

# SINGULARIDAD INTELECTUAL DEL JURISTA Y COSMOS CASUÍSTICO EN EL ESTUDIO ACTUAL DEL DERECHO ROMANO\*

ÁLVARO D'ORS  
Universidad de Navarra

*En homenaje jubilar al Prof. J.L. Murga*

Desde hace ya algunos años, la romanística viene insistiendo en la conveniencia de no limitarse a un estudio de normas extraídas de textos fragmentarios, como son los de la antología bizantina que es el Digesto, de escritos de juristas cuya personalidad singular queda en la oscuridad, bajo la sombra de la autoridad imperial de Justiniano, a modo de “personas fungibles”, sino de tratar, por el contrario, de captar la singularidad de cada jurista, y de cada una de sus obras. En este sentido, después del gran avance que supuso la presentación de estas obras en la *Palingenesia* leneliana, hizo falta una investigación biográfica, propiamente prosopográfica, que, en la actualidad, salvo aparición de nuevos datos (que siempre pueden aparecer, sobre todo epigráficos), debe considerarse agotada. Vino luego un estudio especial para la identificación de los distintos géneros literarios de la jurisprudencia romana, del que pueden derivarse miramientos siempre útiles para la mejor interpretación de los textos; en el sentido, por ejemplo, de saber distinguir un repertorio de *quaestiones*, otro de *responsa*, un comentario *ad edictum*, las *institutiones*, etc. Pero más recientemente, viene a exigirse una nueva indagación de la personalidad intelectual de cada jurista, teniendo en cuenta, no sólo las circunstancias históricas de su vida, sino también su particular posición social, su educación y cosmovisión filosófica. Programáticas en esta dirección son las páginas (pp. 97-105) de Franco Casavola en su excelente libro *Giuristi Adrianei*, (1980). Buena parte de la bibliografía romanística de estos últimos años viene orientándose en ese sentido de un estudio individualizado de la mentalidad singular de cada jurista. Puede apreciarse en ella una clara

---

\* Esta contribución dedicada a nuestro colega el Profesor José Luis Murga, figura destacada de la romanística española de nuestros días, viene a insertarse en una serie de ensayos sobre metodología histórico-jurídica, que me permito reseñar aquí (excluyendo los más estrictamente romanísticos) para mayor facilidad de los lectores de esta revista: “El objeto propio de la Historia” (1967), en *Sistema de las Ciencias*, III; *El problema de la Historia Económica* (1973), *ibid.*; *Sobre historiografía jurídica*, en *AHDE*, 1977; “Sobre las asignaturas histórico-jurídicas del primer curso de Derecho”, en *AHDE* (1978); “Notas para el estudio del acueducto forzoso”, en *Homenaje a A. Otero*, (1971); “La incidencia institucional en la Historia de textos jurídicos”, en *Prudentia iuris* (Buenos Aires, 1983); “Objetividad y Verdad en Historia”, en *Verbo* 223-224 (1984); “Para una Metahistoria jurídica”, en *Verbo* 253-254 (1987); “Homóclisis. Congruencia y tiempo histórica”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15 (1989).

reacción contra la idea de aislamiento –“Isolierung”– de Fritz Schulz (en sus *Prinzipien*, de 1934, pero todavía presente en su *History*, de 1946), como explica Aldo Schiavone en su interesante libro *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana* (1987), donde la caracterización de los juristas es, sin embargo, más generacional que singular.

No puede el romanista de hoy permanecer indiferentes ante esos nuevos requerimientos. Se trata, en el fondo, de refinar los métodos de investigación histórico-jurídica; en último término, una versión modernizada de lo que supuso el *mos Gallicus* frente al *mos Italicus*. Aunque con variaciones coyunturales, se trata siempre del dilema que se presenta al romanista entre Historia y Derecho: entre una actitud historicista en el estudio de las fuentes y otra propiamente jurídica de construcción de un sistema práctico, aunque no sea vigente, de soluciones casuísticas. Este mismo dilema se nos ha presentado, en cierto modo, en las universidades españolas de hoy, al tener que optar, a efectos de la configuración departamental, por asociarse con la “Historia del Derecho” o con el “Derecho civil”; la solución, que ha podido verse condicionada por circunstancias extrañas al puro dilema teórico, ha sido varia, pero me parece especialmente acertada la de la Universidad de Santiago, de formar un “Departamento de Derecho común” integrada por las cátedras de Derecho romano, canónico y civil (aunque con la nueva nomenclatura la del Canónico).

Personalmente, siempre he sido favorable a que no se deje de estudiar en la dirección de esta nueva orientación, que se apoya en el uso de frecuentar las obras jurisprudenciales siguiendo el orden paligenésico. En *Presupuestos críticos* (1943), ya propugnaba yo ese método, al hablar de una “paligenesia crítica”; luego, algunos de mis escritos se han centrado en la posición de determinados juristas sobre problemas concretos. Sigo pensando que esa orientación debe ser siempre estimulada, pero por mi experiencia, creo que los resultados que con tal tipo de investigación pueden ser alcanzados no justifican que se desatienda el propósito de una mejor comprensión del conjunto casuístico en su totalidad, no ya como sistema normativo, sino como un congruente “cosmos casuístico”. Porque no debemos olvidar que, sea cual sea la personalidad de cada autor, hay un orden jurídico muy objetivo, cuya coherencia no depende de una formal unidad normativa, sino de una tradición y libre educación jurídica bastante uniformes. No se trata, pues, de una “Isolierung” de los juristas romanos, como si hubieran sido impermeables a los estímulos de su época, sino de una objetivización real de sus *responsa*, debida a la especialidad temática común, que determina unos límites de interés muy precisos y un estilo literario sin grandes singularidades. No se puede negar que, por ejemplo, hay ciertas diferencias entre el estilo de un “Kronjurist” como Juliano y el más displicente de Celso, o entre el conceptualmente apretado de Papiniano y el más burocrático de Ulpiano, pero estas diferencias no son tan relevantes, y el lector que no está avisado casi no las puede detectar. Por otro lado, cada día parece más claro que las pequeñas diferencias doctrinales entre los llamados “sabinianos” y los “proculianos” no corresponden

a preconceptos ideológicos coherentes, sino a pura fidelidad personal a un diverso magisterio casuístico: el ejemplo de las divergencias en tema de *specificatio* es ya bastante demostrativo, a pesar de los intentos de reconducirlas a ideologías filosóficas distintas. Tampoco los meritorios estudios sobre la lógica de los juristas parecen haber aportado resultados de utilidad. En fin, suponiendo que nos esforzáramos por hacer un derecho romano separadamente para cada jurista, me temo que acabaríamos por pensar que todos dicen lo mismo.

Así, pues, apreciando como se merecen estas investigaciones sobre la personalidad intelectual de cada jurista en el sentido que recomienda Casavola, creemos que, en último término, lo que permite completar progresivamente nuestro conocimiento del derecho romano no es tanto el resultado de esas investigaciones cuanto el mejor ajuste de una causística, sincrónicamente acotada, mediante la crítica textual de las fuentes. De este modo, más que conocer en qué medida un jurista estaba influido por la filosofía estoica o por la aristotélica, o qué idea podía tener sobre la decadencia de la libertad política, o qué pensaba sobre la presión de los derechos helenísticos en la práctica jurídica oriental, nos urge conocer, por ejemplo, cómo utilizaba la *condictio* o la *actio negotiorum gestorum* en casos de enriquecimiento sin causa, qué recurso daba contra los abusos de la jurisdicción pretoria, o cómo distinguía los casos de acciones *in factum* o *praescriptis verbis* en el complejo de los que llegaron a llamarse contratos “innominados”. En este sentido, la misma crítica textual no sirve tanto para recuperar el pensamiento de un jurista concreto cuanto para depurar ese “cosmos casuístico” congruente.

Hay además un riesgo en esta tendencia a destacar las individualidades de los juristas en vez de perfeccionar la trama casuística objetiva, que es el de cierta tendencia a la evasión del estudioso hacia lo más circunstancial y anecdótico, que estimula el afán de originalidad y amenidad del que escribe, incluso hasta un cierto tono de frivolidad, siendo así que el mérito de un jurista, y también del romanista, nunca se ha cifrado en la originalidad amena, sino en una austera pasión por la certeza de lo justo.

Debe añadirse a estas consideraciones quizás teóricas la exigencia académica de orientar el estudio romanístico de los estudiantes en el sentido de la mejor formación práctica de éstos. Puede suceder que el interés científico de un profesor se desvíe algo de esa finalidad formativa, pero la experiencia demuestra que, por lo general, el mejor impulso y estímulo de la posible investigación procede precisamente del esfuerzo de la misma actividad docente, hasta el extremo de que, cuando decae el tono de ésta, esto no puede menos de influir en un deterioro de la investigación. Quizás sea esta la razón de que allí donde no hay docencia romanística, como ocurre en los Estados Unidos de América, tampoco hay investigación romanística, a pesar del alto nivel cultural de aquel país, también en las ciencias de la Antigüedad.

Por cuanto aquí digo, se me ha podido tachar la falta de “sensibilidad histórica”; esto incluso antes de haber publicado la última edición de mis “Ele-

mentos” en doce lecciones estrictamente jurídicas. Comprendo que un historiador del derecho me pueda hacer esta censura, pero yo no sé si no depende todo de cómo se entienda lo de la “sensibilidad histórica”. Tratándose, en derecho romano, de textos de la jurisprudencia, cabe entender que la “sensibilidad histórica” consiste en tomar como objeto de estudio lo que se nos dice sobre los autores, sobre su talante personal y el ambiente social en que vivieron, pero también puede darse tal “sensibilidad histórica” en el esfuerzo por ver las cosas con los mismos ojos que ellos las vieron, y eso es precisamente lo que intentamos hacer cuando tratamos de recomponer ese “cosmo casuístico” al que ellos dedicaron su propio estudio. Esto es lo que creo yo que debe hacer un romanista, como jurista que es, aunque el objeto de su estudio sea un derecho histórico, como lo es, en último término, todo derecho. Como jurista, a diferencia de lo que sucede con un puro historiador, no puede detenerse ante el vacío de las fuentes, sino que debe encontrar en cada caso imaginable la solución que el jurista romano hubiera podido dar, y probablemente dio, aunque no se conserve rastro escrito de tal solución. El horror al vacío, que puede dejar indiferente al historiador, es algo que el jurista no tolera, y el romanista, aunque sea consciente de la historicidad especial de su estudio, no puede dejar de ser jurista; esa es su misión en el complejo cultural de nuestros días.