

ESQUEMAS METODOLOGICOS EN ORDEN A LA INVESTIGACION DEL DERECHO ROMANO

- I) Supuestos metodológicos.
- II) El método especial investigativo.
 - 1º) Método crítico: El problema de las interpolaciones.
 - 2º) Método comparativo.
 - 3º) Método naturalístico.
 - 4º) Método sociológico.
 - 5º) Método dogmático.



I

METODO DE INVESTIGACION

Es de un interés trascendente, en la consideración y el estudio de cualquier disciplina científica, la elección de un método idóneo; tanto que tal vez de su inteligente empleo dependa en mucho incluso el destino científico de la misma.

Siempre se ha comprendido así por los estudiosos del Derecho, y he aquí que la que pudiéramos denominar “preocupación metódica o metodológica” representa un estado general de espíritu entre los investigadores de la ciencia del derecho (sobre todo a partir de los últimos años del siglo XVIII) llegándose en la actualidad a una época en que el problema en sí adquiere una categoría y una relevancia de excepción (1), tanto que un eminente hipotecarista —D. Jerónimo González

(1) El estudio sobre Metodología se inicia por THIBAUT (“Teoría de la interpretación lógica del Derecho Romano”, 1799) en el campo del Derecho Romano siendo continuado, entre otros, por SAVIGNY el cual, como sabemos, subordina la interpretación de la ley al examen de los cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. A continuación IHERING abrió el camino de la jurisprudencia conceptual, y WINDSCHEID imprime un vigoroso impulso a las construcciones técnicas, cuya finalidad es reducir una relación jurídica a sus conceptos fundamentales. Desde este momento la investigación metodológica supera los límites de la mera interpretación, como ocurría antes.

Sobre los problemas metodológicos, en relación al Derecho en general y especialmente al Romano: GORLA: “Interpretazione del diritto”, 1914. - PUGLIESE: “Diritto romano e scienza del diritto”. Annali. Univ. Macerata, 1942. - BETTI: “Metodica e didattica del diritto secondo E. ZITELMANN”. Rivista Filosofia del Diritto, 1928, p. 49 y ss. - BETTI: “Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane”. Bull. Ist. Diritto Rom. 1925. p. 225 y ss. - BETTI: “Diritto romano e dommatica odierna”. Arch. giur. 1929. - BIONDI: “Prospettive romanistiche”. Milano, 1933. - CHIAZZESE: “Nuovi orientamenti nella Storia del Diritto romano”. Arch. giur., 1930, p. 87 ss. - DI SARLO: “Indirizzi, metodi e tendenze della moderna scienza del

(2)— no dudaba en confesar, de acuerdo con Baumgarten, “que nuestra época es la metódica por excelencia”.

Pues bien; destacada así la importancia del problema, tenemos que abordar en primer término la cuestión de términos. ¿Qué entendemos etimológicamente por método? Ello nos lleva, desde luego, a otras consideraciones más hondas: las filosóficas. Vamos a verlo en seguida.

Método equivale ante todo a camino, de acuerdo con su raíz griega. Es el camino (odos) que nos lleva al fin (meta) de la ciencia, y por ello refleja gráficamente la idea de cierto itinerario de la mente hacia la objetiva verdad de las cosas, hacia un fin que intencionadamente nos proponemos.

Raimundo Lulio hablaba ya de un “ars inveniendi veritatem”, siendo así que en todo caso nos hallamos —como dice Goblot (3)— ante un modo razonado de conducir el pensamiento para llegar a un resultado que no puede ser otro que el descubrimiento de la verdad.

Hace referencias, por ello, a cierta orientación empleada en la penetración de un objeto cualquiera hasta hacernos dueños de él (4), y como esto es precisamente el conocer, se desprende de aquí que la cuestión de su etimología —conforme indicábamos ya— nos conduce inmediatamente a consideraciones de orden filosófico. “Camino para conseguir un saber teórico o para convertir en realidad práctica a la teo-

Diritto romano”. Arch. giur. 1934, pág. 94 y ss. - FISCHER: “Ziel und Methode des rechtsgeschichtl. Unterrichts”. (Fin y método de la enseñanza histórica del derecho). Trad. en Rev. General de Legis. y Jurisp. Madrid, 1909. - LANDUCCI: “Il Diritto romano, le nuove fonti, il metodo d'insegnamento”. Arch. giur. 1931. pág. 3 ss. - LEVY: “Pandettistica, Dommatica odierna e Filosofia del diritto”. Riv. Inter. Filosof. del Dir. 1930. - ALBERTARIO: “La scienza del Diritto romano e suoi recenti studi”. Camerino, 1914. - BAVIERA: “Importanza odierna del Diritto romano: metodi e problemi”. Módena, 1921. - DE FRANCISCI: “Dommatica e storia nell'educazione giuridica”. Riv. Int. Filosofia del diritto. 1923. - DE FRANCISCI: “Questioni di metodo”. Studi Riccobono, 1931. - WESTRUP: “Alcune osseveazioni circa le fonti e metodi dell'investigazione del primo Diritto romano”. Riv. Int. Filosof. del diritto. 1937. Al hablar en particular de cada una de las especies de método indicaremos la oportuna bibliografía consultada. - Por lo que atañe a los autores españoles, cfr. también U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. pág. 275 ss. y D'ORS: “Presupuestos...” cit. pág. 27 y ss.

(2) “Métodos”. Rev. Crit. Derecho inmov. Madrid. 1930. pág. 599.

(3) “Le vocabulaire philosophique”. 5ª edic. 1920.

(4) BONET: “El método en el estudio y la enseñanza del Derecho civil”. Universidad (Zaragoza). v. III (1939). pág. 350.

ría" (5), el método suscita, desde luego, interrogantes agudos, que no vamos sino a esbozar.

Ante todo, ha de establecerse un postulado previo, inexcusable: la necesidad de partir en primer término de la idea del ser del Derecho. Determinado ya este concepto, la cuestión metódica es, desde luego, un problema fundamental, aunque sin dejar de ser subordinado a éste.

Primero es el objeto a conocer: luego vendrá más tarde el método adecuado. Es por ello antifilosófico —en pura ortodoxia gnoseológica— sostener, como lo hace la escuela de Marburgo, que el método crea el objeto o que es idéntico a él. Método y objeto pueden condicionarse recíprocamente, pero no por eso dejan de ser un "posterius" y un "prius", un algo instrumental y un algo esencial y substantivo, teleológicamente caracterizado.

No siendo el conocer, por demás, sino la aprehensión espiritual de un objeto, en todo problema epistemológico vamos a encontrarnos con que:

A) *Nuestro conocimiento actúa determinado por el objeto.* Sujeto cognoscente y objeto conocido: he ahí los dos miembros de la relación gnoseológica.

El sujeto sólo es sujeto para un objeto y el objeto sólo es objeto para un sujeto. Este dualismo sujeto objeto —que pertenece a la esencia propia de todo conocimiento— nos deja ver claramente que la función del sujeto consiste en aprehender el objeto, mientras que la del objeto es, pura y simplemente, la de ser aprehensible y aprehendido por el sujeto.

Considerado desde el objeto, pues, el conocimiento se presenta como una transferencia de las propiedades del objeto al sujeto. Conocer no es ni más ni menos que abrir de par en par las compuertas de nuestro entendimiento para que en él entren las cosas todas hasta llenarlo. ¿Cómo? Mediante los sentidos. "Nihil est in intellectu quin prius fuerit in sensu". El espíritu humano está por naturaleza vacío: "intellectum est tanquam tabula rasa in qua nihil est scriptum"; es una hoja por rellenar y en la que escribe la experiencia.

Pero hay que evitar, desde luego, las posiciones extremas.

Veamos una: si todo lo que en nuestro intelecto existe nos ha venido de fuera, no hay por ello ningún patrimonio "a priori" de la razón (*empirismo*). Si yo quiero conocer he de recurrir necesariamente

(5) F. DE CASTRO: "Derecho Civil de España". cit. pág. 371.

para ello a la experiencia, la cual se presenta como la madre efectiva del conocimiento: de aquí que el arquetipo de tal saber venga representado por las llamadas ciencias naturales.

Que los metales sean buenos conductores de la electricidad o del calor es un juicio que no se deriva del concepto metal, sino que es formado de la observación física de todos y cada uno de los metales.

B) *En todo conocimiento es decisivo el sujeto y su actividad mental.*

Indicábamos ya que en la relación de conocimiento correspondía al sujeto la aprehensión espiritual del objeto. Esta aprehensión indica forzosamente que el sujeto ha salido de sí, de su propia esfera; ha invadido el campo del objeto y ha captado las propiedades de éste. El objeto, empero, permanece trascendente al sujeto. Este es el que cambia: en él surge algo que contiene las propiedades del objeto: una "imagen" de dicho objeto, precisamente (6).

Si anteriormente pusimos de manifiesto la heterodoxa desviación empirista, hemos ahora de ver los otros posibles errores derivados de la premisa en cuestión.

Siendo el sujeto lo auténticamente decisivo en la relación gnoseológica, del exterior sólo vamos a recibir ligeras incitaciones de las cosas. Aunque fuera de nosotros están los objetos, como tales son incognoscibles. A lo sumo conoceremos sus apariencias (fenómenos) pero nunca su esencia (noumenos). De este modo el criterio de certeza no puede encontrarse sino en la propia actividad del pensamiento (*racionalismo o apriorismo kantiano*).

La realidad toda, había dicho Natorp, no es sino un contenido del pensamiento. Las cosas son, en definitiva, lo que son pensadas. Si es una verdad apodíctica que todos los radios de una circunferencia son iguales o que la suma de los tres ángulos de un triángulo vale dos rectos, es porque esto no es un espejismo que nos ofrece la engañosa experiencia, sino una deducción pura, más o menos inmediata y directa, de los propios conceptos circunferencia y triángulo. Únicamente lo "a priori" tendrá valor de verdad universal y necesaria. Las matemáticas son de este modo el arquetipo necesario de toda ciencia.

Postura crítica ésta, superadora de todo realismo excesivamente ingenuo, es una actitud en realidad tremendamente desesperanzadora ante la vida.

C) *Todo conocimiento es una determinación del sujeto por el ob-*

(6) Vid. HESSEN: "Teoría del conocimiento". Trad. esp. Madrid, 1929. págs. 36-37.

je to: de aquí la importancia decisiva de ambos factores de la relación epistemológica. Del objeto conocido podemos afirmar su existencia y captar su esencia a través del fenómeno. Pero esta posibilidad no sólo depende del objeto, sino también de la actitud propia del espíritu humano y de la actividad que éste desarrolla.

Es cierto que podemos errar, pero no erramos siempre y fatalmente. Es cierto también que hay verdades tan altas y sublimes que superan nuestra limitada inteligencia, pero no es cierto que la verdad nos sea continuamente negada. Podemos, pues, conocer lo que existe fuera de nosotros, mediante el cuidadoso y prudente ejercicio de nuestras facultades cognoscitivas. El *agnosticismo* no tiene, así, razón alguna de ser.

Ni las esencias, es cierto, se nos entregan al primer golpe de vista, ni se nos niegan siempre. Sólo se rinden ante el esfuerzo dirigido a conquistarlas. En realidad, semejante postura —que intenta ser conciliatoria entre el empirismo y el racionalismo citado— es una posición típicamente intelectualista: ambos factores (experiencia y razón) juegan un destacado papel en la génesis del conocimiento.

Con el racionalismo confesamos que hay juicios lógicamente necesarios y universalmente válidos. Pero no son tales juicios, decimos, un patrimonio a priori de nuestra razón; antes bien, proceden de la experiencia.

“Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu”, dice el fundamental axioma intelectualista, y en esto se incide en el empirismo en parte, aunque nunca plenamente, ya que, además de las representaciones sensibles, existen los conceptos, esencialmente distintos de aquellas, aunque se obtengan de los contenidos de la experiencia.



Vista ya la realidad del conocer, ahora es cuando hay que encararse directamente con la cuestión metodológica. Ahora es el tiempo adecuado de preguntarse: ¿qué camino he de seguir en orden al conocimiento de tal o cual disciplina o de tales o cuales complejos de verdades científicas?

Establezcamos, antes de entrar en materia, la clasificación que nos conviene. Porque es un hecho evidente que —medio instrumental al fin y al cabo— el método va esencialmente determinado por el fin que el agente trate de conseguir: o la mera investigación (búsqueda de una determinada verdad) o la exposición o transmisión a otros de esa ver-

dad por nosotros encontrada, o bien, por último, la aplicación de la misma. De ahí los tres métodos distintos: de investigación, de exposición o de aplicación, que iremos analizando sucesivamente por este orden.

Bien comprendemos que, desde un punto de vista estrictamente lógico, antes de estudiar el método debemos considerar las fuentes, manifestaciones exteriores o restos de ellas con que el objeto se produce a nuestros ojos y que nos sirven como elementos de conocimiento.

Una vez que sabemos *cuál sea* una realidad, hay que ver *dónde* pueda encontrarse. Lo último será el *cómo* de la investigación. Si nosotros empezamos considerando el método es tan sólo porque con su ayuda vamos a poder trabajar más fructíferamente y con menos dificultades en la compleja doctrina de las fuentes legales romanas.

II

METODO ESPECIAL INVESTIGATIVO

Un orden lógico expositivo de la cuestión metódica nos lleva a considerar en primer término el método de investigación, una vez que las premisas filosóficas precedentes nos confirman en los principios de la doctrina del conocimiento y nos comprueban también la posibilidad plena del conocer.

No es este el momento adecuado para extenderse en consideraciones acerca de los tres procedimientos o medios que se abren al conocer humano: la *intuición*, en cuanto percepción inmediata y directa; la *inducción*, o marcha de lo particular a lo general y la *deducción*, o marcha de lo general a lo particular.

Tampoco queremos destacar el papel que estos tres procedimientos desempeñan en la esfera de lo jurídico: es un problema que, en cierto modo, escapa de nuestra órbita y sólo en el campo de la Filosofía del Derecho es donde encuentra lugar adecuado.

Sólo intentamos, por ello, analizar el método investigativo que convenga a la ciencia romanística. La genuina índole de nuestra disciplina nos va a demostrar cuál de los métodos posibles que pueden alegarse es el más idóneo de todos; cuál es el más apetecido en orden a la investigación, en una palabra.

Nuestra disciplina, como hemos tenido ya ocasión de comprobar, es de carácter histórico-dogmático. En cuanto disciplina histórica sólo con métodos históricos puede y debe investigarse. En cuanto disciplina dogmática postula indiscutiblemente métodos distintos de investigación.

De aquí la razón que asiste a U. ALVAREZ (7) cuando sostiene que el método adecuado de investigación romanística no puede ser otro que el resultado de la utilización de ambas normas constructivas: las históricas y las dogmáticas.

Sólo, por tanto, un método histórico jurídico conviene en la investigación del derecho romano.

“Si por método histórico se entiende —dice TORRES LOPEZ (8)— el conjunto de reglas que debe aplicar el historiador para llegar al conocimiento de los hechos históricos, incluyendo en dicho conocimiento su sistematización y exposición, el método histórico jurídico no será sino el conjunto de reglas que deberá aplicar el historiador del Derecho, para llegar al conocimiento de los sistemas jurídicos pasados y su evolución, incluyendo también, en dicho conocimiento, su sistematización y exposición.

Esencialmente —continúa— las reglas del método histórico son aplicables en su conjunto a la Historia del Derecho, pero no cabe duda que, habida cuenta de que la Historia del Derecho es una Historia especial, se debe puntualizar y especificar los principios generales de aquél”.

Esto entendido, vamos a proceder exponiendo las direcciones metodológicas más acusadas en el horizonte romanístico, y en primer término aquellas que se caracterizan por defender una investigación preferentemente histórica del Derecho Romano.

1) METODO CRITICO. EL PROBLEMA DE LAS INTERPOLACIONES.

El método crítico, en orden al conocimiento del Derecho de Roma, utiliza única y exclusivamente las noticias suministradas por las diversas fuentes romanas (9).

Lo exige así el carácter histórico de nuestra disciplina, la cual ante los restos que nos dejó el pasado (datos espléndidos tal vez para la idónea caracterización de la época) tiene incuestionablemente que resolver el difícil problema de la autenticidad de los mismos.

(7) “Horizonte...” cit. pág. 279.

(8) “Lecciones de Historia del Derecho”. Salamanca. Vol. I. pág. 56 ss.

(9) Vid. sobre el método crítico a TORRES LOPEZ: “Lecciones de Historia”, cit. vol. I. pág. 13 y ss., y 56 ss., en los campos de la Historia en general y de la Historia del Derecho. Concretamente, y por lo que atañe al Derecho Romano, U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. pág. 280 ss., con abundantes notas bibliográficas.

Lo postulan también las mismas vicisitudes que en especial atravesaron la mayoría de las fuentes romanas, con tanta frecuencia adulteradas en su primitivo y original sentido, por obra de juristas posteriores.

Hay que descubrir el sentido auténtico de las mismas realizando una labor previa depuradora, eminentemente crítica como puede comprenderse. Hay que hacer, en una palabra, la necesaria crítica de las fuentes, una vez reunidas y seleccionadas de forma eficaz.

Crítica que puede ser, como lógicamente se comprende, doble: externa (época, autenticidad, lugar, autor, etc. de la fuente) e interna (contenido y valor de la misma) (10).

Ambas son necesarias para la investigación romanística: ambas han de utilizarse, de una manera directa y eficaz, en el análisis adecuado de las fuentes legales romanas.

Dos cuestiones vienen a enlazarse aquí directamente. Una, la de la corrección necesaria de las fuentes; otra, la de las interpolaciones. Ambas confirman y pregonan la importancia excepcional de la crítica histórica en el campo concreto de nuestra disciplina.

Podemos afirmar —sin pecar por ello de exagerados— que en los últimos sesenta años ha prevalecido en los medios romanísticos el interés por el descubrimiento de las interpolaciones, mientras que la labor correctora de las fuentes, la búsqueda de los errores involuntarios de los textos, arrastraba la más inexplicable de las decadencias.

Sólo voces aisladas se dejaban oír en este sentido, destacando el interés excepcional de una inteligente labor depuradora, tan necesaria e imprescindible (11) en la investigación moderna romanística.

El problema de las interpolaciones, decimos, se plantea categóricamente y en la actualidad polariza el esfuerzo y la atención unánime de la mayor parte de los romanistas. Algunos incluso pretenden encontrar interpolaciones en las mismas constituciones justinianas (12).

(10) Vid. sobre estos problemas: GARCIA VILLADA: “Lecciones de Metodología y crítica históricas”, 1912 y BAUR: “Introducción al estudio de la Historia”. Trad. esp. de Luis G^a de Valdeavellano. - Barcelona, 1944, pág. 272 ss.

(11) Así FRAENKEL, ARANGIO y SCHONBAUER, cit. por U. ALVAREZ: “Horizontes...” págs. 282-283 y n. 7. Vid. además D'ORS: “Presupuestos...” cit. págs. 42-43. núm. 42.

(12) Vid. ALBERTARIO: “Giustiniano interpolante se stesso nella riforma del “legatum optionis”, en Studi di Diritto Romano. Vol. V. (Storia, Metodologia, Exegesi) Milán, 1937, pág. 347 ss. Del mismo autor: “Ancora sulle interpolazione giustinianee nelle Costituzione giustinianee”, en Studi cit. V. p. 357. -Bibliografía sobre el particular: Studi, V. pág. 347, n. 1 y 2.

De todos modos, cuando empleamos esa locución —tal vez derivada de “interpolare”: renovar vestidos viejos (13)— inmediatamente se piensa en las alteraciones intencionadas de los textos legales romanos: lo que los romanistas antiguos llamaban “*emblemata Triboniani*”, precisamente (14).

Autores hay, como ALBERTARIO (15) que creen excesivamente convencional esta denominación, ya que la labor de los juristas bizantinos, “*volente Imperatore*”, no tan sólo consintió en una “*adiectio*” sino también, en una “*mutatio*” o “*deminutio*” de las obras compiladas (16).

Pues bien: el hecho es que el nombre triunfa en la actualidad, a la par que los trabajos consagrados a la búsqueda de las mismas adquieren superlativa importancia y aumentan insospechadamente el volumen de la literatura jurídica romana.

Los primeros trabajos en serio sobre las interpolaciones no comienzan sino con la escuela Histórico-crítica del siglo XVI.

Es cierto que con anterioridad a esta época, sobre todo por obra de los Glosadores, se van destacando algunas, pero siempre de un modo aislado e incidental: así, por ejemplo, en *Accursio* (17). Pero es, como decimos, dentro de la llamada “*Schola culta*” donde se inicia la crítica interpolacionística, que luego —siglos más tarde— culminaría de una forma insospechada por obra de la gigante pléyade de romanistas que floreció en Europa a partir del último tercio del siglo XIX (18).

LENEL, PERNICE, GRANDEWITZ, EISELE y BESELER en Alemania; SCIALOJA, RICCOBONO, PAMPALONI y otros en Italia son —por emplear una expresiva frase de ALBERTARIO (19)— “los

(13) DI MARZO: “*Istituzioni...*” cit. pág. 18, n. 1.

(14) No obstante, tal denominación no era plenamente unánime. Romanistas había, como HUSCHKE, que hablaban de “*glosas*”, lo cual puede inducir a confusión con los “*glossemata*”, nacidos generalmente de un error de los copistas al insertar en el texto glosas marginales de anotadores o lectores de la obra. Cfr. BONFANTE: “*Historia...*” cit. II, pág. 168 y n. 2.

(15) “*Introduzione storica*”. cit. págs. 39-40.

(16) Así Const. “*Tanta*”, & 10: “*Hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum, vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis*”. Cfr. Cons. “*Haec quae necessario*” & 2; Cons. “*Summa rei publicae*” & 1; Cons. “*Deo Auctore*” & 7 y Const. “*Cordi*”, & 3.

(17) Vid. BONFANTE: “*Historia...*” cit. Vol. II, pág. 168, n. 2. - ALBERTARIO: “*Introduzione storica...*” cit. I; pág. 40. n. 4.

(18) Vid. ARANGIO RUIZ: “*Historia...*” cit. p. 472. n. 1. y ALBERTARIO: “*Introduzione storica...*” cit. pág. 40, n. 5; ambos con bibliografía abundante.

(19) “*Introduzione storica...*” cit. I. pág. 42.

estudiosos que elaboraron el nuevo método crítico y fijaron sus reglas” (20).

Por obra de estos y de otros muchos autores —período segundo— se hace definitivamente la luz sobre muchos problemas de crítica textual que antes parecían irresolubles. La solidez de los criterios científicos empleados en el estudio de los textos, el mismo sentido de equanimidad que preside la investigación histórica, haciendo incluso justicia al propio Emperador Justiniano frente a las despectivas calificaciones dadas a su obra por los primeros investigadores de la Escuela histórico crítica, abonan incuestionablemente un nuevo sentido crítico, del que —rectamente dirigido— tanto puede y debe esperarse (21).

Este nuevo sentido se confirma en nuestros días, que ven correr una tercera etapa en esta dirección histórico-crítica, iniciada ya metó-

(20) ALBERTARIO, loc. cit. cita solamente a LENEL, GRADENWITZ y EISELE en Alemania y a VITTORIO SCIALOJA, PAMPALONI y otros en Italia. - Vid. BAVIERA: “*Salvatore Riccobono e l'opera sua*” en *Studi Riccobono*; Palermo, 1936, pág. XXXI, el cual expresa su extrañeza ante el hecho de la omisión de Riccobono, a quien tanto deben los orígenes de la doctrina italiana sobre las interpolaciones, aunque luego se opusiera gallardamente a los excesos de un criticismo desorbitado.

(21) Estos ataques reiterados contra Justiniano y el espíritu de su labor codificadora se inicia ya en el siglo XV con los precursores de la Escuela Histórico-crítica citada. - MAPHEO VEGIO lanza contra TRIBONIANO la acusación de haber desfigurado los escritos de los jurisconsultos clásicos para servirse de los mismos. Antes que él, FILELFO somete a una aguda y profunda crítica el lenguaje de JUSTINIANO y ya muy avanzado el siglo XV LORENZO VALLA arremete violentamente contra ACCURSIO, BARTOLO y BALDO —“*Ansares Barthulus, Baldus, Accursius, Dino caeterique*”— y al mismo JUSTINIANO le niega el conocimiento de la lengua latina y del Derecho. - Vid. DE DIEGO: “*Introducción*” cit. pág. 300-301. La crítica contra TRIBONIANO, en quien se personifican —vienen a decir— todos los manejos bizantinos, culmina con los autores de esta Escuela Histórico-crítica: CUJAS (1522-1590) sostiene que sus palabras “*non habent legitimum sensum*”; FAVRE (1557-1624) considera incomprensible alguna de sus soluciones. Vid. sobre el particular ALBERTARIO: “*Introduzione storica...*” cit. pág. 41. n. 6. Este ataque decidido contra JUSTINIANO y su labor codificadora es la tónica general de este primer período. Bien es cierto que en el segundo (siglo XIX) se formulan también graves acusaciones en este mismo sentido, pero —como ya hemos insinuado— lejos de este clima de pasión y con propósitos netamente constructivos. Así, por ej., se critica por PERNICE la falta de comprensión bizantina por la obra de los juristas clásicos (Vid. BAVIERA: “*Studi Riccobono*”, cit. pág. 33. núm. 11 a); se discute la novedad de la obra de JUSTINIANO, etc.

dicamente a comienzos del siglo actual (22) y caracterizada en líneas generales por nuevos intentos críticos, y nuevos propósitos de notoria trascendencia: el distinguir y separar netamente las alteraciones bizantinas de las realizadas en etapas anteriores, puesto que no todas han de provenir íntegramente de los juristas de Bizancio.

Frente a aquel método simplista —destaca D'ORS (23)— que atribuía a Justiniano todo lo que se negaba a los clásicos, se impone ahora una revisión crítica total para ver lo que hay de pre-justiniano en aquellas interpolaciones. Es decir; frente a la fase anterior exclusivamente crítica, ha de utilizarse ahora un riguroso criterio histórico que especifique y determine las diversas etapas en la producción de las interpolaciones sin que, desde luego, haya querido indicarse con esto que los problemas críticos deban ser soslayados.

Lo único que hay que hacer es no desorbitar en exceso la cuestión crítica. Es bueno el uso, pero nunca el abuso de la crítica. Constituye una extraña manía, una especie de obsesión persecutoria, valga la frase, el consagrarse exclusivamente a lo que KALB había llamado "Interpolationenjagd" (24), mientras se abandonaban por ello otras cuestiones jurídicas fundamentales para nuestra disciplina.

Pero sobre este problema más adelante estableceremos las oportunas consideraciones, cuando llegue el momento de comentar los excesos del hipercriticismo.

Si ahora tratamos de inquirir cuáles son los objetivos que la moderna crítica interpolacionística tiene que establecer y conquistar, vamos a ver que —sobre todo— se destacan los tres siguientes:

a) Descubrimientos de las interpolaciones justinianas.

b) Fijación exacta de los "glossemas".

c) Determinación de las posibles interpolaciones debidas a la práctica y a la doctrina oriental.

a) *Descubrimiento de las interpolaciones justinianas.*

No existe entre los autores unanimidad de pareceres acerca de

(22) Algunos autores del siglo pasado sospecharon ya el surgir de esta nueva fase: así COGLIOLO, BEKKER y FADDA, citados por ALBERTARIO: "Introduzione storica..." cit. pág. 55. n. 42, 43 y 44. - Bibliografía sobre el particular en BONFANTE: "Historia..." cit. Vol. II, pág. 218 núm. 3; ALBERTARIO: "Introduzione..." pág. 55, n. 45; U. ALVAREZ: "Horizonte actual..." cit. pág. 285, n. 12.

(23) "Presupuestos..." cit. p. 45.

(24) Vid. su obra "Die Jagd nach Interpolationem in den Digesten", publicada en 1897.

los procedimientos idóneos que a tal fin nos conduzcan. En la exposición de los mismos vamos a seguir fundamentalmente la sistemática de BONFANTE (25) y de ALBERTARIO (26), por parecernos ambas completas y explicativas en gran manera.

1º. *Criterio textual.*—La interpolación se revela sin más que comparemos el texto inserto en las fuentes justinianas con aquel otro correspondiente, transmitido sin pasar por las mismas; lo mismo que también puede descubrirse confrontando entre sí los pasajes reproducidos en dos distintas partes del "Corpus iuris civilis".

2º. *Criterio histórico.* - Contemplamos interpolación cuando en boca de un jurista clásico se ponen principios de todo punto incompatibles con su época.

El anacronismo que en sí implica puede descubrirse ya por un camino negativo (puesto que evidentemente se conoce la evolución histórica de la institución contemplada y se sabe que tal afirmación no pudo de ningún modo sostenerla el referido jurista), o bien también utilizando un procedimiento por decirlo así positivo: caso de que se posea un testimonio fehaciente de su introducción posterior.

3º. *Criterio lógico.* - Cuando en un mismo período existen contradicciones entre las partes de un texto, o bien el contenido del mismo, o de otros, está en contradicción con otros textos del mismo autor, hay que pensar inmediatamente —por la falta de lógica que ello representa— que nos hallamos ante una interpolación bizantina.

4º. *Criterio lógico-jurídico.* - La interpolación se revela también cuando descubrimos, en el análisis crítico de un texto, determinadas contradicciones jurídicas que de un modo lógico nunca pueden explicarse.

Unas veces se origina por la amalgama de principios de Derecho antiguos y nuevos; en otras, se formula una norma genérica y a continuación se desvirtúa cambiándola prácticamente de sentido, con distingos improcedentes o con analógicas extensiones a supuestos que de ningún modo puede abarcar, etc.

5º. *Criterio sistemático o metodológico.* - Estamos ante una interpolación si se descubre por el título de la obra del jurista que el fragmento incluido en el Digesto no tiene el contenido que debería co-

(25) "Historia..." cit. Vol. II, pág. 173 ss.

(26) "Introduzione storica..." cit. 1ª, pág. 43 y ss.

rresponderle. La observación sirve igualmente si se dan por supuestas equiparaciones que de ninguna manera pudieron realizarse, o bien si éstas fueron producidas por el entronque de dos fragmentos jurisprudenciales.

- 6º. *Criterio legislativo*. - Es índice presunto de interpolaciones la forma autoritaria que el jurista bizantino emplea, utilizando imperativos o futuros, mandando categóricamente y de una forma directa; empleando una claridad o precisión enormes en los plazos o términos, etc.

Ello nos confirma en aquella opinión de BONFANTE, puesto que “la jurisprudencia, que debía deshacer pacientemente el nudo gordiano, es substituída por el legislador, que la corta, bien o mal, de un golpe certero” (27).

- 7º. *Criterio filológico*. - La interpolación se pone también de manifiesto previo análisis filológico de aquellas frases, verbos, substantivos etc., sospechosos de inautenticidad, en cuanto expresiones propias de los compiladores, los cuales utilizan estilísticamente un latín que carece por completo de esa galanura y espontaneidad de estilo propia de la lengua hablada de los juristas clásicos.

En efecto: son patentes las diferencias estilísticas entre una lengua anquilosada y ya muerta y el mismo idioma cuando es utilizado por el pueblo; cuando se emplea como medio normal de relación. A un filólogo agudo no puede escapársele esto, y de aquí la conveniencia de este criterio cuando es utilizado sabia y prudentemente por un jurista de competencia filológica probada (28).

- 8º. *Criterio exegetico*. - Cuando una misma institución jurídica adopta sentido distinto al plasmar en una serie determinada de textos, es una presunción poderosa de la interpolación de algunos de estos, ya que de otra manera no podría rectamente definirse tan inexplicable cambio de sentido.
- 9º. *Criterio diplomático*. - Las incorrecciones que se observan en el texto de la Florentina nos hacen suponer la presencia de interpolaciones, justificadas como fruto de la dificultad que el copista encontraba en su labor, al trabajar sobre fragmentos mutilados o corregidos con poca claridad.

Si ahora quisiéramos valorar estos criterios en vistas al fin

(27) BONFANTE: “Historia...” cit. II, pág. 189.

(28) Vid. U. ALVAREZ: “Horizonte...” pág. 300 ss., sobre el papel de la Filología en estos problemas.

para que surgieron, nada mejor que dejar la palabra a uno de los grandes Maestros del Derecho romano, PIETRO BONFANTE: “Los diferentes criterios que acabamos de enunciar y desarrollar —dice— deben ser utilizados todos simultáneamente en la investigación de las interpolaciones, porque la certeza o la probabilidad de la interpolación no es suministrada más que por la acumulación de varios indicios. Cada uno de ellos aisladamente empleado, es engañoso. El pretendido anacronismo (2º) puede reducirse a una “petitio principii”; tendencias que aparecen más acusadas y más fuertes en los compiladores, como el “favor libertatis” o la “quaestio voluntatis”, se manifiestan ya en los jurisconsultos clásicos; la irregularidad lógica (3º) y también la “inelegantia iuris” (4º) pueden encontrarse en los jurisconsultos, o por lo menos en los jurisconsultos de los últimos tiempos; y por otra parte las contradicciones y desacuerdos pueden derivar de la fusión realizada en la compilación, o en los mismos libros antijustinianos, entre el texto de un jurisconsulto y la nota o el comentario de otro. El “nos maiestaticum” no siempre se distingue del “nos” colectivo de la opinión... y el mismo carácter legislativo de la sentencia puede hallarse en los jurisconsultos que eran “iuris conditores” (5º). Tampoco el orden de las inscripciones y comentarios (6º) excluye la posibilidad de tocar incidentalmente una cuestión fuera de la materia tratada. El mismo lenguaje de los jurisconsultos (7º), aunque fuera más puro en su conjunto que el de los contemporáneos de la edad de plata, se aleja sin embargo del tipo del latín clásico que nos es familiar. Por último, la antinomia (8º) es más bien un residuo de controversias clásicas que el producto de la interpolación de un texto o de una sola serie de textos y la acumulación de errores y de lagunas en el manuscrito de la Florentina (9º) puede provenir igualmente del tedio y de la fatiga del copista” (29).

La extensión indiscutible de la cita viene justificada por su importancia y porque —frente a las extremas tendencias que no dejan de esbozarse en el horizonte romanístico— defiende el Maestro una postura sensata y serena, sin partidismos extremos, barajando armónicamente todos los criterios, en orden a una mejor inteligencia de los textos legales sospechosos de inautenticidad.

No puede afirmarse, a nuestro modo de ver, la prevalencia absoluta de alguno de tales criterios con olvido de los restantes, por esa razón fundamental de que en todo momento pueden darse razones especiales que los desvirtúen. Las circunstancias irán abonando cuál de

(29) “Historia...” cit. II, pág. 208 ss.

tales criterios es el conveniente: depende del estado del texto en cuestión, de su contenido o de otras razones circunstanciales. Pero siempre —y esto no conviene olvidarlo— hay que subrayar que sólo es del empleo conjunto de varios indicios a la vez de donde puede sostenerse racionalmente la realidad efectiva de las posibles interpolaciones jurídicas.

b) *La fijación exacta de los "glossemas"*.

En este campo concreto descuella a gran altura la obra formidable de ALBERTARIO, fijando muy certeramente los criterios metodológicos necesarios para distinguir las glosas e interpolaciones pre-justinianas de las típicamente bizantinas.

En el Congreso Internacional de Derecho Romano de 1933 (30) presenta un importante trabajo titulado "Glossemi e interpolazioni pre-justinianeae", que abre nuevos caminos a la investigación moderna romanística, y en el cual aparecen sistematizados los distintos criterios discriminadores.

Son los siguientes, tal y como aparecen resumidos por el profesor D'ORS (31), partidario entusiasta en nuestro país de la corriente metodológica que inicia el gran maestro italiano:

- 1º) Los complementos explicativos unidos con "id est", "hoc est", "scilicet", "sicut", etc., son casi siempre reveladores de un origen pre-justiniano.
- 2º) El citar junto a una institución romana la correspondiente institución griega, nos descubre muy frecuentemente su origen post-clásico.
- 3º) Son también post-clásicas las interpolaciones con palabras extrañas a las constituciones justinianas: así "forte", "fortassis", "finge", "fingamus"...
- 4º) Análogamente, las soluciones inseguras y las preguntas sin respuesta.
- 5º) Las advertencias indicadas con la fórmula "notandum quod" o similares; las objeciones, razonamientos, interrogativos, distinciones, dilucidaciones, repeticiones, ejemplos, conclusiones; todo propio más bien de un trabajo escolástico que no de una obra legislativa.
- 6º) Las generalizaciones expresadas con las fórmulas "et omnes", "et alii", "et ceteris", "et similes".

(30) "Atti..." I. pág. 385 y ss. - "Studi". Vol. V. pág. 379 ss. - "Introduzione storica..." pág. 57 ss.

(31) "Presupuestos..." cit. pág. 47-49.

- 7º) La falta de concordancia gramatical entre las partes varias de un texto, o los fragmentos añadidos que no encajan sistemáticamente.
- 8º) La inoportuna repetición de un mismo fragmento.
- 9º) La introducción en la práctica de ciertos principios jurídicos distintos a los del texto clásico, realizada mediante la fórmula general del hodie ("hodie in usu servatur"; "hodie solet"; "hodie non dubitatur", etc.).
- 10º) La adaptación de los textos clásicos a la nueva legislación romano-helénica.
- 11º) La adaptación de los mismos a las nuevas construcciones dogmáticas: así, por ejemplo, la configuración del usufructo como servidumbre.
- 12º) Los textos breves, que se hacen depender de otros textos clásicos.
- 13º) Las interpolaciones contradictorias a las innovaciones justinianas.
- 14º) Las interpolaciones de textos que carecen de alteración obligada justiniana.
- 15º) La admisión de principios que se opongan abiertamente tanto al derecho clásico como al bizantino.

Junto a estos criterios discriminadores subraya ALVARO D'ORS (32) la necesidad de procederse a una crítica distinta basándose no ya tan sólo en el fragmento sino especialmente en el libro.

Si las interpolaciones justinianas se descubren mejor teniendo en cuenta la masa compilatoria a que el texto pertenece —crítica horizontal— los glossemas, por el contrario, reclaman un procedimiento distinto, en cuanto que son verticales y recorren —por así decirlo— de arriba abajo el libro de que se trate (crítica vertical).

Junto a estos criterios cualitativos es posible también fijar otros típicamente cuantitativos, en el sentido de que los compiladores suelen interpolar las obras clásicas por un igual. "Así pues —dice nuestro autor— cuando en una determinada obra nos encontremos con una cantidad anormal de alteraciones, habrá que pensar en glossemas".

Queremos destacar ahora, una vez que hemos expuesto los dos puntos precedentes, una tercera cuestión ya programáticamente indicada páginas atrás: la referente a la aportación de la doctrina oriental a esta compleja cuestión de las interpolaciones.

c) *Determinación de las posibles interpolaciones debidas a la práctica.*

(32) "Presupuestos..." cit. pág. 52-53.

Es notoria en este sentido la formidable labor realizada por un prestigioso romanista francés, PAUL COLLINET (33), en oposición abierta a la tesis mantenida por RICCOBONO (34) para quien todas las alteraciones de los textos son debidas a la práctica occidental, precisamente.

Sostiene COLLINET que el problema en sí es mucho más complicado, y en su intento de calibrar las alteraciones debidas a la actividad escolástica oriental destaca los siguientes puntos de vista (35):

A) La necesidad de distinguir (mediante los documentos justinianos que provengan de Oriente) las innovaciones personales de Justiniano en el Código, las Novelas y las Instituciones, de aquellas interpolaciones del Digesto, Código o Instituciones que se encaminaron a dar carácter legal, o a reglamentar lo practicado en las escuelas orientales.

B) Las interpolaciones de los textos, en cuanto que proceden de épocas distintas y presentan caracteres también distintos, no pueden de ninguna manera reducirse a un tipo único, antes bien, han de ser clasificadas en los cuatro siguientes:

1º) Escolios o glosas sobre los textos clásicos de los siglos III y IV: su fuente es la práctica; su carácter: alteraciones interpretativas.

2º) Alteraciones post-clásicas de los siglos III y IV: su fuente es la práctica y doctrina de Occidente; su carácter, alteraciones interpretativas.

3º) Interpolaciones pre-justinianas de los siglos III y IV y principalmente del V: su fuente es la práctica de Occidente y sobre todo la doctrina de Oriente; su carácter, alteraciones creadoras.

4º) Tribonianismos del siglo VI; su fuente es la ley o práctica de Oriente y su carácter: alteraciones ya creadoras o ya interpretativas (36).

Ante el cuadro propuesto destaca el autor que, mientras los escolios son fáciles de señalar por su carácter interpretativo, consistiendo en simples palabras o en frases cortas, el problema es muchísimo más complicado por lo que atañe a las otras tres categorías de alteraciones,

(33) "Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire: essai de mise au point de la controverse". Rev. Hist. du Droit, 1928, pág. 551 ss. y 1929, pág. 5 y ss.

(34) "Punti di vista critici e ricostruttivi, a proposito della disertazione di L. Mitteis. Storia del diritto antico e studio del Derecho Romano". Annali Palermo, 12-1929, pág. 574 ss.

(35) "Le rôle de la doctrine..." cit. págs. 5 a 15.

(36) Recogidas también por A. D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 46.

y para ello establece determinados criterios discriminadores de las mismas, en las maneras que siguen:

I) *Criterios de forma*: a) El estilo y el lenguaje utilizado: a') que permite distinguir los Tribonianismos, porque se encuentran en consonancia con el lenguaje y el estilo empleado en las Constituciones imperiales. b') De una manera análoga, el estilo y el lenguaje de las alteraciones post-clásicas se alejan considerablemente del empleado por los jurisconsultos anteriores. b) Por el tono tan acusadamente pedagógico que adoptan.

II) *Criterios de fondo*: a) Son Tribonianismos todas aquellas alteraciones que substancialmente concuerdan con las introducidas en la legislación emanada directamente de Justiniano. b) En su defecto, y también para las alteraciones de los períodos precedentes, debe recurrirse forzosamente para determinarlas al carácter especial y distinto de cada época, formado por la conjunción de los varios caracteres históricos, económicos y filosóficos.

De todo lo expuesto —y así debemos caracterizar el método de COLLINET— hay que confesar que se trata de un "método complejo y relativo" en que cada innovación debe ser examinada en particular, emitiendo una hipótesis sobre su fecha y su origen práctico o doctrinal. Su utilidad, a nuestro modo de ver, es manifiesta, aunque —como reconoce D'ORS (37)— no siempre puede dar resultados positivos.

Lo cierto es que presta indiscutible servicio, ya que sigue directamente la evolución del Derecho de Roma, tan compleja de por sí. De ahí su carácter excelente de medio de trabajo y de investigación. De ahí su certera y necesaria vigencia para el romanismo de hoy y de siempre.

Una vez que hemos destacado los diversos objetivos a perseguir por la crítica de las interpolaciones, se hace necesario apuntar también las posiciones extremas en los estudios del Derecho Romano. Nos interesa, en primer término, contraponer la obra de dos grandes romanistas italianos SALVATORE RICCOBONO y EMILIO ALBERTARIO, representantes de dos direcciones distintas (38).

Sostiene RICCOBONO (39) que las alteraciones bizantinas presentan un carácter meramente formal y no de contenido. Por ello no

(37) Vid. nota precedente.

(38) Vid. sobre esta división doctrinal, el breve resumen histórico de ALBERTARIO en "La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico". Studi, V. pág. 67 ss. - Anteriormente publicado en Studi Bonfante I. Milán, 1930, pág. 609 ss.

(39) "Punti di vista critici..." cit. pág. 502.

son sino simples cambios terminológicos y nada más. No ha habido en este sentido una solución de continuidad en el Derecho Romano, desarrollado desde el siglo I a. d. C. hasta la etapa justiniana (40).

En contra de estos principios, EMILIO ALBERTARIO (41) definiendo soluciones contrapuestas y subraya la necesidad de establecer períodos en la evolución del Derecho Romano, caracterizados bien distintamente por cierto. Hay un período de “*ius strictum*” que se extiende hasta el final de la República; otro de Derecho clásico, que llega hasta Diocleciano, y por último el período post-clásico, hasta la codificación justiniana. Las influencias extrañas que operan sobre el Derecho Romano no lo hacen sino hasta la época post-clásica, concretamente en los tres últimos siglos del Bajo Imperio: así, por ej., el influjo de la retórica griega. Para RICCOBANO, en cambio, es patente ya en la misma época clásica, sobre todo en la fase ciceroniana (42).

Es evidente que la obra de RICCOBONO (crítica también, al fin y al cabo) fomenta un amplio movimiento anticrítico, al denunciar los excesos a que había llegado la crítica interpolacionista (43). En realidad tales posturas anticríticas —disculpables en cierto sentido, y por lo que tienen de reacción contra la precipitada carrera en la búsqueda de las interpolaciones— no pueden de ninguna manera ser admitidas científicamente (44).

(40) “Punti...” cit. pág. 600.

(41) Vid. sobre todo “La cosiddetta crisi” cit. réplica al escrito citado de RICCOBONO, y la que también dirige contra KALB y LENEL, recogida en Studi, V. pág. 809 y ss. - Bibliografía en U. ALVAREZ: “Horizonte...” pág. 283 ss.

(42) Vid. STROUX: “Summum ius, summa iniuria”. Annali Palermo, Vol. XII, pág. 640 ss., refutando la tesis mantenida por PARTSCH, según la cual las escuelas de gramáticos y de retóricos griegos habían tan sólo influido en la jurisprudencia del siglo V de Cristo. Para STROUX la influencia de la enseñanza de los retóricos griegos y de la doctrina de ARISTOTELES puede señalarse con notoria exactitud, no ya tan sólo en sus efectos sino también incluso en el momento en que tuvo lugar: en la época clásica.

(43) Vid. su “Prefazione” al art. de STROUX cit. La crítica interpolacionista —viene a sostener— ha realizado últimamente una obra muy activa de destrucción sobre las fuentes romanas, al sostener que todas las construcciones fundadas sobre la voluntad en contraposición a la oralidad, incluso el mismo triunfo de la “*aequitas*” sobre el “*ius strictum*”, debe atribuírsele a la labor escolástica de los juristas de Bizancio. Sobre tales presupuestos ha venido construyéndose la Historia del Derecho Romano, atribuyendo toda la parte teórica, doctrinal y sistemática que se encuentra en el Corpus iuris a los bizantinos.

(44) Una postura anticrítica absoluta es la que representa KRETSCHMAR (“Kri-

Es imposible trabajar ahora en pleno siglo XX, que contempla un desarrollo tan rápido de todas las ciencias auxiliares de la Historia, con una técnica por decirlo así medieval. La investigación romanística ha de marchar necesariamente al compás de los tiempos, y por ello tanto el anticriticismo como el mismo acriticismo han de ser incuestionablemente eliminados del campo investigativo. Pasaron ya aquellos tiempos en que el derecho romano se presentaba con la aureola del “*noli me tangere*”. Después que la elaboración pandectística termina, una vez que esta fase se supera completamente, es un absurdo remover las cenizas del pasado, y defender —porque la crítica puede ser arma de doble filo— una concepción acrítica de este mismo Derecho de Roma.

Con esto queremos destacar, desde luego, nuestra opinión personal. Ni anacrónicos acriticismos y anticriticismos, ni revolucionarias posturas hipercriticistas, la mayoría de las veces sospechosas de inmoderados deseos de originalidad o de falta de tacto jurídico.

Criticismo puro y simplemente: en el sentido de que no traspase la línea normal de su competencia y que no se reduzca en todo a un mero análisis filológico, sin perspectivas inmediatas y sin propósitos constructivos evidentes. Es necesario sostener por ello una postura antihipercriticista, huyendo siempre del peligro y de la falta de ponderación de toda doctrina radical y extrema.

En este sentido, ni que decir tiene estamos plenamente de acuerdo con RICCOBONO, cuando denunciaba los grandes inconvenientes de una crítica filológica extremada (45), a la vez que comprendemos las serias razones que asisten a COLLINET aconsejando moderación suma

tik der Interpolationem -Kritik”, en Z. S. S. 59-1939, pág. 108) de quien sostiene ARANGIO RUIZ (“Historia...” cit. pág. 472 núm. 1) “sólo puede excusarle el que muy conocido este autor en otras actividades ha trabajado muy rara vez en el campo romanista”. Una reacción anticrítica semejante, coincidiendo en todo con la decadencia de los estudios romanísticos, es la que advierte ALVARO D’ORS (“Presupuestos...” cit. pág. 43, n. 40) en SCHONBAUER, (Zur Krise, cit. pág. 390) y en el mismo KRESTCHMER, dando la tónica general a los trabajos recogidos en el homenaje a Koschaker.

(45) Vid. RICCOBONO: “Punti di vista critici e ricostruttive”. Annali Palermo, 1929. “Estamos, venía a decir el romanista, en un período de saturación; todos se dan cuenta que los efectos de este método no pueden ser peores. En efecto; no es posible atribuir a los bizantinos la paternidad de textos porque contengan palabras más o menos helenizantes... Resulta muy peligroso tachar decisiones y textos porque en ellos se contengan palabras o frases no usados en SENECA, PLINIO o TACITO; o bien por la colocación en el inicio de un período, de un “*itaque*” o de un “*quippe*” de los que

a los hipercríticos, en esta difícil tarea de la revisión de los textos (46).

Lo que ha ocurrido sencillamente es que el estudio de las interpolaciones determinó —cuando se quiso extremar la nota— el olvido del fin propio de la investigación jurídica, que es algo más que el análisis estricto filológico, tantas veces inexacto, a la par que como lógica consecuencia se procuraba desconocer el valor constructivo innegable de la síntesis en el campo del derecho.

No se piensa tampoco, por otro lado, en los serios inconvenientes que presenta la crítica filológica; antes al contrario se configura ésta como algo exacto y absoluto. Se olvidan los distinguos que es factible hacer a los criterios para la distinción de las interpolaciones, se desconoce también la nota de probabilidad que presentan la mayoría de los indicios para fijar los glosemas. En una palabra: el método ha perdido ya su carácter genuino de medio para convertirse sola y exclusivamente en fin. La gran tarea actual de los romanistas, a nuestro modo de ver, no puede ser otra que la de reivindicar el papel del método como medio; esto es, como camino expedito —“that is the question”— que nos conduzca a la investigación idónea del Derecho de Roma.



2) METODO COMPARATIVO.

Hay momentos en la investigación jurídica, en que se carece de fuentes legales o en que —existiendo— son escasas o de autenticidad sospechosa.

Suele ocurrir esto sobre todo en las etapas primeras de la evolu-

se hallan ejemplos en los mejores escritores... La crítica actual, arrancando de pasajes concretos ha llegado a hacer una lista de voces y frases sospechosas. Se ha permitido elaborar una estadística y hacer jugar en ese terreno la ley de las posibilidades... La crítica filológica —asegura— reclama un período de ponderación”. - Vid. también BONFANTE: “Il metodo filologico negli studi di Diritto romano”. Studi della Facoltà giuridica di Roma in onore de A. Salandra, Milano, 1928, pág. 121 ss.

- (46) Vid. COLLINET: “Le P. Ryl. III, 474, la leçon D. XII. 1,1,1, et la réaction contre l'hipercritique”, en R. H. D. 1938, pág. 603 ss., donde destaca su postura antihipercriticista. Esto es lo que ahora nos interesa señalar, y no si la identidad entre el papiro y el fragmento del Digesto es totalmente textual, como cree COLLINET siguiendo a DE ZULUETA (“P. Hyl. III 474: new fragments of Ulpian ad Edictum”. Studi Besta - 1939 - I). - Vid. las agudas observaciones de D'ORS (“Presupuestos...” pág. 104-108) sobre los problemas críticos que suscita el papiro.

ción de todo derecho. El problema que se plantea entonces al investigador es el siguiente: ¿Cómo trabajar provechosamente, en defecto de tales fuentes legales?

En realidad, aquí es donde podemos encajar el método denominado comparativo, el cual —como de su propia terminología se deduce— opera comparando los sistemas jurídicos que ofrecen los pueblos en una determinada fase de su historia.

Se parte para ello, naturalmente, de un supuesto previo, caracterizado por las notas de un apriorismo conceptual no siempre justificado: que es posible establecer una línea genérica y uniforme en la evolución de todas las culturas y de todos los derechos, en cuanto típicas expresiones culturales. No es otra la tesis que en el campo general de la cultura ha defendido SPENGLER, el apocalíptico autor de “La decadencia de Occidente”.

Una vez establecido que los fenómenos culturales de los diversos pueblos atraviesan procesos idénticos, o al menos muy semejantes (“la cultura es un ser viviente”, como diría Frobenius), con suma lógica puede deducirse la posibilidad de ir rellenando las lagunas que surjan conforme se investiga, mediante la comparación adecuada con las correspondientes manifestaciones de otras culturas.

La importancia que para el investigador de la Historia representa el método comparativo ha sido puesta de manifiesto insuperablemente por VON BELOW (47), a la par que ya en el campo concreto del D. Romano destacaban su interés WENGER (48) y otros (49).

No han faltado tampoco posiciones extremas que traten de negarle esta pretendida importancia, basándose para ello en bien distintas consideraciones. Unas veces porque, como dice LOMBARDO-RADICE (50), contribuye a obscurecer y a desnaturalizar los institutos jurídicos, al desgajarlo de los complejos sistemas donde tienen su asiento y su explicación. Otras, porque como sostiene HOLLDACK (51), los aconte-

-
- (47) “Das Kurse leben einer viel genannten Theorie. Über die Lehre vom Ureigentum”, en sus “Probleme der Wirtschaftsgeschichte”, 1920, pág. 1. Cit. por TORRES LOPEZ “Lecciones de Historia...” pág. 82.
- (48) “Römisches Recht und Rechtsvergleichung”. Archiv. f. Rechts und Wirtschaftph. 1921, pág. 1 ss.
- (49) Vid. referencias en U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. pág. 298-300.
- (50) Citado por MESSINEO: “L'indagine comparativa negli studi giuridici”. Archiv. Giur. CV, 1931, pág. 15 n. 1.
- (51) “Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechtes”, 1919. Citado por U. ALVAREZ: “Horizonte...” pág. 299.

cimientos históricos vienen a ser únicos y nunca reiterables, de aquí que en buena lógica no proceda nunca el establecer esta comparación que se pretende.

En realidad, a nuestro modo de ver, ambas objeciones carecen de la eficacia y la solidez necesarias para desvirtuar el uso de tal procedimiento comparativo.

Bien es verdad que los acontecimientos históricos son únicos, pero no es menos cierto que es posible inferir del estudio a fondo de la Historia ciertas líneas unitarias de actuaciones humanas, ciertas directrices coincidentes, e incluso distintos fenómenos naturales, que obran de modo análogo dentro de una misma fase temporal y en países distintos. Por otra parte, como objeta MESSINEO a LOMBARDO-RADICE (52) en el empleo del método comparativo no se relacionan los hechos fragmentariamente, sino el conjunto del fenómeno jurídico, con todas las conexiones históricas que lo condicionan.

El método comparativo, a nuestro modo de ver, puede ser, desde luego, un auxiliar valioso en la investigación del Derecho Romano. Lo que hay que evitar a toda costa es un uso improcedente e inadecuado del mismo, con exageraciones más o menos novelescas, como en BACHOFEN (53) o con pretensiones de descubrir la línea general de la evolución jurídica del mundo, tal en KOHLER (54).

Ya sabemos que en el último tercio del siglo XIX aparece la llamada "Ciencia del Derecho Comparado" (55), una vez que la Escuela histórica, al concebir el Derecho como manifestación genuina del espíritu del pueblo (Volksgeist), hubo preparado el terreno bien concienzudamente.

Un destacado autor alemán, LEOPOLDO WENGER, ya citado por nosotros (56), intenta situar el Derecho Romano dentro de una historia general de los derechos de la Antigüedad, dentro de una "Antike Rechtsgeschichte", inaugurando de este modo una Nueva Escuela histó-

(52) "L'indagine comparativa..." cit. pág. 15 n. 1.

(53) Vid. "Das Mutterrecht", libro de Bachofen del cual dice D'ORS ("Presupuestos..." pág. 32) que debe figurar en el "Índice" de las lecturas prohibidas al jurista.

(54) Vid. "Das Recht als Kulturescheinung". Würzburg, 1887. - "Lehrbuch der Rechtsphilosophie". Berlín, 1909.

(55) Vid. sobre estas cuestiones HERNANDEZ GIL: "Metodología del Derecho", cit. pág. 190 ss. y MESSINEO: "L'indagine comparativa" cit. pág. 4 ss.

(56) "Desviaciones conceptuales del Derecho romano" en nuestra Memoria pedagógica.

rica, cuya crítica hicimos ya en su lugar oportuno. En este terreno de las exageraciones todo se hace esperar y así mientras SALEILLES propugna la posibilidad indudable de crear un "Derecho civil común de la humanidad" (57), SCIALOJA desorbita la técnica comparativa identificando plenamente la Historia con el Derecho comparado (58).

En realidad no es posible, ni científico, llegar a tanto. Lo que únicamente interesa destacar es que el comparativismo jurídico es, desde luego, un medio complementario de investigación histórico-jurídica, si se maneja con prudencia y ponderación. Ello exige —¿quién lo duda?— dotes excepcionales en el sujeto que investiga: aptitud de historiador y al mismo tiempo de jurista; el estar en posesión de una suma de conocimientos que no puede de ninguna manera improvisarse; sensibilidad abierta a todas las voces de la realidad jurídica y especialmente un poder grande de síntesis capaz de dominar el material múltiple de los hechos (59).

Esto supuesto, nadie se atreverá a discutir que, con la ayuda de tal método podemos llegar a conocer los caracteres originarios y las influencias recíprocas de los Derechos que se comparan; cual sea el fondo común de los mismos, y a la vez sus típicas notas individuantes. De ahí la posibilidad de reconstruir las posibles lagunas de los diversos ordenamientos jurídicos y de ahí también que sea factible revelar el sentido de una determinada institución jurídica, sin más que compararla con otras análogas de distintos derechos conocidos. Tiene ello gran importancia, conforme apuntábamos, en las etapas primeras de todo derecho en que tan terriblemente confusos se nos presentan siempre los problemas de los orígenes. De aquí que el método comparativo pueda reportarnos notoria utilidad en la investigación del Derecho Romano antiguo (60).

(57) Vid. SALEILLES: "Le droit commercial comparé". Annales de Droit com. V. (1891) págs. 217 ss. - "Conception est objet de la science du droit comparé". Bull. de la Société de législation comparé XXIX (1899-1900), págs. 393 ss. - "Ecole historique et Droit naturel". Revue trim. de droit civil I. (1902), págs. 89 ss.

(58) "Diritto pratico e Diritto teorico". Riv. Dir. comm. 1911, pág. 944.

(59) Así MESSINEO: "L'indagine..." cit. pág. 21.

(60) Otra es la opinión de A. D'ORS (Presupuestos...) cit. pág. 31): "Todavía se dirá que el método comparativo presenta cierta utilidad para la investigación del más antiguo Derecho Romano. Puede ser. Pero es que tampoco creemos que el romanista deba prestar demasiada atención a los tan sugestivos como oscuros problemas de orígenes. La prehistoria es algo que no debe interesar al jurista. Por eso MOMMSEN, que ante todo era jurista,

Es de esta manera como un ilustre romanista italiano, ARANGIO RUIZ (61) ha subrayado el manifiesto interés de la indagación metódica comparativa en las etapas primeras de la vida de la Urbe.

“Verdaderamente precioso y útil —dice— cuando toma como fundamento una evidente afinidad étnica o una influencia notoriamente ejercida por un pueblo sobre otro y cuando sirve para interpretar movimientos políticos y sociales que, en ciertos estadios de la civilización y bajo ciertos supuestos de organización constitucional, se repiten con gran frecuencia. Piénsese, por ejemplo, en la organización de la Ciudad Estado; en las funciones de las Asambleas populares y de los Consejos de ancianos; en las distinciones entre las clases; en la lucha por la posesión de los fondos; en la organización patriarcal de la familia, etc.”

Todos estos supuestos, e incluso otros más que pudieran señalarse, nos confirman desde luego su utilidad evidente en esta lejana etapa del Derecho Romano. Y no conviene olvidar tampoco, como ya había destacado WESTRUP (62), que la investigación comparativa del primitivo derecho ario puede ser de gran trascendencia para el conocimiento del Derecho antiguo de Roma, el cual de ninguna manera puede ser desentrañado con provecho si se olvida esta indagación específica, allí donde las fuentes escasean o no existen.

3) METODO NATURALISTICO.

Un ilustre romanista italiano, PIETRO BONFANTE, realiza insuperablemente la crítica de los dos métodos investigativos anteriores, a los que juzga en parte insuficientes, en parte viciados por grandes probabilidades de error.

Si el método crítico es certeramente eficaz en el campo de la Historia, ya no ocurre lo propio cuando se trasplanta a la esfera de lo jurídico, en que tantas veces la vida de las instituciones no puede ser captada por el mero análisis documental, por muy perfecto que sea.

El método comparativo adolece también de serios inconvenientes según opina el ilustre romanista: es muy fácil incidir en errores de bulto y sostener inexactas conclusiones, sobre todo si el que lo utiliza no es un jurista de competencia, ecuánime y ponderado. “Las analogías

prescindió en su misma historia general del pueblo romano, de las turbias preocupaciones sobre la prehistoria itálica”.

(61) “Historia...” cit. pág. 10.

(62) “Alcune osservazioni nell’investigazione del primo Diritto romano”. - Riv. Int. Fil. Diritto, XVII, 1937, págs. 401 ss.

en las cuales para la atención, son frecuentemente extrínsecas —dice—; no afectan a la estructura de las instituciones, sino a las finalidades de éstas o a algunas de sus finalidades, por lo que se corre el riesgo de aproximar instituciones profundamente diversas, con el mismo ingenuo simplismo que adoptan los antiguos cuando hallan a Mercurio, Minerva y Marte entre los celtas y los germanos (César, Tácito), y llegan semiinconscientemente (así proceden también los comparatistas) a identificar dos mitologías profundamente diversas, como la griega y la romana” (63).

Es necesario, por todo ello, corregir e integrar tales métodos en uno que, fundamentado en un orden general de ideas, pueda denominarse naturalístico u orgánico (64), el cual no consiste en otra cosa sino en pedir a las instituciones mismas el secreto de sus orígenes y de sus fases más obscuras. Las viejas formas jurídicas, al adaptarse a las nuevas exigencias de la vida, a los nuevos fines que surgen, van a seguir conservando la traza de la antigua finalidad a que sirvieron, los elementos residuales de su misión primitiva. De aquí que el jurista pueda, en toda institución, distinguir los dos elementos siguientes: la forma o estructura y la finalidad o función.

“La estructura —dice— viene a ser el documento mejor para la Historia de un fenómeno, mientras que la función es el más falaz de todos” (65). “En la gradual demolición y transformación de las antiguas instituciones jurídicas —dice en otra parte— las bases internas y los fundamentos ocultos son los elementos más indestructibles, y el sostener un edificio con funciones y destinos que no corresponde a tales bases y fundamentos, revela, a pesar de los aditamentos y de la reconstrucción íntegra, los fines y el estilo de la vieja fábrica” (66).

Es posible para BONFANTE deducir lo pasado por lo ulterior, una vez establecidas las leyes naturales de adecuación de los órganos a las funciones. Es indiscutiblemente cierto que la “mancipatio” consistió originariamente en una venta real y efectiva, si observamos que en una fase histórica —de la cual tenemos sobrada constancia— toda “man-

(63) “Historia...” cit. Vol. I. págs. 13-14.

(64) Vid. sobre todo, “Il metodo naturalistico nella Storia del Diritto”. Riv. ital. di Sociologia, 1917, págs. 53 ss. “Il metodo filologico negli studi del Diritto romano”. Scritti Salandra, págs. 123 ss. Un resumen de la postura metodológica de BONFANTE en Hernández Gil: “Metodología...” cit. págs. 195-198 y en Chiazzese: “Introduzione allo studio del Diritto romano” cit. págs. 23 ss.

(65) “Scritti giuridici” ... cit. I. pág. 505.

(66) “Historia...” cit. pág. 14 in fine.

cipatio" exigía el requisito de la entrega de una moneda simbólica (67).

No ha tenido una aceptación unánime la doctrina del gran Maestro italiano entre los romanistas. Grandes críticas se han dirigido contra la misma desde los más variados sectores del romanismo. En nuestra patria, por ejemplo, ALVARO D'ORS califica el método de BONFANTE como un auténtico "lamarckismo" jurídico (68).

¿Es exacto el calificativo? ¿Podemos hablar de un consecuente evolucionismo jurídico en las doctrinas metodológicas bonfantianas? Creemos que no, puesto que como ya destacaban U. ALVAREZ y J. IGLESIAS (69): "no se trata de aplicar los métodos de las ciencias naturales al Derecho sino simplemente de estudiar en la institución de que se trata sus elementos estructurales y finales, los motivos de su nacimiento y los de su modificación y desaparición".

En efecto; a nuestro entender BONFANTE no piensa que los institutos jurídicos sean auténticos organismos jurídicos, que viven su vida propia con total independencia del hombre que los creó. Siempre el derecho —obra al fin y al cabo del hombre— habrá de reflejar en cierto

(67) Así lo destaca también D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 35, aunque a continuación señala que "observaciones como estas y otras parecidas por atinadas que sean, no sirven para fundar un método general de investigación".

(68) Vid. D'ORS: ("Presupuestos..." cit. pág. 33): "Los institutos jurídicos son en él aprehendidos como organismos vivos en los que un proceso ulterior de evolución que nos es conocido sirve para fundar, con pretensiones de indiscutible forzosidad, un proceso anterior que nos es absolutamente desconocido"... "El método naturalístico tiene este peligro particular de que con él se puede incurrir muy fácilmente en el error atractivo de reconstruir, no la verdadera especie originaria de una institución, sino una hipotética especie que lo explica todo... Así, pues, el método naturalístico, por el error inicial de aplicar a lo que pertenece al mundo de la cultura los esquemas de evolución natural, por la inseguridad de sus límites y criterios, por la debilidad de sus resultados, no parece ni mucho menos el método más aconsejable para los estudios de Derecho Romano como pretendía BONFANTE" (págs. 34-35). - En realidad, el calificativo de "lamarckista", como dice PLACHY ("Alcune osservazioni metodologiche". Bull. Ist. Diritto Romano 1940, pág. 142), debe ser dirigido mejor contra otros autores, como debe ser dirigido mejor contra otros autores, como, por ejemplo, MANCALEONI, el cual afirma que "el estudio del Derecho es un capítulo del estudio de la Biología humana" (L'evoluzione regresiva". Studi Sassari, 1921, pág. 3).

(69) "Horizonte actual..." cit. pág. 298. Vid. también J. Iglesias en su Revisión a los "Presupuestos..." de D'ORS. Anuario de Historia del Derecho Español, XV, 1944, pág. 797, el cual recoge las palabras transcritas de U. ALVAREZ.

modo la vida humana de relación, y por ello el servicio del hombre ha de plegarse por imperiosa necesidad de medio. Esto ocurre, como no podía por menos, en el propio Derecho de Roma: estudiar su vida, sus diversas fases, no es sino seguir la pista al mismo pueblo romano en sus firmes pasos por la Historia. Ya hemos tenido ocasión de comprobar las características especiales del Derecho Romano en cada una de sus etapas. Y no nos extraña por ello que el Derecho quirritario venga repleto de ciertas notas distintas a las que nos puede ofrecer el propio Derecho bizantino.

Al jurista precisamente lo que le interesa destacar (y ello no implica una profesión de fe sospechosa de biologismo) es la adaptación de ese derecho, fin de su estudio, al medio en que se ha desarrollado.

Seguir estos esfuerzos; indagar las causas de esta pervivencia remozada y de esta vitalidad superadora de los obstáculos del medio, debe ser el gran objetivo de la investigación causal de todo derecho. De ahí la necesidad de hacerse un estudio a fondo de sus elementos estructurales, como BONFANTE pretendía. De ahí también que los elementos finales deban conocerse y valorarse de una manera plena y razonada.

¿Implica esto que hayan de utilizarse procedimientos biológicos o naturales? A nuestro modo de ver, no. El Derecho no es una biología, lo hemos repetido ya. El derecho cuando evoluciona no lo hace como un organismo, compelido por una ley inexorable. Si las tendencias que imperan modernamente en los estudios biológicos es considerar como definitivamente superadas las posturas doctrinales de DARWIN, HAECKEL o LAMARK, que no corresponden a la realidad, piénsese lo que serán estas doctrinas trasplantadas a un campo, como el jurídico, en que domina soberana la voluntad del hombre en la inmensa mayoría de sus regiones. A esta biología ya caduca evolucionista, VON UEXKÜLL y otros biólogos reaccionan destacando la misión fundamental del medio, del "mundo circundante".

El medio también tiene en el campo de lo jurídico, según hemos insinuado, una misión extraordinaria a realizar. El puede decirse que, en cierto modo (hablamos del medio social), troquela el derecho, lo forma y lo moldea con el martillo y la gubia de su realidad. En este sentido el Derecho se perfecciona con el medio: "trial and error", como JENNINGS, el biólogo, pensaba. Es así como cumple el derecho su destino y de ahí la necesidad imperiosa de una adaptación continuada del mismo al ambiente medial que cambia. Es, sencillamente, por lo que el lema de G. D'ANNUNZIO: "rinnovare o perire", tiene un sentido efectivo de realidad tal, que no puede por menos de ser la inevita-

ble y apremiante opción imperativa —valga la paradoja— de todo Derecho (70).

No son exclusivamente de este tipo las objeciones dirigidas contra la posición metodológica de BONFANTE, y ello aunque PLACHY vuelve a la carga concibiendo al método bonfantiano como una aplicación del evolucionismo jurídico (71), al que echa en cara la falta de un criterio objetivo para calificar la evolución y a la vez la inseguridad doctrinal del concepto instituto jurídico.

ARANGIO RUIZ, el preclaro romanista de la Universidad de Roma, aun reconociendo la eficacia del método (72), se muestra decidido adversario de la hipótesis subsiguiente bonfantiana acerca de la estructura de la organización familiar primitiva (73), a la vez que destaca lo fácil que es considerar como elemento arcaico en el Derecho Romano lo que sólo lo es a la luz de nuestra consideración actual, junto con el hecho evidente, aun dado por supuesto este punto, de tenerse siempre que salvar y tomar en cuenta la realidad de otras explicaciones justificadoras (74).

En realidad, después de la oportuna réplica de BETTI (75) poco es lo que tenemos que oponer a estas serenas objeciones de ARANGIO, dirigidas, más que contra el método, contra su utilización inadecuada.

Es cierto que no siempre las soluciones que podamos hallar, utilizando tal método investigativo, han de ser rigurosamente exactas. Es muy posible que entre sus conclusiones se deslice el error, y que algunas de las mismas sean meramente hipotéticas; por ej., aquella configuración de la "gens" como un ente político (76). Pero no por esto

(70) A las acusaciones del evolucionismo jurídico reacciona el propio BONFANTE, igual que antes al equívoco nacido de la denominación del método. Vid. Rivista ital. di Sociol., 1918, págs. 3 ss., 347 y ss.

(71) "Alcune osserv. metod." cit. págs. 143 y ss.

(72) Vid. su "Historia...", cit. pág. 110... "la incongruencia y desproporción resultante entre la función actual de una institución y su estructura (es) la que permite establecer o fijar su función originaria. Verdad esta indiscutible en todo ambiente, pero refulgente sobre todo en Roma, a causa de la concepción que tuvieron los romanos de la eternidad y de la refragabilidad de las normas fundamentales de su derecho".

(73) Vid. "Le genti e la città". Ann. Univ. Messina 1913-1914. Citada en sus "Istituzioni", pág. 414 n. 175.

(74) Vid. su "Recens. a los Scritti giur. de BONFANTE". Archivio Giur. XC (1923), pág. 118.

(75) "Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane". Bulletino Ist. Dir. Roman. XXXIV (1925) págs. 266-67.

(76) Vid. D'ORS en sus tantas veces citados "Presupuestos críticos", pág. 34: "La

cabe despreciar el método y arrumbarlo en el cajón de las viejas cosas olvidadas.

Tal vez con un atinado y prudente manejo del mismo zonas obscuras del Derecho Romano se iluminen súbitamente, allí donde los otros métodos investigativos se muestran torpes e inadecuados. Ello hace que no pueda nunca periclitarse su interés efectivo para el romanista, que encuentra siempre, en este método, un auxiliar valioso de investigación y de trabajo.

4) METODO SOCIOLOGICO.

La aparición de la sociología repercute muy ampliamente en la esfera jurídica, y ni que decir tiene en los problemas metódicos. La ciencia del Derecho en este sentido debe bastante a aquellos padres de la sociología, como fueron COMTE y SPENCER, o a aquellos otros autores que siguieron sus huellas: GUMLOWICZ, SCHAFFLE, TONNIES, DURCKHEIM, etc.

Todos ellos, quién más quien menos, influyen de una manera notoria en el Derecho, acertada o no. Esto ya será otra cuestión. Lo cierto es que el sociologismo jurídico impone directrices nuevas; subraya problemas y aborda cuestiones que antes se silenciaban; destaca el valor evidente de la observación y de la experiencia; del análisis y de la comparación de los hechos.

No creemos oportuno hacer una exposición —siquiera breve— de sus directrices metodológicas (77) fundamentales.

Nos vamos a contentar tan sólo con ver su aplicación en el campo romanista, por obra en especial de LEVY-BRÜHL (H), el Profesor de Derecho Romano de la Universidad de París.

Los caracteres generales, los rasgos del Derecho Romano primitivo, han de aclararse sobre todo relacionando las instituciones de este derecho con las necesidades sociales que determinaron su aparición.

famosa tesis bonfantiana de la gens como ente político, punto de arranque para todas las hipótesis sobre el sistema sucesorio de Roma, a pesar de cierta verosimilitud de conjunto, no excede de ser una pura hipótesis en espera de demostración. La ausencia de todo recuerdo de la existencia —ni aun remotísima— de mayorazgo, entre otros argumentos, pueden hacer dudar lícitamente de que tal prueba llegue a existir algún día".

(77) Vid. HERNANDEZ GIL: "Metodología del Derecho" cit. págs. 239 y ss.

Propugna para ello las siguientes líneas directrices, que han de observarse imprescindiblemente en la investigación romanística (78):

- a) Situar las instituciones en su exacto cuadro cronológico.
- b) No olvidar nunca el estado social de la Roma primitiva.
- c) Interpretar las instituciones jurídicas siempre de acuerdo con aquella especial atmósfera mágica que las impregna.
- d) Rechazar de plano toda posible construcción previa, improcedente desde luego, tratándose de época tan antigua.
- e) Liberarse por completo de ideas preconcebidas, que suelen obstaculizar la visión exacta de los problemas jurídicos, como por ejemplo aquella que considera arcaica la transmisión de la cosa, cuando en realidad está más de acuerdo con la mentalidad primitiva el descomponerla en dos actos: el abandono de la cosa por el propietario antiguo y la aprehensión subsiguiente por el nuevo.

Otras ideas falsas que según LEVY-BRÜHL hay que olvidar son las dos siguientes: el dar prioridad temporal a la permuta sobre la compraventa y el concebir a la justifica privada (Selbsthilfe) como propia de los estados presociales y de las sociedades primitivas.

En realidad puede decirse que este método sociológico apenas ha calado entre los romanistas, que en todo momento lo suelen mirar con desconfianza. Es cierto que en la explicación del fenómeno jurídico debe tenerse en cuenta la realidad social, pues ésta pesa siempre en todo Derecho. Ahora bien: esto es una cosa y otra que vayan a aceptarse los postulados metodológicos del sociologismo jurídico, por muchas y bien distintas razones que se diga militen en su favor. No sólo es repudiable por ese anticonceptualismo evidente del que hace gala, sino también porque la constatación de los hechos sociales no puede ser el único cometido del método jurídico, ya que —como dice muy exactamente HERNANDEZ GIL (79)— “lo que al jurista le interesa específicamente es el significado jurídico de tales hechos, su fuerza vinculante, y del análisis de los hechos en sí no se puede obtener. Hay una línea divisoria entre lo que es hecho social y hecho jurídico que un método puramente sociológico no está en condiciones de señalar. Y ello porque descuida la consideración de un punto de referencia normativo que es el que forzosamente ha de marcar la pauta para la apreciación de los hechos”.

(78) Vid. LEVY BRÜHL: “Quelques problèmes du très ancien droit romain”. París, 1934, págs. 8 y ss.

(79) “Metodología...” cit. pág. 273.

5) EL METODO DOGMATICO.

Un preclaro romanista italiano, BETTI, ha propugnado como el más eficaz de los métodos investigativos del Derecho Romano aquel que denomina “dogmática moderna”, en un amplio intento doctrinal nada ajeno, por cierto, a la especulación filosófica kantiana (80).

El método dogmático de BETTI, que hinca sus raíces, como el que más, en los campos de la gnoseología, se basa en principios epistemológicos determinados, que vamos a ves a continuación. Pero, antes de seguir, estimamos oportuno explicar —puesto que ello debe ser lógicamente el punto de arranque— la propia terminología empleada, el sentido que debe implicar el concepto “dogmática abstracta o moderna”.

Cuestión esta que parecería clara, se complica desde luego en cuanto los autores no se pronuncian unánimemente acerca de su significado exacto conceptual (81). Y en efecto; unos consideran a la dogmática como el mero análisis de los preceptos de la norma jurídica y otros —por el contrario— la entienden o bien como el examen de los principios abstractos contenidos en la norma o bien en el sentido de verdades jurídicas que escapan a toda posible discusión.

En realidad, a nuestro modo de ver el problema se simplifica extraordinariamente sin más que distinguir —puesto que no debe olvidarse nos movemos en el campo jurídico— un doble sentido de dogmática: dogmática positiva, por un lado, y dogmática abstracta y moderna, por otro. Es lo que ha hecho con acierto notorio, URSICINO ALVAREZ (82) al destacar el papel desempeñado por la primera —papel análogo al de las hipótesis en las ciencias naturales— en cuanto que “los hechos históricos ya comprobados suministran las bases fundamentales sobre las que asentar esas líneas dogmáticas suplementarias, cuya confirmación se busca en la realidad histórica no investigada”, mientras que

(80) Vid. sobre todo: “Problemi e criteri metodici di un manuale di Istituzioni romane”. Bull. Inst. Dirit. Roman. 34 (1935), págs. 225 ss. - “Diritto romano e dommatica odierna”. Archiv. Giur. 99-1928, págs. 129 ss. y 100, 1928, págs. 26 y ss4 - “Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto romano”. Bull. Dir. Rom. 39-1931, págs. 33 ss. Cfr. también: “Methode und Wert des heutigen Studium des rom. Rechts”. En Tijdschrift, XV, 1937, págs. 139 ss. (Citado por D'ORS: “Presupuestos...” pág. 35 núm. 26).

(81) Vid. Pisapia: “Appunti in tema di scienza del Diritto”. Archiv. Giu. 123, 1940, págs. 189-191.

(82) “Horizonte...” cit. pág. 36.

la dogmática abstracta, es “el resultado último a que hoy ha llegado la técnica jurídica y en lo fundamental viene a coincidir con la teoría general del Derecho”.

Si bien es verdad que toda elaboración dogmática implica un proceso de abstracción (“*abstrahentium non est mendatium*”, decía ya el aforismo aristotélico tomista) cuando esta abstracción se realiza sobre las instituciones jurídicas (al fin de obtener una serie de conceptos útiles en la sistemática elaboración de un derecho), es cuando, antes de BETTI, se hablaba de iniciar una investigación dogmática en el Derecho, unas veces para descubrir aquellos principios jurídicos ignorados, que regulaban conocidas situaciones positivas (83), otras veces para presuponerlos, vistas las líneas generales de aquella.

Con BETTI, como decimos, la dogmática moderna es la que aspira a enseñorearse de la investigación romanística, ya que la anterior es de todo punto improcedente. Cuando habla el romanista italiano de “dogmática moderna” da de la misma un concepto marcadamente subjetivo, no obstante que la parte primera de la definición apuntada puede inducirnos a error: “Complejo de conceptos y de principios que los cultivadores del Derecho privado y público moderno adoptan en el estudio de estos”, dice. Pero es que junto a esto (mejor dicho, sobre esto), la dogmática moderna es más que nada “la propia mentalidad jurídica del investigador; es decir, la *preparación* que un jurista de nuestra época lleva, en cuanto tal, al conocimiento del fenómeno jurídico en abstracto” (84).

Aclarada esta cuestión de términos, hora es ya de exponer con detenimiento la concepción metodológica bettiana, según los puntos fundamentales que el autor destaca en su prolucción al curso de Instituciones de Derecho Romano en la Universidad de Milán (14 de noviembre de 1927) recogido en un trabajo publicado en el “Archivio Giurídico” con el título de “Diritto Romano e Dommatica odierna”.

A) Todo conocimiento de un Derecho de épocas pasadas plantea un análogo problema al que surge cuando se trata de asimilar una obra de arte, patrimonio cultural de pasadas generaciones. En esta actividad el sujeto no va a recibir una impresión inmutable, radicada exclusivamente en la fuerza expresiva de la obra. Ocurre precisamente todo lo contrario: las impresiones que el crítico o el observador reciben

(83) Cfr. TORRES LOPEZ, op. cit. pág. 297.

(84) Cfr. BETTI: “Diritto romano e Dommatica odierna”, cit. pág. 140.

son de todo punto variables y distintas, influidas desde luego por el espíritu de la época, por los gustos nuevos que ésta insufla en las generaciones, y ni que decir tiene, por la preparación básica cultural del sujeto cognoscente: observador o crítico.

En el conocimiento de todo Derecho histórico ocurre precisamente este fenómeno, gracias a la afinidad clara que el derecho —producto, al fin y al cabo del pensamiento humano— presenta con las obras de arte. Si el derecho es, desde luego, un complejo de normas técnicas, no es menos cierto que consideradas la actividad del ser que las aplica no puede nunca dejar de ser un arte: el arte de la jurisprudencia, granado fruto de la utilización de criterios independientes de la estructura y del funcionamiento de la norma jurídica.

Si la contemplación de la obra artística está “condicionada siempre históricamente” por el observador, de análoga manera ha de afirmarse que el conocimiento de todo derecho ha de venir condicionado por el sistema mental del sujeto pensante. En este sentido es de suma trascendencia la intervención del sujeto en la función de todo conocer y esto lo subraya reiteradamente BETTI (págs. 130-133).

B) La importancia innegable de tal intervención del sujeto pensante es siempre un fundamental principio de la teoría del conocimiento. “Es, dice BETTI, una pretensión ingenua la de hacer tabla rasa de la mentalidad del sujeto, porque el conocimiento no consiste en una nueva recepción pasiva del objeto por el sujeto, sino más bien en una reconstrucción asimilativa y una valoración crítica subsiguiente del primero por el segundo” (pág. 133).

Trasladado esto al orden general de Derecho, como hace BETTI, va a significar que la elaboración dogmática de un Derecho cualquiera, por un jurista contemporáneo, no puede servir ni de modelo ni de medida a otro jurista posterior en la exposición histórica que intente del mismo. Al jurista contemporáneo, que contempla diariamente las relaciones jurídicas en concreto, tiene que presentársele los principios de derecho bajo otras perspectivas que al jurista posterior. Aquél puede contemplar los principios con la intuición de la vida diaria, y como está siempre colocado frente a la realidad concreta de la vida, ni hará análisis profundos, ni sutiles distinciones. Silenciará todos aquellos hechos que escapen de la percepción normal de la época, y tenderá a subrayar aquellos otros desprovistos de trascendencia en sí, pero que a la época se le antojaron decisivos y fundamentales.

Al jurista posterior, por el contrario, le falta esta fuente primor-

dial del conocimiento, y de aquí que estos conocimientos deba suplirlos con la ayuda de otras fuentes históricas. Mas en contraposición, como dice BETTI, “tiene delante de sí, y domina desde lo alto de su observatorio, el curso ulterior del devenir histórico, tanto el del derecho positivo como el de los dogmas y el pensamiento jurídico en general” (pág. 134). El puede, desde luego, integrarlos con una más perfecta y acabada dogmática jurídica a la par que conseguir su formulación en un sistema más exacto y científico.

C) Estas consideraciones precedentes tienen un particular interés en el estudio del Derecho Romano, toda vez que sus juristas, insuperables y consumados maestros en la práctica del derecho, no brillaron a gran altura en las construcciones abstractas. Siempre —dice BETTI (pág. 135)— “la capacidad teorizadora fue en ellos notoriamente inferior al genio legislativo y a la intuición práctica”. No quiere decirse con esto, subraya, que carecieran de una preparación teórica y filosófica. Tenían una especie de “dogmática latente”, latente en la subconsciencia del jurista y por eso casi nunca expresada. Los casos excepcionales en que se formula —de una manera exigua, o amplia en demasía casi siempre— no puede nunca llevarnos a concebir el derecho romano con esa rudimentaria dogmática de los “prudentes”, vaga e inexpresiva por naturaleza (págs. 135-136).

D) En todo ordenamiento jurídico —y así en el romano— es factible distinguir un doble aspecto: el contemplado bajo la inmediata perceptiva de la norma jurídica, destinada por su propia naturaleza a regular las relaciones entre los hombres, y el que nos aparece bajo la consideración del dogma, fruto al fin y al cabo de una consciente reflexión sobre aquella, y que en los juristas contemporáneos, “mira a influir sobre el proceso de producción del derecho e indirectamente a determinararlo”.

Si el aspecto primero (creación y manifestación del orden jurídico en las fuentes legales) hay que apreciarlo con el más puro método histórico, según criterios de sujeción estricta a lo expresado, el aspecto segundo —por el contrario— en cuanto exponente de una superestructura conceptual y sistemática, es obra típica de elaboración jurídica y por ello, en un plan de libertad completa, ha de reconstruirse hoy y ha de ser integrado y corregido con la ayuda de la dogmática moderna (págs. 136-138).

Es una cuestión doble de legitimidad por un lado y de oportunidad por otro. El jurista, aunque se lo propusiera, no podría en modo alguno emanciparse de su propia mentalidad, que toma su principal alimento de la práctica y de la dogmática del derecho actual precisamente. Tales dogmas, aunque nacidos más tarde —ya IHERING hablaba de su “punto de emergencia histórica”— debe separarlos con arreglo al momento de su aparición y así se corta el anacronismo de trasladar íntegramente nuestra dogmática a unos tiempos pasados tan distintos de los nuestros.

Ahora bien; estos dogmas tienen, en cierto sentido, un valor que trasciende de su época y que les hace puedan ser aplicados en otra cualquiera.

Constituyen una especie de “alfabeto jurídico”, como IHERING decía, una especie de categorías universales necesarias, y que por su propia naturaleza están latentes en cualquier ordenamiento jurídico. Esto es lo que ocurre con los conceptos fuente de derecho, norma jurídica, relación jurídica, sujeto de derecho, acto ilícito, Derecho subjetivo, sanción, acción, proceso, etc.

Cuando BETTI habla de estos dogmas, reconoce indudablemente que no tienen la pretensión de eternidad y universalidad de las categorías gnoseológicas kantianas, ni son tampoco esas síntesis lógicas a priori en el sentido de la filosofía de BENEDETTO CROCE (pág. 146). Afirmación esta que no deja de tener una importancia capital, ya que dentro de tal sistema dogmático —como reconoce D'ORS (85)— “no todo puede ser utilizado para el estudio del derecho antiguo, sino que ciertos dogmas resultan aplicables y otros no. Es decir, no cabe olvidar que tal sistema dogmático es a su vez un producto histórico y afectado de la relatividad valorativa que todo lo histórico tiene”.

Una vez que a grandes rasgos expusimos la doctrina de BETTI, hemos en seguida de enjuiciarla y de ver también si hay razones algunas que prueben su utilidad efectiva.

No intentemos analizar los motivos que impulsaron a sostener a un autor, como LEVY (86), que efectivamente se trataba de una nueva escuela en los estudios de Derecho Romano, ni tampoco vamos a considerar si substancialmente debe concebirse como una mera formulación

(85) “Presupuestos...”, cit. pág. 36.

(86) “Pandettistica, Dommatica odierna e Filosofia del Diritto”. Riv. Int. Fil. del diritto 10 (1930), pág. 268.

teórica de un procedimiento práctico, de uso corriente incluso en otros autores (87). Sólo nos interesa destacar que la doctrina de BETTI, objeto de una gran controversia prolongada incluso en nuestros días (88), adolece a nuestro entender de serios inconvenientes y de graves defectos que en gran parte la invalidan. Veámoslos.

En primer término (y aunque tengamos que tratar de una cuestión de estética, lo cual escapa un mucho de nuestra intención) no es totalmente aceptable la hipótesis de BETTI para quien toda obra de arte ha de ser “recreada” en el espíritu del observador, y esto de una manera que bien podemos calificar de absoluta, ya que equivaldría ello a negar, según nuestro entender, la existencia objetiva de una serie de valores insertos en la propia obra de arte, en cuanto atributos esenciales de la misma. Toda valoración artística habría de resolverse por ello, como TAINÉ creía, en una mera cuestión subjetiva: dependería en todo de quien la mire y nada más. Ahora bien; esto si bien se analiza no es rigurosamente exacto: es cierto que las impresiones estéticas varían según la capacidad perceptiva, educación artística, sentimientos, personalidad, temperamento del sujeto cognoscente. Ante una misma obra de arte, ante un Rembrandt o un Velázquez, no todos reaccionan de igual manera; no todos perciben lo mismo. Esto es evidente, y nunca puede ser negado; pero es tan sólo la mitad de la verdad.

Y es la mitad de la verdad, decimos, porque tal recreación está forzosamente limitada. El límite se sitúa precisamente en la fuerza de expresión propia de la obra, en sus valores objetivos, independientes en todo de la personalidad del sujeto. Las “sensaciones artísticas”, al revés de las impresiones, radican en la obra, en los sentimientos que la misma sugiera, y esto, indiscutiblemente, es percibido por todos los sujetos. No conviene olvidarlo porque aquí se halla, como decimos, ese límite natural infranqueable a las concepciones subjetivas absolutas de la obra artística en cuanto objeto perceptible.

BETTI, conforme hemos ya indicado, establece una notoria similitud entre el fenómeno artístico y el jurídico. No llega, es cierto, a la

(87) DE SARLO: “Indirizzi, metodi e tendenze della moderna scienza del Diritto romano”. Archiv. Giur. CXI - 1934, pág. 116. El mismo BETTI decía: “No he tenido la pretensión de decir nada nuevo. He querido solamente recordar verdades elementales en cuestión de método”. Archiv. Giur. C (1928) pág. 65.

(88) Vid. U. ALVAREZ: “Horizonte...” pág. 294. - GROSSO, en sus “Premesse generali...” cit. p. 28 ss., insiste en la admisibilidad de la tesis bettiana. Opónesele GUARINO en la recensión de tal obra: Archiv. Giur. 1946, fas. 1, pág. 69-70.

exageración de CROCE cuando equiparaba la dogmática artística a la jurídica.

Para el romanista italiano, dogmática artística y dogmática jurídica son dos cosas distintas: “La diversa eficacia de la dogmática en los campos del derecho y de la historia literaria depende de la diversa naturaleza del fenómeno jurídico y del fenómeno artístico. El fenómeno artístico se agota totalmente en la *concreta intuición de lo individual*. Sólo a la expresión acertada de lo individual se le reconoce valor estético: no a las clases, géneros o tipos de expresión.

Al contrario, en el fenómeno jurídico el hecho en concreto, en su individualidad, no interesa: lo que interesa en él y lo que determina su valor jurídico es únicamente su conformidad con el *tipo abstracto* previsto y valorado en la norma que le determina efectos jurídicos” (89).

Esto es evidente para BETTI, en efecto. Pero desde luego no por eso deja de reconocer que en el mismo terreno jurídico es factible distinguir un género doble de actividades: una, la de la aplicación de la norma al caso particular y concreto y otra la genuina y propia actividad jurídica— centrada en la valoración de los hechos con arreglo a determinados principios jurídicos.

Si la actividad jurídica es de todo punto equiparable a la artística (aquí BETTI concibe a la jurisprudencia como arte); la actividad segunda es incuestionablemente dogmática.

En realidad, a nuestro modo de ver, tampoco debe hablarse de arte en la primera de tales actividades, a no ser que entendamos por arte una idea tan excesivamente vaga y general que no nos diga nada.

Si en la jurisprudencia hay algo de arte, mejor dicho, si la jurisprudencia presupone en cierto modo el arte, no quiere decirse con esto que esencialmente lo sea. Es más, su calibre científico se pone de manifiesto sin más que consideremos la función compleja llamada a desempeñar por la misma, en cuanto aplica la norma de derecho a los casos concretos y particulares. Ello entraña cuestiones tan hondas, tan sólidamente científicas (incluso nos atreveríamos a decir dogmáticas) que, en rigor de verdad hablar del arte de la jurisprudencia, sin más ni más, se nos puede antojar de una ligereza excesiva cuando no de una superficialidad evidente. Es ver solamente el *cómo* —sentido factible del arte— y olvidar el *porqué* y el *para qué*. Es silenciar que la aplicación de la norma jurídica implica un acto valorativo y creador de manifiesta trascendencia, en una palabra.

(89) BETTI: “Educazione giuridica...” cit. pág. 69.

La doctrina de BETTI se presenta, es cierto, con un ropaje filosófico realmente cautivador y elegante. Fundamentada en principios gnoseológicos determinados, incluso muchos de sus adversarios decididos pasaron por los mismos (90).

Ahora bien: a fondo analizada, descubre notables puntos flojos, como a continuación vamos a ver. De todos modos antes de hacer la crítica filosófica de la misma interesa destacar su ponderado y armónico sentido, que la lleva a alejarse al parigual del realismo y del idealismo extremado. Sujeto cognoscente y objeto conocido son esencialmente imprescindibles en toda relación gnoseológica. Este principio fundamental fue, desde luego, la base del sistema de BETTI, enjuiciado desde el punto de vista epistemológico. Tal vez si quisiéramos acercar su postura filosófica a la de algún gran maestro de la filosofía, tendríamos que acordarnos de KANT.

Como ya hemos indicado, en el “fenomenalismo kantiano” incide el pensamiento de BETTI. Él mismo declara su conformidad con el concepto kantiano de las categorías (91) aunque luego necesariamente reconozca que las “categorías jurídicas” no pueden pensarse a priori como las kantianas, sino que han de ser de carácter acusadamente empírico o a posteriori (92).

El fallo fundamental, en una palabra, de la doctrina de BETTI desde el punto de vista filosófico —y de ahí derivan esos puntos flojos de que hablábamos— no es sino el general en que inciden todas las doctrinas dogmáticas: no ver que el conocimiento es por esencia una relación entre un objeto y un sujeto. El dogmatismo (y ahora tenemos que hacer una pequeña digresión para fijar el problema) viene siempre caracterizado gnoseológicamente por creer que en realidad no existe el problema del conocimiento. El dogmatismo da por supuestas la posibilidad y la realidad del contacto entre el sujeto y el objeto. Es para él comprensible de suyo que el sujeto, la conciencia cognoscente, aprehenda su objeto (93).

BETTI, buen dogmático, cuando trata de ver el problema gnoseológico en su esencia, sólo sabe distinguir por ello entre un objeto y un sujeto. Pero este contacto entre ambos no puede parecerlo de ninguna manera problemático, toda vez que no se ve que el conocimiento re-

(90) Así BIONDI: “Prespettive...” cit. pág. 15; DE FRANCISCI: “Questioni di metodo”, cit. pág. 8.

(91) Vid. LEVY: “Pantettistica, dommatica odierna...”, cit. pág. 264.

(92) BETTI: “Diritto Romano e dommatica...”, cit. pág. 141, n. 1.

(93) HESSEN: “Teoría del conocimiento”, cit. pág. 48.

presente, como ya dijimos, una relación caracterizada como tercer miembro independiente y necesario del problema en sí cognoscitivo. Sólomente distingue por ello entre

A) un objeto: Derecho Romano;

B) un sujeto: el jurista (no los profanos, sociólogos, filólogos, arqueólogos, etc.) (94).

El objeto, la “realidad cognoscitiva a aprehender”, como diría BETTI, no puede ser otro que el Derecho positivo romano, y uunca los principios de su dogmática (95). El sujeto del conocimiento, el jurista, deberá captar la inmediata realidad del objeto. Hasta aquí todo es lógico y escrupulosamente cierto. Nadie podrá desmentir tampoco a BETTI en su opinión de que el estudio del Derecho Romano debe ser realizado por juristas: solamente estos pueden de una manera certera y eficaz distinguir instituciones, precisar matices y establecer las conexiones esenciales entre las normas de Derecho (96).

Ahora bien, el jurista al tratar de reconstruir el Derecho Romano no puede, dice BETTI, prescindir de su mentalidad jurídica actual: ha de aplicar, en una palabra, la dogmática moderna, y esto no de una forma rígida y en bloque, antes bien, utilizando históricas diferencias, y para ello debe el jurista conservar “las categorías con tal grado de elasticidad y fuerza dinámica que resulten aptas para aprehender los institutos estudiados y tomados en su peculiaridad histórica” (97).

Vienen a desempeñar, por ello, el papel de instrumentos orientadores de nuestro conocimiento (98), pero de todos modos no estimamos

(94) BETTI: “Diritto Romano e dommatica odierna”, gg, págs. 140-141.

(95) En contra: BIONDO BIONDI: Bull. Ist. Dir. Rom. XXXVIII, pág. 216: “debe ser esfuerzo nuestro el liberarnos de nuestra mentalidad para someternos a la del mundo que queremos reconstruir”. - “Prospettive”, cit. pág. 16... “acercarnos a la mentalidad de la época a que se refiere nuestra indagación”... “repensar la cosa como fue pensada de sus contemporáneos. En efecto, tiene carácter positivo, no tan sólo el derecho, como prescripción de conducta, sino también la dogmática, es decir la posición del jurista respecto al Derecho”. - Análogamente DE FRANCISCI “Questione di metodo”, cit. págs. 17-18: “toda reconstrucción de un derecho histórico está estrechamente vinculada a las concepciones y a las sistematizaciones doctrinales que de él han dado los juristas contemporáneos”... “Todo sistema jurídico debe ser reconstruido según aquellos que son sus esquemas lógicos”.

(96) Vid. CARRELLI: “A propósito di crise”, cit. pág. 10. - D’ORS: “Presupuestos...”, cit. pág. 36.

(97) BETTI: “Diritto Romano e dommatica odierna”, cit. pág. 145, y págs. 30-31 del C. del Archivio (continuación del art. anterior).

(98) BETTI: “Diritto romano...”, cit. pág. 146. En este sentido también CROCE

la procedencia de los mismos cuando se intenta investigar sobre el Derecho de Roma. El mismo BETTI nos da la pauta en este sentido. Cuando reconoce que la dogmática moderna tiene un valor relativo y cuando sostiene la necesidad de un proceso de adaptación de la misma en orden a su aplicación al Derecho Romano, dice D'ORS (99) "viene a mermar con ello notablemente la utilidad de tal dogmática y hasta la misma pretensión de método propiamente dicho. Se reduce a un simple reconocimiento de lo que es necesario, de lo que no puede ser de otro modo: que el romanista no puede desprenderse de su educación jurídica moderna".

Aparte de esto, comprendemos también sobradamente que la finalidad que con la utilización de la misma se intenta conseguir no es muy clara y útil por cierto. Investigar el Derecho Romano mediante una dogmática moderna —muy necesaria, por otra parte, desde el punto de vista pedagógico— no será otra cosa, como en símil muy gráfico y exacto apunta U. ALVAREZ (100), que descubrir "el sistema arquitectónico de la antigüedad aplicándole las leyes de la resistencia que hoy permiten la elevación de los rascacielos en lugar de investigar cuáles eran las leyes más o menos simplistas a que aquellos monumentos agradecen su equilibrio".

Siempre queda el peligro de cerrarse herméticamente a la evidencia de hechos nuevos inesperados, o cuando menos siempre es posible que se dé en el jurista (que tienen sus "ideas" a priori que aplicar) un falso planteamiento del problema o una falsa solución del mismo, que lleve de modo natural a resultados realmente inadmisibles. Un subjetivismo excesivo es siempre uno de los mayores peligros de la investigación científica. Por otro lado tampoco es posible admitir, como lo hace BETTI, una función correctora o supletoria de la dogmática actual en los problemas de las lagunas del ordenamiento jurídico. Siempre el romanista ha de vincularse a las fuentes y a ellas ha de ajustarse en todo. ¿Qué seguridad iba a ofrecer la investigación del Derecho Romano, si adquiriesen categoría de axiomas científicos estos conceptos abstractos predicados?

¿Ibamos a pretender, en una disciplina tan incuestionablemente histórica como ésta, que privasen sobre la realidad innegable de lo histórico?

en Bull. Ist. Dir. Rom. 39-1931, pág. 66 y BIONDI: "Prospettive...", cit. pág. 15.

(99) "Pesupuestos...", cit. pág. 37.

(100) "Horizonte...", cit. págs. 295-296.

Dígase lo que se quiera, investigar el derecho romano utilizando una dogmática conceptual moderna, aparte de ser un anacronismo inexplicable, es sin género alguno de dudas un procedimiento que —por los muchos inconvenientes prácticos que arrastra— nunca podrá del todo acreditarse, cuando se trata sencillamente de buscar "la verdad objetiva" del Derecho Romano.

Otra cosa sería el utilizar la dogmática romana, precisamente la que rechaza BETTI. Porque está integrada en un sistema preferentemente histórico de investigación, puede ser el módulo superior que plasme las verdades adquiridas mediante procedimientos críticos. No olvidemos, como BETTI no olvidaba tampoco, que los dogmas a utilizar han surgido "a posteriori", y esto puede explicarnos muy bien la misión que en parte debemos atribuirles: misión conjunta con la crítica, y armónicamente enlazada a ella en un todo efectivo.

La oposición a BETTI no significa, por último, que desconozcamos el valor de la dogmática en el derecho. Sería el mayor de los absurdos cerrarse a cal y canto a esta innegable evidencia, ya que indiscutiblemente ninguna ciencia puede vivir sin ideas y principios generales, sin una sólida y sistemática que aune sus partes diversas integrantes y las ordene en una lógica y armoniosa unidad (101).

Lo único que hacemos es poner en duda el principio fundamental bettiano, que estimamos por completo ineficaz e improcedente.

Cuando BETTI propugna como instrumento idóneo de investigación del Derecho Romano la dogmática moderna, no podemos por menos de pensar que no tan sólo se detiene en esas categorías generales jurídicas de que habla, sino que también aspira a construir justificaciones lógicas generales, utilizando un análogo procedimiento al que describe PARETO en sus análisis de las derivaciones (102); esto es, proponiendo que los principios obtenidos por inducción de las normas van a adaptarse a todas las hipótesis posibles.

Tenemos que recalcar, desde luego, la necesidad de una investigación plena del Derecho Romano, y ésta, que ha de ser necesariamente histórico-crítica, de ninguna manera puede tampoco dejar de ser dogmática. Ambas se complementan e íntimamente se conexionan de manera esencial. Frente a VAIHINGER, el filósofo ficcionalista que ne-

(101) Vid. DE FRANCISCI: "Dogmatica e storia nell'educazione giuridica". Riv. Int. Fil. del Diritto, 1923, pág. 383.

(102) Vid. PARETO: "Compendio di sociologia generale". Florencia, 1920, págs. 219 ss.

gaba la realidad de los dogmas (103) nosotros creemos en la realidad evidente de los mismos. Ya sabemos cómo surgen, y hemos destacado también su papel relevante de superestructura, por emplear un término muy del gusto de BETTI.

Pues bien, si anteriormente decíamos que la dogmática puede ser el módulo superior que plasme las verdades ya adquiridas por otros procedimientos críticos, también ahora se destaca, como lo hace DE FRANCISCI (104), que la primera función de todo conocimiento histórico es la de corregir los resultados de la dogmática pura. De esta manera la historia viene a romper el cerco, dice HEDEMANN (106), que el dogma establece alrededor de la mente, despertando el espíritu crítico, invitando al análisis de los datos, ampliando su horizonte, excitando en el estudioso la conciencia de los límites y de los fines de la ciencia.

Esto es, que ambos métodos se necesitan en la investigación del Derecho Romano. Ninguno puede olvidarse, por tanto, cuando se trate de hacer ciencia romanística. “Separar ambos conceptos (lo dogmático y lo histórico) es lo mismo que darles la muerte” ha dicho en este sentido SCHONFELD, con exactitud bien notoria (106). Y ello basta por ahora.



(103) “Die Philosophie des Als ob”. Berlín, 1911, es su obra capital.

(104) “Dommatica e storia nell’educazione giuridica”, cit. pág. 383.

(105) Citado por DE FRANCISCI: *Ibid.*, pág. 384.

(106) SCHONFELD: “Vom Probleme der Rechtsgeschichte, 1927, págs. 32 ss. -