

POSICIONES METODOLÓGICAS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO: EL PENSAMIENTO DE M. KASER

Julio García Camiñas

Sumario: 1. Estudio crítico de las fuentes. 2. Pluralismo metodológico. 3. Casuismo jurídico romano: Casuística y sistema. Inducción contra sistema y deducción. Islas sistemáticas. Caso y norma. Intuición jurídica. Conocimiento por familiaridad. La tradición. Realismo jurídico. Irracionalismo y “auctoritas”. Estamento de juristas. Jurista romano y juez inglés. Nacionalismo jurídico.

1. ESTUDIO CRÍTICO DE LAS FUENTES

El pensamiento de Kaser constituye un presupuesto necesario para entender la significación actual del método histórico-crítico y, sobre todo, para la comprensión del derecho romano como “derecho del caso”. Sus posiciones metodológicas en ambas cuestiones, y en tantas otras, han tenido una gran repercusión en la romanística más reciente.

Suele relacionarse a Kaser con posiciones conservadoras, al ser un crítico de la crítica interpolacionista. Entre 1968 y 1972 publica una serie de ensayos en los que afronta la cuestión metodológica, haciéndolo siempre desde la experiencia de un trato frecuente con las fuentes, de lo que es un buen exponente su tratado de derecho privado romano, modélico en su género. Aunque su juicio inicial acerca de la poca importancia de las alteraciones postclásicas se fue moderando progresivamente, siguió manteniendo una posición prudente en la valoración de las modificaciones textuales¹.

En efecto, a su juicio, las alteraciones textuales, tanto prejustinianas como justinianas, salvo notables excepciones, no tienen carácter innovador ni substancial², sino

1 Las posiciones conservadoras en la crítica de los textos fueron mantenidas por Kaser en su comunicación en el Segundo Congreso Internacional de la “Società italiana di Storia del diritto” en 1967, que fue publicada en forma de extracto en 1968 y luego en el artículo titulado “*Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Ueber die Grenzen der Interpolationenkritik)*”, en *La critica del Testo* (Firenze 1971) 291 ss.; posteriormente, moderando su posición, volvió sobre la cuestión en “*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*” (SBer. Ak. Wien 1972) y en “*Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*” en *Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Oesterreichischen Akademie der Wissenschaften*, 116 (Wien 1979)83-113 [=*Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) 112 ss.].

2 Por interpolación substancial, entiende toda modificación que haya tenido por objeto cambiar el fondo del derecho. Siendo “reformatorischen Interpolationen” cuando es el propio redactor quien introduce un nuevo principio, lo cual durante todo el período postclásico sólo el emperador puede hacerlo y sólo Justiniano lo ha hecho. Si la alteración, solamente, ha tenido por finalidad el tener en cuenta un cambio del derecho ya realizado, entonces, sería una “adaptatorischen Interpolationen”. Estas habrían sido realizadas en el comienzo de la época postclásica, Kaser, “*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*” (SBer. Ak. Wien 1972) p. 36.

puramente formal, simplificador y vulgarizante³, y encontrarían en la falsificación su causa fundamental⁴.

Según Kaser, los cambios en los textos clásicos que tuvieron lugar en el paso del volumen al *codex* -primer estrato de Wieacker-, no habrían tenido en general tampoco valor substancial; se trataría simplemente de reducir y simplificar el riquísimo material que ofrecía la Jurisprudencia clásica⁵; de modo particular, para eliminar las controversias entre los juristas⁶. En este sentido, soluciones que aparecen como nuevas, pueden haber sido opiniones de juristas, preferidas frente a las de otros, ahora suprimidas.

Tampoco la forma retórica o didáctica de un texto deberá llevarnos, sin más, a su juicio, a ponerlo bajo sospecha, pues los clásicos vendrían a resultar menos enemigos de la abstracción y la sistemática de lo que se había afirmado. Igualmente, la posible influencia de la retórica deberá apreciarse caso por caso, al no resultar sus respectivos estilos tan opuestos⁷; por otro lado, a su entender, sería muy limitada la influencia del derecho vulgar sobre el Digesto, las Instituciones y sobre las propias constituciones del Código anteriores a Constantino⁸; por el contrario, habría sido importante la influencia de las escuelas orientales en la reelaboración de los textos de los juristas clásicos⁹; sin embargo, las alteraciones de los textos no habrían sido realizadas por los propios profesores, quienes encontraban en las fuentes clásicas las bases para sus creaciones, sino que fueron los Compiladores los encargados de adecuar los textos a la doctrina de las escuelas.

El propio Justiniano, llevado de su clasicismo, habría intervenido al objeto de restaurar el derecho romano de la época clásica¹⁰; su actuación estaría guiada por la defensa la certeza del Derecho, más que por un verdadero respeto hacia la Jurisprudencia clásica; así, los materiales de la época precedente habrían servido más para conservar el derecho existente, que como puro medio para realizar reformas.

3 Las interpolaciones formales no aportarían ninguna novedad en cuanto al fondo; utilizarían el propio texto para hacer glosas explicativas, paráfrasis o sumas. Podría tratarse incluso de la introducción en el texto de un pensamiento jurídico clásico extraído de otra fuente. A propósito de la expresión *id est*, propia del comienzo de una glosa, anota inmediatamente y de forma que deja ver, a las claras, su posición: "Nicht jeder *id est*-Satz ist glossiert", Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.37 y nt.61.

4 Kaser, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen*, en *Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, 116. Jg. (1979) 83 ss. [= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) p.113].

5 No habiéndose conservado nada más que una parte pequeña de la literatura de que dispusieron los comisarios de Justiniano, estos habrían tenido que resumir y compendiar los textos, Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.32 ss.

6 Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.22 ss., donde pone de relieve como un gran número de controversias nos han sido transmitidas en los comentarios *ad edictum* y *ad Sabinum* de Ulpiano y Paulo a pesar de las mutilaciones realizadas por los Compiladores. Las propias *inscripciones* del Digesto nos permitirían descubrir otras. A su entender, en todos los casos las dos soluciones deben considerarse como clásicas, salvo que se pueda demostrar lo contrario. En el mismo sentido, señala Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (discurso de investidura como *Dr. hon. causa* Barcelona 1991) p. 35 que los Compiladores -obedeciendo las indicaciones- al comprimir los originales a una vigésima parte, fatalmente aplanaron su contexto de problemas así como las controversias y argumentos.

7 Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.53 ss.

8 Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p. 71, "Ein vulgarisierender Einfluss auf den stofflichen Inhalt der Digesten, der Institutionen und der vorkonstantinischen Stücke des Codex lässt sich nur in wenigen, eng umgrenzten Einzelfällen nachweisen, die Levy genau durchforscht hat".

9 Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.71 ss.

10 Kaser, "Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung" (Sber. Ak. Wien 1972) p.16 ss.

Las modificaciones sustanciales de las fuentes clásicas habrían sido realizadas sólo por los Compiladores justinianos, pudiendo distinguirse varias categorías¹¹: aquéllas cuyo objeto era acomodar el derecho de juristas al nuevo derecho imperial, definido en las constituciones de Justiniano y en aquéllas de sus predecesores que fueron retomadas en el Código; aquéllas otras que pretendían eliminar las instituciones desusadas y adaptarse a la praxis¹²; las que supondrían adaptaciones de orden procesal¹³; las provocadas por el cambio en la situación política, la religión o las relaciones económicas y sociales, que habían influido poco sobre el derecho de juristas¹⁴; o aquéllas que obedecían a la recepción de las doctrinas de las escuelas orientales¹⁵.

Las posiciones de Kaser no pueden llevar, sin más, ni él lo pretende, a asumir de antemano como sustancialmente genuinos los textos de la Compilación. No puede prescindirse, por tanto, de la crítica textual, pero la crítica interpolacionística, hoy en crisis, necesita de nuevos esfuerzos para cambiar su rumbo, lo que es muy diferente del simple rechazo.

En este sentido, propone Kaser que deje de considerarse a los textos jurisprudenciales como expresión de un ordenamiento jurídico orientado a un sistema de conceptos¹⁶. En coherencia con su forma de entender la creación del derecho en Roma, piensa Kaser que las *regulae iuris* están unidas directamente a la casuística romana y abiertas a las excepciones que su aplicación al caso concreto exija. Así, propugna la necesidad de hacer converger la línea de crítica textual de Wieacker y la de investigación por “problemas jurídicos” del propio Kaser; por otra parte, resalta la necesidad de tener en cuenta el carácter literario de los escritos de los juristas clásicos, su libertad expositiva y, por ello, la movilidad posible de su terminología¹⁷.

En definitiva, Kaser ha mantenido una posición de moderación en la crítica, que bien puede recibir la calificación de conservadora, en contraste con pasados excesos en aquélla, pero también ha marcado un nuevo camino por donde encauzar el esfuerzo crítico con prometedores resultados.

2. PLURALISMO METODOLÓGICO

Constituye también una característica del pensamiento metodológico de Kaser el mantenimiento¹⁸ de la compatibilidad entre el punto de vista histórico -que da el tono de

11 Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.83 ss.

12 Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p. 87.

13 Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.88 ss.

14 Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.90 ss.

15 Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.92.

16 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.76, el Derecho romano de la Antigüedad no logró formar un sistema ni siquiera en su forma axiomática. Sobre el tema véase ahora Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (discurso de investidura como *Dr. hon. causa* Barcelona 1991) p. 23 ss.

17 Kaser concede carácter secundario a la crítica formal de las fuentes y, por ello, ataca la afirmada pureza del estilo clásico. Enfrenta al jurista fungible de los hiper críticos con los juristas y el particular estilo de cada uno, que es necesario reconocer, Kaser, “Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.47 ss. Esta misma idea la encontramos en Mayer-Maly, rec. a Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen* (Göttingen 1960), en ZSS 77(1960) 510 ss., cuando objeta al autor que haya presupuesto una excesiva coherencia en el pensamiento de cada jurista, cuando sería más cierto que en todo escritor hay páginas y frases de distinto valor y que pueden justificar juicios contradictorios. Para la posición de Kaser sobre las fuentes véase BLANCH, *Acerca de las fuentes jurídicas del Derecho romano*, en RFDUC 75(1989-90) 61 ss.

calidad a sus obras-, y la utilidad de profundizar en el ámbito de la dogmática en cuanto a las relaciones entre el derecho romano y las categorías jurídicas modernas. Incluso el método de la inducción, a partir de lo que se entiende como una evolución posterior, fue también certeramente empleado por Kaser al tratar de reencontrar el concepto originario de *ius*.

En su obra *Das Altrömische ius*, encontramos hasta dónde se debe llegar con el método bonfantiano. En esa obra, por otra parte, encontramos justificados en remotos antecedentes -desde el origen hasta mediados del siglo III a.C.- muchas de las posiciones posteriores de Kaser sobre lo que sería hallazgo, descubrimiento, incluso creación del derecho por los juristas.

La lectura de *Das Altrömische ius* resulta de gran utilidad para las búsqueda de una explicación al problema de cómo surge el derecho. Este problema implica también el de la comprensión de qué es el derecho, cuál su legitimación para obligar, en qué y cómo se distingue el derecho de otros órdenes normativos presentes en la sociedad, como son la moral o los usos sociales. Al tratar de encontrar en la Historia una respuesta a esas cuestiones se afirma, al mismo tiempo, en el plano conceptual el carácter histórico de la realidad jurídica.

En mi propia experiencia investigadora tuve ocasión de enfrentarme con tal problemática al estudiar la calumnia. Allí aparecía un mal conocido *iusiurandum calumniae*, que requería comprender el concepto de *ius* y su originaria significación de “formule religieuse qui a force de loi”; y *iudex* como “celui qui dit la formule de justice”¹⁹. *Ius iurare*, de donde *iusiurandum*, venía a indicarnos el pronunciar una fórmula sagrada que comprometía la intervención de los dioses. Aparecía, por otra parte, la relación con *sacramentum*, al que Varrón atribuye el significado de “*ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro*”²⁰; ello obligaba a resolver intelectualmente la relación entre esa cantidad depositada, probablemente al tiempo que se prestaba un juramento, y aquella referencia que todavía conservaba Gayo 4, 171, *modo iusiurandi religione*, para indicar la forma en que el juramento de calumnia refrenaba la litigiosidad calumniosa. La sanción para el infractor del *iusiurandum calumniae*, admitía contrapuestas posibilidades que era necesario esclarecer.

En las soluciones a estos problemas venía a resultar esclarecedora la personal y documentada manera de entender el concepto de *ius*, que Kaser presenta en *Das Altrömische Jus*. La original síntesis que allí se contiene del origen y desarrollo inicial de la noción de *ius*, nos permite entender, siempre al nivel de lo aproximativo, la distinción entre derecho y religión.

Las calificaciones de lícito e ilícito, sentido que Kaser da a *ius* y a *iniuria*, no encontraban fundamento en la idea de una originaria y abstracta norma jurídica, sino que su definición se operaba en relación con cada caso concreto. Los dioses son llamados a intervenir en el procedimiento del *sacramentum* a través del juramento que prestan las partes y que provoca la sacralización de la pérdida del proceso al suponer la infracción del juramento. En las grandes líneas del *per sacramentum* ve Kaser los rasgos de un primitivo duelo judicial, en donde los dioses revelarían el *ius*. La muerte que puede ser inflicta al adversario perdedor, actúa una sanción sacral para quien es perjurador por resolución judicial de los dioses. La evolución de este procedimiento, le permi-

18 En 1955, encontramos esta toma de posición en p. IX-X de Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955).

19 Ernout-Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine, Histoire des mots* 4 (Paris 1959, reproducido en un sólo volumen en Paris 1985) sv. *ius*.

20 Varr., *De lingua latina* 5, 180.

tiría librarse al perdedor de tal pena asumiendo un discutible -por lo inexpiable del perjurio- *piaculum*, antecedente de la *poena sacramenti* con la que se sancionaría luego al litigante calumnioso.

Con prudente comparación, presenta el paralelismo entre los ritos de declaración de guerra y aquellos que integran la ordalía; haciendo del *iustum bellum* no sólo la guerra regularmente declarada, sino aquella justificada por una *iusta causa* que comprometería el apoyo de los dioses en la victoria. Antes de las XII Tablas la *iniuria*, lo contrario al *ius*, y el delito aparecerían confundidos; operándose la separación antes de la Ley, que ya distingue varias categorías de delitos.

Al tratar de fijar los contornos de lo religioso y lo jurídico en el juramento de calumnia, me resultó especialmente convincente la respuesta de Kaser: *ius* e *iniuria* no conciernen sino a los hombres, dejando para el ilícito religioso *nefas* y siendo *fas* lo permitido a los hombres por los dioses. Los límites entre lo religioso y lo jurídico se precisan al negar las formulaciones que hacían derivar de la religión al derecho. Pese a ser revelado por los dioses, la esencia del derecho es profana. El formalismo del derecho no es un traspaso del formalismo religioso, sino que el formalismo, en sí mismo, sería anterior a la propia religión. El juramento señalaría, sin embargo, el punto máximo de confluencia de religión y derecho, sin llegar siquiera en este límite a confundirse. La religión colabora con el *ius* profano, sin adsorberlo, le presta una sanción sacral.

3. CASUISMO JURÍDICO ROMANO

La concepción romana del derecho como “derecho del caso” lo aleja de la estructura normativista²¹ a la que responde el modelo continental de ordenamiento jurídico, y lo acerca a posiciones realistas, que, en traducción orsiana, llevan a entender por derecho “aquello que aprueban los jueces”. Ello no es identificable, sin embargo, con un mero judicialismo jurídico, pues el derecho encontrado por el jurista, se hace eficaz con su reconocimiento judicial; de esta forma, el jurista y su función se sitúa en un plano creador y no de simple aplicador de normas legales.

Al ser la norma legal un criterio más se entiende que el derecho surge como realidad cuando el jurista formula el criterio que a su parecer es aplicable al caso concreto, que resultará eficaz, convirtiéndose en derecho, a través del reconocimiento judicial; en consecuencia, en la búsqueda del derecho ha de irse antes a la Jurisprudencia que a la ley, y ello incluso cuando el ordenamiento jurídico presenta una estructuración legal de la normatividad. En efecto, las decisiones judiciales señalan la norma encontrada, entre las muchas que desde el *corpus* legislativo pueden ser traídas al caso; precisa el significado real que adopta en el contraste con los hechos y precisa el cauce procesal que hubo de seguirse, y habrá de repetirse, para hacer eficaz la *ratio iuris*.

En este orden de ideas, y por lo que se refiere al derecho romano, constituye un elemento esencial del pensamiento de Kaser la concepción según la cual la determinación del *ius* no se puede hacer más que a propósito de cada litigio; al descubrirse el derecho en una revelación fragmentaria de proceso en proceso, surge el precedente que incorporado al sistema de precedentes permite alcanzar reglas de derecho, alejadas de la abstracción por su vinculación al caso.

21 El normativismo entiende la norma en sentido abstracto, como un modelo del cual se derivan silogísticamente consecuencias adaptables a las infinitas vicisitudes de la vida social, Miguel Reale, *La crisis del normativismo jurídico*, en *Estudios a Legaz y Lacambra I* (Santiago 1960) p.190

El casuismo aparece así como algo más que un resultado. Es, en verdad, una nueva actitud metodológica que combinada con el método histórico crítico, -en la depuración de los textos que contienen las soluciones magistralmente obtenidas por los juristas romanos-, permite abrir nuevos horizontes al derecho romano, tanto en la investigación como en la docencia. En esa línea se ha orientado, en efecto, un importante sector de la romanística moderna; el pensamiento de Kaser constituye un obligado tema de análisis para esta corriente, en la que también me sitúo; un reciente análisis de Giaro sobre los puntos de vista de Kaser pone de relieve la permanente actualidad e interés de su pensamiento, al mismo tiempo que suscita, en mi opinión, la oportunidad de nuevas reflexiones²².

Casuística y sistema

Giaro comienza por relativizar, acertadamente, la contraposición entre casuística y sistema al señalar que el pensar según casos y según conceptos aparecen combinadamente. Para Kaser la característica más general y de conjunto del Derecho Romano sería su afirmado casuismo²³; se uniría así, a las líneas más recientes de la romanística que tratan de evitar el concepto de sistema²⁴.

El casuismo kaseriano hay que entenderlo como un descubrimiento o hallazgo, creador del derecho (*schöpferische Rechtsfindung*), con lo que vendría a responder a aquel ambiente cultural alemán finisecular y de comienzos del presente siglo²⁵, que podemos representar en Dilthey y su afirmación de que “el derecho no se hace, sino que se encuentra”, sin duda idea patrimonio común de los universitarios del momento²⁶. La Jurisprudencia ofrece una solución para cada caso jurídico planteado, lo cual produce esa asociación de afinidad, conocida por lo demás, entre el derecho del caso romano²⁷ (*Fallrecht*) y el *Case Law* anglosajón.

Inducción contra sistema y deducción

La decisión del caso se hace por vía inductiva, pues para Kaser, el derecho romano no conoció ningún sistema ni, tampoco, la deducción en el sentido de la Jurisprudencia de conceptos o la Pandectística²⁸.

Islas sistemáticas

Giaro se plantea la cuestión de si los clásicos conocían el sistema y la lógica deductiva, aunque fuera en otras presentaciones distintas de las que antes acertadamente rechazaba Kaser²⁹. Se cuestiona así un aspecto importante, entre los muchos de este

22 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 180 ss.

23 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 185.

24 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 184, en donde leemos “Die Tendenz der heutigen Romanistik ist wohl ausgesprochen „antisystematisch”.

25 Sería sumamente interesante la realización de estudios que presentasen en “visión genética” las intuiciones centrales del pensamiento de los más ilustres romanistas.

26 Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. por Eugenio Imaz [de *Einleitung in die Geisteswissenschaften*] para el Fondo de Cultura Económica, México 1944) p.82.

27 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 186. En nt.18, señala como “Kaser gebraucht die Termini “Fallrecht” und “Kasuistik” promiscue”.

28 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 191, “Freilich kann das antike römischen Recht kein System und keine Deduktion im Sinne der Begriffsjurisprudenz”.

29 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 191.

orden que ofrece el pensamiento kaseriano. La respuesta buscada en las obras de Kaser, no le lleva nada más que a señalar el reconocimiento de insignificantes islas de sistemática en el “caótico mar de las instituciones”³⁰. Tal afirmación se hace por Kaser en “Zur Methode..” en relación con la Jurisprudencia de fines de la República, modelada por un contexto que limita el esfuerzo de los juristas por un sistema³¹, en tal momento, a materias específicas como la tutela y el *furtum*; también admitiría Kaser, más recientemente, la existencia de sistemas parciales en el ámbito del *ius honorarium*.

El hallazgo del *ius*, en la concepción de Kaser, parte “de abajo”, de los concretos casos jurídicos y no desde arriba, desde el sistema. El hallazgo (*Rechtsfindung*) del *ius* en Roma, es un ejemplo representativo del pensamiento basado en el caso jurídico. Se opondría, de este modo, al sistema que es cerrado y estático, como un edificio construido, en sentido aristotélico³².

La legislación romana sería lagunosa y coyuntural, siendo, en cambio, el derecho consuetudinario preponderante en el periodo de formación del derecho romano. En este sentido, corresponde a una distinta estructura del orden jurídico, propia de la época postclásica, la tendencia a fundamentar el derecho en la legislación en contra de lo que refleja la realidad jurídica del período antiguo y clásico del derecho romano.

El origen de la sistemática lo encuentra Kaser en las obras didácticas y, de ahí, la relevancia dogmática que atribuye al sistema en las Instituciones de Gayo³³. En este jurista, ve ya de modo claro la elaboración de reglas y el verdadero sistema, planificado desde arriba y que parte de la distinción de los gramáticos entre *personae* y *res*, dogmáticamente rica en consecuencias³⁴.

Gayo no habría explotado todas las consecuencias de su vislumbre sistemático, limitándose, por el contrario, a las consecuencias dogmáticas más evidentes, en consonancia con su labor de maestro elemental de derecho. Y si como jurista escolástico no le reconoce, a la hora de conocer el derecho, un poder de intuición tan grande como el que adornaba a los grandes clásicos del casuismo, termina por afirmar que la materia que Gayo expone es casuística, si bien agrupada y reelaborada³⁵.

Es cuestionable, sin embargo, que sean separables en Roma la función expositiva y la función dogmática, la teoría y la praxis, la “escuela” y la “vida”; así, el *ius civile* de Mucius no es un libro de enseñanza(*Lehrbuch*)³⁶. De Quinto Mucio se dice que *ius*

30 Así traduce Juan Miquel, *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid 1964) p. 42 las palabras de Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.70 : “Man bildet so mit Hilfe der neu erlernten Methode nur unbedeutende systematische Inseln in dem auch weiterhin noch ungeordneten Meer der Erscheinungen”.

31 Sistema se utiliza en sentido jurídico y no en el más estricto de la axiomática, precisa Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p. 70 : “...System-ich gebrauche den Ausdruck hier und weiterhin im juristischen Sinn, nicht in dem strengerem der Axiomatik”.

32 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 193, “Ihre Rechtsfindung geht „nicht, von oben, von einem System aus....,sondern ,von unten, also von den konkreten Einzelfällen”.

33 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 202. Esta idea era confirmada recientemente por Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (discurso de investidura como *Dr. hon. causa* Barcelona 1991) p. 29 , “sólo a través de Gayo se realizó el modelo helenístico de sistema para el Derecho romano, y desde entonces -en el terreno didáctico que le correspondía-, no desapareció ya de la literatura jurídica”.

34 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.71.

35 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.71 : “Der Stoff, den er darstellt, bleibt die -geschickt gruppierte und verarbeitete- Kasuistik”.

36 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 203.

civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo (Pomp. D. 1,2,2,41), pero ello no significa para Kaser nada más que el haber expuesto las materias pertenecientes al *ius civile* con sus subcategorías. El texto de Pomponio no permite deducir que Quinto Mucio siguiera un principio sistemático para todo el *ius civile*. Estaríamos, simplemente, ante una forma de pensar que opera por asociación, reuniendo materias que están próximas³⁷.

Puede admitirse, como quiere Giaro la general aceptación de las tesis de Kaser que atribuyen a los clásicos el “hallazgo del *ius* casuísticamente”; pese a lo cual, tanto el concepto de casuística como el de sistema adoptan sentidos diversos en los distintos seguidores³⁸ de esta dirección de pensamiento. Por ello, es conveniente perfilar de modo más claro el pensamiento de Kaser sobre el casuismo, sometiéndolo al contraste de cuestionarlo en algunos de sus aspectos fundamentales. En este sentido, siguiendo a Giaro, debe señalarse que Kaser pretende una comprensión más profunda de la casuística, como forma de caracterizar específicamente las aportaciones creadoras de la Jurisprudencia romana.

Parte de una casuística que viene “desde abajo” y realiza constantemente la contraposición entre derecho casuístico (*Fallrecht*) y derecho norma (*Normenrecht*). Esta contraposición es para Kaser genética y metódica, pues el *ius* surgió en el caso concreto por obra del *iudex* y es, así, genéticamente casuístico. En su origen, se separan *iux* y *lex*.

Caso y norma

Es necesario cuestionarse, en este punto, la posibilidad de una separación tan radical entre el caso y la norma, sobre todo si tenemos en cuenta que Kaser atribuye al caso no sólo la prioridad metódica sino también la prioridad histórica. Compartir sus posiciones, significa entender con él que el casuismo es más que un método jurisprudencial una exigencia histórica con la cual se encontraron los juristas. En esto se sitúa, en efecto, el fondo del problema, por lo que cabe preguntarse con Giaro hasta qué punto el pensamiento de Kaser no incurre, en este punto, en un verdadero círculo vicioso entre caso y norma³⁹. Pues un caso, entre los muchos que la vida ofrece, se convierte en jurídico cuando se mira en función de criterios decisorios que proceden de alguna norma⁴⁰.

Por otro lado, en la casuística del Common Law no vincularía el precedente, en sí mismo, sino las *rationes decidendi* que fundamentan la decisión del juez. En tal sentido, Giaro considera como una ilusión de los juristas continentales la pretendida mayor elasticidad o creatividad atribuida al sistema del *Common Law*. Estaría, también, bien traída a la cuestión la idea de Behrends, según la cual en el *Case Law*, la decisión concreta es portadora de una regla positivizada⁴¹. En el casuismo de Kaser, los romanos

37 Remata su argumentación Kaser, señalando que lo que sabemos de la configuración del *ius civile* muciano contradice la suposición de un principio sistemático: “Und was wir vom Aufbau des *ius civile* wissen, spricht eher dagegen”, Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.69.

38 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 209 y en particular nt. 105, donde las distintas formas que reviste el casuismo se ejemplifican con Schmidlin, *Die römischen Rechtsregel* (1970); Cenderelli, en SDHI 44(1978) 416 ss.

39 Así parece reconocerlo Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 212.

40 Este aspecto del pensamiento de Kaser, ya fue cuestionado por Luzzatto, en su recensión de “*Das altrömische ius*”, en SDHI 15(1949) 295, al señalar que “*iusiurandum, iurisdictio, iudicium*, sono termini nei quali il concetto di *ius* viene sempre postulato come preesistente alla pronuncia, non come creato in conseguenza di questa.. Conseguentemente, ammesso che il *ius* viene postulato come preesistente per il fatto stesso della pronuncia, mi pare non più sostenibile l’interpretazione del K, che ne fa, ai suoi inizi, un ‘Fallrecht’”. Sin embargo, preexistencia no implica ni impide la formalización creadora.

41 Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 214.

decidían un caso concreto y ofrecían una solución para cada problema, siendo, las reglas un producto posterior de la casuística⁴². Se trataría, de este modo, de un pensar según casos.⁴³ En consecuencia, habría que distinguir entre la casuística que nos informa acerca de qué regla se aplica -lo que se hace actualmente- y la casuística como vehículo que auxilia en la interpretación. La casuística entendida como concretización del contenido de normas legales o consuetudinarias con la ayuda de casos jurídicos, no sería una característica exclusiva del derecho romano ni del anglosajón, porque se da, también, en los ordenamientos codificados modernos.

Pero aún siendo acertadas tales consideraciones, en cuanto vienen a señalar la aproximación que se da entre los sistemas abiertos y los cerrados o continentales, lo es igualmente, que el casuismo incluso admitiendo que sea mera concretización del contenido de las normas- tiene principal presencia en el derecho romano por la cantidad y calidad de su realización. La opinión de Radbruch resulta esclarecedora en esta cuestión; este autor, reduciendo a tipos ideales las grandes culturas jurídicas, encuentra en el derecho romano el más digno representante de una de ellas. Caracteriza al derecho romano por su modo casuístico de formarse y considera que el grandioso discurrir de la Jurisprudencia romana se basa en la naturaleza de las cosas, en el examen y la solución de casos concretos⁴⁴.

Radbruch resalta la cautela de los romanos contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Entiende que los romanos no derivan el derecho de la regla sino la regla del derecho (no *ius ex regula*, sino *regula ex iure*). Ve en los pueblos anglosajones, la prevalencia del espíritu jurídico basado en la naturaleza de las cosas y análogo al de la Jurisprudencia de la antigua Roma⁴⁵. En uno, el romano, y otro, el inglés, la creación del Derecho debe resistir inmediatamente la prueba y la responsabilidad de la aplicación práctica al caso real de que se trata⁴⁶. No puede ser compartida, por todo ello, la postura de Giaro de desmontar la pretendida originalidad del casuismo romano y anglosajón sobre la base de un cuestionamiento, por demás discutible, de alguno de los ejemplos señalados por Kaser⁴⁷.

Intuición jurídica

En el método de elaboración casuística del derecho Kaser atribuye una notable importancia a la intuición, apoyada en la experiencia y el sentimiento objetivo -*sensus*

42 En el mismo sentido, Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln - Versuch einer Typologie* (Köln-Wien 1970) p.143 ss., se refiere a unas "kasuistische Regeln", que asumen frecuentemente forma hipotética y de concisos axiomas condicionales -así aparecen en los *Pithana* de Labeón. Pero, mientras la casuística resuelve un sólo caso, las *regulae* tienen carácter de generalidad. Sobre la formulación de las *regulae*, Reinoso Barbero, *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987) p. 33.

43 Fernández Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano* (Santiago 1976) p.54.

44 Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho 4* (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.66.

45 Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho 4* (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.67. Un desarrollo más completo en Radbruch, *Geist des englischen Rechts*(1946) p.43 ss., donde se precisa lo más propio del Case-law: el apoyo que el juez continental tiene en la ley, lo encuentra el juez anglosajón en anteriores y singulares decisiones de un tribunal de justicia superior.

46 En estos términos, Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho 4* (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.72.

47 Giaro toma un texto clásico, D. 24, 1, 3, 12, que como un claro ejemplo del pensamiento casuístico de los juristas romanos, había sido citado por Kaser, *Durchgangserwerb* (Neufassung), en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln 1986) p.295: "ein schönes Beispiel für das fallrechtliche Denken der römischen Juristen". Para Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 232, Celso no piensa en una teoría de la delegación en el mencionado texto, sino en limitar el ámbito de eficacia de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Por el contrario, Kaser habría visto en el fragmento, una ficticia solución analógica como ejemplo de pensamiento casuístico creador

*juridicus*⁴⁸, a la hora de encontrar la solución del caso. Sin negar la importancia de la lógica, Kaser afirma el papel que la intuición desempeña en el proceso deductivo: entre las premisas y la conclusión, al igual que entre el caso y la norma, se necesita de la intuición⁴⁹.

En tales afirmaciones, se envuelve una verdadera tesis gnoseológica: al lado de la razón existe la vida del derecho y en Roma éste envuelve de tal manera la vida del ciudadano, que el conocimiento del derecho por esos ciudadanos que son los juristas es un conocimiento desde dentro, es decir, vivencia del *ius*. Al basarse los juristas en la intuición como conocimiento inmediato de lo vivido⁵⁰, de lo experiencial, encontrarían difícil el justificar sus aprehensiones ante los demás si no viniese en su ayuda la *auctoritas*⁵¹. Tal intuición, se diferencia tanto de la mera y simple razón abstracta como de la pura sensibilidad, y constituye un modo de conocimiento autónomo, capaz de producir una aprehensión total y exacta de la realidad controversa; sobre esa base, se asientan las ajustadas respuestas de los juristas a las consultas a ellos dirigidas.

Al ser el *ius* algo intuitivamente determinado, pudo originalmente expresarse en forma de imágenes, para ser posteriormente conceptualizado e institucionalizado⁵². En las fases primeras del desarrollo jurídico, el derecho habría utilizado los símbolos, bien que en su forma romana estos fuesen sencillos y sobrios en coherencia con el carácter del pueblo romano, que se adornaba de tales cualidades⁵³.

Actualmente están superados ya los excesos racionalistas, que operaron a partir del iluminismo del siglo XVIII como verdaderos prejuicios contra todo lo que supusiese en la cultura de un pueblo símbolo o imagen. Desvalorizaban cualquier producción del espíritu humano, ya individual o colectivo, que no encontrase su origen en el metódico laboreo de la razón. En este sentido, la solución para el derecho romano hubo de venir por el sometimiento a los esquemas del sistema⁵⁴, pese a que habría de suponer,

48 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p. 57.

49 Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. por Eugenio Imaz [de *Einleitung in die Geisteswissenschaften*] para el Fondo de Cultura Económica, Mexico 1944) p.86, confiaba a la intuición el delimitar de modo indiliberado lo que sea país, pueblo, estado.

50 Buscando el paralelo, podría compararse con lo que Wilhelm Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (1833), entiende que es la meta de estas ciencias (*Geisteswissenschaften*), al concluir que deben buscar la aprehensión de lo singular y lo total, y que tal aprehensión se obtiene solamente en la experiencia vital (*Erlebnis*) y nunca como teoría. También, podría apreciarse el paralelismo entre la sensibilidad simpática (*Mitempfung*) que exige del historiador y el sentimiento jurídico que exigimos del jurista.

51 Señala Díez Picazo al comentar el “*respondi, posse*” de Alfeno en D. 9, 1, 5, que la decisión está fundada en un parecer autorizado, aunque no autoritario. Autorizado porque el jurista goza de autoridad y merece respeto y acatamiento. Y aunque las razones de la decisión no se encuentran manifiestas, coinciden de algún modo con lo que el grupo social considera como aceptable y una rotura de creencias que profesa. Díez Picazo, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (Barcelona 1973) p. 21 ss.

52 En este orden, señaló Bergson, *L'intuition philosophique* (1911), que lo que nos es dado intuitivamente puede ser expresado por imágenes o conceptos

53 Hinojosa, *Poesía y Derecho* (Discurso leído con ocasión de su ingreso en la Real Academia Española el 6 de marzo de 1904)[= Obras III, Estudios de Síntesis (Madrid 1974) p.433 ss.], apunta que “*en el Derecho romano la poesía tuvo muy escasa importancia, y se ve, desde luego, que aquel pueblo no amaba ni sentía el arte*” y el único símbolo que ve con verdadera importancia y propio del Derecho romano es “*la compra figurada por la balanza y el pedazo de cobre, que representaban los dos elementos del acto.....se aplicó durante mucho tiempo a casi todos los actos jurídicos importantes*”.

54 Pensemos en Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*(1839)[trad. esp. de Jacinto Mesía y Manuel Polay, Profesores de Derecho Romano en la Institución Libre de Enseñanza, como *Sistema del Derecho Romano Actual* (Madrid sf.). En relación con esta obra, señala Landberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III.2 (München Berlin 1910) p. 231, que sería una rotura de Savigny, liberadora de la cadena que su propio programa le imponía. En el *System* de Savigny “*le fonti romane vengono selezionate intenzionalmente secondo il loro posto e il loro ruolo nel sistema. In realtà tutta l'opera è concepita...in vista della costruzione di una teoria generale del diritto che si sostituisca al Giusnaturalismo e sia capace al tempo stesso di costituire una «filosofía del diritto positivo»*», Wieacker, *Storia del Diritto Privato Moderno* II (Milano 1980) p. 76.

así, la ocultación de su característica más propia: el asistemático casuismo, y con ello, la renuncia a una tal riqueza cultural.

La intuición, al tomar la solución jurídica desde dentro de la propia relación jurídica real, produce una certidumbre y adecuación, es decir, seguridad jurídica mayor que cualquier otra forma del pensar jurídico. Tal solución se muestra al jurista como evidente a consecuencia del hábito trabajosa y personalmente adquirido y de la tradición acumulada por sus antecesores⁵⁵.

Conocimiento por familiaridad

Sería, pues, el conocimiento del jurista un conocimiento por familiaridad. El jurista no explica ni deduce nada, pues todo está a la vista para él y, simplemente, opera distinguiendo lo esencial entre la multiplicidad de datos que visten al supuesto en cuestión.

La tradición

La tradición fue ya debidamente subrayada como principio del derecho romano por Schulz, quien la entendió como una gran potencia en la vida romana⁵⁶. La vida jurídica romana se nos muestra como una evolución sin intervenciones radicales y tendente a conservar las soluciones jurídicas, que el paso del tiempo ha convertido en instituciones. El derecho pierde su vigencia más por caer en desuso al no aplicarlo que por haber sido abrogado. Esa tradición entiende afirmada la verdad jurídica a aplicar al caso por la persistencia en el tiempo histórico de la solución propuesta. El le da el sentido de pertenencia al ordenamiento jurídico-social, y ese sentido se hace vigente en cada nueva aplicación.

Qué implique de irracionalismo y de limitación el sentido romano de la tradición, es, sin duda, una pregunta que debe plantearse aunque sólo sea a modo de retórica anticipación, pues suele afirmarse, objetando, que el peso de la tradición, del precedente, lastra la posibilidad de nuevas soluciones⁵⁷.

Realismo jurídico

El lema por el derecho a la justicia parece haber estado asentado firmemente en las convicciones más profundas de los juristas. Entienden que aquél realiza mejor ésta cuanto más próximo esté su origen a la sociedad en que ha de ser aplicado. Y puestos a confiar, mejor lo hacen en el jurista ante el caso concreto y real que en el legislador, general y abstracto.

La exclusión por parte de los juristas del recurso a la consideración causal y al procedimiento de la abstracción, no impide, sino que facilita, el que lleven a cabo interpretaciones plenas de sentido y de concreción. No es, por tanto, su operar más irracional que el del legislador que prevé soluciones abstractas.

55 Para Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (discurso de investidura como *Dr. hon. causa* Barcelona 1991) p.35, por intuición no ha de entenderse una relación irracional con el «espíritu» del ordenamiento jurídico, sino, de manera más sobria, la comprensión o abreviación de los pasos del proceso de decisión, mediante un «aprendizaje», a lo largo de toda una vida, del decidir y de la *disputatio fori*.

56 Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.107 ss.

57 En sentido similar, señala Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. por Garzón Valdes de *Einführung in das juristische Denken*, Madrid 1967) p.224, que el juez inglés pocas veces se coloca por encima de una sentencia anterior por ser evidentemente irracional.

El jurista romano se nos presenta tratando de comprender la plenitud de la vida, que en cada caso se pone de manifiesto; en consecuencia, cuestionarse la racionalidad de su proceder sería como cuestionarse la menor racionalidad de la poesía frente a otros modos de captar la realidad⁵⁸.

Es perfectamente posible, por otra parte, afirmar el carácter lógico de la creación casuística del derecho, acudiendo a las leyes de la teleología. Así el fin próximo de la justicia material para las partes, así como la sencillez y la economía de recursos⁵⁹, se hacen prevalecer frente a otros más remotos y a los cuales un juez privado y un proceso privado prestan menos atención⁶⁰. Y todo ello se informa, lo que presta una fundamentación racional más, de ideas ético-jurídicas de justicia y de equidad. Tales fines fueron conseguidos por los juristas, en tan grande medida, que constituyen claves interpretativas de sus textos a la hora de investigar en derecho romano y verdaderos presupuestos de la comprensión del mismo.

Irracionalismo y “auctoritas”

Si examinamos la cuestión de la *auctoritas* y su validez como justificadora de la solución propuesta al caso por el jurista⁶¹, podremos llegar a conclusiones sorprendentes. Así, no tendría mayores dosis de irracionalismo que otras pretendidas y admitidas fundamentaciones del derecho, y reuniría los requisitos de una justificación rigurosa, en mayor medida que los reúne la justificación por el poder⁶².

La *auctoritas*, sin entrar ahora en la discusión de su diferencia con la potestad, es ciertamente también un poder al que se añadirían, además, otros elementos positivos de legitimidad y aceptación. La experiencia positiva de la capacidad de discernimiento y competencia normativa de los juristas hace que se reconozca la *auctoritas* como un valor. Y en su relación íntima con el significado de sabiduría tradicional, encuentra todavía ejemplos actuales, perfectamente válidos, como los del parlamento británico⁶³.

Por el contrario, hemos de admitir el límite -aunque no necesariamente de signo negativo- que la tradición supuso para la individualidad científica de los juristas. En la

58 Esta misma relación fue utilizada por Roscher para combatir la irracionalidad de la historia, así lo leemos en Max Weber, *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales* (trad. por García Blanco de los ensayos de Weber, *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie, y Die Grenznutzlehre und das 'psychophysische Grundgesetz'*, Madrid 1985) p. 22.

59 Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.90, señala que “es, en efecto, un principio romano, el de la unidad como opuesto al de la multiplicidad y al del amor por la variedad; el de la sencillez como opuesto al de la complicación”.

60 Es interesante tener en cuenta la opinión que a Kelsen le merecía el derecho romano. Señala que la “Teoría pura” rehúsa adoptar, con relación al derecho, “la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos.”, Kelsen, *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho* (Buenos Aires 1977) [trad. por Nilve sobre la edición francesa de 1953] p. 133.

61 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.55. Kaser entiende que para los juristas clásicos es más importante que los argumentos de fondo, la opinión de los juristas antiguos. Lo que había sido ya señalado por Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p. 206, es una observación correcta que “la autoridad toma el puesto de la motivación”.

62 Para el tema del por qué obliga el derecho, vid. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas* (trad. por Fernández Galiano de *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme*, Madrid 1987).

63 En el mismo sentido, Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas* (trad. por Fernández Galiano de *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme*, Madrid 1987) p. 52 ss.

vida social se valora más la seguridad del derecho, que la genialidad de sus creadores⁶⁴. De ellos se dijo⁶⁵ que su talla se basaba precisamente en la posesión de los principios rectores del derecho; era su proceder de tal seguridad como no se encuentra en otra parte, fuera de las matemáticas. Y sin exagerar, podía decirse que calculaban con sus conceptos.

Estamento de juristas

La Jurisprudencia romana sería, pues, una gran obra colectiva; realizada por juristas que poseían un mismo método, aunque utilizado con desigual perfección según la propia y diferente capacidad de cada jurista⁶⁶, algo de lo que sería ya consciente Justiniano y consecuente al ordenar su conservación en forma de Digesto.

Por lo que se refiere al peso y límites impuestos por la tradición al jurista, no parece que la hayan entendido como un repertorio único e incuestionado de opiniones, aunque jurídicas⁶⁷; y así, si es apreciable la tendencia, por lo demás general en los romanos, de aferrarse a lo tradicional, también es cierto, que no quedaban atados por ella cuando ya lo tradicional no se correspondía con las nuevas condiciones de la realidad social.

El desarrollo del derecho se muestra paulatino y coherente. Engarza lo nuevo en la forma antigua, de la que toma firmeza y le da perfección. Así, logran los pretores dar equivalencia jurídica en el efecto a dos supuestos de hecho distintos con la *factio*, que les permite soslayar los obstáculos a la aplicación de una norma al diferenciar la realidad jurídica de la realidad material⁶⁸. Asimilan y equiparan los juristas las consecuencias de casos similares utilizando la analogía⁶⁹ y la interpretación extensiva de soluciones ya alcanzadas⁷⁰. Se simulan ciertos actos jurídicos, buscando el convertir los efectos secundarios en principales, o bien se utiliza el acto simbólico, llenándolo con nuevas significaciones jurídicas.

64 El individualismo del siglo XIX entendió como un defecto de la jurisprudencia romana esta ausencia de individualidades y habría pretendido disculpar tal carencia, así Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.130.

65 Fue Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), en la selección realizada por Stern y con traducción castellana de Díaz García : *Thibaut y Savigny, La Codificación* (Madrid 1970) p. 69 ss.

66 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p. 73, donde el jurista se presenta como vinculado a un estamento que se guía por fuertes principios de clase. Kaser estaría en este punto en la órbita del pensamiento de Schulz y en contra de la historia jurídica biográfica, que Mitteis propuso en su conocido discurso de 1917 (publicado en italiano en *Annali Palermo* 12(1929) 492 ss.

67 En este sentido entiende la tradición, Ortega y Gasset, *Origen y epílogo de la filosofía* (Col. Austral, Madrid 1980) p.110. No evitaremos a Ortega, pese a Guarino, *Giusromanistica elementare* (Napoli 1989) p.334,- por lo demás autor admirable- y preferimos citarle como hacen otros ilustres romanistas, así Juan Miquel, *El problema de la sucesión de Augusto* (Madrid 1969) p.11.

68García Garrido, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en AHDE 27-28(1957-58) 305ss. Acusa este autor las imprecisiones en que incurre la doctrina a la hora de determinar qué sea ficción. Utilizan un concepto amplio que le confunde con asimilaciones o equiparaciones de base extensiva o analógica. Precisa el concepto de ficción con tres caracteres esenciales: 1) Corrección de una realidad jurídica concreta; 2) operada por el juez; 3) impuesta en vía de imperio o autoridad.

69 Reinoso Barbero, *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987) p. 43, refiere ejemplos de la utilización por los juristas de este recurso técnico, que a su entender, constituye uno de los instrumentos técnicos primordiales en el proceso de elaboración y desarrollo del derecho romano.

70 Así serían para García Garrido, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en AHDE 27-28(1957-58) 321ss., verdaderas equiparaciones jurisprudenciales, y no ficciones pretorias, los casos en que Labeón y Juliano propiciaban la concesión al marido de una acción contra la mujer *ac si ipsa dotem dixisset*, cuando muerto el deudor que prometió la dote dejó heredera a la mujer (D.23,3,41,4).

Jurista romano y juez inglés

Es necesario también precisar la pretendida relación y comparación entre el casuismo romano y el anglosajón, asociados de modo, casi natural, tanto en la investigación como en la docencia⁷¹. Sin duda, la búsqueda de actualidad para el derecho romano, genera tales imprecisas comparaciones⁷², presuntamente motivadoras de un mayor interés para su estudio y enseñanza.

Tal comparación⁷³ ha de analizarse desde el contraste con el carácter afirmadamente nacional romano de su casuismo. También desde las propias y particulares circunstancias que rodearon a los juristas y su mundo, permitiendo ésa, tal vez irreproducible, obra romana, sobre todo si, como es frecuente, se resalta lo romano de su derecho, negando o limitando influencias externas⁷⁴, que permitirían, en otro caso, buscar orígenes más remotos y comunes.

Nacionalismo jurídico

Ya Savigny veía un espíritu popular romano como diferencial creador de toda una serie peculiar de realidades como el derecho⁷⁵; espíritu que habría encontrado genial explicitador en la figura del jurista republicano y sus continuadores del Imperio. Hasta qué punto entonces, tal derecho puede encontrar aplicación en ámbitos diferentes, y hasta qué punto ser su método aprendible y ejecutable por juristas de menor envergadura o en circunstancias diferentes.

Son cuestiones a las que sólo puede hacerse aquí una breve referencia, sin pretender solucionarlas. Ante todo, es preciso analizar lo nacional del derecho romano, pues el sentimiento nacional romano fue un factor constructivo del derecho romano, como señala y justifica Schulz⁷⁶.

Aparece unido el derecho a la condición de ser ciudadano romano, lo que implica la conciencia de una misión particular en la Historia, afirmada en el contraste con Grecia por el reconocimiento de la superioridad militar y la posesión de un especial espíritu práctico. Así, frente a la escultura la arquitectura, y frente al filosofar la Jurisprudencia, expresan sus señas de identidad.

71 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.72 ss., donde después de señalar la coincidencia en el carácter casuístico con el Derecho anglosajón, resalta las diferencias entre el casuismo de jurista y el casuismo judicial, incluso en su modo de expresarse literariamente.

72 Compárese lo afirmado por Radbruch, *El espíritu del derecho inglés* (trad. de Fernando Vela, Madrid 1958) p.31 en el sentido de que el juez inglés está como personalidad singular ante la opinión pública, con el carácter de obra colectiva de la jurisprudencia romana. Por el contrario coincide aquello que señala la Radbruch de que la "autoridad del jurista inglés tiene a menudo más valor que su argumentación".

73 Para tal comparación deberá tenerse en cuenta la obra de Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976), según esta autora, p. 140, la comunidad de los sistemas romano y anglosajón estaría en los presupuestos derivados de un común carácter de todos los sistemas jurisprudenciales.

74 Reinoso Barbero, *La autonomía de la jurisprudencia frente al pensamiento filosófico griego*, en Est. Homenaje al prof. Iglesias II (Madrid 1988) p. 1021 ss.; para Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (discurso de investidura como *Dr. hon. causa* Barcelona 1991) p. 30, "no hay que infravalorar lo que la Teoría de la Ciencia helenística aportó, desde la República tardía, al ejercicio intelectual de los juristas. Pero ello no nos convencerá de que esta aportación transformó de raíz la tradición de la producción jurídica desde los días de la jurisprudencia pontifical".

75 El derecho debe estudiarlo el investigador en su "existencialidad" pues es expresión parcial de una más amplia totalidad histórica, en la que de múltiples fuerzas brota la que podemos llamar "alma de una comunidad", vid. De Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954) p.19.

76 Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.142.

Al cuestionarse las posibles influencias sobre el derecho romano, es necesario actuar con cautela y huir del tratamiento unitario de tan problemática cuestión. Es tan largo el período, *aevi spatium*, que abarca la historia de Roma, que deben distinguirse distintos momentos en las posibles influencias⁷⁷; por otro lado, hay que distinguir distintos sectores dentro de esa unidad totalizadora que llamamos derecho romano⁷⁸, pues cada rama del derecho, -y aún cada institución-, habría evolucionado con un ritmo propio y han de evitarse falsas sincronizaciones⁷⁹. Deberá precisarse, también, lo que sea verdadera influencia frente a las situaciones de mera semejanza o paralelismo, que pueden no objetar en nada el carácter nacional de una solución o evolución jurídica, por obedecer a leyes inherentes al natural progresar jurídico de los pueblos. No toda coincidencia ha de implicar necesariamente influjo⁸⁰.

Si lo nacional se manifiesta en el derecho, esto es particularmente cierto en cuanto el derecho usa en su creación y aplicación la lengua nacional. La conocida relación entre juristas y lingüistas⁸¹, tiene especial interés para el investigador del derecho romano; éste se contiene en el noble molde de una lengua, el latín, que para el romanista constituye la forma en que se presentan contruidos los componentes terminológicos y conceptuales de las instituciones jurídicas, y en consecuencia el conocimiento filológico de las mismas resulta imprescindible para la comprensión de los verdaderos contenidos jurídicos⁸².

La lengua de los juristas es técnica y científica⁸³. Se orientan por el canon de la sencillez. En la búsqueda de la concisión y la claridad, pretenden obtener la certeza. Y

77 Tomando en consideración las investigaciones realizadas tras el estudio de Stroux, *Summun ius summa iniuria* (1926), señala Fernández Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano* (Santiago 1976) p.51, que el problema de las relaciones entre la retórica y la Jurisprudencia “dista mucho de haber sido resuelto en el sentido de la apreciación de tal influencia, pero tampoco puede excluirse radicalmente, al menos desde el punto de vista cultural”.

78 Téngase en cuenta que como señalara Juan Miquel, la propia expresión “Derecho romano” presenta dificultades por la pluralidad de significados que encierra. Intenta la romanística precisar el sentido mediante adjetivos que le refieran a épocas y procesos históricos concretos: Derecho romano arcaico, medieval, común. Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano* (Esplugues de Llobregat 1982) p. 103.

79 Así crisis -como la del crecimiento geográfico después de la victoria de Roma sobre Cartago-, motivan importantes cambios constitucionales y políticos, mientras influyen en escasa medida sobre el derecho privado. De Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954) p. 12, sitúa en las “Premisas” de su síntesis consideraciones de este tenor.

80 La relación entre pueblos unidos por estrecho parentesco -Grecia y Roma- podía producir espontáneamente instituciones jurídicas similares. En este sentido, Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p. 148 ss., para quien el final de la República sería más receptivo frente a lo extranjero, que el nacionalista Principado de Augusto. Para la idea nacionalista en Augusto, puede verse Juan Miquel, *El problema de la sucesión de Augusto* (Madrid 1969) p.47 ss., trabajo que permite lecturas en clave de actualidad reciente.

81 Si bien es cuestionada por Ihering, *La lucha por el derecho* (trad. por Adolfo Posada, Madrid 1976) p.52, “es preciso rectificar resueltamente el paralelo tan ligera y tan generalmente admitido, que Savigny ha establecido, entre el derecho de una parte, y el lenguaje y el arte de la otra”.

82 Debe tenerse en cuenta que así como actualmente la civilización descansa sobre la cultura de la imagen, “la civilisation antique reposait sur la parole, et c’est par la parole écrite que son message est, principalement, parvenu jusqu’à nous”, Grimal, *Guide de l’étudiant latiniste* (Paris 1971) p.10. Kaser que ha dado preferencia siempre al fondo sobre la forma, admite, sin embargo, las ayudas que la filología puede prestar al romanista, así en “*Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*” [=*Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) p. 129]. Una mayor vinculación del derecho romano a la filología parece propugnar A. d’ORS, *Filología y Derecho Romano*, en *Actas II Congreso Español de Est. Clásicos* (1964) [= *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid 1980) p. 181 ss.].

83 Levy-Bruhl, *Le Latin et le droit romain*, en REL 2(1924). Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968) [trad. ital. por Nocera de la *History of Roman Legal Science* (Oxford 1953), tuvo en cuenta la nueva edición alemana de 1961] p.177, “gli scritti dei giuristi formano un *genus* speciale dal punto di vista linguistico...È un latino elegante, romano autentico, serio, rapido, corretto e puro”.

si bien son conocidos rasgos personales⁸⁴, pueden deliniarse mejor grandes tendencias en las que, en mayor o más corta medida, vienen a coincidir todos. Huyen de los modismos modernizantes al igual que del arcaísmo filológico⁸⁵. Se hace presente, sin embargo, la tendencia conservadora en el lenguaje que viene a unirse y relacionarse con ese sentido de tradición propio del jurista romano. La cita, por demás frecuente, de cláusulas edictales y de pareceres jurisprudenciales anteriores, plantea el problema de su introducción en el propio discurso del jurista.

La aproximación crítica a la obra de Kaser hasta aquí realizada y el contraste con las posiciones de otros autores permite una toma de postura sobre la concepción del derecho romano que mejor parece adecuarse a su realidad histórica y también a su decisiva contribución a la formación de la concepción del derecho en la cultura jurídica europea. Tal concepción alcanza también a la concepción del jurista y de su posición en relación con el derecho, lo que se proyecta tanto en el modo de enfocar la investigación romanística y la docencia del derecho romano como en la comprensión general del mismo, que debe tomar como punto de referencia el método de los juristas clásicos.

84 Y en algún caso polémicos. Así, es conocida la discusión a propósito de la presencia de hebraísmos en los textos de Ulpiano. Ya iniciada por Antonio Agustín, sería resuelta finalmente y en sentido negativo por Volterra, *Antiche ricerche sul latino di Ulpiano*, en SDHI (1937) 158. Sobre el tema vid. Hernández Tejero, *Reglas de Ulpiano* (Madrid 1946) p. XVI.

85 Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p. 103 ss., pone *humanitas* como ejemplo de palabra que estaría de moda en tiempos de Cicerón y que los clásicos evitarían. Sobre el uso del término *humanitas* en el sentido de correctivo de una interpretación rigurosa del Derecho, cfr. Hernández-Tejero, *El pensamiento jurídico en Cicerón: De officiis*, en RUCM. XV(MADRID 1971) 9 ss.