

METODOLOGÍA Y CIENCIA JURÍDICA: HACIA UN CONCEPTO DE DERECHO ROMANO

ALFONSO CASTRO SÁENZ
Universidad Hispalense

I. ERUDICIÓN Y PERDURABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Escribía don Juan Manuel en el convulso siglo XIV castellano “Por el saber es el hombre apartado de todas las animalfías”¹. Pero *saber* y *erudición* son cosas distintas. Antonio López de Vega (no confundir naturalmente, ni emparentar, con el dramaturgo ilustre), en su *Heráclito y Demócrito*, obra de 1641², disertó sobre el desprecio de la erudición en un pasaje que no tiene desperdicio, del que quizás Gracián, en su *Oráculo manual*, se hizo eco: un eco, como todos los suyos, multiplicador: nutriente³.

Erudición vacía, cabría añadir, que no toda erudición, vaciedad erudita de la que estamos muy acostumbrados a percibir en nuestro medio con harta frecuencia un atisbo que, en muchos sentidos, más bien parece un hartazgo, que aun así es preferible a la ignorancia (desde luego en nuestro ámbito), pero que ha de llenarse de algo –de algo más– si quiere ser en verdad iluminante. Algo perdurable. El gran Joaquín Garrigues, para muchos el más grande jurista español del siglo, maestro de tantas cosas y hombres, solía decir que gustosamente cambiaría toda su ingente producción en el mundo del derecho por componer versos como los que leía exta-

¹ Cfr. básicamente *El Conde Lucanor* (1330 - 1335, prólogo de 1340, según A. GIMÉNEZ SOLER, *Don Juan Manuel. Biografía y estudio crítico* [Zaragoza, 1932], p. 176): la comparación, en muy diversos ámbitos, del *hombre* y las animalfías cabe hallarla en la *Quinta parte del Libro del Conde Lucanor et de Patronio*.

² *Heráclito y Demócrito de nuestro siglo* (Madrid, 1641), editada por Diego Díaz de la Carrera, p. 9.

³ Eco de la misma idea: cfr. entre otros *Oráculo*, 176, que denuncia el peligro de la fatuidad.

siado en cualquier poema de Gerardo Diego⁴. Coincido, sin más, con su opinión, si bien yo elegiría para el símil otros poetas: cuestión de gustos, de cánones particulares. La perdurabilidad de las creaciones jurídicas individuales es, desde luego, mucho menor que la de las literarias: algo, quizás, tendremos oportunidad de añadir al respecto en otro momento y otra sede⁵. El gran Labeón palidece ante su contemporáneo Virgilio; Trebacio es una sombra pálida hoy frente a la luz refulgente de Lucrecio, frente a la luz refractante de Catulo. Y si Cicerón perdura en nuestra memoria como un resorte intacto del ayer romano no es, en sentido estricto, tanto por lo que de jurídico (ni siquiera jurídico-político) hay en sus discursos o tratados, como por la excelsa calidad de su prosa: una prosa, antes que nada, artística.

II. EL DERECHO, CIENCIA TEXTUAL

Arte de vivir. Arte del Derecho. O de la vivencia (individual), por él, a la *convivencia*. Nace el Derecho como conjunto de soluciones estructuradas en un edificio común que la sociedad elabora (no es del todo preciso: las extrae, más bien, de sus entrañas) para afrontar los problemas comunes y reglar así la convivencia, extrayéndola del imperio de la violencia (de la *vis* en terminología romana)⁶. Sternberg recuerda, en sus observaciones acerca del origen del derecho⁷, que costumbre, moralidad y Derecho constituyen un todo y que las primeras manifestaciones de la vida humana son sociales. Simplemente, no hay sociedad sin un conjunto de normas y principios que la reglen: sin Derecho. Pero el derecho, que se produce, también se conoce. Ríos caudalosos de vida y savia por los que discurre la experiencia jurídica de los pueblos, como cristal de agua en el que mirarse.

En esa tarea, en cualquier caso, resulta fundamental la depuración de las fuentes; a ello contribuyen determinadas ciencias auxiliares, algunas muy conocidas entre el público más o menos culto (como la epigrafía⁸ o la papirología⁹), con

⁴ Cfr. al respecto el muy rico material reunido en *Correspondencia y escritos (1954 - 1974)* de Alfonso QUEREJAZU y Joaquín GARRIGUES (Madrid, 2000, ed. O. González de Cardebal).

⁵ Remito a A. CASTRO, *Jurisprudencia y ciencia jurídica moderna. Conocimiento y realidad en el método jurisprudencial romano*, en vías de publicación.

⁶ Una síntesis de esto cabe hallarla en J. L. MURGA, *Derecho romano clásico, II: El proceso* (Zaragoza, 1983), 2ª ed., pp. 21 y ss.

⁷ T. STERNBERG, *Introducción a la ciencia del Derecho* (Barcelona, 1940), 2ª ed., pp. 34 y ss.

⁸ Cfr. al respecto, aparte de los muchos volúmenes de *Corpus Inscriptionum latinarum* (Berlín, desde 1863) y *Corpus Inscriptionum Graecarum* (Berlín, 1828 - 77), A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid, 1953); V. ARANGIO - RUIZ, *Studi epigrafici e papirologici* (Napoli, 1974); G. FATÁS, *Contrebia Belaisca II: Tabula Contrebiensis* (Zaragoza, 1980); AA.VV., *Epigrafía hispánica de época romano - republicana* (Zaragoza, 1986, dir. G. Fatás); J. GONZÁLEZ - F. FERNÁNDEZ, "Tabula Siarensis", en *IVRA*, 32 (1981), p. 1 y ss.; G. I. LUZZATTO, *Scritti minori epigrafici e papirologici* (Bologna, 1984); A. y X. D'ORS, *Lex Irnitana* (Santiago, 1988), incorporando traducción española.

⁹ Cfr. al respecto L. MITTEIS - U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde*

ramificaciones menos frecuentadas, como el estudio de los restos anfóricos –tan interesantes desde el punto de vista paleográfico e histórico– en que se ha distinguido tanto el reciente doctor *honoris causa* de la Universidad Hispalense Emilio Rodríguez Almeida, cuya antorcha han tomado diversos investigadores del departamento de Historia antigua de la mencionada Universidad¹⁰ y que halla tantos testimonios epigráficos en la vieja Bética desde la que estas páginas se redactan¹¹; otras no tanto, como la codicología¹². Su utilidad, que en principio pudiera parecer dudosa para el derecho en cuanto que ciencia independiente desde la mentalidad de un jurista positivo, resulta patente para el conocimiento depurado del texto jurídico (si es antiguo) sobre el que, a la postre, se asienta el dato de derecho y, por tanto, el conocimiento jurídico. En realidad, nuestra ciencia jurídica, y esto es especialmente perceptible en el campo de la romanística, cuyo ideal tantas veces sostenido y rara vez obtenido en su real estatura es la del jurista-filólogo (desde luego también la del jurista-historiador), se basa en la elaboración y sobre todo en la interpretación de textos; es evidente que en la fijación del texto transmitido en soporte blando la codicología contribuye en una medida perceptible, proporcionando el campo sobre el que aplicar luego los instrumentos que son característicos de la metodología jurídica. Su utilidad es, por tanto, directamente útil en el campo de la filología e indirectamente en el del derecho, en cuanto que éste se basa también en textos¹³, de valor paralelo al que se concede a la epigrafía en los textos de soporte duro y a la papirología en el otro gran ámbito textual de base blanda, con una diferencia notable: la mayor parte de nuestras fuentes jurídicas y literarias de conocimiento del derecho privado son codicológicas por el continente, pues la fuente epigráfica suele centrarse en el campo del derecho público y los papiros abundan en Egipto y escasean en otros ámbitos geográficos, por razones culturales, pero sobre todo climáticas, lo que limita su alcance a una gama concreta –por fascinante que sea– del rico espectro romanístico.

A la postre, nuestros textos, los textos jurídicos, los responsos jurisprudenciales del Digesto justiniano, las constituciones imperiales de los Códigos postclásicos

(1912; reimpr. Leipzig, 1965), 4 vols.; A. D'ORS, *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (Madrid, 1948); A. BISCARDI, *Corso di papirologia giuridica* (Milano, 1966); H. J. WOLFF, *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemaer und des Prinzipats*, II (München, 1978); vid. también lo que corresponde *supra*, n. anterior.

¹⁰ Más datos al respecto pueden hallarse en G. CHIC GARCÍA, *Laudatio*, en *Acto Solemne de Investidura como Doctor Honoris Causa de D. Emilio Rodríguez Almeida* (Sevilla, 2001), pp. 7 y ss., especialmente 10 y ss.

¹¹ Al respecto vid. G. CHIC GARCÍA, *Epigrafía anfórica de la Bética*, I (Écija, 1985) y II (Écija, 1988).

¹² Sobre ella vid. E. RUIZ, *Manual de codicología* (Madrid, 1988).

¹³ En la reciente doctrina española hay dos ejemplos muy claros de esto, desde planteamientos y ambiciones diferentes: F. BETANCOURT, *El libro anónimo "de interdictis"*. *Codex Vaticanus Latinus N° 5766* (Sevilla, 1997) y J. D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta augustodunensia* (Granada, 1998).

y del justiniano (sobre todo del justiniano, que es el que conocemos íntegro), los pocos fragmentos como pétreos de las XII Tablas sobre los que trabajamos, son, antes que nada, precisamente eso: textos, que hay que depurar filológicamente hasta limpiarlos de impurezas, como el restaurador que, a través de la medida raspadora, consigue desnudar el cuadro cubierto de herrumbre y devolverlo al estado original en que fue compuesto; textos que hay que situar en sus justas coordenadas históricas; pero textos que, antes que nada, hay que leer e interpretar como fragmentos de pensamiento humano (jurídico o no), como trozos de vida, como algo que palpita y, al palpar, pesa más que por su soporte material por el peso ideal que lo vuelve (o no) trascendente. *Materia e idea*, en la que el estudio de la primera sirve para la recta comprensión de la segunda: comprensión, aprehensión, recreación.

III. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS SOBRE LA INVESTIGACIÓN ROMANÍSTICA

Discurso. Método. La enhebrada tela que une uno y otro cartesianamente nos sirve aquí, pese al desprecio del admirado Vico¹⁴, de hilo conductor insustituible. Duda permanente: replanteamiento constante de los problemas o, como escribiría el Escéptico Sánchez, precursor en tantas cosas del cartesianismo: *verum dixit non qui quod alter dixerit, sed qui quod res est dixit*¹⁵. No es otra cosa que eso la ciencia, y también nuestra ciencia romanista, tan vapuleada hoy por los ignorantes, cachorros pequeños de la disposición transitoria, de la directiva ruin de la que el derecho huye como la luz de los sótanos. Leer el texto, ¿pero cómo? Si el método histórico-crítico, cuyo enunciado paradigmático cabe hallar en la célebre *Textstufen* de Wieacker¹⁶, ha sido fundamental para el primero y (también) el segundo de esos aspectos a que aludía hace sólo un instante (comprensión del texto, aprehensión: camino para el dominio), el método dogmático ha puesto,

¹⁴ Frente a lo que él considera dogmatismo cartesiano concede valor primordial a lo probable y lo verosímil: cfr. G. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, en *Opere* (Firenze, 1971 - 1974, ed. Sansoni), p. 816.

¹⁵ F. SÁNCHEZ, *Quod nihil scitur* (Lyon, 1581), p. 89. Hay reedición latina de la completa *Opera philosophica* de Francisco Sánchez, que nadie interesado por las cuestiones metodológicas debería dejar de frecuentar, a cargo de J. Carvalho (Coimbra, 1955); en español cabe citar la traducción hermosísima y en ocasiones libre del *Quod nihil scitur* para la Biblioteca Renacimiento (Madrid, sin fecha, pero de hacia 1920), a cargo probablemente de J. Torrubiano, según la atribución de M. SOLANA, *Historia de la filosofía española. Época del Renacimiento (siglo XVI)*, I (Madrid, 1941), p. 391, con prólogo de M. Menéndez Pelayo, incluido después en sus *Ensayos de crítica filosófica* (Madrid, 1948) y otra más literal de C. Melillo para Aguilar (Buenos Aires, 1977): para una aproximación a estos datos y otros sobre la obra y el autor vid. *infra* n. 48 y la monografía allí cit. Para un complemento de esta frase de Francisco Sánchez desde el punto de vista de la metodología de investigación vid. *infra* nn. 52 - 54 y la porción de texto a que se adjuntan.

¹⁶ *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen, 1960).

desde el segundo, su atención concentrada en el tercero: recreación de todo un mundo jurídico para iluminar otro, que del primero viene, pero también al que el segundo va: ineludiblemente. No hay polémica si no se desea polemizar: aceptemos el método dogmático, si se quiere, pero el que alude y concierne al dogma romano, no al moderno¹⁷, si lo que estudiamos es el derecho romano, y desde él sigamos el hilo, si se quiere y quedan fuerzas, hasta llegar, desde uno, al otro. Desde luego, hoy y desde hace tiempo, el método triunfante es el histórico-crítico. El peligro del método dogmático¹⁸, su gran contrincante a lo largo del último siglo, es, naturalmente, el de descubrir y enseñar un derecho que ni existió ni existe: un derecho *fuera del tiempo*, pero también, propiamente, sin espacio, que da la historia: historia, es decir, acción del tiempo sobre el espacio que ocupan los hombres. Cabe, pues, una actitud de prudencia metodológica al pisar este terreno: el texto es desde luego un *que*, pero incorpora también un cuando y sólo es lícito utilizar la dogmática jurídica moderna en el estudio de un derecho del pasado a condición de que no se altere la esencia de las instituciones históricas estudiadas¹⁹; es, desde luego, un peligro que no cabe olvidar fácilmente²⁰. Quizás quepa hablar ciertamente más de una actitud dogmática que de un método en sentido estricto²¹, un punto de vista, en definitiva, anterior a toda investigación jurídica²²: algo que incluso puede percibirse como una ineludibilidad cuasiontológica con la que el investigador moderno se enfrenta y juega con los conceptos puramente romanos. Un juego serio, en cualquier caso, sustentado en el análisis completo de la realidad histórica, si no quiere caerse en el riesgo autodescalificador del ahistoricismo o en los excesos, hoy tan denostados, de la por otro lado trascendental pandectística²³.

A la “Textforschung” de Wieacker, Kaser opone su “Sachforschung”²⁴ y aun-

¹⁷ J.M. SÁENZ EZQUERRA, *Apuntes actuales sobre metodología romanística clásica*, en *Anales de la Fac. de Derecho de la Universidad de La Laguna* 11 (1981 - 1982), pp. 29 y ss., especialmente 36.

¹⁸ Defendido paradigmáticamente, como se sabe, por E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, en *BIDR.* 34 (1925), p. 225 y ss.; *Diritto romano e dogmatica odierna*, en *AG.* 99 (1928), p. 129 y ss.; 100 (1928), p. 26 y ss.; *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, en *BIDR.* 39 (1931), p. 33 y ss.

¹⁹ F. CUENA BOY, *Sobre el método de investigación en derecho romano*, en *Anuario de la facultad de Derecho de Cáceres* 11 (1993), p. 392 y ss.

²⁰ La aplicación crítica de lo enunciado anteriormente como presupuesto metodológico general cabe hallarla, por ejemplo, en F. CUENA BOY, *A propósito de “derecho administrativo romano”*, *BIDR.* 98 - 99 (1995 - 1996), pp. 750 y ss., en concreto 757.

²¹ J. M. SÁENZ EZQUERRA, *Apuntes actuales*, cit., p. 35 y ss.

²² L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien, 1953), p. 2.

²³ Sobre el tema remito a J.M. SÁENZ EZQUERRA, *Divertimento pandectístico*, en *Anales de la Fac. de Derecho de la Universidad de La Laguna* 11 (1996), p. 173 y ss.

²⁴ M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, en *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della*

que el objeto de los dos sistemas es el mismo y deben complementarse²⁵ no existe una interdependencia absoluta entre las alteraciones de un texto y su contenido²⁶, o lo que es lo mismo, entre la evolución del texto y la evolución del contenido jurídico²⁷. Según esto, el objeto del Derecho romano no pueden ser los textos mismos, sino el conocimiento de las instituciones que en ellos se dibujan²⁸: espíritu antes que materia.

Las alteraciones que habrían experimentado los textos jurisprudenciales al ser revisados y compilados por los comisarios justinianos serían más bien formales que substanciales según Kaser²⁹ y es interpretación ésta, que se ha calificado significativamente de “konservativismus”³⁰, con la que no cabe sino coincidir³¹. Este exceso crítico del que Kaser advierte que puede conducir a un apriorismo peligroso e inaceptable obliga a la aplicación cuidadosa del método histórico-crítico en la más característica de sus manifestaciones: la crítica de interpolaciones.

Todos los métodos, incluso los más postergados hoy en día, cuentan con su valor intrínseco o han realizado aportaciones de interés. Resulta inútil negarle, por ejemplo, al método marxista³² sus contribuciones de gran relieve al conocimiento de la historia y de sus productos³³, como inútil es enajenarle, en otro cam-

Società Italiana di Storia del Diritto I, (Firenze, 1971), p. 291 y ss.; *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (Wien, 1972); *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*, ahora en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien - Köln - Graz, 1986), pp. 125 - 126. De este último trabajo existe ya traducción al español a cargo de J. Coma Fort y G. Gallenkamp: *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas* (Granada, 1998).

²⁵ M. KASER, *Ein Jahrhundert*, cit., p. 130, establece: “dass die eine Betrachtungsweise nicht ohne die andere möglich ist, versteht sich für uns, die wir beide auf beiden Gebieten arbeiten, wie wohl für jedermann von selbst”.

²⁶ M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 264.

²⁷ M. KASER, *Ein Jahrhundert*, cit., p. 133.

²⁸ M. KASER, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung...*, cit., p. 126: “...geht es primär um die Lösungen der Rechtsprobleme in Fallentscheidungen, Regeln und Einrichtungen, und um ihre historischen Schicksale, gleichfalls gedeutet aus den geschichtsbildenden Faktoren und unter Würdigung ihrer Konsequenzen”.

²⁹ *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung*, cit., p. 142.

³⁰ Vid. supra n. 24 y un resumen en J. GARCÍA CAMIÑAS, *Posiciones metodológicas en el estudio del Derecho romano: el pensamiento de Max Kaser*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 79 (1991 - 1992), p. 123 y ss.

³¹ El propio F. WIEACKER, *Zur gegenwärtigen Lage der romanistischen Textkritik*, en *La crítica del texto*, cit., p. 1114, ha aconsejado una actitud de prudencia en torno al uso de la crítica interpolacionística.

³² Vid. por todos F. SERRAO, *Diritto romano e Diritto moderno. Comparazione diacronica o problema della “continuità”?*, ahora en *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, (Pisa, sin fecha.), p. 322 y ss.; *Diritto privato. Economia e società nella storia di Roma* (Napoli, 1984) pp. 1 y ss., especialmente 9 y ss.

³³ En esa línea de reconocimiento vid. por todos R. LÓPEZ ROSA, *Derecho romano y forma-*

po, al estructuralismo, antes de que se desvaneciese en tantas líneas que terminase por difuminar hasta su propio concepto³⁴, sus aportaciones al entendimiento del lenguaje, arcano secreto. Ámbitos enteros del conocimiento romanístico (y particularmente el derecho de familia y el de sucesiones; también el derecho de propiedad) se han visto enriquecidos por las aportaciones de Bonfante³⁵ edificadas desde el método naturalista³⁶, hoy absolutamente abandonado³⁷, que propugnaba la aplicación de las tesis evolucionistas propias de la biología a los organismos políticos y sociales: de la evolución de las especies a la historia de las civilizaciones y el derecho.

No se leerá aquí ni una condena ni una decantación absoluta o incondicional a este o aquel método –ni a otros, de los que se da puntual breve muestra en estas líneas³⁸-. La adscripción circunscribe, o, por decirlo de una forma más transparente, *constríñe*: resulta un freno tanto o más que una rueda; un peso muerto tanto o más que una fuerza viva.

Pero, a la postre, lo importante es el texto: la fuente. Y el sentido humanista de la ciencia, como haz iluminante del esfuerzo, como preludeo del bruñido artístico del intérprete, resulta indispensable. Frente a la filología, Gracián opone el pensamiento³⁹. Compatibles, desde luego, uno ha de llevar a la otra. Un ámbito entero se desenvuelve así para el lector dotado: cantera inagotable para el disfrute del investigador y del apasionado. Y es que, entre otros muchos ángulos de la cuestión, para el derecho romano, las fuentes literarias resultan indispensables. No es romanista quien no es capaz de extraer el licor adecuado –el que espera ser fermentado en las manos apropiadas- de la gran literatura latina: para nosotros –hay que reconocerlo-, en campos enteros del conocimiento romanístico, Plinio y Cicerón, Séneca o Macrobio, no son menos importantes que Próculo u Ofilio, que Javoleno y Modestino, entre otras cosas porque, preñados también de derecho, como parece estar siempre lo romano, nos han llegado (prácticamente) enteros⁴⁰.

ción jurídica al amparo de la legislación reformista española, en AA. VV., *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio* (Jaén, 1999, coord. R. Herrera Bravo y M. Salazar Revuelta), pp. 15 y ss., en concreto 25, con bibliografía.

³⁴ J.M. IBÁÑEZ LANGLOIS, *Sobre el estructuralismo* (Pamplona, 1985), p. 9.

³⁵ *Corso di diritto romano*, vols. I, VI y II.1 (Roma, 1925, 1930, 1926 - 1928, reimpr. Milano, 1963, 1974, 1966 - 1968), respectivamente.

³⁶ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, en *Scritti giuridici vari* (Roma, 1926), IV, p. 46 y ss.

³⁷ Sobre la cuestión vid. sobre todo M. BRETONE, *Il naturalismo del Bonfante e la critica idealistica*, en *Labeo* 5 (1959), p. 275 y ss.

³⁸ Cabe remitir al muy logrado resumen de J. M. SÁENZ EZQUERRA, *Apuntes actuales*, cit., p. 28 y ss.

³⁹ E. BLANCO (ed.), *Oráculo manual y arte de prudencia* (Madrid, 1995), p. 31.

⁴⁰ Basta O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig, 1927, reimpr. Graz, 1960), para comprobar las dimensiones del naufragio.

Pero volvamos al arte: al arte en concreto del derecho romano, al que tantas páginas imborrables consagrarse don Juan Iglesias⁴¹. No en vano Celso⁴² llamaba al *ius*, en una de esas frases memorables que permanecen imperturbables en el trasiego de los siglos, *ars boni et aequi*⁴³: arte de lo bueno y lo justo, y aunque es mucho lo que se podría perfilar sobre el alcance semántico del término *ars*⁴⁴ una de tales cosas es, precisamente, que significa, ante todo, lo que creemos de entrada que significa⁴⁵. El derecho, en el suave cauce jurisprudencial que más que molde es vía para que el pensamiento fluya entero y líquido, posee un componente artístico, del que se ha despojado después irremediabilmente, que demanda un intérprete que sepa (y pueda) apreciarlo. Punto de vista, pues, pero no cualquiera. Decía Alberto Durero: “lo primero es el ojo que ve; lo segundo, el objeto visto; lo tercero, la distancia entre uno y otro”⁴⁶. Todos los ojos no son iguales, a qué negarlo: unos están más cerca que otros. La distancia, en ciencia o en arte, la pone el ojo, no el espacio: espacio que media entre la vista y el objeto; mirada que funde el objeto en su espacio. Esa distancia se acorta o se difumina por el amor, se alarga o extiende por el espíritu crítico, pero uno y otro, *amor* y *crítica*, se necesitan para crecer el uno de la otra. Donde una nace muere el otro, pero mezclados. Se necesitan. Pero si el temperamento sensible vuela y se posa en el texto y lo hace suyo sabiéndolo ajeno, con un respeto que da el amor pero que el amor mal entendido a veces quita, la distancia ha de ponerse para no desvirtuar el significado: ahí es donde entra la ciencia y el arte cesa. Es la otra cara de esa necesidad mutua. Hay que mantenerla –distancia– ante la fuente, pero también ante las interpretaciones precedentes. “Que medie alguna distancia entre ti y el libro. ¿Hasta cuándo has de aprender? Es tiempo ya de que enseñes” escribe Séneca luminosamente⁴⁷.

La distancia no desvanece el amor, pero introduce ese perfil escéptico imprescindible para el pensamiento y la reflexión científica. Nuestro Francisco Sánchez entendía en el Siglo de Oro que, desde un punto de vista gnoseológico, “*entran en juego tres términos*: lo que se ha de saber, el ser que conoce y el conocimiento mismo;

⁴¹ Vid. paradigmáticamente J. IGLESIAS, *Arte del derecho romano. Escritos romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección* (Madrid, 1994).

⁴² La definición la conocemos por una cita de Ulpiano 1 *inst.* en la que no se anota la procedencia dentro de la producción de Celso.

⁴³ D. 1, 1, 1 pr.

⁴⁴ Que ha llegado a traducirse como “*técnica*”: así, A. D’ORS *et alii*, *El Digesto de Justiniano*, I (Pamplona, 1968), p. 45.

⁴⁵ Coincido, por tanto, entre otros y por citar sólo un texto reciente, con la traducción de Paricio en J. PARICIO - A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea* (Madrid, 2000), 5ª ed., p. 25.

⁴⁶ Autor Durero también de una importante obra teórica; vid. sobre todo *De la medida* (Madrid, 2000, ed. J. Peiffer) y cfr. también los comentarios de W. L. Strauss a *The painter’s manual* (New York, 1977); vid. infra. nn. 49 - 50.

⁴⁷ *Epist.*, 33, 9.

examinémoslos uno a uno y descubriremos que nada se sabe⁴⁸. Ambas frases, la de Durero y la de Sánchez, como apotegmas que fuesen de una cadena lógica indestructible y que ya Francisco Rico engarzó en el frontispicio de su revelador ensayo “*Lazarillo de Tormes, o la polisemia*” (capítulo primero de *La novela picaresca y el punto de vista*)⁴⁹, pueden servirnos -¿por qué no?- como referencias⁵⁰. Y en ese camino hacia el saber, hacia el contacto con la verdad desnuda y sirviéndose de ambas, hay que diferenciar tesis de hipótesis; afirmación de sugerencia: la primera depende de las pruebas; la segunda de los indicios. En una ciencia como la nuestra, que a fin de cuentas, con un fin u otro, bucea en el pasado, más o menos obscuro, más o menos remoto, despreciar estos últimos supone amputar un brazo o una pierna.

Por convicción propia, por necesidad propia, cabe detenerse, pues, en una reivindicación apasionada. “Tanto el pensamiento como el amor nos exigen demasiado” escribe George Steiner⁵¹. “Nos humillan. Pero la humillación, incluso la desesperación ante la dificultad –uno se pasa la noche sudando y no consigue resolver la ecuación, descifrar la frase en griego” o, por qué no, el problema jurídico- “pueden desvanecerse con la salida del sol”. Y como él nos iluminan, nos agrandan hacia dentro y, por un instante, nos rescatan de nuestra pequeñez insoportable. Aquí verdaderamente sí que cabe decir que el trabajo dignifica.

En este estado de cosas y a poco que se lo lea, Séneca continúa abriéndonos camino. Parece, una vez más, que escriba para nosotros, que, por un lado, hay que ir más allá de los hallazgos realizados y de la línea que su peso marca: “quien va en pos de otro no descubre nada; mejor dicho, no investiga nada⁵²; y, por otro, que hay que avanzar siguiendo –y trazando- el propio camino: los que nos precedieron “no son dueños, sino guías de nuestra mente. La verdad está a disposición de todos; nadie todavía la ha acaparado⁵³”.

No muy distintas serán las palabras con las que Francisco Sánchez se pronunciará al respecto quince siglos después, cuando escriba: “no consiste la verdad en repetir lo que otros dicen, sino lo que la realidad misma dice⁵⁴”.

⁴⁸ El título de su obra es ya toda una declaración de principios (escépticos: ya apreciado por J. HIRSCHBERGER, *Historia de la filosofía*, I [Barcelona, 1985, trad. L. Martínez Gómez], p. 511): *Tractatus de multum nobili et prima universali scientia, quod nihil scitur* (1581). Sobre el escepticismo metódico de Francisco Sánchez, llamado el *Escéptico*, para distinguirlo de su homónimo el *Brocense* –el gran filólogo extremeño que enseñase en Salamanca–, vid. por todos E. TORRE, *Sobre lengua y literatura en el pensamiento científico español de la segunda mitad del siglo XVI* (Sevilla, 1984), p. 35 y ss., con bibliografía; vid. *infra* nn. 49 - 50; sobre el título original de la obra vid. *ibíd.*, p. 37, n. 48.

⁴⁹ Ahora reeditado en Barcelona, 2000, en versión corregida y aumentada.

⁵⁰ Vid. *ibíd.*, p. 13. Rico no precisa si se refiere al Brocense o al Escéptico, pero parece evidente.

⁵¹ *Errata. El examen de una vida* (Madrid, 2000, trad. C. Martínez Muñoz), 3ª ed., p. 65.

⁵² *Epist.*, 33, 10.

⁵³ *Ibíd.*, 33, 11.

⁵⁴ La traducción es mía: vid. la sentencia original latina supra, n. 15 y la porción de texto a que se adjunta.

IV. INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA: ALAS DE UN PÁJARO

Investigación, estudio, docencia. No se sabe qué da más a uno, pero me atrevería a decir sin dudas que es evidente que da más a los demás. La vida universitaria, que exige del profesor (y también del estudiante) un estado que pudiera calificarse de alerta intelectual, si no quiere desperdiciar todo un horizonte de posibilidades vitales, abarca y comprende –en algo que es mucho más, o debe serlo, que una simple fórmula gastada por el uso– dos proyecciones fundamentales sin las que no puede entenderse sin perder su sentido: una la investigadora, otra la docente, ambas unidas por el estudio. Ésta se nutre de aquélla; la segunda se vivifica con la primera. La docencia es a la investigación lo que la realidad a las ideas o, si se acoge una concepción platónica, la realidad física a la realidad ideal. Y en ese estado de cosas, dada la prioridad de la segunda sobre la primera (es el alma anterior al cuerpo y precisamente es en las *Leyes*, 892 a, donde Platón incide muy particularmente en ello⁵⁵), cabría deducir, por aplicación del principio platónico, que no hay docencia posible sin una investigación previa (y luego ya paralela; también luego posterior, pero sólo luego) que se vuelque en ella y le suministre el *alma*⁵⁶. Desde esa perspectiva una primera fase o estadio de la vinculación de las tareas investigadoras a las docentes sería la de preparar con suficiente solvencia el temario del programa. Por ello se ha aconsejado desde una voz autorizada que la docencia vaya siempre a la zaga de la investigación⁵⁷, sólo dando por buenas en las clases las teorías y visiones que el tiempo ha terminado por fortalecer suficientemente. Ni qué decir tiene que en ámbito como el romanístico, tan rico de trayectorias seculares de influencia y aportaciones señeras, resulta si cabe más necesario la enseñanza del vasto arco de matices y opiniones que hallan cabida en este amplio mundo de nuestra disciplina; si es posible, el profesor debe acometer personalmente la tarea llegando al posicionamiento propio: ahí es donde entra la investigación en una segunda fase de relación con la docencia.

El conocimiento de este Derecho, en la óptica hispánica, puede realizarse desde una pluralidad de perspectivas: ahondando en las tradiciones de los modernos derechos, llenas de instituciones romanas, algo particularmente evidente en la propia tradición jurídica española y el Derecho actual de España e Iberoamérica; aproximándonos al propio Derecho romano a lo largo de su milenio de vida en sentido propio, desde la ley decenviral⁵⁸ y aún antes⁵⁹ hasta la época justiniana⁶⁰

⁵⁵ Imposible no coincidir con el autorizado juicio de J. HIRSCHBERGER, op. cit., p. 138.

⁵⁶ No se trata de dos mundos separados: en Platón se da también la unidad de ser, pero lo distintivo de su teoría es la realidad del mundo ideal (*Tim.*, 51 b y ss.; *Conv.*, 211 a 7; hay una completa selección y comentario de textos platónicos fundamentales por J. HIRSCHBERGER, op. cit., p. 103 y ss.) y su superioridad respecto del mundo sensible (*Fedón*, 75 b).

⁵⁷ A. D'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca, 1943), p. 59.

⁵⁸ 452 - 450 a.C. Vid. por todos al respecto AA.VV., *Atti del convegno di diritto romano, Copanello 3 - 7 giugno 1984, Società e diritto nell'epoca decemvirale* (Napoli, 1988).

⁵⁹ La era de la *orogénesis*, que Pomponio historia (pobremente) en *enchir.*, D. 1, 2, 2, 1 - 4.

e incluso después, en Oriente (un milenio más)⁶¹ y Occidente (milenio y medio)⁶². Código civil y Digesto irán de la mano (o habrían de ir) en la docencia, como han de presidir, como espejos iluminantes, la mesa de trabajo del investigador: el *desde* y el *hacia*. Un desde, claro, que es el *hasta* de una civilización; un hacia, que se vuelve, a su vez, desde y ante el que se siembra ya el futuro. Línea engarzada de eslabones históricos que el romanista atento no debe perder de vista.

De una a otra acude el Derecho romano: investigación y enseñanza; esta última lo devuelve enriquecido por las perspectivas que abre su contacto con los que lo aprenden, digieren, odian u aman.

V. CONCEPTO DE DERECHO ROMANO

1. *Presupuesto inicial: la arqueología jurídica como medio*

Aquí, por lo tanto, en esa *apertura* de horizontes que ha de ser la vida universitaria, docencia e investigación convergen en sus caminos: de esa comunión han de surgir un programa, una idea, un concepto de derecho romano. Han de brotar como el aire de los pájaros: batir de alas al unísono. Un concepto que, partiendo de la ubicación intelectual del texto en su contexto, sitúe a su vez la institución en su medio y capte que el pasado está en el presente y a través de él puede seguir siendo futuro, de modo que la arqueología jurídica se convierta en un medio para conocer mejor la imbricación esencial de esos tres tiempos y no en un fin en sí mismo.

Punto de partida, pues, para un concepto de Derecho romano, que no destino, el ahondamiento arqueológico: el posicionamiento puramente técnico. Desde tales premisas el concepto que se elabore de derecho romano, en cualquier caso,

Sobre el derecho que desemboca en las Tablas, océanos caudalosos de aguas nebulosas, he disertado en A. Castro, *Ensayo de derecho decenviral y pretorio. Posesión y proceso, acto y rito, en la creación del derecho*, en *IVRA*, en prensa, del que existe una versión previa, mucho menos desarrollada, que apareció como *Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos* en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3 (1999), p. 163 y ss., con una teoría sobre la génesis de los derechos.

⁶⁰ 528 - 565 d.C. Cfr., en un mar de literatura desbordante, recientemente sobre la más significativa obra justiniana D. Pugsley, *Justinian's Digest and Compilers* (Exeter, 1995).

⁶¹ Sobre el Derecho bizantino con posterioridad a Justiniano vid. desde luego G. OSTROGORSKY, *Die geschichte des byzantinischen Staates* (München, 1963), traducido al español (Madrid, 1984), por J. Facci, con abundante bibliografía y un tratamiento suficientemente extenso.

⁶² A través del cada vez más frecuentado (intelectualmente) fenómeno de la recepción: vid. un aporte bibliográfico y una síntesis expositiva en nuestra lengua a cargo de Fernández Barreiro en J. Paricio - A. FERNÁNDEZ BARREIRO, op. cit., p. 211 y ss., pero también C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea* (Madrid, 1996, trad. Gutiérrez Masson), p. 130 y ss., también con bibliografía y un revelador (e injustificable) olvido del ámbito hispánico de la recepción.

habrá de englobar, antes de nada, toda la múltiple realidad jurisprudencial de la experiencia jurídica romana y, por utilizar una estructuración de aquel gran jurista y filósofo que fue Giambattista Vico⁶³, particularmente la de la jurisprudencia humana que examina la veracidad de los hechos y somete benignamente la razón de las leyes a todo lo que requiere la igualdad de la causa⁶⁴; profundizar en los orígenes de su evolución –como recomiendan Gayo⁶⁵ y Pomponio⁶⁶– sin centrarse simplemente en el estudio de un sistema de acciones clásico por excelso que éste sea⁶⁷ (y desde luego sin descuidarlo); comprender que nada explica mejor una determinada realidad en su apogeo que su inicio (el inicio en este caso del derecho, que es el de la ritualización de la posesión⁶⁸: el rito siempre de la palabra⁶⁹); y entender, asimismo, que el derecho jurisprudencial atiende siempre a los problemas de la práctica jurídica de quien lo aplica o simplemente estudia⁷⁰ y que por ello “la concepción jurisprudencial del derecho parece poder dar respuesta, además, a algunos anhelos que no es difícil de apreciar en nuestro tiempo”⁷¹. Habrá que huir, pues, no de la erudición que acumula el conocimiento, pero sí de una erudición que se baste a sí misma (que se *guste*): burdo acarreo de datos que se quede en ella sin ser *a* través de otra cosa que la trascienda (en, a la postre, no por y para), volviéndole la espalda a la realidad de hoy día. Lucien Febvre ya precisó, en páginas clarividentes sobre el oficio de historiador⁷² (aplicables a ese

⁶³ Distingue en efecto este gran conocedor de las realidades jurídicas romanas, catedrático de Retórica de la Universidad de Nápoles que, pese a su afán en conseguirlo, no pudo lograr su ansiada cátedra de Derecho romano (cfr. la síntesis brevísima de M. NEGRE RIGOL, *Poiesis y verdad en Giambattista Vico* [Sevilla, 1986], p. 9), entre una jurisprudencia primigenia, que ahonda en la voluntad de los dioses; una jurisprudencia heroica, que consiste en el empleo cauteloso y preciso de las palabras, y una jurisprudencia humana; las tres corresponden a los tres tipos de lengua: divina, heroica y articulada: cfr. G. VICO, *Scienza nuova*, en *Opere*, cit., pp. 642 y ss., especialmente 645.

⁶⁴ *Scienza nuova*, cit., p. 645.

⁶⁵ Gai. *ad leg. XII Tab.*, D. 1, 2, 1.

⁶⁶ *Enchir.*, D. 1, 2, 2 pr.

⁶⁷ Sobre la acusación científica emprendida por M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea* (Bari, 1994), p. 179, respecto a A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1991), 8ª ed., en la dirección de haber descuidado el conocimiento del ámbito jurídico arcaico vid. A. D'ORS, *Parerga histórica* (Pamplona, 1997), pp. 10 y ss., 86 (al pie), páginas escritas éstas de síntesis y respuesta en el mesurado tono con que acostumbra a emprender sus discusiones académicas y doctrinales.

⁶⁸ Vid. A. CASTRO, *Ensayo*, cit., párr. 1.

⁶⁹ Vid. *ibíd.*, párr. 2.

⁷⁰ Sobre metodología vid. *supra*, párr. 3.

⁷¹ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho* (Santiago de Compostela, 1976), p. 15.

⁷² Remito sobre todo a L. FEBVRE, *Combates por la historia* (Barcelona, 1982, trad. F. Fernández Buey y E. Argullol), 5ª ed., especialmente pp. 17, 20, 21 - 23.

historiador del derecho que también es el romanista), que la historia es tanto el objeto historiado como el punto de vista. En aras de esta visión de la historia, en aras también de la condición de jurista que atesora o debe atesorar el romanista que se precie de serlo, el derecho romano como ámbito milenarista del saber humano no ha de descuidar el hoy desde el que se lo estudia: desde el que, a la postre, se lo recrea constantemente⁷³.

2. *Hacia un concepto de Derecho romano: definición y método*

Comenzaré con el que para nosotros es el principio de casi todo: Grecia (en ese “casi”, qué duda cabe, está el Derecho, herencia latina). Antes de intentar elaborar un concepto de Derecho romano que condense todas las realidades y vertientes hasta aquí planteadas, quizás haya que determinar el concepto mismo de concepto para saber qué es lo que buscamos. Para Platón concepto e idea se relacionan. La idea es el concepto universal (logoz), un vehículo mental o, como también indica Hirschberger, un fruto en Platón de su herencia socrática⁷⁴. Pero el concepto no es una suma de notas, como ocurre en la visión nominalista, sino algo unitario, espiritual, intuible, con validez universal por relacionarse con el objeto⁷⁵.

Resulta quizás esto indiscutible. Mas la idea tiene otros significados en Platón que quizás puedan interesarnos: es siempre esencia y denota, por tanto, la cosa misma en su verdadero ser; es también un ideal, un modelo; es también causa, es decir, *ratio*: lo es en el sentido de hipótesis o supuesto, fundamento del ser⁷⁶. Para Aristóteles el concepto no es sino las partes en que se descompone el juicio: sujeto y predicado⁷⁷. El concepto, para él, a la postre, es una palabra, algo, desde luego, que expresa lo esencial, lo *quiditativo*⁷⁸, con lo que se atribuye al concepto, al menos implícitamente, una función predicativa⁷⁹. El concepto, artificialmente elaborado, se denomina, en la concepción aristotélica, *definición*, cuyo cometido es fijar la esencia de un objeto de manera que tal *quididad* quede “netamente separada y distinguida de todo otro ser y quede perfectamente patente y clara en su peculiaridad única”⁸⁰.

Con independencia de que se acepte o no la gnoseología viquiana fundada en el principio del *verum ipsum factum*, en virtud del cual la cualidad del *intelligere* sólo a dios pertenece, quedando al alcance del hombre sólo el *cogitare*⁸¹, y en la

⁷³ Recreación es, a la postre, el fenómeno de la recepción; sobre él vid. supra & 4 y n. 56.

⁷⁴ J. HIRSCHBERGER, *op. cit.*, p. 113.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Vid. sobre todo esto *ibidem*.

⁷⁷ *Anal. pr. A*, 1; 24 b 16.

⁷⁸ J. HIRSCHBERGER, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Sobre este tema vid. M. NEGRE RIGOL, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

que lo verdadero y lo hecho son convertibles⁸², resulta necesario, posible e irrenunciable la estructuración conceptual para la vida misma y para la especulación científica muy particularmente.

Pero para delimitar un concepto o, en sentido más aristotélico, una definición, es necesaria la reflexión y es conveniente que ésta se haga de forma metódica. Sin un método no puede haber un concepto de derecho romano⁸³: ni de esto ni de cualquier otra cosa. Con todo no ha de elevarse las cuestiones metodológicas a categoría de absoluto⁸⁴. En Italia ha decrecido el furor por la batalla metodológica⁸⁵; parece que va haciéndolo en España⁸⁶ y debe hacerlo aún más: todos los métodos acarrear un aporte positivo en sus manifestaciones excelsas⁸⁷, pero todos adolecen también de perspectivas de peligro, presentan riesgos. En esta materia resulta a veces irrenunciable, y no por cómodo eclecticismo, una cierta posición intermedia: ese eclecticismo conciliador de contrarios que explica, por ejemplo, en otro orden, en cualquier caso con éste conectado, parte del refinamiento jurídico de Salvio Juliano⁸⁸. El propio Guarino, desde la atalaya de su indiscutible autoridad, considera superado el estadio de fuertes polémicas metodológicas que ensangrentó -¿casi valdría decir que no se trata sino de una muy leve metáfora?- el panorama romanístico del pasado siglo⁸⁹ y de tal opinión es en España uno de los más representativos aplicadores del método histórico-crítico, como F. Betancourt⁹⁰. Casi cualquier método es válido si el resultado es óptimo; aquí el fin sí justifica los medios (naturalmente el fin óptimo acredita, a la inversa, la oportunidad del método empleado). La suerte de método humanístico propugnado por Murga con el ejemplo científico de su dilatada obra es buena prueba de ello y no encuentro muy alejado de lo que el viejo maestro sevillano aplicó a lo largo de su larga carrera exenta desde luego de polémicas metodológicas la propuesta *afinada* -es el término utilizado- de investigación interdisciplinar propugnado muy recientemente por Betancourt desde los fundamentos de la seriedad científica y la modestia⁹¹.

⁸² I. BERLIN, *Vico ed Herder Due studi sulla storia delle idee* (Roma, 1978), p. 48.

⁸³ Para ello vid. supra, párr. 3.

⁸⁴ Al respecto vid. F. BETANCOURT, *Líneas de investigación romanística. Estado de la cuestión*, en AA.VV., *Problemática del derecho romano*, cit., pp. 77 y ss.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 79.

⁸⁶ Una explicación de porqué lo ha hecho *ibidem*.

⁸⁷ Vid. de nuevo al respecto supra, párr. 3.

⁸⁸ No es naturalmente éste el momento de extenderse sobre este particular: remito, entre otros, a A. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "aditio"*, en *Ivra* 47 (1996, public. 2001), pp. 43 y ss., en concreto 64 y ss. (ahora en *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* [Sevilla, 2002], pp. 315 y ss., en concreto 331 y ss.).

⁸⁹ Vid. por todos su *Toccate senza fuga*, en *Index* 26 (1987), p. 3.

⁹⁰ *Op. ult. cit.*, pp. 79 - 80.

⁹¹ *Ibid.*, p. 86.

Enfoque humanístico, investigación interdisciplinar, prioridad de la fuente sobre la bibliografía (a menudo inagotable⁹²), naturalmente sin descuidar el conocimiento suficiente de la literatura especializada pero con el objetivo permanente de discriminar lo necesario de lo prescindible, suponen el triple pilar donde se asienta todo el edificio del saber romanístico, porque, a la postre, el conocimiento directo de las fuentes, vastedad de número y profundidad pero en sentido estricto abarcables al menos cuantitativamente, enriquece y contiene la savia última de la que nos nutrimos. En nuestro caso, la gnoseología es, antes que nada, una crítica de textos: depuración, fijación e interpretación de textos⁹³. De nada servirán las fuentes, de hecho, si quien las maneja (si quien, se comprende, es capaz de leerlas con suficiente fluidez y entenderlas en un primer estadio) “ignora la técnica (a veces arte) de su interpretación, esto es, de la exégesis”⁹⁴. Cabe suscribir también el símil bélico traído a colación por Sáinz Ezquerria: sin un método exegetico, que a mi modo de ver tiene mucho de *don* (de *don trabajado*, naturalmente) y que entronca con un auténtico sentido literario de aprehensión (casi goce) del texto⁹⁵, el romanista está condenado al fracaso, como el militar que desconoce el manejo de las armas sofisticadas que trae consigo⁹⁶. Porque el método histórico-crítico, aún floreciente y que tan altos servicios ha prestado a la ciencia romanística del último siglo, es, precisamente, crítico, en el sentido, exactamente, de crítica del texto en el más amplio y pleno de los alcances: filológico, lógico, literario. No debe olvidarse el último aspecto.

Crítica, pues, de textos. Mas no sólo de unos textos jurídicos; también de textos literarios, que por ello han de tener cabida en el horizonte principal de la formación del romanista⁹⁷ y en esa manifestación cotidiana de la misma que es su

⁹² No digamos si se acude a bibliografía interdisciplinar: cada ciencia, ciertamente, exige toda una vida de trabajo (vid. *ibidem*).

⁹³ Vid. una aproximación al tema por A. D'ORS, *Nueva introducción al estudio del derecho* (Madrid, 1999), que viene a substituir a su vieja *Introducción al estudio del derecho*. Cfr. en concreto *ibid.*, p. 18: “el estudio del derecho es un estudio de libros: no de cosas, fenómenos o números”. Se refiere, como el resto de las Humanidades, a “textos, no a hechos: a *verba* y no a *facta*”.

⁹⁴ J. M. SÁINZ EZQUERRA, *Nota preliminar* a U. WESEL, *El ejercicio práctico de exégesis del Digesto, Anales de Derecho de la Universidad de La Laguna*, X (1982 - 1983), pp. 7 y ss., en concreto 8.

⁹⁵ Precisamente por la en su opinión ausencia de sentido artístico viene fundamentada sobre todo la vertiente más crítica de la rec. de J. PARICIO a R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio: II, Cuadernos Compostelanos de Derecho romano* 6 (1993) y *III, Cuadernos Compostelanos de Derecho romano*, 7 (1995), aparecida en *Supl. SCDR*. (1994 - 1995), pp. 64 y ss., en concreto 76., representante purista este último como se sabe del método histórico - crítico.

⁹⁶ El símil es de J. M. SÁINZ EZQUERRA, *Nota preliminar*, cit., p. 8; vid. supra n. anterior y la porción de texto a que se adjunta.

⁹⁷ Vid. supra, párr. 1 in fine.

programa docente⁹⁸: también en su labor investigadora. Las palabras son signos de las ideas y las ideas de las cosas⁹⁹. Tratándose de textos, además, históricos, en el sentido puro de un texto en la historia y con su historia, el romanista no puede conformarse con ser un jurista *ad intra* del propio texto, sino también un indagador *ad extra* de las estrictas construcciones jurídicas, que no pueden contemplarse sin sus elementos constitutivos en sentido pleno: sin su ambiente, mucho más que un color o un accidente. El romanista, en la medida de sus fuerzas, será jurista, pero también historiador, filólogo, filósofo; acometerá el estudio entusiasta de las grandes disciplinas anexas; si puede, el de otras más específicas¹⁰⁰. Con percepción de sus límites y acudiendo al especialista vecino¹⁰¹. Texto y contexto. O, por mejor decir, contextos.

3. *Un concepto de derecho romano*

El Derecho romano puede analizarse en su perspectiva diacrónica o en su perspectiva sincrónica: un ejemplo de esto último lo constituye indiscutiblemente el original planteamiento del *Manual* de César Rascón¹⁰², pero en cualquier caso, se opte por una u otra posibilidad u enfoque, nunca ha de circunscribirse a posiciones que deriven en una arqueología jurídica: insistir en esto no resulta ocioso. Es necesario –sin complejos de ningún tipo– que nuestras investigaciones no deriven, a los ojos de los juristas modernos –y hablo de los juristas, no de los artesanos del derecho, a quienes no preocupan estas cosas–, en una suerte de divagaciones sobre el sexo de los ángeles: nuevos bizantinismos. El Derecho romano, si bien hoy no es derecho positivo, sí es derecho vigente¹⁰³: sus instituciones y principios jurídicos están vivos hoy y, sin descuidar el encaje de ellas y ellos en la coyuntura precisa que les dio vida, han de venir en nuestra aproximación hasta donde aún están: en nuestro presente histórico y jurídico. Su conocimiento exige situarse con toda fiabilidad en el meollo mismo del presente histórico que lo vio nacer, pero requiere entender que, lejos de ser pasado, lo que en él hay de más permanente sigue siendo hoy presente y a él se encamina para enriquecerlo y llenarlo de contenido de largo alcance. No se trata de ceder a modas académicas ni a proyectos de investigación autonómicos (por lo demás necesarios: éstos, no aquéllas), sino de entender una determinada realidad en todo lo que la hace ser

⁹⁸ Su estudio debería acogerse en cualquier tratado de historia del derecho romano y, a nivel docente, en el tema 1 del programa: vid. párr. 4.

⁹⁹ G. VICO, *De antiquissima italorum sapientia ex lingua latinae originibus eruenda*, en *Opere*, cit., p. 62.

¹⁰⁰ Vid. supra, párr. 3.

¹⁰¹ F. BETANCOURT, *Líneas de investigación*, cit., p. 86.

¹⁰² Madrid, 1996, 2ª ed.

¹⁰³ R. LÓPEZ ROSA en la intervención de clausura del I Seminario (y último) de Derecho romano en la Universidad Pablo de Olavide (1998).

eso precisamente: real. Sólo así alcanzará nuestra disciplina toda su trascendencia: o, por volver al redil aristotélico desde el que prácticamente iniciamos este epígrafe, convertirá la potencia en acto¹⁰⁴.

Grandes, incluso cruciales ámbitos de nuestro derecho privado, que es el derecho auténtico, el derecho por antonomasia, derivan directa y genuinamente del ordenamiento romano: son, en puridad, derecho romano, con unas leves gotas de germanismo (léase mejora¹⁰⁵ o régimen de gananciales¹⁰⁶). El sistema causal de adquisición de la propiedad (título y modo en la nomenclatura moderna)¹⁰⁷, un derecho obligacional basado en la flexible estructura consensual de buena fe que suministra el contrato¹⁰⁸, el testamento como forma prioritaria de ordenación de la sucesión desde la voluntad legítima del causante¹⁰⁹, son todas conquistas que el derecho romano clásico ha transmitido al nuestro moderno¹¹⁰ y sin las que éste sería otro.

Límites, pues, los del nuestro que se entrecruzan con los del romano, del que nace y en el que éste sigue viviendo. Línea en el tiempo, pues, de extremos que se pierden en el vacío de la prehistoria, en la incertidumbre del porvenir. El derecho romano abarca el orbe jurídico arcaico y el clásico, pero también el postclásico y

¹⁰⁴ *Met. Q 6*; 1048 a 30.

¹⁰⁵ Arts. 808 y ss. C.c.

¹⁰⁶ Arts. 1344 y ss. C.c.

¹⁰⁷ Imprescindibles arts. 609, 1461 y ss. C.c.

¹⁰⁸ Sobre la inexistencia de los contratos reales en nuestro derecho civil moderno vid. por todos el libro imprescindible de J. JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales* (Barcelona, 1958); me he pronunciado al respecto en A. CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen del depósito romano y su evolución posterior en derecho español*, monografía en vías de publicación.

¹⁰⁹ En el que se atiende, como en el testamento romano clásico, sobre todo a dilucidar la *voluntas testatoris* (vid. *infra* n. siguiente): cfr. por todos J. JORDANO BAREA, *La interpretación en el testamento* (Granada, 1999), reunión de dos trabajos antiguos ya clásicos sobre el tema.

¹¹⁰ El *testamentum* es creación del viejo *ius civile* pero nos llega en sus manifestaciones desolemnizadas de la era clásica, cuando ha triunfado plenamente el voluntarismo; el sistema adquisitivo sólo supera los ritualismos amenazantes que lo atenazaban en la edad arcaica en época clásica con la invención revolucionaria de la *actio Publiciana* y la entronización definitiva de la *traditio* como modo por excelencia del derecho pretorio; el *contractus* es, sin más, conquista de la jurisprudencia republicana y es en el edicto donde halla carta de naturaleza. Sobre estos tres ámbitos he escrito algunas páginas publicadas en diversas sedes: las de sucesiones se condensan en *Herencia y mundo antiguo*, cit., pp. 47 y ss., especialmente 71 y ss.; sobre acción Publiciana a remito mi trabajo “*In bonis esse*”, o *el triunfo de la causalidad. Un acercamiento a Gai. 4, 36*, incluido en las *Actas del V Congreso Iberoamericano y II Internacional de Derecho Romano, Buenos Aires, agosto de 1999* (Madrid, 2001, coord. A. Torrent), p. 399 y ss., con la bibliografía esencial sobre el tema, que naturalmente es otra; sobre tema contractual a “*Emptio venditio*” y “*contractus*”. *Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, en *Studi Taamancia* (Napoli, 2001).

justiniano; abarca también su recepción en el mundo europeo, pero quizás, llegados a este punto, quepa inclinarse por un enfoque aun más omnicompreensivo. Recordemos ahora de nuevo que “el valor fundamental del Derecho romano no está en la tradición europea del mismo, sino en ofrecernos una lección universal, siempre fecunda, siempre renovada, de cómo la vida del Derecho es obra de la prudencia jurídica”¹¹¹.

Desde la primera perspectiva, apegada al contexto del puro fluir histórico, el Derecho romano es el conjunto de soluciones dadas por un pueblo para afrontar sus intransferibles problemas como sociedad: un espacio en el tiempo. Yendo más allá en esa línea, el conjunto de soluciones dadas por un pueblo —éste en concreto— que terminan por trascenderlo y sobrevivirlo: tiempo ya en el espacio: en los espacios¹¹². Un Derecho, pues, en la historia, que ha de analizarse con los dispositivos técnicos propios de los juristas puros (y no los hay más puros que los romanistas, cabría añadir de inmediato, incontaminados de las servidumbres del puro normativismo, estudiosos de estructuras jurídicas en sentido pleno), pero también con ese poder integrador propio del historiador del derecho¹¹³ que el romanista dotado tampoco desconoce¹¹⁴. Esto, que es, tal vez, aplicable al antiguo *ius civile* de las XII Tablas y que se basta para definirlo al menos como fenómeno cultural a grandes rasgos, no es, en modo alguno, extensible sin matices al *ius honorarium* del pretor, ya que éste en su perfección jurídica se hace universal, y no sólo mientras duró la grandeza del edificio político romano, sino mucho después, hasta nuestros días, a través del fenómeno cultural de la recepción y aún más allá en el bies de la realidad filosófica de su rara perfección como gran obra humana¹¹⁵.

Desde esta segunda perspectiva, que concibe el Derecho no sólo como un sistema de normas, sino también como un sistema de valores¹¹⁶ y que por ello pudiera calificarse en más de un sentido de trascendente, es también el romano un Derecho vivo y útil, una de las tres grandes creaciones del espíritu humano, junto

¹¹¹ A. D'ORS, *Los romanistas ante la crisis de la ley*, ahora en *Estudios varios sobre el Derecho en crisis* (Roma - Madrid, 1973), pp. 9 y ss., en concreto 18.

¹¹² Público no imaginado por los grandes creadores jurídicos clásicos para sus obras. Bien puede aplicarse a ellos lo que de Aristóteles escribió en tal dirección F. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Aristóteles en la Atenas de su tiempo*, en *Estudios clásicos*, XXXVII, 108 (1995), p. 43.

¹¹³ Destacado por G. CAPOGRASSI, *Il problema della Scienza del Diritto, Opere* (Milano, 1959), II, p. 604.

¹¹⁴ Sobre el oficio de historiador de derecho vid. por todos H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)* (Sevilla, 1977, trad. A. Merchán); sobre las relaciones Derecho - Historia del Derecho, que aquí particularmente interesan, cfr. *ibid.*, p. 33 y ss.

¹¹⁵ Perspectiva de universalidad destacada especialmente por P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (Madrid, 1955, trad. J. Santa Cruz Teijeiro), p. 486.

¹¹⁶ Hago mía la expresión de A. HERNÁNDEZ GIL, *El Derecho*, en *Los estudios de un joven de hoy* (Madrid, 1982), p. 101, ya utilizada por R. LÓPEZ ROSA, *Derecho romano y formación jurídica*, cit., p. 20, al tratar de estos temas.

a la metafísica griega y la religión de Israel, como supiese percibir Xabier Zubiri¹¹⁷, en una frase memorable recordada no hace mucho por el propio Juan Iglesias en sus *Miniaturas*¹¹⁸. Basamento jurídico a disposición de juristas de tradiciones diferentes en razón de su universalidad inherente (y no sólo histórica, aunque las dos vertientes se fundan), el Derecho romano configura, en más de un sentido, esa suerte de sistema jurídico perfecto que, más que un dogma perfecto, constituye un proceder perfecto¹¹⁹ y que, sin adoraciones casi folklóricas, puede y debe contribuir, con la moldeabilidad razonable de sus estructuras y enfoques, también a paliar los excesos de la evidente hipertrofia legislativa que sufren tantos Estados modernos como España. Una ciencia que, como Jano, mire hacia atrás necesariamente y exija una formación jurídico-histórica, pero también se vuelva a un presente lanzado hacia el futuro, demandando en su cultivo una perspectiva histórica también en esa vertiente, pero sobre todo una naturaleza inequívocamente jurídica, porque el romanista es en potencia y debe ser en acto, no sólo un historiador del derecho, sino –aunque a veces se olvide– un jurista: alguien por lo tanto útil, no enclaustrado en los umbrales cerrados de su cátedra o su biblioteca, capaz de intervenir en el debate público de las cuestiones candentes de la sociedad con el instrumento privilegiado que supone el dominio de un método universal de reflexión y conocimiento.

Ciencia la romanística, por tanto, que cultiva el estudio de un conjunto de instituciones y de principios jurídicos, sobre los que aquéllas se asientan, perdurable y presente, pese a los cambios sociales y políticos y aún gracias a ellos: prueban, a la postre, su perdurabilidad que desconcierta. Una expresión, en definitiva, límpidamente dibujada, de esa peculiarísima y crucial manifestación del sentido común que es el sentido jurídico, que halló su manifestación más acabada en un período de la historia por la sensibilidad jurídica de un pueblo influyente como muy pocos, pero que aún existe como categoría y como posibilidad real de contribuir a la convivencia. *Ratio iuris* en definitiva.

VI. EPÍLOGO

Trabajado en el estudio por medio de la investigación el conocimiento romanístico debe recaer –y también enriquecerse– en –con– la docencia. Alas del mismo pájaro, vuelan, necesariamente, al unísono¹²⁰. En tal contexto el profesor, por encima de todo, enseña lo que sabe, y si bien es cierto que sabe lo que enseña porque ha

¹¹⁷ *Naturaleza, Historia, Dios* (Madrid, 1951), 2ª ed., p. 19.

¹¹⁸ Barcelona, 1990. También en su clásico manual de instituciones: *Derecho romano. Historia e instituciones* (Barcelona, 1993), 11ª ed., p. xxiv (idéntica pág. en *Derecho romano* [Barcelona, 1999], 12ª ed. y [Barcelona, 2001], 13ª ed., que más que una nueva edición es una reimpresión de la anterior, igualmente amputada de bibliografía).

¹¹⁹ R. LÓPEZ ROSA, *Derecho romano y formación jurídica*, cit., p. 36.

¹²⁰ Vid. supra, párr. 4.

estudiado lo que ahora sabe, no es menos verdadero que se investiga para saber, pero que sobre todo se sabe para compartir.

Unida a la Universidad desde su surgimiento histórico en el Bajo imperio¹²¹, el cultivo universitario del Derecho romano puede dar hoy y da eminentes servicios a la sociedad, más necesitada ahora que nunca, en esta coyuntura histórica de globalización planetaria, de juristas en el más pleno y hondo sentido de la palabra, la que en Roma tenía con el atisbo reverenciado de una profesión de fe casi sagrada: prudentes en (por) el derecho; hombres de justicia.

Escribió Séneca: “mientras aplazamos las decisiones, la vida transcurre”¹²². Y continúa: “todo, Lucilio, es ajeno a nosotros, tan sólo el tiempo es nuestro”¹²³.

Aprovechémoslo.

Pues la Universidad, y en ella el Derecho romano, como su antiquísima disciplina, deben formar hombres en su punto¹²⁴, ésos que alcanzan el perfeccionamiento mediante la voluntad de esfuerzo¹²⁵. Sólo de esa forma, verdaderamente, cabe hablar de *alma mater*.

¹²¹ El cultivo de la jurisprudencia romana en los planes de estudio de la Universidad de Constantinopla, desde su fundación en el año 425, resultaba fundamental en la formación del estudiante junto al estudio de la pura legislación positiva, al que servía de base: un resumen de tal plan de estudios cabe hallarlo a cargo de Paricio en J. PARICIO - A. FERNÁNDEZ BARREIRO, op. cit., pp. 173 - 174.

¹²² *Epist.*, I, 1, 2.

¹²³ *Ibíd.*, I, 1, 3.

¹²⁴ La expresión es de GRACIÁN, *Oráculo*, 6 (aunque naturalmente no su aplicación aquí). Cfr. *El Discreto*, XVIII.

¹²⁵ B. PELEGRÍN (ed.), *Oráculo manual* (Zaragoza, 1983), p. 200.