*, 2, p. 40.

¹¹¹ LÉVI-STRAUSS. *Criterios científicos*, p. 84. El jurista por su propia profesión tiende a sobrevalorar la cultura en que se mueve, ya que no puede poner en tela de juicio el orden particular en el seno del cual se desarrolla su actividad. Esta idea de Lévi-Strauss parece guardar más relación con el ámbito del Derecho Público, o según advertimos, con un sistema legalista de derecho privado, que con el concepto del derecho jurisprudencial según la idea romana de producción por vía de *auctoritas*.

Se ha señalado, en primer lugar, un cierto paralelismo entre el significado, en sus respectivas ciencias, de Savigny y Saussure, en cuanto a que ambos utilizan el concepto de "sistema" como base y fundamento del método que proponen; pero la verdad es que el término tiene sentido y alcance distinto en ambos autores, porque si bien es verdad que Savigny diferencia Historia y Sistema, en cuanto concibe la Historia como "lo vario sucesivo" y el Sistema como "lo vario simultáneo" —expresiones que recuerdan los conceptos de diacronía y sincronía— la Historia es utilizada como vehículo para inquirir la génesis y la evolución del sistema: no debemos olvidar tampoco el trasfondo nacionalista que yace en las concepciones de Savigny, en cuanto a que la Historia del Derecho pone en contacto el derecho con la vida y el espíritu de un pueblo. Para Saussure, por el contrario, historia y sistema se contraponen irremediablemente, por cuanto el sistema descansa sobre un conjunto de simultaneidades que se explican internamente según principios de contraposición. "La intervención de la historia sólo puede falsear el juicio del lingüista", dice, pues obligaría a describir el sistema desde un punto de vista móvil.

Otro gran romanista cuyos trabajos pueden situarse en una línea preestructuralista es Ihering, sobre todo por aquellos pasajes en "El espíritu del Derecho Romano" que dedica a temas de metodología jurídica, a través de lo que él llama problema de "técnica en general". Ihering se esfuerza por delimitar el método jurídico, que habría sido empleado siempre, aunque muchas veces en forma inconsciente, y pretende convertirlo en objeto de conocimiento y de racionalización a través de la formulación de una "teoría de la técnica". El Derecho Romano daría en tal sentido una lección magistral, en cuanto a que el método alcanzó ahí "una exactitud tan perfecta que descansa en la naturaleza misma de las cosas, y al modo que puede sostenerse como verdad incontestable que los principios del método matemático serán invariablemente y siempre los mismos, igual acontece con el método jurídico". El Derecho Romano vendría a jugar respecto de los demás sistemas jurídicos —menos desarrollados y formalizados, menos "técnicos" que él— un papel de modelo semejante al que los estructuralistas asignarán al lenguaje respecto de otras ciencias sociales. Otros anticipos estructuralistas de Ihering encontramos en la idea de concebir el método jurídico como immanente al derecho mismo, emanado de él en virtud de una necesidad contenida en su misma esencia, y ciertamente este punto de vista evoca la idea de estructura no ya en un sentido global, sino en el que es propio del análisis estructural. Otro punto de aproximación marcado por la curiosa coincidencia del recurso a la lingüística radica en el paralelismo que establece Ihering entre el "alfabeto del lenguaje" y el "alfabeto del derecho", pero la verdad es que en esta materia el contacto no trasciende a la forma de expresarse, porque Ihering pretende hallar, por vía de descomposición analítica, los elementos simples que integran el sistema jurídico, según la previa idea de que lo simple precede a lo complejo; el análisis estructural, por el contrario, toma el lenguaje como un todo, donde los elementos simples no tienen explicación posible separados del sistema de que son parte.

La tendencia estructuralista hacia la búsqueda de isomorfismos y homomorfismos conducirá, si no nos equivocamos, a que las primeras aplicaciones del análisis en la ciencia del Derecho, si llega a haber tales intentos más allá de la pura especulación teórica, tendrán lugar en el campo aún poco explorado del Derecho Comparado, lo cual, a través de la tendencia sociológica francesa, podría llegar a incidir en el estudio del Derecho Romano. Esta

tendencia parece ya apuntarse en sus primeros intentos a través de la obra de Arnaud, quien afirma que "el estructuralista es necesariamente y por esencia un comparativista"¹¹². Fuera de esta previsión, estimamos arriesgado formular otro juicio sobre la viabilidad de la aplicación del análisis estructural al Derecho Romano, salvo, claro está, en cuanto la idea misma de estructura puede aparecer en contradicción con el carácter de ciencia histórica que hemos afirmado sin distinción para el Derecho, ya que, en cuanto intento de reducir todas las ciencias al esquema de aquéllas que tienen fundamentos cuantitativos, nuestro juicio, aunque provisional, no puede ser sino adverso¹¹³.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL PASADO Y EL PRESENTE

a) *La postura de Croce*

Una última cuestión metodológica que nos plantea la investigación del Derecho Romano es la del modo cómo el investigador selecciona los materiales sobre los que se propone operar, y ello nos lleva a la vieja cuestión, más arriba esbozada, de si la historia es ciencia del pasado o ciencia del presente. Dicho de otra manera, se trata de saber si el romanista considera su objeto epistemológico movido por un interés del presente, o si el interés de la materia histórica radica en sí misma como perteneciente al pasado. Es de sobra conocida al respecto la postura de Croce, quien afirma de manera terminante que "toda historia es del presente", por cuanto el conocimiento histórico proviene de una "pregunta", que el historiador dirige al pasado, y esa pregunta responde a un interés actual práctico, que el filósofo italiano define como "una necesidad moral de orientación cognoscitiva"¹¹⁴. Según tales ideas, toda época tendría "su" historia, por cuanto, el contar con sus propios problemas e intereses ha de tener diferentes preguntas que proponer al pasado, para que la pregunta aclare las dudas, resuelvan nuestra situación presente y acaso abra

¹¹² ARNAUD. *Structuralisme et droit*. En el mismo sentido se pronuncia LEGAZ, *Rev. Fac. D. Mad.* (1969), cit. p. 24, quien propone la comparación tanto de los contenidos como de las estructuras, mediante el empleo de un doble principio, según el cual la comparación de estructuras recae en los niveles más altos de confrontación, y aun a distintos niveles, la comparación estructural es preferentemente dinámica y genética en los niveles superiores.

¹¹³ El filósofo del derecho italiano Giuseppe LUMIA ha defendido la idea de que el ordenamiento jurídico constituye una estructura, en cuanto consiste en un sistema donde hay relaciones de coordinación y subordinación entre las normas, y que es además un sistema dinámico, cerrado y con capacidad de autorregulación. *Vid.: Principios de Teoría e Ideología del Derecho* (1973), Trad. española 1978, 53 ss.). Ahora bien, no todas estas características se pueden predicar del Derecho Romano, que si bien lo podemos denominar "sistema", no es propiamente "ordenamiento", no hay en él relaciones claras de subordinación ni constituye un sistema cerrado.

¹¹⁴ CROCE. *La storia come pensiero e come azione*. Bari (1943) 128 ss. *Vid* la terminante crítica que dirige MARROU. *El conocimiento histórico*. Trad. de García de la Mora. Barcelona (1968) 35: "El historiador no se propone por tarea (concediendo que pueda concebirse sin contradicción) el reanimar... el pasado. Estas no son sino metáforas. Indudablemente, en cierto sentido, trae otra vez a la existencia del presente algo que, convertido ya en pasado, había cesado de existir; pero al hacerse "historia", al ser conocido, el pasado no es reproducido sin más tal como fue cuando era presente".

paso a las constituciones del porvenir. Cassandro, discípulo de Croce, trata de aplicar a la historia del Derecho las doctrinas del maestro y cree que el fin de la historia jurídica no se limita a la comprensión del lenguaje antiguo o de la "dogmática" antigua, sino que, además, ha de reconducir dichos esquemas a la vida de donde salieron: el nexo vital entre pasado y presente se instauraría partiendo desde nuestra experiencia jurídica hacia la del pasado; desde los problemas presentes vivos y todavía no resueltos hacia los superados y resueltos del pasado ¹¹⁵.

Nuestra postura se inclina por la solución contraria, aunque reconocemos la prudencia con que Cassandro ha concebido la cuestión, pues desde su punto de vista no excluye que el historiador del derecho pueda dedicarse a la comprensión del pasado en cuanto tal. Como hemos advertido, la doctrina de Croce tiende a desorbitar el momento subjetivo de la observación epistemológica, acaso como reacción contra los excesos del positivismo, y en tal sentido su doctrina ha servido de saludable medio correctivo; pero termina por conducir a un utilitarismo cercano al que Nietzsche pretendía para los estudios históricos, lo cual constituye la negación misma del carácter científico de la historia. Una cosa es que el conocimiento histórico sea útil, punto en el que estamos todos de acuerdo, y cosa distinta es que sea utilitario, lo que negamos terminantemente. Decía Freyer que "si al conocimiento histórico se le plantea la exigencia de que renuncie a toda articulación fundamentada en puntos de vista valorativos y evite toda referencia del pasado a las decisiones del presente, resultará... necesariamente el cuadro de un drama inaudito al cual asiste el hombre como puro espectador" ¹¹⁶. Pero, precisamente, lo que pretendemos es ser espectadores. Sabemos hoy que ni en la historia ni en ninguna otra ciencia podemos alcanzar a ser puros espectadores, pero una vez sabido esto, tratamos de aproximarnos lo más posible a esta actitud, porque sólo desde ella llegamos a adquirir conocimientos válidos en la forma en que puede serlo. La historia, como toda ciencia, es un saber presente, una ciencia del presente, pero no es sin más un saber del presente, sino que postula el conocimiento del pasado en cuanto tal, vale decir, en cuanto está desprendido de nosotros, y este distanciamiento es requisito de todo conocimiento: así como el químico no se hace fenómeno o el geólogo no se hace roca, así el historiador permanece presente, y ello no resta la condición de pasado al objeto de su investigación. Es verdad que la historia deposita su saber en el presente, pero su misión no es mezclarse con él: ni programa de acción, ni diagnóstico de nuestro tiempo, ni arsenal de argumentos. La utilidad de sus resultados está ahí, para que sea empleada por quien la requiera según las necesidades de su especialidad, en nuestro caso por el civilista o el filósofo del derecho o el juez que efectúa un acto de creación. Otro problema es si el romanista está o no especialmente capacitado para la diagnosis del presente jurídico o para la construcción del derecho del futuro. Pero eso es asunto que no atañe a la investigación.

b) *Método histórico-crítico*

Congruente con esta actitud es la aplicación, para el estudio del Derecho Romano, del método histórico-crítico, que pretende un conocimiento de nuestra

¹¹⁵ CASSANDRO. *Storia e diritto*. RSDI (1966) 40.

¹¹⁶ FREYER. *Los sistemas de la Historia Universal*, en *Historia Universal*, dirigida por W. Goetz, I., p. 23.

disciplina que sea a la vez histórico y jurídico. Histórico, en cuanto investiga la realidad del objeto como conjunto particular de una época pretérita, y lo considera en sus diferentes estratos temporales, siempre bajo el punto de vista de la coherencia sistemática; jurídico, en cuanto permanece constante la idea de que el Derecho Romano es una ciencia jurídica, y que por tanto la indagación histórica se ha de hacer sobre cuestiones —“preguntas”— jurídicas, y por personas profesionales aptas para plantear la investigación en el terreno del derecho; jurídico también porque depura y concentra el campo de la investigación a los problemas propiamente jurídicos, en una labor que prefiere la intensidad a la extensión, y libra al estudioso de las preocupaciones sociológicas, políticas o, en general, metajurídicas. A este método se ha de atribuir el mérito de haber elevado las investigaciones histórico-jurídicas a la dignidad de ciencia, y constituye ciertamente un delicado medio de investigación que ha conducido a valiosos resultados, por lo que su sustitución, examinadas las demás opciones, no parece posible en nuestros días, ya que hacerlo en aras de un interés mayor para las corrientes ideológicas de moda sería degradar el tono científico de los estudios histórico-jurídicos ¹¹⁷.

El gran hallazgo de este método es la elaboración de un sistema riguroso de investigación sobre interpolaciones. La crítica interpolacionista no es una actividad reciente: ya la escuela humanista había hecho adelantos notables en esta labor, y así Hotman, en su obra póstuma “antitribonianus” publicada en 1604, propone, como tarea específica de la historia jurídica, el problema de la localización de los “*emblemata Triboniani*” ¹¹⁸. La llamada escuela culta pudo valerse, para esta difícil obra de reconstrucción del Derecho Romano clásico, del descubrimiento y publicación de manuscritos que contenían obras jurídicas prejustinianas, las cuales abrieron la posibilidad de establecer confrontaciones textuales. En el año 1517 se publican por primera vez *Epítome Gai, Pauli Sententiae* y algunas constituciones del Teodosiano, obras que estaban contenidas en el Breviario de Alarico, y así se reconoce al fin la utilidad de las fuentes romano-bárbaras para la reconstrucción del derecho anterior al *Corpus*. En 1549 sale a la luz la edición del Epítome de Ulpiano; en 1563 la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*; en 1566, una edición más completa del *Codex Theodosianus*, a cargo de Cuiacio; en 1573, la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* y el *Fragmentum Dositheanum*; en 1579, el Edicto de Teodorico. Los resultados de las investigaciones de la escuela culta, basados sobre todo en confrontaciones textuales, fueron numerosos y seguros: los casos de alteraciones denunciados deben considerarse exactos en su gran mayoría.

Pero es a partir del último cuarto del siglo pasado cuando la crítica interpolacionista cobra el impulso inusitado que ha hecho de esta dedicación la nota distintiva de la romanística en la primera mitad del siglo XX. Se debe a los trabajos de Građenwitz y Eisele el intento de establecer criterios generales y permanentes para la actividad que se denominó humorísticamente “caza de interpolaciones”. Sin embargo, en un principio, el método, si bien era crítico, no era igualmente histórico, según anota D’Ors ¹¹⁹, puesto que los investiga-

¹¹⁷ Las observaciones de D’Ors contenidas en *Presupuestos*, 40 ss., y *Los romanistas ante la crisis de la Ley*, 36, son todavía válidas. De hecho, el gran logro de la corriente anticrítica ha sido el de obligar a afinar el método crítico.

¹¹⁸ Vid., al respecto, F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*. Turín (1870) 79.

¹¹⁹ D’Ors, *Presupuestos*, 45.

dores se limitaban a separar en el texto lo que era genuino de aquello que parecía alterado, sin que se procurara determinar ni el motivo ni la época de la interpolación, y así se reemplazó la imagen de "cuerpo compacto" que tenía la compilación justiniana por otra menos inexacta, pero siempre demasiado simple de "cuerpo doble", en el que existían dos estratos: el originario, reconocible por la indicación del autor en el Digesto o de la fecha en el Codex, y el compilatorio, que se sitúa en la época de Justiniano.

La existencia de estratos intermedios fue denunciada por el hecho de que se descubrieron alteraciones en fuentes que no habían sido compuestas por las comisiones que intervinieron en la recopilación, fundamentalmente *Fragmenta Vaticana*, Epítome de Ulpiano, *Pauli Sententiae*, *Responsa* de Q. Cervidio Scevola y *Ulpiani Opiniones*¹²⁰. Ello hacía pensar que los miembros de la comisión tribonianea podían haber usado ediciones ya alteradas y, por tanto, se hacía necesario una labor total de revisión sobre los resultados obtenidos por la crítica, para procurar determinar, en cada caso, la fecha probable de la alteración: desde ese momento, que ya podemos situar en la segunda decena del presente siglo, el método se hace a la vez crítico e histórico. Papel importante en este cambio de orientación cupo al romanista francés Paul Gollinet, que puede considerarse como el iniciador de la dirección "histórica" dentro del método crítico, pese a que ya antes de él se había señalado la existencia de "glosemas" (o alteraciones prejustinianas). Distingue Collinet cuatro tipos de alteraciones: i) los escolios o glosas, simples adiciones interpretativas, generadas por la práctica forense de fines del siglo III y principios del siglo IV; ii) las alteraciones interpretativas de la práctica y la doctrina occidental, agregadas a las fuentes hacia el siglo IV, principalmente; iii) las interpolaciones prejustinianas, ya con carácter innovador, que habrían sido generadas sobre todo por la doctrina de las escuelas orientales durante todo el período que va desde el siglo III hasta la compilación, pero principalmente en el siglo V, y iv) los tribonianismos, que son las interpolaciones justinianas¹²¹.

A los trabajos de Gollinet se unen los de Albertario, a quien puede considerarse el gran maestro de la escuela histórico-crítica: él proporciona una serie de criterios para individualizar las alteraciones prejustinianas y distinguir las de los tribonianismos, y extiende el empleo del método a todas las fuentes, incluso el Código, que hasta esa época había quedado relativamente al margen de la crítica de Glosemas. Desde entonces, se abre una nueva perspectiva de indagación, aun respecto de aquellos textos en que era posible el cotejo con una fuente prejustiniana y parecían inalterados, puesto que de la identidad de redacción a la vista del cotejo, sólo se podía deducir la ausencia de tribonianismos, pero quedaba abierta la posibilidad de que hubiese alteraciones provenientes de épocas más tempranas¹²².

Conforme a cuanto hemos dicho, la labor crítica consiste en fijar ciertos presupuestos a los que el texto determinado ha de corresponder, según la época en que aparece escrito, según el estilo o la personalidad del autor, según

¹²⁰ Como modelo de trabajos tempranos en este sentido se pueden citar KOSCHAKER, *Ein Beispiel für vor justinianische Interpolation*, en ZSS (1916) 325, sobre D. 39, 6, 42, pr., y GRADENWITZ, *Vat 22 und Cod. Iust 4, 46, 2*, en ZSS (1925) 488.

¹²¹ Vid. D'ORS, *Presupuestos*, 46.

¹²² Una síntesis clara y completa de los diversos criterios que establece Albertario para determinar la existencia de alteraciones prejustinianas, con la bibliografía correspondiente, nos da D'ORS, *Presupuestos*, 47 ss.

el estado del derecho o de la institución jurídica de que se trata en el tiempo coetáneo al texto, etc. Una vez determinados los presupuestos se procede a analizar el texto, y si no responde plenamente a los presupuestos, se puede conjeturar con más o menos probabilidades (casi nunca con seguridad) que ha sido alterado. Así establecido el hecho de la alteración, se pasa a determinar en qué consiste ella, qué explicación tiene y en qué época se efectuó¹²³. Respecto del texto que se somete a prueba, tradicionalmente se ha procedido a analizar fragmento por fragmento, pero D'Ors propone como solución correctora que, para las alteraciones prejustinianas, se emprenda el análisis conjunto de los libros enteros, por cuanto la unidad que ha sufrido las manipulaciones de copistas, prácticos, glosadores, etc., no es el párrafo, sino el libro, de manera que se puede notar una cierta identidad de estilo en cada estrato de alteración que ha sufrido una obra determinada. En lo que se refiere a las interpolaciones justinianas, la unidad no sería el libro, sino la masa compilatoria sobre que trabajó la comisión: las interpolaciones serían, pues "horizontales", en el sentido de que afectan con cierta semejanza de estilo a una "masa" determinada; las alteraciones pre-justinianas serían "verticales", por cuanto recorren el libro de arriba a abajo. La combinación del criterio "horizontal" con el "vertical" en el análisis puede poner a la luz la naturaleza de la alteración, pues cuando en un libro aparecen algunas que difieren de las que son características en la masa compilatoria, puede sospecharse que se trata de glosemas pre-justinianos¹²⁴.

En cuanto a los presupuestos para el análisis del texto, ya Gradenwitz¹²⁵, fundamentándose en lo que constituía el método habitual de la crítica realizada por los historiadores, distinguía tres criterios para reterminar una posible alteración:

- i) Criterio externo (esto no lo ha escrito el jurista clásico).
- ii) Criterio interno (esto no lo pudo decir el jurista clásico).
- iii) Criterio filológico (esto no lo pudo decir de esta manera el jurista).

Desde Gradenwitz hasta hoy, la crítica se ha afinado mucho, y aunque es difícil establecer una lista completa de los presupuestos y de su ámbito de aplicación, pues es una materia en proceso de revisión continua, podemos señalar a continuación los más importantes. El análisis del texto se realiza sobre la base sucesiva de cada uno de dichos presupuestos.

*Análisis filológico*¹²⁶. Consiste en comprobar la correspondencia gramatical y sintáctica del texto con las normas y uso que a este respecto eran habituales en la época coetánea a aquella que se atribuye al texto examinado. Si el fragmento aparece contrario a dichas normas, podemos suponerlo alterado, y la suposición será tanto más fundada cuanto la anomalía gramatical o sintáctica sea más flagrante. También los anacronismos de lenguaje pueden de-

¹²³ Vid. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*. Nápoles (1968) 551 ss.

¹²⁴ D'ORS, *Presupuestos*, 52.

¹²⁵ Expone GRADENWITZ sus criterios a través de la ingente labor crítica que realizó, pero particularmente en *Interpolationen in den Pandekten* (1887). También da criterios, algo distintos a los de Gradenwitz, APPLETON, en *Les Interpolations* (1895) p. 146 ss.

¹²⁶ Vid. GUARINO, *op. cit.*, 554 ss., con bibliografía.

latar una alteración; así, por ejemplo, el abuso de superlativos, o la tendencia a reemplazar términos concretos por otros abstractos (p. ej.: *transitum* o *mortalitas*, en lugar de *mors*). Igualmente se puede determinar una modificación por el ritmo del fragmento, puesto que los clásicos, que en general tenían la educación gramática propia de las clases aristocráticas, cuidaban según el estilo de la época de escribir usando períodos armónicos, y aunque los juriconsultos ciertamente no tenían profesión de literatos, sin duda que la práctica escolar hubo de dejar en ellos un sedimento subconsciente que les impulsaba a usar, en sus escritos, el estilo periódico¹²⁷. Por descontado que el análisis filológico de un texto requiere en el investigador condiciones de especialista que pocas veces se dan: el caso de un científico que, como Mommsen, reúna en grado eminente las calidades de jurista y filólogo, es excepcional, y por eso es recomendable que, en este terreno, el romanista se asesore del consejo de un experto. Hay casos, sin embargo, en los que la alteración resulta suficientemente visible, como podría ser en este ejemplo: D. 19,1,28. (*Julianus III ad Urseium Ferozem*).

*Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si no fecissem, poenam promisi. Respondit; [venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenne nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio submovebit] si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris [nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.]*¹²⁸.

En el texto se nota una evidente incongruencia en la forma de los verbos de los pasajes "*venditor antequam... submovebit*" y "*nisi... id fieri*", por cuanto en ellos la respuesta aparece en tercera persona, en tanto que en el resto del texto, la respuesta está en segunda persona, dirigida a un interlocutor presente: podemos conjeturar que esa es la solución verdaderamente propuesta por Urseius Ferox, y que los pasajes en tercera persona constiuyen un agrado posterior.

*Análisis estilístico*¹²⁹. Pretende establecer la correspondencia de estilo del texto según el autor, la época y el lugar. Diferente del análisis filológico, en cuanto no mira tanto a la construcción literaria de la frase, sino conforme a cierta actitud mental que se supone en el autor declarado del texto. Se distingue fundamentalmente entre el estilo "jurisprudencial" y el estilo "normativo"; al primero, propio del *ius* y el segundo coherente con la *lex*: si, por ejemplo, un pasaje del Digesto aparece intercalado con fragmentos redactados en estilo normativo, puede creerse que tales fragmentos no son originarios del texto. El estilo jurisprudencial, naturalmente, varía según las épocas, y hasta se puede

¹²⁷ Cfr. PESCANI, *Limiti della filologia*, en *St. Biondi II* (1965) 499 n. 5.

¹²⁸ Me vendiste unos predios y se convino que yo hiciese alguna cosa, y prometí una pena para el caso de que no la hiciera. Respondió: el vendedor, antes de pedir la pena de la estipulación, puede demandar por la acción de venta; si hubiera conseguido cuanto en concepto de pena se hubiese estipulado, la excepción de dolo lo repelerá cuando demanda por la estipulación, y si tú hubieses conseguido la pena por la estipulación no podrías demandar, de propio derecho, por la acción de venta, a no ser en la diferencia en que interesase que se hiciera aquello.

¹²⁹ GUARINO, *op. cit.*, 561 ss.

distinguir cierto sello personal en algunos de los juristas, pero siempre presenta la característica de usar el tono de opinión; igualmente el estilo "normativo" o "ilegal" con variantes en la época postclásica respecto de la clásica, o de Oriente respecto de Occidente, está siempre redactado en la forma imperativa de providencia de gobierno. Se pueden establecer los siguientes criterios estilísticos de alteraciones:

i) Las divagaciones, los incisos que rompen la unidad de la oración, las repeticiones o las abreviaciones, son indicios genéricos de alteración.

ii) Los plurales maiestáticos, o la decisión de una controversia jurisprudencial mediante tono imperativo, son indicios específicos de que el texto ha sido alterado por la comisión triboniana.

iii) Son indicios específicos de alteraciones projustinianas las alteraciones del Digesto en las que falta el tono imperativo, o presentan carácter de elaboración doctrinaria o interpretativa.

Un ejemplo evidente de glosema postclásico aparece en D.48,5,12,1. (*Papinianus, liber singularis de adulteriis*). *Militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, [licet non in matrimonium] adulterii poena teneri rectius dicitur*. La frase "*licet non in matrimonium*"¹³⁰ es del todo inútil, puesto que si dice que el militar está unido en contubernio con su sobrina, significa que ésta tiene condición de esclava, lo cual ciertamente excluye el matrimonio. Por lo demás, la frase es gramaticalmente incorrecta, puesto que usa el acusativo en lugar del ablativo, y debió usar la conjunción "*scilicet*" en lugar de "*licet*".

*Análisis lógico*¹³¹. Se refiere a la correspondencia que ha de existir entre las diversas partes del texto, o entre el texto entero y las demás partes del mismo libro, o más generalmente, del mismo autor o la misma época. Véase el siguiente ejemplo, que tuvimos ocasión de considerar en uno de nuestros trabajos¹³². D. 29,7,8, pr.

(*Pauli de iure codicillorum liber singularis*). *Conficiuntur codicilli quatuor modis, aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento*¹³³.

"*Conficiuntur testamento*" no concuerda con la secuencia del fragmento, pues no existe concordancia entre "*confirmantur*" y "*conficiuntur*". El pasaje no dice que haya cuatro clases de codicilos, sino cuatro maneras de hacerlos; pero de la lectura del texto completo resulta que no hay cuatro maneras de hacerlos, sino de confirmarlos. Una contradicción a la que se une otra que también se contiene en el pasaje, por cuanto resulta de él que sólo hay dos maneras de hacer codicilos: o en consideración al testamento (*testamento facto*) o sin haber hecho testamento (*sine testamento*). Tampoco puede ser genuino "*aut per fideicommissum . . . testamento*". Además de faltar el verbo regente, no se explica la mención al fideicomiso, al menos según los criterios jurídicos contemporáneos a Paulo: *conficiuntur . . . per fideicommissum*" resulta absurdo, ya que es el

¹³⁰ Se dice más propiamente que sufre la pena de adulterio el militar que vive en contubernio con la hija de su hermana, aunque no sea en matrimonio.

¹³¹ GUARINO, *op. cit.*, 567 ss.

¹³² SAMPER, *op. cit.*, AHDE (1968) 115 s.

¹³³ Los codicilos se hacen de cuatro modos, pues la confirmación se hace para el codicilo futuro o para el pretérito, o por fideicomiso habiendo hecho testamento o sin testamento.

fideicomiso que se puede hacer por codicilo, y no viceversa; también "*confirmantur . . . per fideicommissum*" es absurdo, ya que la confirmación solamente puede tener lugar por testamento. Lo más probable es que el texto entero sea postclásico —prejustiniano—, según resulta de la comparación con Inst. 2,25,1 y no pueda ser atribuido a Paulo.

Análisis lógico-jurídico ¹³⁴. Esta forma de análisis la distingue Albertario de la anterior, y constituye la forma de determinar las que se suelen denominar "*intelegantiae iuris*". Consiste en establecer la correspondencia del texto con un presupuesto de una concreta coherencia lógica que ha de existir entre la anunciación de un principio jurídico y su aplicación práctica, o entre los distintos principios jurídicos que aparecen enunciados en el texto, o en varios textos de la misma materia y época. Frecuente es, cuando se altera un texto para hacerlo coherente con la mentalidad de la época de la alteración, que se introduzca el nuevo principio en forma de excepción injustificada o incongruente, encabezada con un "*nisi*" u otra expresión semejante. Un ejemplo muy claro de interpolación se encuentra en un *resposum* de Scevola: D. 32,93,3.

Quaestum est an quod heredes fratibus rogati essent restituere, enim ad sorores pertinere, [nisi aliud sensisse testatorem probetur.] ¹³⁵.

La excepción que introdujeron los compiladores deja sin sentido el principio, ya que no existe modo de mantenerlo frente a la posibilidad de que lo rompa la voluntad discrecional del causante. En esta alteración se manifiesta el tema, tan predilecto de los justinianos, de la supremacía de la voluntad interna, resultado del movimiento moralizante que afectó al derecho tardío.

Análisis histórico ¹³⁶. Consiste en establecer la correspondencia del texto con un presupuesto constituido por el ambiente histórico general de la época en que aparece redactado. Cuando en el texto se denuncia un anacronismo, puede darse por muy probable que ha sido retocado, y la naturaleza del anacronismo sirve para dar una indicación, más o menos segura, de la época de la manipulación, o de la fecha a partir de la cual pudo presumiblemente efectuarse. Se ha advertido frecuentemente, y la advertencia es justa, que los presupuestos para el análisis histórico deben estar sólidamente establecidos, pues una concepción histórica errada puede llevar a prejuicios indebidos: cuando los presupuestos son simplemente conjeturales, un aparente anacronismo en los textos, tanto como alteración postclásica o compilatoria, puede constituir un elemento de crítica que sirva para emprender la revisión de errores de apreciación histórica. A este género de análisis se debe la denuncia de ciertas interpolaciones que podríamos llamar "generales": revisiones integrales que emprendió la comisión justiniana para suprimir algunas instituciones que se consideraban anticuadas, o desdoblamiento de otras que en época clásica eran tenidas por homogéneas: ejemplos notables y conocidos de este tipo de alteraciones tenemos en (*mancipatio*) (*traditio*); (*in iure cessio*) (*traditio*); (*fiducia*) (*hypoteca*); (*nudum pactum*); (*pignus*) (*hypotecave*), etc.

¹³⁴ GUARINO, *op. cit.*, 568 s.

¹³⁵ Se preguntaba si lo que los debían restituir por fideicomiso a sus hermanos pertenecía también a las hermanas. Respondí que sí, a no ser que se pruebe que el testador había pensado otra cosa.

¹³⁶ GUARINO, *op. cit.*, 570 s.

Ejemplo textual sencillo tenemos en un pasaje de Ulpiano, extraído de Instituciones, libro I: D. 1,1,6, pr.:

*Ius civile est, quod neque in totum a naturali [vel gentium] recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus iuri comuni, ius proprium, id est civile, efficitur*¹³⁷.

La referencia al *ius gentium* es impertinente, y aparte de que su inclusión provoca una discordancia gramatical, por cuanto "ei" se mantiene en singular, revela criterios válidos para la época del Imperio cristianizado, pero no para la de Ulpiano. La consideración del *ius gentium*, como una categoría distinta del *ius naturale*, no se encuentra en los juristas clásicos, y es obra de la doctrina de la patristica respecto de que la esclavitud, aunque practicada por "todas las gentes" no puede estimarse "natural"¹³⁸. La alteración puede ser un glosema introducido no antes del siglo IV.

*Análisis exegetico-comparativo*¹³⁹. Consiste en comparar un texto con otro del mismo lugar que aparezca en la compilación o en una colección prejustiniana, o en los Basílicos. La comparación más segura es la de varias redacciones del mismo texto, pero también es posible emprender la confrontación de fragmentos de distinta redacción pero que tratan idéntico tema específico. Para establecer la pureza del texto, o su posible carácter de espurio, se suelen dar los siguientes criterios, que, naturalmente, hemos de tomar como conjeturas probables de verdad.

i) Si un texto aparece en dos pasajes de la compilación, o en pasajes de fuentes diversas redactado en idéntica forma, puede pensarse que la redacción es genuina, aunque siempre queda a salvo la posibilidad de que ambos pasajes provengan de una misma versión alterada.

ii) Si de un texto se encuentran varias redacciones diversas, en la misma compilación o en varias distintas sólo una puede ser genuina, y las demás serán tenidas por espurias. La redacción que aparezca en menos textos, será, con más probabilidad, la que esté alterada, o si todos son diversos, la versión que aparezca en el *Corpus Iuris* puede, con más probabilidad, estimarse alterada; si todas las versiones se hallan en el *Corpus Iuris*, la más sospechosa de manipulaciones por parte de la comisión triboniana es la que se encuentra colocada precisamente en la *sedes materiae*, pues se puede pensar que en tal caso ha sido objeto de mayor atención en su tratamiento por los comisarios.

iii) Si un texto aparece distinto en los Basílicos que en el *Corpus Iuris*, también se puede pensar en una interpolación triboniana; por cuanto, en general, Teófilo pudo valerse, para sus paráfrasis, de libros anteriores a la compilación, que conservaban la redacción antejustiniana.

iv) Si sobre un mismo tema concreto hay dos formas distintas de tratamiento en la misma compilación, una de ellas ha de estimarse retocada, y la sospecha mayor recae sobre aquella versión que menos satisfaga en su correspondencia con otros presupuestos.

¹³⁷ Derecho civil es el que ni se aparta en todo del natural o de gentes, ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir, civil.

¹³⁸ Sobre este punto *vid.* D'ORS. *En torno a la definición isidoriana de ius gentium*, en *Papeles de Oficio Universitario*, p. 272 ss.

¹³⁹ GUARENO, *op. cit.*, 573 ss.

La combinación del análisis exegético con el análisis histórico, cuando ello es posible, da criterios muy seguros, por los cuales la conjetura se establece con una firmeza cercana a la indubitabilidad. Presentamos un ejemplo extraído de uno de nuestros trabajos¹⁴⁰, sobre un texto que proviene del libro 12 de Ulpiano a Sabino. D. 38,17,1,9.

*"Si nemo filiorum [eorumve, quibus simul legitime hereditas defertur], volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto". Hoc ideo dicitur ut, quamdiu vel upus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit alter repudiaverit hereditatem, ei portio aderescet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur*¹⁴¹.

El pasaje "*Si nemo... antiquum esto*", reproducido en el texto entre comillas, parece ser el enunciado del senadoconsulto Orficiano, que también se contiene, con una redacción algo disímil, en el *Liber singularis ad. sc. Orficianum*, de Paulo. D. 38,17,6,1.

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum propter haec verba: "si nemo filiorum volet hereditatem suscipere", quia extensiva sunt...*¹⁴².

Aparte del detalle no muy significativo de la diversidad en la forma verbal, el texto de Ulpiano contiene la frase "*quibus simul... defertur*", que Paulo no reproduce. Según el estado del derecho en la época de los Severo, resulta arduo determinar a quiénes se quiere aludir en ese pasaje, pero todo se explica a la luz de la reforma, que en el año 389 se introdujo por la constitución contenida en CTh. 5,1,4, la cual reconocía la posibilidad de *successio in locum* para el ámbito del senadoconsulto Orficiano: así pues, D. 38,17,6,1, nos demostraría el estado del derecho en la época de Paulo y Ulpiano; D. 38,17,1,9, en cambio, alterado por la comisión tribonianea, reforma el enunciado de Ulpiano para hacerlo concordar con las modificaciones introducidas el año 389.

*Análisis sistemático*¹⁴³. Consiste en comprobar la correspondencia entre el título o capítulo de la obra original a que pertenece el texto y la materia tratada en la compilación: si, por ejemplo, el autor trataba en aquel libro o capítulo de la *mancipatio*, pero el texto compilatorio aparece referido a la *traditio*, la alteración se puede tener como muy probable. Instrumento indispensable para emprender el análisis sistemático es la *Palingenesia Iuris Civilis*,

¹⁴⁰ SAMPER, *De bonis libertorum*. AHDE (1971), p. 175, n. 70.

¹⁴¹ "Si ningún hijo, o ninguna de aquellas personas a las que se ofrece la herencia legítima, quiere adquirir la herencia, manténgase el derecho antiguo". Esto se dice para que, en tanto un hijo, aunque sea uno solo, quiera adquirir la herencia, no tenga lugar el derecho antiguo; así, pues, si uno de los dos hijos hubiera aceptado la herencia y el otro la hubiera repudiado, acrece a aquél la cuota de este último; y si concurren un hijo y un patrono, al repudiar el hijo, se ofrece la herencia al patrono.

¹⁴² Hay que ver si el hijo que dijo no querer adquirir la herencia de su madre puede, al cambiar de parecer, adquirirla antes de que lo haga un consanguíneo o agnado, ya que las palabras "si ningún hijo quiere aceptar la herencia"... etc.

¹⁴³ GUARINO, *op. cit.*, 572.

de Lenal, obra que reordena la recopilación según la sede originaria de los fragmentos en ella contenidos; por su naturaleza, dicha obra es también un medio precioso para emprender la crítica textual libro por libro, según la sugerencia de D'Ors, a la que nosotros adherimos.

Para terminar esta materia, debemos referirnos al problema de la importancia y el número de las alteraciones introducidas en los textos clásicos, tema éste que dista todavía mucho de ser pacífico. En esta materia se han distinguido las posiciones antagónicas de Albertario y Roccobono, ya que mientras el primero sostenía que las interpolaciones justinianas habrían significado una sustancial revisión de los presupuestos clásicos, que reflejaban el cambio de mentalidad operado por las nuevas circunstancias políticas, o por la tendencia escolástica de las escuelas orientales, o por el influjo del cristianismo o de la filosofía helénica, el maestro siciliano cree que las alteraciones responden simplemente al resultado de la evolución interna de las instituciones romanas, y que no significan sino la "puesta al día" de los antiguos textos: no se habrían introducido, pues, cambios sustanciales, sino variantes de redacción, adaptaciones a la nueva forma procesal¹⁴⁴. La verdad es que ni Albertario ni Roccobono niegan las influencias externas, pero mientras Albertario las sitúa como operantes sólo a partir del siglo IV, de manera que el derecho clásico se habría desarrollado en un clima de gran pureza, Roccobono adelanta el influjo griego hasta el siglo I a.C. Para Albertario, pues, el Derecho Romano postclásico y sobre todo bizantino tiene poco de romano, por cuanto hay que ver en él el aprovechamiento de ciertas concepciones jurídicas anteriores para insertarlas en un sistema que responde a presupuestos diferentes; para Roccobono, en cambio, el Derecho Romano sigue una evolución interna en cierta manera lógica y natural, que llega hasta los tiempos justinianos.

Parece que se debe distinguir entre alteraciones que podemos llamar sustanciales y otras que tienen carácter simplemente externo¹⁴⁵; éstas no tendrían otra finalidad que tratar de mejorar la explicación del contenido del texto, tales como los ejemplos, las paráfrasis, los agregados encabezados con "*id est*" u otras semejantes; junto a éstas, otras modifican el contenido sustancial del texto, de manera que introduce verdaderas reformas al derecho, ya sea porque fusionan instituciones antes consideradas distintas (por ejemplo, una institución civil con otra honoraria), ya porque expresan principios no contenidos en la tradición anterior.

Los recientes exámenes que se han efectuado respecto del problema de la transmisión de los textos indican que, como norma general, las alteraciones más sustanciales provienen de fines del siglo III o principios del siglo IV, es decir, aproximadamente al comenzar el período que hemos llamado postclásico. El otro momento de alteraciones importantes habría sido el de la compilación

¹⁴⁴ Para la postura metodológica de RoccoBONO, calificada frecuentemente como "anticrítica", pueden verse sus trabajos: *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, en *Mel. Cornil* II. París (1926) 237; *Formazione e sviluppo del diritto romano delle XII Tavole a Giustiniano*. Milán (1934); *Le interpolazioni nella codificazione di Giustiniano*. SDHI (1939) 664. Vid también D'ORS, *Presupuesto* 42, y BURILLO. *Cuatro métodos romanistas*, en *Est. Sánchez del Río*, 114 ss. La posición de RoccoBONO no es propiamente anticrítica, puesto que no niega la crítica de interpolaciones; sólo que atribuye menos importancia reformadora a los cambios operados a partir del siglo III, que aquella que se estima tendría según Albertario y sus seguidores.

¹⁴⁵ GUARINO, *op. cit.*, 179 ss.

justiniana. Estas consideraciones, aun cuando obligan a establecer una norma de prudencia en el examen de las alteraciones, de manera que no se juzguen precipitadamente como reformadoras, vienen a situar la razón más cerca de la postura sostenida por Albertario.

Naturalmente que hoy contamos con elementos que permiten una crítica textual mucha más fina y cuidadosa que la practicada en tiempos de Albertario: es indudable, por ejemplo, que se ha de entender adecuadamente el texto, en sí mismo y en el conjunto del título compilatorio y del libro jurisprudencial al que pertenece. La distinción de los estratos textuales, como ya lo indicamos, parece imprecindible, y no podemos con seguridad atribuir una alteración a Justiniano, a no ser que ella guarde razón de armonía y coherencia con todo el sistema jurídico contemporáneo de aquel Emperador. El investigador, por último, a de extraer las conclusiones de su propia, personal y prudencial reflexión, y los elementos externos, tales como el índice Guarneri Citati o el *Index Interpolationum*, habrán de servir sólo como un medio de apoyo para corroborar lo obtenido a través de una investigación independiente y objetiva. Parece evidente, sin embargo, que con todas las prevenciones y necesarias medidas de prudencia es imposible hoy el progreso de la ciencia romanística sin el auxilio del método histórico-crítico.