

### **3. FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA**

**ACERCA DE RUDOLF VON JHERING (1818-1892)  
Y EL SISTEMA DE LOS JURISTAS ROMANOS**

Por el Dr. JOSÉ ITURMENDI MORALES  
*Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense de Madrid*

Entre los teóricos del derecho contemporáneos periódicamente se aborda el estudio de la elaboración por la jurisprudencia de los materiales jurídicos, así como la consideración del modelo jurisprudencial del Derecho en la cultura jurídica romana. El sostenido interés de los distintos tratadistas hacia la actividad de los jurisconsultos clásicos no es nuevo y se remonta por lo menos a la monumental e inacabada obra en tres tomos, cuatro volúmenes, que durante más de quince años de fatigosa redacción<sup>1</sup> polarizó las energías de Caspar Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (*El espíritu del Derecho Romano en los diferentes grados de su desarrollo*) y en los que, a la luz del concepto de evolución, entiende que la formación y la modificación de las instituciones jurídicas romanas deberían tomarse en consideración como desenvolvimientos orgánicos que no siempre tuvieron ni la misma plasticidad ni idéntica movilidad<sup>2</sup>. Obra dedicada a la memoria del maestro que determinó la fijación más acabada del método de la pandectística, Georg Friedrich Puchta (1798-1846)<sup>3</sup>, a quien Jhering consideraba como el representante fundamental de la joven Escuela Histórica del Derecho, y con quien estuvo especialmente vincu-

---

<sup>1</sup> Johannes Emil Kuntze, Rudolf von Jhering, en *Sächsisches Archiv für Bürgerliches Rechts und Prozeß* (Leipzig), vol. II, 1892, págs. 609-618; Mario G. Losano, «Savigny en la correspondencia de Jhering y Gerber, trad. cast. de Mariano Marlesca», págs. 321-340, del volumen *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XX*, de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núms. XVII-XVIII, 1978-1979; la cita, en pág. 325; *íd.*, «El centenario della morte di Rudolf von Jhering (1818-1892)», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Giuffrè, Milano), vol. XXI, 1992, págs. 89-96; Franz Wieacker, «Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna», trad. de Aldo Mazzacane, en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Giuffrè, Milano, 1978, vol. IV, págs. 891-910.

<sup>2</sup> Giorgio Del Vecchio, *Derecho y Vida. Nuevos Ensayos de Filosofía Jurídica*, trad. y estudio preliminar de Eustaquio Galán y Gutiérrez, «Prólogo» de Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 159.

<sup>3</sup> Hay traducción al castellano, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, en cuatro volúmenes, realizada por Enrique Príncipe y Satorres, autor también de la correspondiente *Introducción*, Imprenta de D. Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1891-1892, ocasionalmente nos serviremos de ella en las citas bibliográficas. Fernando Vela cuidó en castellano una versión compendiada «*El Espíritu del derecho romano de R. von Ihering*», 1.ª ed., 1947, *Revista de Occidente*, Madrid, 2.ª ed., 1962. Otras obras de Rudolf von Jhering también han sido vertidas a nuestra lengua como la más célebre, *Der Kampf um's Recht* (Verlag G. J. Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872, la última –décima– edición conocida es de 1891), y traducida con el título *La lucha por el derecho*, por Adolfo González Posada (1860-1944), con un prólogo de Leopoldo Alas (Clarín, 1851-1901), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921, reimpresión ed. Civitas (con presentación de Luis Díez-Picazo Ponce de León), Madrid, 1985. Con posterioridad ha sido reeditada en sellos editoriales diferentes: Editorial Araujo, Buenos Aires, 1939, una 2.ª ed. en la misma casa en 1946; editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947; editorial J. M. Cajica, Puebla, México, 1957; editorial Perrot, Buenos Aires, 1958; editorial Temis, Bogotá, 1990; incluso se cuenta con una trad. vertida al castellano a partir de la edición italiana de Raffaele Mariano, realizada por Luis María de Cádiz, y publicada en la edit. Atlántida de Buenos Aires, 1954, con una 2.ª edición de 1963). *Über den Grund des Besitztshutzes* (edición revisada de *Beiträge zur Lehre vom Besitz* (1868), publicada en Mauke's Verlag-Hermann Düft, Jena, 1869), con el título *Teoría de la posesión. El*

lado en los años inmediatamente anteriores a la publicación del primer volumen del «Geist des Römischen Recht». Si el Curso de Derecho de Pandectas de Georg Friedrich Puchta (*Lehrbuch der Pandekten*, 1838; duodécima edición cuidada por Schirmer, 1877) constituye el manual más completo de la ciencia *ius-privatista* de su tiempo al ofrecer un modelo de jurisprudencia productiva para las sucesivas generaciones de juristas<sup>4</sup>, no es ni menos cierto ni menos notorio que *El espíritu del derecho romano*, de Jhering<sup>5</sup>, constituye a su vez una de las publicaciones capitales para el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo al situarse a caballo entre la crisis de la Escuela Histórica y el surgimiento de nuevas orientaciones en la jurisprudencia<sup>6</sup>. Texto en el que se procede a una reelaboración formalista y

*fundamento de la protección posesoria*, con *Estudio preliminar sobre la vida y obras de Jhering*, por Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896 (en 1926 Adolfo Posada publica en la editorial Reus, de Madrid, con el título *La posesión*, la traducción de *Über den Grund des Besitzschutzes*, y *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, *La voluntad de la posesión con la crítica al método jurídico dominante*, monografía esta última editada en su versión original por el sello editorial Gustav Fischer, Jena, 1889); Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. *Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1.ª ed., 1884) se tradujo parcialmente en castellano a partir del texto de la 3.ª ed. alemana, por Román Riaza, autor también de una *Nota preliminar*, como *Jurisprudencia en broma y en serio*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, hay una segunda versión en castellano de Tomás A. Banzhaf, *Bromas y veras en la jurisprudencia. Un regalo de navidad para los lectores de obras jurídicas*, realizada sobre el texto de la 9.ª ed. alemana (Leipzig, 1904), en Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974; la tercera versión en castellano, a cargo del propio Tomás A. Banzhaf, con el título *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, concordada con la 13.ª ed. alemana (Leipzig, 1924), enriquecida con índices analítico y onomástico a cargo de Marcos G. Martínez y con una introducción de Juan Bermanschs Vallet de Goytisolo, edit. Civitas, Madrid, 1987. *Der Zweck im Recht* (Breitkopf und Härtel, Leipzig 1877), se tradujo en Madrid, sin fecha, por Leonardo Rodríguez, apareciendo una reimpresión en 1946 en el catálogo de la editorial Losada de Buenos Aires (Biblioteca Jurídica Atalaya) de los dos volúmenes en lengua alemana (el segundo apareció en 1883), publicándose entre 1962 y 1963 la versión de Diego Abad de Santillán, en la editorial Cajica de Puebla (México), y en 1978 la trad. cast. en la que no se indica el traductor, de la editorial Heliasta, Buenos Aires.

<sup>4</sup> Walter Wilhelm, *Metodología giuridica nel secolo XX*, ed. italiana de P. L. Lucchini, Giuffrè editore, Milano, 1974, capítulo segundo: «Georg Friedrich Puchta: dallo storicismo giuridico alla giurisprudenza dei concetti», págs. 72-92; la cita, en pág. 74; Vid. Iginio Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1985, págs. 46-78.

<sup>5</sup> Vid. *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, edición cuidada por Mario G. Losano, Dott. A. Giuffrè, edit., Milano, 1977; Biondo Biondi, «Il pensiero storico-giuridico di Rodolfo Ihering», en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* (Vita e Pensiero, Milano), fasc. III, septiembre de 1960, págs. 448-449; Umberto Cerroni, «Ritorno di Ihering», en *Democrazia e Diritto* (Società edizioni giuridiche del lavoro, Roma), año I, fasc. 2, 1960, págs. 86-92; Knut Wolfgang Nörr, *Eher Hegel als Kant: zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, 1991, págs. 36 y ss.; Enrico Paresce, «Note su Jhering», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Giuffrè, Milano), 1960, págs. 769-781; Dino Pasini, *Saggio sul Jhering*, ed. Giuffrè, Milano, 1959 (trad. cast. por Alberto S. Bianchi, revisión a cargo de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, con el título «Ensayos sobre Jhering»); *id.*, «Ihering e il suo tempo», en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* (Vita e Pensiero, Milano), año XII, 1961, fasc. 1, marzo, págs. 86-120 (trad. cast. con el apéndice en «Ensayo sobre Jhering y su tiempo», págs. 231-394); Vittorio Scialoja, «Rudolf von Ihering (necrológico di)», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (Pasqualucci, Roma), 1893, págs. 46-61; Salvatore Riccobono, *La teoría del possesso nel diritto romano*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. I, fasc. 3-4, 1893, págs. 227-280.

<sup>6</sup> Enrico Paresce, *Jhering, Rudolf von*, voz del *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, 1962 (reimpresión de 1982), Utet, Torino, págs. 151-152.

abstracta de los principios de la escuela Histórica del Derecho que había dominado el clima cultural de su etapa de formación durante el *Vormätz* y en el que se alcanza tanto la realización como la superación del programa de la misma al mostrar y contrastar de una manera histórica concreta la conexión del Derecho y las instituciones con el espíritu del pueblo que la escuela se limitaba a afirmar o considerar como una hipótesis<sup>7</sup>. Texto en el que se reflejan, además de las fases de la evolución del derecho romano, las distintas etapas de la evolución de las concepciones del propio autor, quien al parecer nunca llegó a sentir haber alcanzado dar un término real a la obra de la que bien ha podido afirmarse que fue al mismo tiempo la plenitud y el fin de la escuela histórica (a la que Jhering no dudó en denominar por sus presupuestos metafísicos escuela romántica y con la que mantuvo una compleja y variada relación<sup>(\*)</sup>).<sup>8</sup>

La obra (al decir de Barry Nicholas) más perspicaz que quizá se haya escrito de Derecho Romano, y que fuera objeto de reconocimiento y de elogios más allá del habitualmente limitado y estricto ámbito de los juristas<sup>9</sup>, en el que por otra parte casi siempre parece haberse aislado la jurisprudencia (*huerto cerrado y prohibido para el personal ajeno a la obra*)<sup>10</sup>. Obra cuyo eco sólo sería superado por otro de sus textos, del que se ocupó cuando interrumpió su trabajo en *El espíritu del derecho romano* que ya no volvería a reanudar, el más relevante de los mismos para el análisis funcional del derecho y quizá la mayor aportación a la teoría general del derecho de su tiempo<sup>11</sup>, *Der Zweck im Recht (El fin en el Derecho, vol. I, Leipzig,*

<sup>7</sup> Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, cuarta edición, trad. cast. de la tercera edición alemana de los *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, a cargo de José Medina Echavarría, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, pág. 34.

<sup>(\*)</sup> Bernd Klemann, «Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule», Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1989, vid el último capítulo sobre su alejamiento de la escuela histórica.

<sup>8</sup> Adolf Joseph Matthäus Merkel, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena), XXI, 1893, pág. 20; Carl Joachim Friedrich, *La Filosofía del Derecho*, trad. cast. de Margarita Álvarez Franco ampliada con adiciones del autor (del original, *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive, Enzyklopädie der Rechts und Staats-Wissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1955), Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión, 1969, pág. 224.

<sup>9</sup> Ernst-Wolfgang Bockenförde, «Die Historische Rechtsschule un das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1976, págs. 9-41; Wolfgang Fikentscher, *Jhering*, págs. 37-39 del vol. IV; «Dogmatischer Teil», de *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1977; Felipe Eduardo González Vicén, «El positivismo en la Filosofía del Derecho Contemporánea», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, La Laguna, 1979, págs. 47-140; la cita, en pág. 72 (ed. original en *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950); Hermann Ulrich Kantorowicz, «Jherings Bekehrung», en *Deutsche Richterzeitung*, VI. Jahrgang, 1914, págs. 84-87; Wilhelm Werterbruch, «Versuch einer kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolph von Jherings», Diss. Köln, publicado como libro en *Neue Kölner Rechtswissenschaft*, vol. IV, Berlin, 1955.

<sup>10</sup> Norberto Bobbio, «Estructura y función de la teoría del Derecho de Kelsen (1973)», en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de su traductor Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980, págs. 241-262; la cita, en pág. 243 (segunda edición, en Editorial Debate, Madrid, 1990).

<sup>11</sup> Okko Behrends, «Rudolf von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts», en el volumen colectivo dirigido por Fritz Loos, «Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttingen Juristen aus

1877, el volumen II se publicó también en Leipzig, 1883) y con cuya publicación, aún a riesgo de ser calificado de diletante<sup>12</sup>, conseguiría ver reconocidos el alto empuje de su pensamiento y el tenaz apego de su análisis jurídico a la realidad de las cosas<sup>13</sup>. Queriendo acentuar la continuidad de las dos fases apreciables en su propia obra, que los intérpretes suelen presentar como distintas y opuestas, en su correspondencia intentaría presentar al *Espíritu del derecho romano* como si se tratase de una monografía preparatoria de *El fin en el derecho*, que supondría un mero desarrollo de la anterior y en la que trata de construir un mundo conceptual inexistente hasta entonces(\*).

Obra enorme –en la expresión de José Ortega y Gasset– «una de las obras gigantescas del siglo pasado», una producción de *profunda ciencia histórica, de tan auténtico sentido histórico*<sup>14</sup>, constantemente reelaborada, modificada en los puntos de vista y en los modos de expresión, corregida y hasta reescrita por su autor y donde se aborda la singular actitud de los juristas romanos ante los conceptos jurídicos, atribuyéndoles una práctica en la que *nunca rodeaban lo positivo del nimbo de lo lógico*<sup>15</sup>, por lo que constituiría un error entender que ya desde sus inicios los

---

250 Jahren», Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1987, págs. 229-269; Norberto Bobbio, «Derecho y Ciencias Sociales», en *Contribución a la teoría del Derecho*, ob. cit., vol. cit., págs. 225-238; la cita, en pág. 327 (de *El fin en el derecho* hay trad. cast. Biblioteca jurídica Atalaya-editorial Losada, Buenos Aires, 1946 y editorial Heliastra, Buenos Aires, 1978), de interés la ed. en italiano cuidada por Mario G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino, 1972 (con «Introduzione», págs. VII-LXXXVI; «Cronologia della vita e delle opere di Rudolf von Jhering», págs. LXXXVI-CII y «Traduzioni italiane delle opere di Rudolf von Jhering», págs. CIII-CIV), así como la ed. francesa, *L'évolution du droit* a partir de la tercera edición alemana por Octave de Meulenaere, A. Marescq-Ainé, Paris, 1901 (con «Preface» del traductor, págs. III-VIII), y la portuguesa, *A evolução do direito*, versión a través de la trad. francesa por Abel de Azevedo, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, sin fecha (hay edición posterior, *A evolução do direito*, Livraria Progresso Editore, Bahia, 1956).

<sup>12</sup> Christian Helfer, en *Kölher Zeitschrift für Soziologie*, vol. XX, 1968, pág. 558.

<sup>13</sup> Manuel Grenell, «Notas para una teoría ethologica del derecho», en *Estudios en Honor del Doctor Luis Recasens Siches* (obra colectiva coordinada por Fausto E. Rodríguez García), vol. I, Universidad Autónoma de México, México, 1980, págs. 465-492; la cita, en pág. 465; Ludwig Mitteis, voz «Jhering», en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, vol. L, 1905, págs. 652-664; Walther Schönfeld, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, 1951, págs. 519 y ss.

(\*) Carta de Jhering a Windscheid, Göttingen, 30 de diciembre de 1883, en «Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891; edición de Karl Kroeschell, *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaft in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Folge 3, N° 170*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1988, pág. 51.

<sup>14</sup> José Ortega y Gasset, *Obras Completas*, tomo VII, «El hombre y la gente» (primera edición, *Revista de Occidente*, Madrid, 1957), segunda edición, Editorial *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, pág. 217 (hay edición posterior, Alianza Editorial-Revista de Occidente, Madrid, 1983) y tomo IX, «Una interpretación de la Historia Universal. En torno a Toynbee», segunda ed. *Revista de Occidente*, Madrid, 1965, pág. 92 y en el mismo tomo IX, «Meditaciones de Europa», pág. 297; acerca de la recepción e influencia de Jhering en nuestra patria vid. Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, en *Jherings Erbes. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970.

<sup>15</sup> Rudolf von Jhering, *Geist der römischen Rechts...*, tomo III, volumen 1, pág. 318 (Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1865); T. W. Bechtler, *Der soziologische Rechtsgeschichte. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1977; G. Hartel y G. Pólay, *Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Weimar, 1987; E. Hurwicz, *Rudolf von Jhering und die deutsche Rechtswissenschaft*, 1911; Harry Lange, *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung von Recht*, Berlin-Grunewald, 1927; Franz Wieacker,

conceptos jurídicos tuvieran carácter abstracto, condición que sólo terminaron incorporando ulteriormente, cuando se produce la introducción (a partir de Tiberio) de una práctica por la que a los juristas más eminentes se les concedía por parte del emperador el derecho de emitir dictámenes vinculantes que contaban con la garantía de la *auktoritas* imperial<sup>16</sup>, quebrando la nítida separación republicana entre los ámbitos normativos de la *potestas* y de la *auktoritas*. Mediante la atribución del *ius respondendi ex auctoritate principis* a las respuestas (*responsa*) de determinados juristas, se modifica la posición social del jurista romano, atribuyéndose prevalencia oficial a los criterios normativos jurisprudenciales formados por los juristas que contaran con dicho *ius respondendi*, con lo que el valor de las respuestas de estos juristas no descansaba ya en su *auktoritas* personal, sino en la *auktoritas* del *princeps* («ex auctoritate Principis») y se cierra el período en que mayor altura científica alcanzó la jurisprudencia romana<sup>17</sup>. El principal rasgo distintivo del derecho romano habría consistido más bien en su analiticidad, esto es, en su proclividad a descomponer las situaciones complejas en actos simples cualificados unívocamente desde el punto de vista jurídico<sup>18</sup>, al contar los juristas romanos cuando se centraban en la consideración de la controversia o del caso concreto con *una visión clara de las necesidades de la vida, una mano segura y hábil para la elección de los medios adecuados, no sólo abierta a las exigencias de la justicia y de la equidad, sino también con el valor suficiente para resistir las seducciones de la consecuencia cuando ésta se hallaba en conflicto con los intereses reales*<sup>19</sup>. Del mismo modo que el realismo en

*Rudolf von Jhering*, 1942, 2.ª ed., Stuttgart, 1968, pág. 34; Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker* (1939), 3.ª ed., 1951, págs. 616 y ss. (cuarta edición, 1963).

<sup>16</sup> Berger, voz «Iurisprudentia» en *Paublys Realencyclopädie der Klassischen Allertumswissenschaft*. Stuttgart, 10.1, 1918, vols. 1129 y ss.; Cancelli, «Il presunto *ius respondendi* istituito da Augusto», en *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*; XXIX, 1987, págs. 543 y ss. Franz Wieacker, «Respondere ex auctoritate Principis», en *Satura Feenstra*; Fribourg (Suisse), 1985, págs. 71 y ss. H. J. Wolff, *Introducción histórica al derecho romano*, Santiago de Compostela, 1953, págs. 122 y ss.; H. F. Jolowicz y B. Nicholas, *Historical introduction to the study of Roman Law*, tercera edición, Cambridge, 1973.

<sup>17</sup> Antonio Guarino, «Il *ius publice respondendi*», en *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* (Jovene, Napoli), II, 1949, págs. 401 y ss.; A. Magdelain, «Ex auctoritate principis respondere», en *Atti Verona*, vol. II, Milano, 1991, págs. 97 y ss.; *id.*, *Auctoritas principis*, Paris, 1947; *id.*, «Ius respondendi», en *Revue Historique de Droit Française et Etranger*, París, XXVIII, 1950, págs. 1 y ss., 157 y ss.; Armando Torrent, *Derecho Romano y Sistema de Fuentes*, Cooperativa L. G., Zaragoza, 1988, pág. 431.

<sup>18</sup> Luigi Capogrossi Colognesi, *Max Weber e la società antiche*, La Sapienza editrice, Roma, 1988; *id.*, *Economie antiche e capitalismo moderno*, Laterza edit, Roma-Bari, 1990; *id.*, «Max Weber e la storia antica», en *Estudios D'Ors*, Pamplona, 1987, págs. 345 y ss.; F. De Martino, «Su Max Weber, l'economía antica e la storiografía dell'antichità», en *Index*, XIX, 1991, págs. 459 y ss.; Realino Marra, «Diritto Romano e Diritto Germanico nel pensiero giuridico di Max Weber», en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. I., *Saggi Storici*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza de Genova-Giuffrè edit., Milano, 1990, pág. 387; Giorgio Rebuffa, *Max Weber e la scienza del diritto*, Giappichelli, Torino, 1989; Juan B. Vallet de Goytisolo, «Observaciones en torno al método conceptualista», cap. XVII del volumen *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, editorial Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 743-749.

<sup>19</sup> Rudolf Von Jhering, *Geist des römischen Rechts...*, vol. I, pág. 12 de la 1.ª ed. de 1852 (Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig). *Vid.* Athanasios Grotmisaris, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering. Eine Untersuchung der Grundlagen des Westdeutschen Rechtsrealismus*, Berlin, 1989; Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr, Tübingen, 1922 (5.ª ed., 1985), págs. 464, 465, 467, 492 (hay trad. al cast. *Economía y sociedad*, a cargo de José Medina Echavarría,

materia de Derecho que caracteriza a la cultura jurídica romana supone que el *ius* debe mantener en toda circunstancia una concordancia mínima con la realidad que constituye su objeto<sup>20</sup>, acomodando constantemente la realidad normativa preexistente a las nuevas necesidades de la práctica por vía de interpretación.

Afirmaciones de este tenor se radicalizarán en otras obras más homogéneas correspondientes ya a la etapa de lo que se ha dado en llamar el *segundo Jhering*, el Jhering de la fase *teleológica*<sup>21</sup>, en contraste con el que encontramos en *El espíritu del Derecho romano* que constituye sin duda un *opus mobile* al tratarse propiamente de una obra que no puede adscribirse con propiedad a ninguno de los dos períodos que convencionalmente se distinguen en la biografía intelectual del maestro de Göttingen en exclusiva, puesto que *a causa de la redacción que se prolongará durante tantos años... no es una obra unitaria, sino una pequeña biblioteca romanística heterogénea y reunida bajo un título unitario. Contiene tanto una teoría completa de la construcción jurídica como una vigorosa refutación de este método*<sup>22</sup>, de aquí que en más de una ocasión los distintos intérpretes han puesto en evidencia las disonancias y hasta contradicciones que manifiesta su producción bibliográfica<sup>23</sup>. Si bien Jhering acredita en sus textos principales la perfección de un clásico, no renuncia por ello a la inquietud abierta a nuevos horizontes propios de un renovador, como terminaría finalmente siendo<sup>24</sup>. Radicalización que le llevaría a una crítica mordaz y burlesca de la metodología constructivista como consecuencia de su ruptura con la *jurisprudencia de conceptos* (*Begriffjurisprudenz*) y de construcción en lo que constituyó un proceso de vuelco absoluto de su pensamiento que va a desplazarse desde el conceptualismo más extremo en el que se distinguió culminando una obra excepcional, al sociologismo de su jurisprudencia de orientación pragmática correspondiente a la segunda fase de su actividad de estudioso en la

---

Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, primera reimpression de la segunda edición, 1969); Walter Wilhelm, «Das Recht im römischen Rechts», en el vol. colectivo coordinado por Franz Wieacker y Christian Wölßschläger, *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtsstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 228-239; *id.*, *Metodología jurídica nel secolo XIX*, trad. it., cuidada por Pier Luigi Lucchini, Giuffrè, Milano, 1979 (del original, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958).

<sup>20</sup> Alfredo Di Pietro, *Verbum Iuris*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 7.

<sup>21</sup> Mario G. Losano, «Sistema e struttura del diritto», vol. I, *Dalle origine alle scuola storica*, G. Giappichelli editore, Torino, 1968, págs. 232 y ss.

<sup>22</sup> Mario G. Losano, *Savigny en la correspondencia de Jhering y Gerber*, trad. cast. de Mariano Marlesca, págs. 321-340, del volumen monográfico «Savigny y la ciencia jurídica del siglo XX», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Universidad de Granada), núms. XVII-XVIII, 1978-1979; la cita, en pág. 325; *vid.* Wolfgang Fikentscher, «Rudolf von Ihering», capítulo XXIII de *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. III, *Mitteuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, págs. 101-282, en particular, págs. 163-166; *id.*, «Eine Erstlingsbarkeit Rudolf von Jhering entdeckt?», en *Historisches Jahrbuch* (München, Freiburg), XCIII, 1973, págs. 374-379.

<sup>23</sup> Pietro Piovani, «Introduzione», a la trad. it. de Rudolf von Jhering, *La lotta per il diritto*, edit. Laterza, Bari, 1960, pág. 6.

<sup>24</sup> Enrique Gómez Arboleya, «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna (1950)», en el volumen del mismo autor, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 411-438; la cita, en pág. 425.

que inicia y desarrolla su propio ajuste de cuentas con el formalismo (*revuelta contra el formalismo*) y la apertura de la ciencia del derecho hacia los problemas de las ciencias sociales<sup>25</sup>. Modificación que estaba ya preparada en el primer período de su obra a partir de su progresivo distanciamiento con respecto a las categorías éticas del idealismo; distanciamiento que se preanuncia cuando ve la luz de la edición, en 1858, la segunda parte del segundo volumen del *Geist des römischen Rechts...*, pero que únicamente parece consolidarse como toma de postura inequívoca cuando se produce el inicio de la publicación de forma anónima, en el órgano de expresión de la *Deutsches Juristentages*, la por entonces denominada *Preussische Gerichtszeitung* (*Revista Judicial Prusiana*)<sup>26</sup>, de la primera *Vetrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten* de sus *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual* a partir del 26 de junio de 1861<sup>27</sup>; cartas en las que surge plenamente el Jhering postrero que desaconsejaba a los juristas, y cada vez más, la puesta en práctica del tipo de ejercicios que no sin entusiasmo había practicado mientras estuvo comprometido con el constructivismo de la *Begriffjurisprudenz*<sup>28</sup>. Toma de postura que si bien es ya manifiesta cuando en 1865 se hace pública su ruptura metodológica con Carl Friedrich von Gerber, que coincide cronológicamente con la edición del tercer volumen del *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, de Jhering, y de la primera edición de la obra en la que Gerber (*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Elementos de un sistema del derecho constitucional alemán*, Leipzig, 1865) preten-

<sup>25</sup> Renato Treves, *Introducción a la Sociología del derecho*, versión cast. con «Nota Preliminar» de Manuel Atienza (del original *Introduzione alla Sociologia del Diritto*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1977), Taurus ediciones, Madrid, 1978, págs. 126-127.

<sup>26</sup> A partir del primero de julio de 1861 terminaría adoptando la denominación de *Deutsche Gerichts-Zeitung*.

<sup>27</sup> «Vetrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten», en *Preussische Gerichts-Zeitung. Organ des Deutschen Juristentages*, III, 26 de junio de 1861, núm. XLI, págs. 161-163; la segunda carta, con el subtítulo de «Zweiter Brief», se publicó en el vol. III, correspondiente al 1 de diciembre de 1861, núm. LXXXV, págs. 341-344; la tercera, con el subtítulo de «Dritter Briefe», vol. IV, correspondiente al 15 de octubre de 1862, núm. LV, págs. 224-227; la cuarta, con el subtítulo «Fünfter Brief», se publicó en el vol. V, correspondiente al 7 de mayo de 1863, núm. XXI, págs. 81-83; la quinta, con el subtítulo «Sechster Brief. Die Valkar'schen Anträge über die Reform des juristischen Studiums und Examens», se publicó en el vol. V, que vio la luz de la edición el 2 de septiembre de 1863, núm. XXXV, págs. 141-144 y el 9 de septiembre del mismo año, núm. XXXV, págs. 145-147.

<sup>28</sup> Mario G. Losano, «Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre», en el vol. colectivo *Jherings Erbe*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 142-159; *id.*, «La teoría jurídica al bivio tra sistema e funzione», en el vol. del propio Losano, *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977, págs. XV-LXVII; la cita, en pág. LXI; *id.*, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Münchener Universitätschriften Juristische Fakultät, vols. I y II, Verlag Rolf Gremer, Ebelbasch, 1984; Michel Villey, *El derecho subjetivo en Jhering*, trad. cast. de Jorge López (publicada en francés originalmente, en el volumen *Seize essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, cap. III, págs. 208 y ss.), como cap. VII del volumen, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso (Chile), 1976, págs. 223-238; Franz Wieacker, *Rudolph von Jhering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*, 1942, págs. 61 y ss.; *id.*, «Rudolf von Jhering», en la colección de ensayos *Grunder und Bewaher. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1959, págs. 197 y ss. (hay una 2.ª ed., *Rudolf von Jhering*, Stuttgart, 1986); *id.*, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. cast. ya cit. págs. 396-399.

de aplicar al ámbito del derecho público alemán los principios constructivos que hasta entonces había venido aplicando aquél con provecho al derecho romano<sup>29</sup>, sólo terminaría desbordándose en la notoria *Plaudereien eines Romanisten, Charla de un romanista*, publicada en el órgano de expresión de la Asociación de Juristas de Viena, la revista austriaca *Juristische Blätter (Hojas Jurídicas, 1880)* y en el volumen antológico *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Jurisprudencia en broma y en serio* (Leipzig, 1884), o en su conferencia *Über die Entstehung der Rechtsgefühls* del mismo año, conjunto doctrinal que marca su radical discrepancia frente a la teoría del espíritu del pueblo que atribuía a la ciencia jurídica la condición de fuente del derecho, de fuerza creadora del Derecho, y que encuentra cumplida refutación en su famoso aserto *No es el sentimiento o instinto jurídico el que crea el derecho, sino que es el derecho quien crea el sentimiento jurídico*<sup>30</sup>.

En la interpretación que ofrece Niklas Luhmann acerca del significativo cambio de dirección introducido en la teoría del Derecho por Rudolf von Jhering, la discrepancia de este último con respecto a la jurisprudencia de conceptos no tendría el sentido de un envite en contra de la abstracción, en contra de la conceptualidad y en contra de la dogmática tal y como venía practicándose hegemónicamente, sino que se dirigiría fundamentalmente a refutar la injustificada pretensión de aquella a una autónoma disposición conceptual de las cuestiones jurídicas realizada exclusivamente con finalidades cognoscitivas. De tal manera que la autodestrucción crítica de la jurisprudencia conceptual por parte de Jhering, más que una mera réplica contra el abstraccionismo en la formulación de conceptos, sería una consecuencia de su propósito dirigido a abrazar una nueva concepción del sistema jurídico, entendido ahora como sistema de la realidad social, como un subsistema de la sociedad; atribuyendo el papel protagonista en la formación del sistema a la propia sociedad, y sólo a partir de este supuesto pasa a preguntarse por los resultados de autoorganización y de autoabstracción desarrollados por los subsistemas sociales, así como por las condiciones de su posibilidad<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Carl Friedrich Gerber, *Vorrede, a Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, págs. I-XII (hay 2.<sup>a</sup> ed. en vida de Gerber, 1869, y tercera, 1880, con una reimpresión anastática de esta última en Scientia Verlag, Aalen, 1969).

<sup>30</sup> Rudolf von Jhering, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, conferencia impartida en la *Juristische Gesellschaft* de Viena el 12 de marzo de 1884. Publicada en la *Allgemeine Juristen-Zeitung* (Wien), VII, 1884, núms. 11-15. Recogida póstumamente en el volumen *Rudolf von Jhering: Der Kampf ums Recht*, editado por Christian Rusche Glock und Lutz, Nürenberg, 1965, págs. 275 y ss., reimpressa con un ensayo de Okko Behrends, «El sentimiento jurídico en la teoría crítico-histórica del derecho del Jhering maduro. Una tentativa de interpretar y encuadrar la segunda conferencia vienesa de Jhering» (págs. 54-184), en *Antiqua*, colección dirigida por Luigi Labruna, E. Jovene Editores, Napoli, 1986; Kuhlbeck, «Zur Psychologie des Rechtsgefühls», en *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, I, 1907, págs. 1 y ss.; Manfred Rehlinger, *Sociología del Derecho*, trad. cast. de Gregorio Robles Morchón, del original, *Rechtssoziologie* (Walter de Gruyter, Berlin, 1977), Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, págs. 177-180.

<sup>31</sup> Niklas Luhmann, «Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, II, 1972, págs. 255-276; *id.*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974 (*Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. italiana e introducción -págs. 7-23- de Alberto Febbrajo, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1978, págs. 36-37; *id.*, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. cast. de Ignacio de Otto y Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; la cita, en págs. 19-20); *id.*, *Die Einheit des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie* (Walter De Gruyter), 1983,

Con esta transformación de su pensamiento, que más de un intérprete atribuye a la contradictoriedad y fragmentariedad de un autor por ello difícilmente clasificable<sup>32</sup>, Jhering nos ofrece *el raro fenómeno de un alma que se arranca como raíz de su primitivo suelo, espiritualmente abonado, para replantarse en otro totalmente distinto*, lo que si bien, por una parte, acreditaría la sinceridad de su apetito por la verdad, pero por otra no dejaría de significar también la caída en lo meramente material desde el pináculo de lo espiritual<sup>33</sup>. Así sucede en una serie de pasos de su obra correspondiente a este segundo período en el que toma distancias frente a una escuela histórica que se le representa atenta *tan sólo a la simple autoconfiguración de espíritu del pueblo*<sup>34</sup>; párrafos en los que contraponen la vitalidad de la jurisprudencia romana, identificada siempre con la vida real, frente al conceptualismo de la ciencia jurídica de su tiempo encerrada en sí misma y autosuficiente; iniciando con ello un proceso único de autodestrucción crítica de la jurisprudencia conceptual, en el que el viraje casi general de la ciencia jurídica de su tiempo desde el pandectismo al naturalismo jurídico y la jurisprudencia pragmática encontraría su más impresionante expresión<sup>35</sup>. Cambios que comportan a su vez el consiguiente

---

págs. 129 y ss.; *id.*, *Sociologia del diritto*, trad. italiana de Alberto Febbrajo, edit. Laterza, Roma-Bari, 1977, trad. al inglés, Routledgend and Kegal Paul, London, 1985 (del original *Rechtssoziologie*, dos volúmenes, Reinbek, Hambourg, 1972). Vid. Pilar Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, edit. Bosch, Barcelona, 1993; Natasche Kleinknecht, *Positivität des Recht bei Niklas Luhmann. Begriffsentstehung. Probleme und Lösungen in Kritik/Konstruktiver Schil*, Europäische Hochschulinstitut, Florenz, 1992.

<sup>32</sup> Enrico Parese, «Nota su Jhering», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Giuffrè, Milano), 1960, págs. 769-781; la cita, en págs. 769-770.

<sup>33</sup> Sarwat Anis al-Assiouty, *Génèse et évolution des doctrines philosophiques à propos de Jhering*, Le Caire, 1964; Francesco Carnelutti, recension a «Rudolf Jhering. La lotta per il diritto», Bari, Laterza, 1960, publicada en la *Rivista di Diritto Processuale*, núm. XV, 1960, pág. 664; Ernst Landsberg, *Ihering und Windscheid*, suplemento al *Muench. All. Zeitung*, de 28 de nov. de 1892, núm. 278; Ernst von Hippel, *Rudolf von Jhering als Begründer der Rechtspositivismus*, en *Neues Abendland*, 1951, págs. 322 y ss.; *id.*, *Rudolf von Jhering*, cap. XX del tomo II de la *Historia de la Filosofía política en sus capítulos señeros*, trad. cast. de Agustín de Asís Garrote (del original *Geschichte der Staatsphilosophie in Hauptkapiteln*, Verlag Anton Hain, Meisenheim am Glan, dos vols., 1958), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 353; Rudolf Walder, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechts-philosophischen und soziologischen Positivismus. Diss. iur.*, dactilografiado, Kiel, 1943.

<sup>34</sup> Ernst von Hippel, *Rudolf von Jhering*, cap. XX del tomo II de la *Historia de la Filosofía política en sus capítulos señeros*, trad. y ed. cit. en la nota anterior, pág. 353.

<sup>35</sup> Julius Binder, *Zur Lehre vom Rechtsbegriff*, en *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. XVIII, 1929; *id.*, *Bemerkungen zum Methodenstreit in der heutigen Privatrechtswissenschaft in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* (Heidelberg), tomo C, 1934, págs. 4-83, la referencia en págs. 6-7, 30-31, 41, 49, 51...; Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1.<sup>a</sup> ed, Tübingen, 1912), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1932, trad. cast. *El problema de la creación del Derecho* (a cargo de Manuel Entenza), ed. Ariel, Barcelona, 1961; la cita, en págs. 2, 36 y nota de la ed. alemana, y 33, 83 y nota 69 de la ed. en cast. (hay reimpresión, ed. Colofón, México, 1994); Alfred Manigek Savigny und der Modernismus im Recht, Scientia Verlag, Aalen, 1974; Hans Wüstendörffer, *Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, J. C. B. Mohr (Tübingen), núm. CX, 1913, págs. 219-380; la cita, en pág. 335; Franz Wieacker, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. al cast. de la primera edición en lengua alemana (Göttingen, 1952), a cargo de Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 396-397 (hay segunda edición en lengua alemana, Göttingen, 1967).

abandono de la construcción del sistema jurídico y el inicio de investigaciones sobre los orígenes del Derecho y los fines hacia los que tiende<sup>36</sup>. Su posición crítica con respecto al espíritu sistemático y logicizante que predominaba en la dogmática de la primera mitad del siglo XIX, así como su distanciamiento del formalismo conceptualista además de parecer difícilmente evitables en quien como él entiende que el Derecho está penetrado por un impulso vital, siendo una parte de la vida<sup>37</sup> –*Das leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da*<sup>38</sup>–, terminarían resultando irreversibles: *Cada vez me aparto más de la construcción, pues hay algo en el derecho por encima del elemento lógico*<sup>39</sup>, encontrando expresión consolidada en la siguiente afirmación recogida en la última versión (*a medio camino entre la edición revisada y la reelaboración*<sup>40</sup>) de la segunda edición del último

<sup>36</sup> Pierre Coulombel, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (Sirey, Paris), tomo LV, 1957, págs. 609-631; Christian Helfer, *Rudolf von Jhering als Rechtssoziologe. Eine Erinnerung zum 150. Geburtstag*, en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (Köln-Opladen), XX, 1968, págs. 552-571; M. G. Losano, «Chiachierati su di un romanista», en *Sociologia del Diritto* (Franco Angeli, Milano), vol. III, 1983; Víctor Pérez, *La jurisprudencia de intereses. Orígenes y formación de la metodología sustancial en la teoría del Derecho de tradición romanista*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José de Costa Rica, 1974; Renato Treves, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, publicaciones*, nota preliminar de Manuel Atienza, trad. al cast. de María José Añón Roig y J. A. Pérez Lledó, editorial Ariel, Barcelona, 1988, pág. 82 (*R. Jhering y el fin del derecho*, págs. 82-84).

<sup>37</sup> G. Blondel, «Rodolphe de Jhering. Nécrologue», en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1892, págs. 797 y ss.; Jean Carbonnier, *Sociología jurídica*, trad. cast. de Luis Diez-Picazo Ponce de León (del original, *Sociologie juridique*, Armand Colin, Paris, 1972), ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 65; Stüntzing-Landsberg, «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft», tercera parte, vol. II, 1910, págs. 788 y ss.; Konrad Zweigert, «Iherings. Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode», en *Iherings Erbe*, vol. colectivo ya citado, págs. 240 y ss.

<sup>38</sup> Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, Druck und Verlag von Breitkopf, Leipzig, 1888, tomo III, vol. I, 1, pág. 321; Herman Ulrich Kantorowicz, en la revista *Die Tat*, 1914, págs. 360 y ss.; *vid.*, Fernando José Bronze, «Breves considerações sobre o estado actual da questao Metodonomologica», en *Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, págs. 177-199.

<sup>39</sup> Rudolf von Jhering, carta a Bernhard Windscheid, de 20 de marzo de 1864, en el volumen *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, edit. por su hija Helene Ehrenberg en la edit. Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1913, págs. 166 (reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1971); otra ed. en Johannes Biermann, *Rudolf von Jhering. 1852-1858. Briefe und Erinnerungen*, Berlin, 1807. *Vid.* Wolfgang Fikenstcher, «Die Freundschaft mit Windscheid und die Bewußte Sache Heidelberg», págs. 137-151 del vol. II de *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, ob. cit., ed. cit.; Leo Gallitzin, *Bernhard Windscheid und Rudolf von Jhering. Gedächtnisrede am 1<sup>o</sup> Dez. 1892*, Berlin, 1893; Josef Kohler, «Windscheid und Jhering», en *Die Zukunft* hrsg. von M. Harden, vol. II, núm. 17, Berlin, 1893, págs. 113-118; J. Ober, *Bernhard Windscheid un die Resnigung des röm. Rechts*, Diss. iur, Köln, 1989; Wolfgang Pleister, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Münchener Universitätsschriften Juristische Fakultät, Verlag Rolf Gremer, Ebelbasch, 1982; Joachim Rückert, «Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz als solche im liberalen Rechtsstaat (1817-1892)», en *Juristische Schulung*, Verlag C. H. Beck, München-Frankfurt am Main, 11, nov. 1992, págs. 902-908; Max Rümelin, *Bernhard Windscheid und seine Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, Rede (Kanzlerrede), Buchdruckerei von Georg Schnürlein, Tübingen, 1907; *id.*, *Rudolf von Jhering*, 1922.

<sup>40</sup> Rudolf von Jhering, «Vorwort zur 2. Aufgabe», pág. VII de *Geist des römischen Rechts auf den verschiednen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Druck und Verlag von Breitkopf und Hartel, Leipzig, 1866. La última versión de este tomo cuidado por el propio Jhering apareció en 1871, en el mismo sello editorial, con algunas adiciones.

de los tomos del *Espíritu del Derecho Romano* (tomo III, volumen I), el publicado en 1865: *Creer en la inmutabilidad de los conceptos jurídicos romanos es una idea totalmente infantil, de la que sólo participa cuando se realiza un estudio totalmente acrítico de la Historia*<sup>41</sup>.

La *jurisprudencia de conceptos*, con su culto a la sistemática, habría supervalorado las posibilidades de la lógica en el Derecho [tal y como se manifiesta en el *dictum* del *praeceptor Germaniae in jure civile* y última gran figura de la Escuela Histórica del Derecho, Bernhard Windscheid (1817-1892): *La decisión es el resultado de una cuenta en la cual los factores son los conceptos jurídicos*<sup>42</sup>] y habría reducido la ciencia del Derecho a un mero operar virtuosista con conceptos<sup>43</sup>; en el entendimiento expresado por el *ius-publicista* alemán Paul Laband (1838-1918) en el *Prefacio* a la segunda edición de su más importante obra dogmática (*Das Staatsrechts des Deutschen Reiches, El derecho público del Imperio alemán*, Tübingen, 1887) de que *el cometido científico de la dogmática de un determinado Derecho positivo consiste, por una parte, en la construcción de las instituciones jurídicas, en la remisión de los enunciados jurídicos particulares a conceptos jurídicos más generales y, además, en la derivación de las consecuencias que resultan de estos conceptos... Se trata de una operación mental de carácter puramente lógico y para cuya ejecución ni existe otro instrumento distinto al que nos proporciona la lógica, ni hay medio alguno que pueda sustituirla. Todas las consideraciones de tipo histórico, político y filosófico por más valiosas que puedan ser en sí mismas constituyen materiales que carecen de importancia para la dogmática de una materia jurídica, y a menudo sólo sirven para encubrir la ausencia de trabajo constructivo*<sup>44</sup>. Esta manera de entender la ciencia y el mundo jurídico como una disciplina que tendría como

<sup>41</sup> Roberto Racinaro, «Il tempo storico del diritto romano in Rudolf von Jhering», en *Democrazia e Diritto*, vol. XVI, fasc. 1, 1976, págs. 5-31; Rudolf von Jhering, «Geist der römischen Rechts auf den...», tomo III, vol. I, Druck und Verlag von Breitkopf, Leipzig, ed. de 1864, pág. 305.

<sup>42</sup> Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870), 9.<sup>a</sup> ed. en lengua alemana, a cargo de Theodor Kipp, vol. I, Frankfurt am Main, 1906, pág. 111 (reimpresión anastática, Aalen, 1963), trad. italiana de C. Fadda y P. E. Bensa, cuatro volúmenes, 1888, continuada por Pietro Bonfante y F. Maroi, reimpresión, Torino, 1930; *id.*, *Gesammelte. Reden und Abhandlungen*, ed. cuidada por Oertmann, Leipzig, 1904.

<sup>43</sup> Eugen Bucher, «Was ist Begriffsjurisprudenz?», en *Zeitschrift des Bernischer Juristenvereins*, núm. CII, 1966, págs. 274-304; M. Hoeflich, «Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell», en *American Journal Legal History*, vol. XXX, 1986, págs. 95 y ss.; Werner Krawietz, «Begriffsjurisprudenz», en el volumen dirigido por Joachim Ritter, *Historisches Wörter der Philosophie*, Basel-Stuttgart, vol. I, 1971, págs. 809-813; *id.* (editor), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976; Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Berlín, 1910, pág. VIII.

<sup>44</sup> Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1883), vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Freiburg, 1888, págs. X y ss., vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1911, pág IX (hay trad. italiana en la Biblioteche di Scienze politiche de Bunialti, serie III, vol. VI, 1914: *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, 1934), pág. 26; Anschütz, «Paul Laband», en *Deutsche Juristenzeitung*, XXIII, 1918, págs. 268 y ss.; M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979; Georg Jellinek, «Das Kampf des alten mit dem neueren Rechts», en *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. editado por Walter Jellinek, Häring, Berlín, vol. I, 1911, págs. 422 y ss. (reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1970); H. Mayer, «Die Krise der deutschen Staatslehre von Bismarck bis Weimar», en *Karl Marx und der Elend des Geistes*, 1948, págs. 54 y ss.

objeto los conceptos jurídicos y un mundo jurídico puramente abstracto que erradicaba del ámbito propio de la ciencia jurídica toda investigación no dogmática en sentido formal y que, al decir del jurista alemán Georg Jellinek (1851-1911), intentaba *conceder a lo positivo la aureola de lo lógico*<sup>45</sup> habría terminado convirtiendo a la lógica en un fin en sí misma, cuya adecuación u oportunidad se valoraba no por su correspondencia con la realidad social, sino por la conformidad lógica entre las proposiciones, con la pretensión de amoldar la realidad a sus deducciones, al entender que la lógica constituye un fin por sí misma, siendo su propia coherencia interna el único criterio para controlar la validez o la idoneidad de sus construcciones: *Si en algún campo tiene cabida el pensar conceptual, creador de conceptos y rigurosamente consecuente, será en el campo del derecho, y dentro de éste es precisamente en el campo del derecho romano donde presenta sus conquistas más brillantes y su valor práctico. Parecería entonces que la jurisprudencia de conceptos, en la medida en que recoge el modelo romano marchó por los surcos que le abrió éste. En apariencia así ocurrió, pero la realidad es bien distinta. Los juristas romanos piensan de un modo consecuente, pero se detenían cuando la necesidad práctica lo exigía. Al atenerse a la lógica jurídica nunca pierden de vista las realidades de la vida. Por contra la moderna jurisprudencia de conceptos no para mientes en estas realidades, sino que sigue impertérrita su camino aun cuando al hacerlo la jurisprudencia conceptualista ocasionalmente alcance resultados totalmente incompatibles con el fin de la aplicación del derecho, destruyéndose a sí misma en su propia imposibilidad; ya que en la jurisprudencia conceptualista, al contrario de lo que sucedía en Roma, la lógica jurídica no existe para la vida, sino la vida para la lógica jurídica*<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), 2.<sup>a</sup> ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Darmstadt-Tübingen, 1905, pág. 17. Vid. Reinhard Holubek, *Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft. Eine Untersuchung am Beispiel von Georg Jellinek*, Bouvier, Bonn, 1961; Leonard Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität* (1917), 2.<sup>a</sup> ed., Verlag Öffentliches Leben, Göttingen, 1949, págs. 6-68; Egon Zweig, «Georg Jellinek», págs. 147-154 del vol. XVI de *Biographisches Jahrbuch und Deutscher Nekrolog*, Reimer, Berlin, 1914.

<sup>46</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1.<sup>a</sup> ed., 1884 (2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> ed. en el mismo año, 4.<sup>a</sup> ed., con modificaciones, 1891, 5.<sup>a</sup> ed., 1892), pág. 363. En la 3.<sup>a</sup> versión en cast. del texto alemán, con el título *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, realizada por Tomás A. Banzhof concordada con la 13.<sup>a</sup> ed. alemana (Leipzig, 1924), edit. Civitas, se recoge el pasaje en la pág. 281. Buckland *A text-book of Roman Law*, 1932, pág. 2: acerca de la falta de lógica y la condición de la *interpretatio* como actividad práctica e ingeniosa; Jean Gaudemet, «Organicisme et évolution du droit chez Jhering», en *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, ed. coordinada por Franz Wieacker y Christian Wollschläger, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 29-39; Herbert Leslie Adolphus Hart, «Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», en el vol. cit. *Jherings Erbe*, págs. 68-78, y en el vol. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, págs. 265-277 (hay trad. cast. de José Juan Moreno, «El cielo de los conceptos de Jhering y la jurisprudencia analítica moderna», págs. 104-123 del volumen de Pompeu Casanovas y José Juan Moreno (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica-Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994; Rafael Hernández Marín, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, edit. Tecnos, Madrid, 1986, cap. VI: *El positivismo jurídico*, I. *Definición. La jurisprudencia de conceptos de Rudolf von Jhering. El Derecho como sistema lógico*, págs. 88-112; la cita, en pág. 109; M. Porzio, *Formalismo ed antiformalismo*, Napoli, 1961-1962, págs. 274 y ss. Vid. la antología sobre la jurisprudencia de conceptos publicada por Werner Krawietz, *Theorie*

A. C. Jemolo al advertir la insuficiencia tanto práctica como teórica del conceptualismo jurídico, expresó con acierto el papel de los factores irracionales tanto en la vida sin adjetivos como en la vida del derecho: «*Allí donde se trata de alcanzar grandes e importantes metas no se puede descender a componer cuidadosos cuadros teóricos ni tampoco se puede asegurar que el sistema formal sea impecable, ni que todos los silogismos sean correctos, y esto sucede así porque en la vida los factores irracionales son harto más importantes que los racionales*»<sup>47</sup>.

En un pasaje del volumen festivo *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum (Jurisprudencia en broma y en serio. Un regalo de Navidad para el público jurista*, Leipzig, 1884) Jhering expresaba su convicción de que *solamente debe emprenderse el estudio de un Derecho pasado cuando puede ser comprendido en el presente, esto es, cuando aporta una concepción práctica y una solución de las actuales exigencias de la vida*<sup>48</sup>. El conocimiento del derecho del pasado además de ofrecernos la fuente y el depósito de la tradición, nunca deja de suministrarnos lecciones admonitorias<sup>49</sup>. De aquí que tenga especial interés el contraste que con frecuencia establece Jhering entre la metodología aplicada a su trabajo por los juristas clásicos y la metodología practicada por los pandectistas. De aquí que cobre especial sentido ilustrativo de su crítica a la llamada jurisprudencia de conceptos por la excesiva abstracción de las condiciones bajo las cuales han de ser aplicados en la vida real los conceptos jurídicos, el que en un momento de su ensayo-narración fabulada que se publicaría como parte tercera del mismo volu-

---

*und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976; Max Rümelin, *Rudolf von Jhering (Rede von 6 November. 1922)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1922; Franz Wieacker, *Bernhard Windscheid zum 50. Todestage*, en *D.R.*, 1992, págs. 1440-1443.

<sup>47</sup> Arturo Carlo Jemolo, «I concetti giuridici», en *Atti delle Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXXXV, 1939-1940, págs. 246 y ss.; *id.*, «Ancora sui concetti giuridici», en *Rivista di Diritto Commerciale* (Milano), 1945, págs. 43 y ss.; *id.*, *La coscienza giuridica*, Napoli, 1947; Eduardo A. Zannoni, *Crisis de la razón jurídica. Tres ensayos*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, págs. 67-72.

<sup>48</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 13.<sup>a</sup> ed., Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1924; la cita, en pág. 365; Biaggio Brugi, recensión a la obra «R. von Jhering. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe*», *Beitkopf & H.*, Leipzig, 1884, págs. VI-383, en *Rivista Critica delle Scienze Giuridiche e Sociali* (Roma), Anno III, núm. 5, mayo 1985, págs. 131-135; Helmut Coing, «Der juristische Systembegriff bei Rudolph von Jhering», en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, ed. a cargo de Jürgen Blüdhorn y Joachim Richter, Frankfurt am Main, 1969, págs. 149-171; Roscoe Pound, «Mechanical Jurisprudence», en *Columbia Law Review* (New York), 1908, núm. VIII, pág. 605; Eduardo Volterra, «Le basi economiche di la elaborazione sistematica del Diritto romano», en *Iura. Rivista Internazionale di diritto romano e antico* (Jovene, Napoli), 1955, págs. 248-259; Wilhelm Wertbruch, *Versuch einer Kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings*, Diss. Köln, 1952, editado como libro en *Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. IV, Berlín, 1955; Karl Wieland, *Andreas Heusler und Rudolf von Jhering. Gedenkrede anlässlich der Feier von Andreas Heuslers 100. jährigem Geburtstag (30 Sept. 1934)*, Basel (Suiza), 1935.

<sup>49</sup> Hayden White, «La política de la interpretación histórica: disciplina y deshumanización», cap. III del volumen más radical de White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, trad. cast. de Jorge Vigil Rubio (del original, *The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation*, The Johns Hopkins University, Baltimore), Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1992, págs. 75-102; la cita, en pág. 82.

men y que tiene por título *Im Juristischen Begriffshimmel, En el paraíso de los conceptos jurídicos. Una fantasía*, a la pregunta del visitante acerca del significado que para la vida pudiera tener una teoría del derecho absolutamente desligada de cualquier consideración práctica, centrada en la disección de las vetas del organismo lógico del derecho, el espíritu no pueda dejar de responder con el mayor de los radicalismos: «*Vuelves con tu pregunta a demostrarme que no entiendes nada. ¿Problemas prácticos, dices? Ni se te ocurra siquiera mencionar aquí la palabra “práctico”. Si te hubiera escuchado alguien que no fuera yo te habría expulsado de inmediato. ¿Significado para la vida? ¿Pero es que acaso aquí hay vida? Aquí sólo vive la ciencia pura, la lógica del derecho, y el supuesto de su imperio y de toda la magnificencia que de ello se desprende consiste precisamente en que no tiene lo más mínimo que ver con las cuestiones de la vida. Más adelante, cuando veas con tus propios ojos los conceptos, verás lo que sucede con ellos si se someten a las exigencias de la vida. Junto al salón de los conceptos, donde podrás contemplar los conceptos puros, es decir, los conceptos que existen exclusivamente para sí y que están relevados de toda relación con la vida, hay un gabinete anatómo-patológico donde están expuestas las deformaciones y distorsiones que sufrieron los conceptos en el mundo real*»<sup>50</sup>.

Cabe pues identificar en el segundo Jhering una radical fractura frente a la pandectística conceptualista, y sobrevaloración de la fecundidad de la deducción, limitando el campo propio del jurista al reino de los pensamientos y las deducciones<sup>51</sup>, con la que configuraba a los conceptos jurídicos como cerrados, precisos,

<sup>50</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 33.<sup>a</sup> ed., Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1924; la cita, en pág. 284 (la 1.<sup>a</sup> ed. apareció en la misma editorial y ciudad el año 1884 y fue seguida de otras dos inalteradas, la 4.<sup>a</sup>, también en el mismo sello editorial, apareció en 1891, con dos modificaciones de alcance (págs. 384 y ss.: un añadido al segundo párrafo de la *Plauderien eines Romanisten* y págs. 385-425; una ampliación del tercer párrafo del mismo texto). Traducción parcial del texto al cast., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de la 3.<sup>a</sup> ed. alemana con notas preliminares de Román Rianza, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, en la tercera versión cast. citada en la nota 45, se recoge el pasaje en págs. 222-223. *Vid.* Bernardo Albanese, recensión a la obra de R. Jhering, «Serio e facetto nella giurisprudenza» (trad. it. de G. Lavaggi, Sansoni, Firenze, 1954), en *Jura* (Rivista Internazionale di Diritto romano e antico), Jovene editore, Napoli, 1955, págs. 248-254; Elias Hurwicz, «Die Stellung Rudolph von Jherings und die deutsche Rechtswissenschaft. Mit besonderer Berücksichtigung des Strafrechts», en *Abhandlungen des Kriminologischen Seminars*, Berlín, vol. VI, 4, Berlín, 1911, págs. 68 y ss.; Bernd Klemann, *Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule*, Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-París, 1989; Gustavo Villapalos Salas, «El paraíso de los conceptos jurídicos de Rudolf von Jhering», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, núm. XXVI, 1993, págs. 35-61.

<sup>51</sup> Horts-Eberhard Henke, «Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz.», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. LXXX, 1967, págs. 1-20; la cita, en pág. 20: «*Pero estos excesos no deben inducirnos a entender que la jurisprudencia de conceptos ofrece un pensamiento ajeno a la vida. En última instancia y pese a todo, fueron los componentes de esta escuela quienes descubrieron el carácter de los plenos poderes, escribieron tratados y comentarios de gran nivel y crearon la dogmática y el sistema de derecho civil*», artículo recogido posteriormente en el vol. editado por Werner Krawietz, *Theorie und technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, págs. 390-415; *id.*, «Begriffsjurisprudenz», en *Historischer Worterbuch der Philosophie*, vol. I, Basel, 1971, columna 809 y ss.; Antonio Hernández-Gil y Álvarez Cienfuegos, «El estatuto científico de la construcción jurídica en Jhering», en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso (Chile), vol. monográfico dedicado a Rudolf von Jhering, núms. X-XI, 1976-1977, págs. 339-408; Harry Lange, *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht*, Berlin-Grünwald, 1927; *id.*, *Von Gesetzstaats zum Rechtsstaat*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1934;

autónomos y ahistóricos, en la medida en que podían ser definidos exhaustivamente en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes por las que se autoabastecen y resultaban intangibles por la mano del legislador, no presentando en todo caso relación alguna con la vida real y sin ni siquiera hacer referencia a la vida misma. En contraste, para Jhering «*los juristas romanos siguen el camino de la consecuencia lógica sólo hasta el punto en que las necesidades de la vida la hacen detener, de tal manera que la utilización de la lógica nunca les hace perder de vista las realidades de la vida*»<sup>52</sup>.

La crítica de Jhering al Pandectismo y a la *Begriffsjurisprudenz* pasa, entre otras cosas, por la puesta en evidencia de hasta qué punto estas técnicas jurídicas de argumentación se encontraban en las antípodas de las practicadas habitualmente por los juristas romanos clásicos<sup>53</sup>. Ya en la primera edición del cuarto tomo del *Espíritu del Derecho romano*, aparecido en 1864, se reconocía que el llamado *alfabeto jurídico* se encontraba sometido a cambios, puesto que en los distintos órdenes jurídicos positivo-históricos no varían tan sólo los contenidos materiales de las proposiciones jurídicas alcanzado las eventuales modificaciones incluso a los conceptos jurídicos obtenidos de ellas por concentración y a las instituciones<sup>54</sup>: «*La historia del Derecho refleja el carácter particular e histórico del abecedario jurídico. Junto con los preceptos varían los conceptos y las instituciones. No tan sólo se altera la naturaleza y el significado de las letras existentes, sino que con el tiempo éstas desaparecen y son reemplazadas por otras nuevas*». La evolución progresiva del derecho en la experiencia jurídica romana se desarrollaba en estrecha conexión con las instituciones vigentes y desde la perspectiva del caso concreto, a través de la

M. Porzio, «Sulla scelta del metodo nell'interpretazione», en *Archivio Penale* (Bulzoni, Roma), fascs. XI-XII, dic. 1961, págs. 413-432; Franz Wieacker, «Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz», en *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60 Geburtstag*, Klosterman Verlag, Frankfurt am Main, 1962, págs. 421-453.

<sup>52</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst ...*, ob. cit., 1.ª ed. ya cit., pág. 362; *id.*, «Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena), vol. 4, 1863, págs. 81-130; la cita en pág. 281 de la 3.ª versión cast. ya citada Bromas y veras.... Vid. Biagio Brugi, recensión a la obra «Scherz und Ernst in der Jurisprudenz», en *Rivista Critica delle scienze giuridiche e sociali*, año III, núm. 5, págs. 131-135; Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, 1927, pág. 239; Jan Thomas, «La langue du Droit Romain. Problèmes et méthodes», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), XIX, 1974; Filippo Vasalli, «Introduzione» a la trad. al italiano de la obra de Rudolf von Jhering, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, a cargo de Giuseppe Lavaggi, Sansoni edit., Firenze, 1954, págs. I-XXXI; Michel Villey, *Le Droit Romain*, Presses Universitaires de France, Paris, 1945, pág. 45 (hay trad. al cast. de Martiia Laffite de Juncal y Julio Ángel Juncal, revisada por Carlos Ambrosioni, Eudeba, Buenos Aires, 1963 -2.ª ed., 1966-).

<sup>53</sup> Eric Agostini, *Droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, pág. 183; Michel Villey, «Modes classiques d'interpretation», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), 1972, pág. 82.

<sup>54</sup> Rudolf von Jhering, *Geist der römischen Rechts...*, tomo II, vol. II, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1858, págs. 346-347; Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, págs. 219 y ss.; *id.*, «Frei Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft», en el vol. de *id.*, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlín, 1967, págs. 170-202; G. Marini, «La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering», en el vol. *Jherings Erbe*, ya cit., Göttingen, 1970, págs. 15 y ss.

*interpretatio* del pretor y de los juristas con sus *responsa*. La *interpretatio* del pretor no era una mera aplicación de la norma, sino la conciliación del Derecho escrito con las exigencias de la vida, en una situación en la que el pretor tiene conferidas amplias facultades para conseguir adecuar la fórmula al supuesto concreto de que se trata a fin de proceder a una aplicación conveniente del derecho<sup>55</sup>; de tal manera que la preocupación fundamental residía en identificar lo justo para el controvertido caso concreto. La vida constituía así su horizonte último y objeto fundamental<sup>56</sup>. No se olvide que en el párrafo XXXVIII del segundo tomo del volumen segundo de *El espíritu del Derecho romano* se destaca el perfil de la jurisprudencia como actividad así como su inequívoca tendencia volcada hacia lo concreto, insistiéndose en que *el derecho existe para realizarse. La realización es el elemento que otorga vida y verdad al Derecho, es el Derecho en sí mismo. El derecho que no se traduce en realidad, que únicamente se encuentra sobre el papel en las leyes, no es sino pseudoderecho, pura palabrería... No es, por tanto, el contenido abstracto de la ley, ni la justicia o moralidad técnicas lo que determinan el valor del derecho, sino su objetivación en la vida, la decisión con que realiza e impone todo aquello que considera y proclama necesario*<sup>57</sup>.

Los *responsa* de los juristas romanos se entendían como soluciones concretas dadas a casos igualmente concretos, que ciertamente se objetivaban en *regulae iuris* y manifestaban una tendencia dirigida a formular criterios normativos de carácter general y abstracto, pero atribuyéndoseles a éstas *regulae iuris* frente al uso acríptico e incondicionado de las mismas que en otras áreas terminarían teniendo<sup>58</sup> tan

<sup>55</sup> Álvaro D'Ors Pérez-Peix, *Una introducción al estudio del Derecho*, 8.ª ed., Rialp, Madrid, 1989, pág. 27.

<sup>56</sup> Ursicino Álvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1968, págs. 99, 101 y 166; Enrique Gómez Arboleya, «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna (1950)», recogido en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 412-438; la cita, en pág. 417; Enrique Lalaguna, voz «Jurisprudencia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1978, tomo XIV, págs. 597-630; A. Lange, *Die Wandlungeng Iherings in seiner Auffassung von Recht*, 1927; Sonia Mollà Nebot, *Consideraciones en torno a la aequitas*, en *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de Valencia-Colegio Notarial de Valencia-Colegio de Registradores Mercantiles, Valencia, 1995, vol. I, págs. 295-304.

<sup>57</sup> Rudolf von Jhering, «Geist des römischen Rechts...», tomo II, vol. II, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1858 (hay reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1968), pág. 322 (trad. cast., «Teoría de la ciencia jurídica por Sergio Sanjosé», en el volumen antológico dirigido por Pompeu Casanovas y José Juan Moreno, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994, págs. 60 y ss.).

<sup>58</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz, «La règle de droit et la loi dans l'antiquité», en *Egypte Contemporaine*, 1938, págs. 17 y ss.; Berger, «The Emperor Justinian's Ban upon Commentaries to the Digest», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio-Scialoja*, núm. LV-LVI, 1951, págs. 124-169; *id.*, voz «Regula», en la *Encyclopedie Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, págs. 672; *id.*, «Julius Paulus», en Pauli-Wissowa, *Realenc.*, h. v; Biagio Brugi, «Le *regulae iuris* dei giureconsulti romani», en *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1930, vol. I, págs. 38-42; Luis Díez-Picazo Ponce de León, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.ª ed., corregida y puesta al día, editorial Ariel, Barcelona, 1993, págs. 28-30; *vid.* Cervi, «Regole di diritto», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XIV, tema XIV, págs. 692 y ss.;

sólo... *un valor relativo, condicionado siempre a la fuerza insoslayable de la realidad viva de cada caso*<sup>59</sup> y en el que nunca se perdió de vista el carácter abierto y problemático de un derecho de juristas estructurado en conexión con los medios de tutela procesal. No en vano, para reforzar esta tesis, el jurista de Aurich recurre al recuerdo del tantas veces evocado fragmento de Paulo que abre el último título del Digesto *De diversis regulis iuris antiqui* (Paulo, 16 *libri ad Plautium*, D. 50,17.1) acerca del auténtico alcance, naturaleza, sentido y objetivos de las *regulae iuris*, o máximas jurídicas expresadas de forma concisa y de fácil retención, consagradas por el Derecho romano justinianeo al incorporarse un conjunto muy numeroso de las mismas al Digesto. Fragmento en el que con rotundidad se afirma no sólo que el *ius* en ningún caso puede derivar de las *regulae iuris*, sino que, por el contrario, son aquellas las que se obtienen o deducen propiamente del *ius* ya existente. *Regulae iuris*, que en ningún caso eran entendidas como suministradoras de fundamentos de principios abstractos a los que se atribuya valor absoluto y condición universal, sino más bien como fórmulas que sintetizan el sentido de una institución de cuya estructura se extraen, o de una serie de normas, aun cuando con harta frecuencia se invocan, remiten o citan en distintos razonamientos de los alegatos y de las decisiones: «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat... Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*». «Es la regla la que describe brevemente como es una cosa. De modo que el Derecho no deriva de la regla, sino que ésta se abstrae del Derecho existente. Así pues, mediante la regla se trasmite una breve descripción de las cosas y, como dice Sabino, es a modo de resumen de la cuestión que si en algo está viciada pierde su función». Párrafo tantas veces evocado elogiosamente por la doctrina y apostillado con expresiva fórmula por Sir Francis Bacon (1561-1626) en *De dignitate et argumentis scientiarum* (libro VIII, sección 85, conocida también como *Tractatus de iusititia universalis sive de fontibus iuris*) ya «que la *regula* (igual que el compás del navegante) indica el Derecho pero no lo deja establecido». Texto de un pensador independiente, crítico y agudo como Paulo que con gran probabilidad remite a otro igualmente conocido pasaje

H. Gábor y K. István, *De diversis regulis iuris antiqui. A digesta 50,17 regulái (latinul és magyarul)*, Instituti Iuris Romani Budapestiensis, 3, Budapest, 1974; Florentino García Goyena, *Reglas del Derecho Romano*, Madrid, 1841; Krampe, «Die ambigüites Regel; interpretatio contra stipulationem», *venditoren locatorum*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, num. C, 1983, págs. 185 y ss.; Stella Maranci, «La regula iuris e la definitio in iure civile», en *Etudes François Géný*, Paris, 1914; Rudolf von Jhering, «Geist des römischen Rechts...», ob. cit., 1.<sup>3</sup> ed., Druck und Verlag von Breitkopf und Hartel, Leipzig, 1852, vol. I, págs. 33-34; Salvatore Riccobono, «Regulae iuris», en *Nuovo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XI, 1939, págs. 337 y ss.; Sanio, *Beitrag zur Geschichte der Regulae iuris*, Rechtshist. Abhandl. und Studien, Königsberg, 1845, págs. 137 y ss.

<sup>59</sup> Rudolf von Jhering, «El espíritu del Derecho Romano», trad. cast., ya cit. Libro II, parte I, út. II, cap. I, parágrafo XXI, 317, vol. II, pág. 73, Madrid, 1912; Helmut Schelsky, «Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. III, 1972, págs. 47-86; Scherillo, «Note critiche su pere della giurisprudenza romana», en *Iura. Rivista Internazionale di Diritto romano e antico*, vol. III, 1952, págs. 188 y ss.; Reinhold Schober, *Politiische Jurisprudenz. Eine Würdigung ihres Wegbereiters Jhering*, Berlín, 1933.

del *Proemium* de los *Pithana* del hijo de Pacurio (o Paconio) Labeón, Marco Antistio Labeón<sup>60</sup>, jurista de la época augustea que a finales del siglo I de nuestra era propuso la formación de los criterios normativos a partir de la solución justa de los casos concretos y que no casualmente evoca Jhering como hiciera también con tantos otros pasajes de Paulo. Recuérdese al respecto el reproche que Vittorio Scialoja dirige, en la nota necrológica por él dedicada conjuntamente a Rudolf von Jhering y Bernhard Windscheid, al primero de los dos excepcionales juristas, acusándolo de haber metamorfoseado a Paulo en la valoración que del mismo hace en una especie de Puchta de la Antigüedad clásica<sup>61</sup>.

En cualquier caso, conviene no olvidar que, si bien Jhering analiza pormenorizadamente las técnicas lógico-jurídicas empleadas por los juristas romanos, lo hace con el propósito de poder individualizar lo más fácilmente posible lo que él entiende como el método jurisprudencial aplicable a todo Derecho, en cuanto que dicho método aparece dotado de una necesidad intrínseca y una fuerza expansiva

<sup>60</sup> G. Nocera, *Rocostruzione esegetico-storica della regulae juris*, Roma, 1946; Dieter Nörr, «Spruchregel und Generalisierung», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar), LXXXIX, 1972, págs. 18 y ss.; *id.*, «Zum traditionalismus der römischen juristen», en *Festschrift Flüme*, Köln, 1978, págs. 153 y ss.; *id.*, «Triviales und aporetisches sur juristischen Hermeneutik», en el vol. colectivo *Text und Application, Poetik und Hermeneutik*, IX, 1981; *id.*, «I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXXXIV, 1981, págs. 9-33; *id.*, «La intuición viva de Savigny», trad. cast. en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1981, págs. 213 y ss.; Gregorio José Ortega Pardo, «El problema metodológico en el Derecho Civil», en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año IV, Lisboa, 1974, págs. 164-193. La interpretación del enunciado de Paulo en Max Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, págs. 42 y ss.; Pringsheim, «Beryt und Bologna», en *Festschrift Otto Lenel*, 1921, págs. 244 y ss.; Fernando Reinoso Barbero, *Los principios generales del derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, editorial Dykinson, Madrid, 1987, pág. 33 y ss.: *Formulación de la regulae iuris*; Salvatore Riccobono, «Regulae Iuris», en *Nuovo Digesto Italiano*, XI, U.T.E.T., Torino, 1939, págs. 333 y ss.; Bruno Schmidlin, «Rechtsregel und Rechtsfall in der römischen Jurisprudenz», en *Ö.Z.Ö.R.*, XXII, 1971, págs. 311 y ss.; *id.*, *Regola e fattispecie nella giurisprudenza romana*, Università di Cagliari, Istituto Economico-Giuridico, núm. XLVII, 1971-1972, págs. 1 y ss.; Peter Stein, «The formation of the Glosses De Regulis iuris and the glossator's concept of regula iuris», en *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, Milano, 1963; *id.*, «The Digest Title. De diversis regulis iuris antiqui an the General Principles of Law», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, The Bobbs-Merrill Co. Inc., Indianapolis-New York, 1962, págs. 1-20; W. Uruszczak, «Regulae iuris w Kulturze dawnej Polski (*Regulae iuris* en la cultura jurídica de la antigua Polonia)», en *Krakowiskie Studia Prawnicze*, XXII, 1989, págs. 79-108; Michel Villey, «Sur l'histoire de Regles du Droit. Peter Stein: Regulae iuris», en *Archives de Philosophie du droit* (Sirey, Paris), t. XIII, 1968, págs. 339-346; Juan Bms. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las Leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág. 559: «Es decir, la generalización no vale más que los casos generalizados. Los romanos no admitían nada semejante al método de inversión del conceptualismo dogmático del pasado siglo», Franz Wieacker, *Juristen und Jurisprudenz im Prinzipate*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar), núm. XCIV, 1977, págs. 324 y ss.

<sup>61</sup> Vittorio Scialoja, *Rudolf von Jhering (Necrológico di) e Bernhard Windscheid*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (Pasqualucci, Roma), 1893, págs. 46-61. *Vid.* Wolfgang Fikenstcher, «Eine Erstlingsarbeit Rudolf von Iherings entdeckt?», en *Historischer Jahrbuch*, núm. XCIII, 1973, págs. 374-379; Ernst von Hippel, «Rudolf von Ihering als Begründer der Rechtspositivismus», en *Neues Abendland*, 1951, págs. 322 y ss.; G. Lazzaro, «Diritto e Scienza giuridica in un passo di Paolo», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, G. Giappichelli editore, Torino, vol. V, págs. 695 y ss.

que se encontraría contenida en la propia naturaleza de la ciencia jurídica<sup>62</sup>. Convicción que manifiestamente se corresponde tanto con su conocida idea acerca de la autonomía del método y la correspondencia del mismo con la ciencia, como con su compromiso con la idea de la universalidad del derecho frente al exclusivismo nacionalista<sup>63</sup> y con la concepción de que la teoría jurídica aletea por encima del tiempo y no pertenece propiamente a pueblo alguno en exclusiva, con independencia de que se pueda haber acreditado el especial sentido jurídico de algunas civilizaciones, ya que de la misma forma que pese a la innegable contribución de Euclides (315-225 a. de J.C.) a la geometría, esta parte de la matemática no es de propiedad exclusiva de la civilización griega, resultando como resulta también innegable la excepcional contribución de la cultura romana al derecho, los rudimentos del método jurídico se encuentran en todos los sistemas jurídicos, por elemental y preliminar que fuere la fase de evolución en que se hallaren, y no sólo en la experiencia jurídica romana en la que alcanzan una madurez indiscutida<sup>64</sup>.

Ya en su escrito programático *Unsere Aufgabe* (*Nuestra tarea*, Jena, 1857) programa motivado<sup>65</sup> con el que abre el primer volumen de la revista científica de combate que en los años de su máximo entusiasmo dogmático fundara junto al canciller de la Universidad de Tübinga, el germanista, decano y renovador de la

<sup>62</sup> Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts ...*, ob. cit., ed. de 1858 (Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig), tomo II, vol. II, págs. 358-359. Jhering divide la jurisprudencia en dos modalidades, las denominadas respectivamente jurisprudencia inferior y jurisprudencia superior, mientras que la jurisprudencia inferior se propone captar el sentido de las normas jurídicas, superar las aparentes contradicciones, salvar sus obscuridades, reducir su vaguedad, poniendo en todo caso de manifiesto de manera fidedigna la voluntad legisladora; la jurisprudencia superior por su parte se ocupa de institutos y conceptos jurídicos, con un cometido y un método estrictamente jurídicos. Da tal manera que si bien la jurisprudencia inferior constituye una fase preliminar del trabajo del jurista, es en la jurisprudencia superior donde «la ciencia del derecho adquiere ese carácter peculiar que la distingue de las demás ciencias» (*Geist des römischen Rechts ...*, vol. II, tomo II, pág. 359); Giuliano Marini, «Teorie e pratica nelle *Vermischte Schriften* de Jhering», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1971, págs. 157-165.

<sup>63</sup> Rodolfo de Jhering, «Lettera al professore Filippo Serafini», Viena, sept. de 1872, publicada en *Archivio Giuridico*, vol. X, Bologna, 1872, págs. 115-117 (recogida en Ermanno Bonazzi, «La fortuna di Jhering in Italia», págs. 627-696 del volumen editado por Mario G. Losano, *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1977; la cita, en pág. 689).

<sup>64</sup> Manuel Granell, «Notas para una teoría etológica del Derecho», en *Estudios en Honor del Doctor Luis Recasens Siches*, vol. cit., ed. cit., pág. 467; Christian Helfer, *Rudolf von Jhering als Rechtssoziologie. eine Erinnerung zum 150. Geburtstag*, en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, XX, 1968, págs. 552-571; *id.*, *Rudolf von Jhering über das Rechtsstudium*, en *Juristenzeitung* (Mohr, Tübingen), vol. XXI, 1966, págs. 506-509.

<sup>65</sup> Ángel Martínez Sarrión, «Si ha muerto Jhering, vive en sus obras (apostillas a un cuestionario)», en vol. IV, «En el centenario de la muerte de Rudolf von Jhering», de *Seminarios Complutenses de Derecho Romano (1992)*, Facultad de Derecho-Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, Madrid, 1993, págs. 11-49; la cita, en pág. 21; *vid.* Angelo Falzea, «La Zweckjurisprudenz de R. Jhering», págs. 166 y ss. de *Introduzione alle Scienze giuridiche*, Primera Parte: «Il concetto del diritto», Giuffrè editore, Milano, 1975; Iredell Jenkins, «Rudolf von Jhering», en *Vanderbilt Law Review*, núm. XIV, 1960, págs. 169 y ss.; Amtsrichter Kühnast, «Jhering's Definition des Rechts», en *Cruchot's Beiträge*, año XXIV, Berlín, 1880, págs. 1-20, 153-170.

ius-publicística alemana del diecinueve, Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Anales para la Dogmática del Derecho Privado romano y alemán actuales, que dirigiría ininterrumpidamente hasta su muerte, momento en el que, a partir de su número XXXII agrega como mención principal *Jhering Jahrbücher...*), se insiste en esta misma idea-fuerza: «Por el Derecho romano, pero más allá del Derecho romano» («Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus»)<sup>66</sup>.

Proclama y tesis que por otra parte ya había anticipado nuestro autor en el *locus classicus* del prefacio de un texto anterior, su estudio dogmático *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Ensayos de Derecho romano, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1844), donde confesaba que el interés de su obra no se dirigía tanto a representar la teoría del Derecho Romano tal y como la concebían los juristas romanos, limitando su trabajo a este objetivo, sino que más bien se proponía ir más allá de esa concreta concepción, aspirando a conseguir una *cosmovisión jurídica universal*<sup>67</sup> que nos suministre los arquetipos jurídicos universales de que nos ha hablado Giovanni Cossi<sup>68</sup>, de tal manera que a partir del estudio de la actividad de los juristas romanos se proponía extraer consecuencias que en más de una ocasión éstos no llegaron a alcanzar, y que en sus concepciones sólo se presentaban como meros postulados<sup>69</sup>; puesto que

<sup>66</sup> Rudolf von Jhering, «Unsere Aufgabe», en *Jahrbücher für die Dogmatik...* (Friedrich Mauke, Jena), vol. I, 1857, págs. 1-52 (reimpresión en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Gustav Fischer, Jena, vol. I, 1881; reimpresión posterior, Scientia Verlag, Aalen, 1969, págs. 1-46). Lema ya anticipado en la primera edición del primer volumen de su *Geist der römischen...*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1852, pág. 14; Helmut Coing, «Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering», en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, vol. colectivo cuidado por Jürgen Blühdorn y Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, págs 149-171; *id.*, «Bemerkungen zur Verwendung des Organismusbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Deutschland», en el vol. dirigido por Gunter Mann, *Biologismus im 19. Jahrhundert. Vorträge eines Symposions von 30 bis 31 oktober 1970 in Frankfurt am Main*, Stuttgart, 1973, págs. 147-157. Una valoración de los nueve primeros volúmenes de los *Jahrbücher*, se debe a Filippo Serafini en su artículo «Rivista mensile del movimento giuridico in Germania», publicado en *Archivio Giuridico*, vol. I, Fava e Caragnani, Bologna, 1868, págs. 255-263; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè editore, Milano, 1979, págs. 115 y ss. De interés resulta también el estudio de Roberto Racinaro, «Il tempo storico del diritto romano in Rudolf von Jhering», en *Democrazia e Diritto*, vol. XVI, fasc. I, 1976, págs. 5-31.

<sup>67</sup> Ernst von Hippel, *Historia de la Filosofía política en sus capítulos señeros*, vol. II, trad. cast. de Francisco Puy Muñoz, revisada por Agustín de Asís Garrot, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 351.

<sup>68</sup> Giovanni Cossi, *Il Logos del diritto*, G. Giappichelli editore, Torino, 1993; *id.*, «Naturalità del diritto e universalità giuridici», en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* (Giuffrè, Milano), IV serie, LXXI, 1994, 2, págs. 216-242; *id.*, *Il sacro e il giusto*, Milano, 1990; *id.*, *Il giurista perduto*, Firenze, 1987.

<sup>69</sup> Rudolf von Jhering, *Abhandlungen aus dem römischen Rechts*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1844, prefacio, págs. I-VIII; Riccardo Orestano, «Dal culto della sistematica all'apogeo della dommatica. Jhering», págs. 278-290 de *Introduzione allo studio del diritto romano*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1987; Dino Pasini, *Saggio su Jhering*, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1959, en el cap. I de la primera parte se trata del desarrollo del pensamiento jurídico del joven Jhering desde su inicial formación en el ambiente cultural que dominaba la escuela histórica del derecho hasta la determinante confrontación con esta corriente del pensamiento jurídico, pág. 11; *id.*, *La Sociologia interna di Jhering*, en *Jherings Erbe*, vol. colectivo ya citado, págs. 177-191; Sturm, «Rudolf von Jhering, la scienza e l'insegnamento del diritto romano», en *Studi Senesi* (Facoltà di Giurispurdenza, Univeristà di Siena),

el interés del conocimiento del derecho romano no radicaría tanto en su bondad intrínseca, lo que nos conduciría a estudiarlo con la sola finalidad de aplicarlo a las necesidades de la práctica actual, sino por las virtudes del método de que se sirven sus juristas clásicos, método de cuya fuerza creativa conviene apropiarse<sup>70</sup> a fin de desarrollar una teoría del derecho que aborda confiadamente al tener en el horizonte la convicción (que se califica de desesperanza en la interpretación de Karl Larenz) de que «*para poder servirse sin riesgos de una teoría es necesario haber perdido previamente la fe en ella*»<sup>71</sup>. En palabras del maestro de la Universidad de Freiburg im Brisgau, Erik Wolf, «*poco le interesaba ya a Jhering, en el fondo, la cuestión del origen y de la ordenación histórica del Derecho romano en sus elementos particulares. En general, sólo se ocupó de ella en tanto en cuanto le permitía descubrir la conexión entre el Derecho y la cultura y distinguir lo que en él había de vivo y de muerto... No se recata Jhering en proclamar que no es realmente lo "romano" lo que en el "Corpus iuris" y su ciencia tiene para nosotros relevancia. No importa lo "muerto" ni lo que sobrevive, sino aquello que tiene validez universal, sus "factores espirituales" constitutivos. No le interesa el Derecho romano, ni tampoco el Derecho nacional; lo que busca es "el" Derecho...*»<sup>72</sup>; es decir, con su obra no se trataba tanto de realizar una exposición reducida al análisis, más o menos pormenorizado de la concreta experiencia jurídica romana, cuanto, a través de su consideración, conseguir identificar conceptualmente la juridicidad y poner de manifiesto la esencia del Derecho en general<sup>73</sup>, investigando de este modo las estructuras constantes y comunes a todo sistema jurídico<sup>74</sup>. De aquí que insistiera en que al objeto de conseguir

---

vol. LXXXIII, 1971, págs. 23 y ss.; Walter Wilhelm, «Das Recht im Römischen Recht», en *Jherings Erbe. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolf von Jhering*, vol. colectivo cuya edición ha sido cuidada por Franz Wieacker y Christian Wöltschläger, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 228-239.

<sup>70</sup> Filippo Serafini, «Rivista mensile del movimento giuridico in Germania», en *Archivio Giuridico* (Fava e Garagani, Bologna), vol. I, ya cit. 1868, pág. 256.

<sup>71</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 4.<sup>a</sup> ed., Breikopf und Härtel, Leipzig, 1891, pág. 57.

<sup>72</sup> Erik Wolf, «Rudolf von Jhering», trad. cast. de Antonio Truyol y Serra, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. X-XI, Universidad de Valparaíso, Valparaíso (Chile), diciembre 1976-junio 1977, págs. 121-168 (extraído de la obra de Wolf, «Rudolf von Jhering-Otto von Gierke», trad. cast., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, sin fecha de edición); la cita, en pág. 133.

<sup>73</sup> Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts...*, tomo I de la 1.<sup>a</sup> ed. citada de 1852, pág. 23: «*Al ojo avezado el Derecho se le aparece como un conjunto de institutos y conceptos jurídicos, mientras que al no avezado, se le aparece como un conjunto de proposiciones jurídicas; aquella visión se corresponde con la naturaleza interna del Derecho, mientras que la última ofrece la fachada externa del Derecho, orientada a la vida práctica*», dice Jhering en la pág. 42 del mismo primer volumen citado. Por ello, Jhering recuerda que para realizar su investigación hubiera precisado servirse no de una lupa, instrumento adecuado para el trabajo de detalle, sino de un telescopio (*Geist der römischen ...*, vol. I, ed. cit. de 1852, pág. 23), ya que «*la futura historia del Derecho... no sólo tendrá que fijar su atención en el Derecho surgido de las fuentes tradicionales, sino también en el generado de la mente jurídica, y que únicamente puede percibirse apropiadamente desde la lejanía*» («*Unsere Aufgabe*», en *Jahrbücher für die...*, vol. I, 1857, págs. 4-5); Walter Wilhelm, «Das Recht im römischen Rechts», en *Jherings Erbe*, vol. colectivo cuya edición ha sido cuidada por Franz Wieacker y Christian Wöltschläger, *Göttingen Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Jhering*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 228-239.

<sup>74</sup> Eugenio Di Carlo (1882-1959), «Teoria Generale e Filosofia del Diritto», en *Annali Istituto Giuridico Università di Messina*, I, Messina, 1927, págs. 197-198; Vittorio Frosini, «Topica e teoria generale del diritto», en el volumen de *id.*, *Teoremi el problemi di scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 3 y ss.; Natalino Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990, pág. 3.

sus propósitos necesitaba más servirse del telescopio que de la lupa, puesto que *en vez de una crítica que tenga por objeto la forma de transmisión del Derecho romano, de los manuscritos, de las variantes, etc., ante todo, más bien, una crítica del Derecho, de una doctrina de la naturaleza del Derecho. Naturaleza ésta que se deduce de la historia del Derecho romano que se ha de significar como espíritu del Derecho romano*. Todo ello en el marco de la nueva fundamentación de la teoría del derecho que imprimió a su pensamiento, con el subyacente interés por el conocimiento de las condiciones generales (técnicas y sociales) de la formación del Derecho y de la jurisprudencia y con la convicción de que *para poder servirse de la teoría sin riesgos, previamente tiene que haber perdido por completo la fe en ella*<sup>75</sup>. A Jhering le movilizaba el propósito de ofrecernos una teoría de la naturaleza del Derecho no *ius-naturalista*, en la que el punto de vista informador no fuera propiamente el Derecho romano como un Derecho regular o nacional, por muy desarrollado que estuviera, *no aprehende sólo un Derecho nacional, sino el Derecho en general*, esto es, *el Derecho estudiado e ilustrado con aquél*, tal y como expone en el prólogo de la segunda edición (1866) de *Geist der römischen Rechts*, separando lo *episódico y puramente romano de lo permanente y general*<sup>76</sup>, suministrándonos a través de la *exposición de la evolución del Derecho Romano, elementos para una teoría natural del Derecho* o, lo que es lo mismo, para lo que propiamente constituiría una filosofía del Derecho, ya que como con acierto destaca el penalista de la Universidad de Estrasburgo, Adolf Joseph Matthäus Merkel (1836-1896), quien iniciara la doctrina que iba a llamarse por antonomasia *Allgemeine Rechtslehre (Teoría General del Derecho)*<sup>77</sup>: «y su presuposición de una coincidencia de las tareas de la filosofía del derecho con una historia escrita con este carácter está bien fundada. La historia condensada de la evolución es filosofía. Un espíritu que penetrara plenamente la historia de la evolución de la humanidad y que pudiera dar sobre ella una información coherente, compendiada y clara, sería el mayor de los fi-

<sup>75</sup> Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst...*, 10.ª ed., pág. 57.

<sup>76</sup> Rudolf von Jhering, *Geist der römischen Rechts...*, vol. I, de la 1.ª ed. cit. de 1852, págs. 15-16; *vid.* Okko Behrennds, «Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie der Rechts», en el volumen cuidado por G. Patzig, *Die Evolutiongedanke in der wissenschaften, Vandenheck und Ruprecht*, Göttingen, 1991, págs. 291 y ss.; Felipe (Eduardo) González Vicén, «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época (Ministerio de Justicia, Madrid), tomo IV, 1987, págs. 223-248; José María Rodríguez Paniagua, «Rudolf von Jhering» en el mismo volumen del *Anuario de Filosofía del Derecho*, págs. 249-271; de altísimo interés resulta el volumen colectivo cuidado por Agustín Squella Narducci, en la *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso (Chile)*, núms. X-XI, 1976-1977; Franz Wieacker, «Jhering y el Darwinismo» (trad. cast. del original, «Bemerkungen über Ihering und den Darwinismus», en *Festschrift für Karl Larenz zum 70 Geburtstag*, Munchen, 1973, págs. 63-92, a cargo de Modesto Saavedra), en el volumen monográfico «Savigny y la Ciencia Jurídica del siglo XIX», de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, núms. XVIII-XIX, 1978-1979, págs. 341-370; la cita, en pág. 343; *id.*, *Rudolf von Ihering. Eine Erinnerung zu seinen 50. Todestage*, Leipzig, 1942; *id.*, «Rudolf von Jhering», 2.ª ed. Stuttgart, 1968, pág. 21; *id.*, «Rudolph von Jhering», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar), LXXXVI, 1969, págs. 1-36, las referencias en págs. 13 y 24; Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 1.ª ed. Freiburg im B., 1939, 4.ª ed. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, págs. 624 y ss.

<sup>77</sup> F. Kraemer Dichardt, voz «Adolf Merkel», en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XVII, Utet, Torino, 1939, pág. 431.

lósofos»<sup>78</sup>. En la valoración que del *Espíritu del Derecho Romano* hiciera Wilhelm Dilthey (1833-1911), en su trabajo *Über das Studium der Geschichte der Wissenschaften von Menschen, der Gesellschaft und der Staat* (*Acerca del estudio de las Ciencias del hombre, de la sociedad y del Estado*, 1875), se la califica en la misma línea argumental como un texto con el que se produce *el inicio de una profunda filosofía del derecho*<sup>79</sup>; de una filosofía universal del derecho como la postulada por José Llompарт y no de una teoría de determinados conceptos jurídicos, una filosofía jurídica que además de atender a la historicidad del derecho conozca el derecho vivo<sup>80</sup>. A pesar de lo cual en la práctica totalidad de los centros universitarios alemanes y centroeuropeos de principios de nuestro siglo se impuso la línea dogmática en la civilística (con Windscheid) y en el derecho público [con la escuela jurídica formalista de Paul Laband, Otto Mayer (1846-1924) y Georg Jellinek, corriente que representa lo que antes fuera una mera recopilación de normas completas en un auténtico sistema científico], al mismo tiempo que se marginaban las voces alternativas encabezadas ejemplarmente por R. von Jhering<sup>81</sup>, quien en un texto de 1879 que en apéndice anticipa la finalidad del volumen «Vermischte Schriften» y valora su trabajo acerca de la culpa en el derecho romano reconoce que: «Me ha vuelto a ocurrir lo que ya me había pasado en varios trabajos que también tienen como primer objeto el derecho romano y que sin proponérmelo me han proyectado a la región de lo universal. El derecho

<sup>78</sup> Adolf Joseph Matthäus Merkel, *Jhering*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena), vol. XXXII, 1893, págs. 6-40; la cita, en pág. 22; H. J. Hommes, «Rudolf von Jherings naturhistorische Methode», en *Jherings Erbe. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, Phil. Hist. Kl. 3. Folge Nr. 75, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, págs. 101 y ss.; Wolfgang Pleister, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im werke Jherings*, Münchener Universitätschriften, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1982. El artículo de Merkel ha sido publicado en castellano, «Jhering», págs. 67-95 de *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales, Valparaíso (Chile), núms. 10-11, diciembre 1976-junio 1977, págs. 67-95; la trad. fue realizada por Norberto Gorostiaga y había sido editado con anterioridad en *Tres juristas ilustres, Hugo, Savigny y Jhering*, ediciones De Palma, Buenos Aires, 1959, págs. 115-161; Pedro Dorado Montero tradujo al castellano el *Derecho Penal* de Adolf Merkel (La España Moderna, Madrid, sin fecha).

<sup>79</sup> Wilhelm Dilthey, *Über das Studium der Geschichte der Wissenschaft vom Menschen der Gesellschaft und dem Staat*, 1875, pág. 65 (recogido en *Gesammelte Schriften*, 2.<sup>a</sup> ed., B. G. Teubner-Vandenhoeck und Ruprecht, Stuttgart-Göttingen, vol. V, 1958). Vid. De Giovanni, *L'esperienza come oggettivazione*, Napoli, 1962, págs. 281 y ss.; Francisco Elías de Tejada y Spínola, «El saber histórico según Wilhelm Dilthey», págs. 350-356 del *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo I, parte I: «Los saberes jurídicos», Lección 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>: «El saber del Derecho en el conjunto de los saberes», Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974; Wolfgang Fikentscher, «Die unphilosophische Rechtsphilosophie Iherings», págs. 283-285 del vol. III de *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, ob. cit., ed. cit.; N. Kreissl, *Das Rechtsphänomen in der Philosophie Wilhelm Dilthey*, Jur. Diss., Basel, 1966; Max Rümelin, *Rudolf von Ihering Rede gehalten bei der akademischen Preisterteilung am 6 november 1922*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1922; K. Widand, *Andreas Heusler und Rudolf von Jhering*, Basel, 1935.

<sup>80</sup> José Llompарт, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, Duncker und Humblot, Berlín, 1993, pág. 15.

<sup>81</sup> Giovanni Tarello, «Kelsen e la cultura europea», en volumen colectivo de Carlo Roehrsen (editor), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana-Giovanni Treccani, Roma, 1983, págs. 53-60; la cita, en pág. 55.

romano me ha conducido más allá de sí mismo, ofreciéndome vidas que tienen un valor universal de verdad» (\*).

Si tuviéramos que destacar a un tratadista contemporáneo pionero en la apertura del interés doctrinal hacia el conocimiento y la identificación de los rasgos característicos del pensamiento jurídico romano considerado como un conjunto, y de las instituciones por él inspiradas, así como del estudio del entorno, la metodología y la obra de los juristas romanos, difícilmente podríamos dejar de invocar a Fritz Schulz<sup>82</sup>. Autor, entre otras, de la obra *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (*Historia de la Ciencia Jurídica Romana*, Weimar, 1961; cuya primera edición se publicó con anterioridad en lengua inglesa, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, vertiéndose por G. Nocera a la lengua italiana en 1968, apareciendo su traducción precedida de una presentación de Pietro De Francisci, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968). Publicación que Wolfgang Kunkel no vaciló en calificar como la primera auténtica historia interna de la jurisprudencia romana y de sus formas literarias<sup>83</sup>, y cuya relevancia no impide que resulte obligado citar también sus *Classical Roman Law* (*Derecho Romano Clásico*, Oxford, 1951), estudio centrado en el Derecho romano privado clásico, al que Schulz aísla deliberadamente por entender que ofrece un privilegiado punto de vista que permite abarcar un amplio panorama histórico del Derecho romano. Como observara Mario Talamanca en su intervención en el Congreso que sobre los pro-

(\*) Rudolf von Jhering, «Il momento della colpa nel diritto privato romano», traducción del alemán y notas de lectura de Francesco Fusillo, ed. Jovene, Napoli, 1990, pág. 65 (en la colección *Antiqua*, dirigida por Luigi Labrones).

<sup>82</sup> Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951 (4.ª reimpresión anastática a cargo de Wolfgang Ernst, Scientia Verlag, Aalen, 1989), trad. castellana de José Santa Cruz Teijeiro, *Derecho Romano Clásico*, ed. Bosch, Barcelona, 1960; id., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946 (versión en alemán, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, con modificaciones con relación a la edición en lengua inglesa debida a De Zulueta). *Vid.* al respecto, Luigi Lombardi-Vallauri, «La nave di Teseo. A propósito della reedizione tedesca dell storia della Giurisprudenza romana de Fritz Schulz», en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, CLXI, 1961; del propio Fritz Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Verlag Duncker und Humblot, München-Leipzig, 1934 (la versión inglesa, con el título *Principles of Roman Law*, a cargo de Marguerite Wolff, se publicó por Clarendon Press de Oxford en 1936; la versión italiana, con el título *I principii del Diritto Romano*, a cargo de Vincenzo Arangio-Ruiz, se publicó por G. C. Sansoni editore de Firenze, 1946; la versión castellana, con el título *Principios del Derecho Romano* fue realizada por Manuel Abellán y Velasco, publicándola en coedición las editoriales Civitas -Madrid- y el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1990). Una obra posterior de Wolfgang Kunkel considerada como el contrapunto de las de Schulz, de sostenido interés, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1962 (2.ª ed., 1967); Alfredo Di Pietro, *Iustissima tellus*, en *Iustitia*, I, 3, Buenos Aires, septiembrediciembre de 1965, págs. 57 y ss. *id.*, *Verbum iuris*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, cap. II, págs. 13 y ss.; Dieter Nörr, «Iurisperitus sacerdos», en *Festschrift Zepos* (ed. de Caemmerer y otros), Athen, 1973, págs. 555 y ss.; Juan Bms. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las Leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, epígrafe 174, págs. 445 y ss.

<sup>83</sup> Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, trad. cast. a partir del texto de la cuarta ed. en lengua alemana (*Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Bohlau Verlag, Köln-Graz, 1964), por Juan Miquel, 1.ª ed, 1966, 8.ª ed., 1982, ed. Ariel, Barcelona, pág. 219 (hay ed. en lengua inglesa a cargo de J. M. Kelly, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford, 2.ª ed. basada en la sexta en alemán, 1973).

blemas de la historia de la jurisprudencia romana se desarrolló en el Instituto de Derecho Romano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bari en febrero de 1977, una *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* como la de Fritz Schulz es sustancialmente homóloga a *Classical Roman Law* del mismo autor, entendida como una reconstrucción sistemática y sustancialmente normativizante del ordenamiento romano. De esta manera la historia de la jurisprudencia puede continuar centrándose en la fungibilidad de los juristas clásicos sin abordar la singularidad histórica de estos juristas<sup>84</sup>.

En *Classical Roman Law* se trataba de ofrecer una consideración predominantemente estática que nos presentase al Derecho privado clásico como un sistema homogéneo, original y único en verdad: básicamente diverso de los restantes sistemas jurídicos de la antigüedad o de épocas posteriores, una jurisprudencia en gran parte de un Derecho de acciones en línea con la convicción de que para el jurista romano la facultad de reclamar judicialmente es el momento principal de toda relación jurídica<sup>85</sup>; constituyéndose de este modo la acción en la experiencia jurídica primera o el fenómeno jurídico primario, hasta tal punto que, también aquí como recordara Álvaro D'Ors puede afirmarse y con mayor razón que en el dicho goethiano en réplica irreverente al Prólogo del Evangelio de San Juan, que *en un principio fue la acción*. Esta orientación genérica de la jurisprudencia clásica hacia el Derecho de acciones no se retractaría históricamente, ni en el Derecho posterior, ni en la compilación justiniana, siendo constante a la cultura jurídica romana la percepción del Derecho a través de los remedios procesales que sirven para hacer valer el *ius*<sup>86</sup>. Desde que Fritz Pringsheim hablara, en un ensayo publicado en 1935,

<sup>84</sup> Mario Talamanca, «Per la storia della giurisprudenza romana», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* (Giuffrè, Milano), 3.ª serie, vol. XIX, 1977, págs. 195-344; la cita, en págs. 196, nota 4 y 338, nota 346.

<sup>85</sup> Ursicino Álvarez Suárez, *Instituciones de Derecho Romano, II. Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1973, pág. 2; F. Bonifacio, «Ius quod ad actionem pertinet», en *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1962; D. Dambe, «Utiliter Agere», en *I.U.R.A.*, XI, 1960; Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Eunsá, Pamplona, 1977, pág. 105; Jean Carbonnier, *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, Paris, 1968, págs. 58 y ss.; Ángel Latorre, *Introducción a la lectura del Digesto*, Barcelona, 1978, págs. 15 y ss.; Ricardo Panero, *El Derecho Romano y la formación del jurista*, Experiencias docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, P.P.U., Barcelona, 1988, pág. 48; Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, München, 1915 (*El Derecho romano como Actionssystem*); A. Santos Justo, «As Accoes vol. Pretor (Ações Praetoriae)», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. LXVI, 1988, págs. 57-98; Emilio Valiño, *Instituciones de Derecho Romano*, Valencia, 1978, pág. 4; *id.*, *Acciones Pretorias Complementarias de la Acción Civil de la Ley Aquilia*, Pamplona, 1973; «Las Acciones Adiectiae qualitatis y sus relaciones básicas en el Derecho Romano», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid), vol. XXXVII, 1967.

<sup>86</sup> Lauro Chiazzeze, *Introduzione allo studio del Diritto Romano privato*, 1931, pág. 244; Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.ª ed. en lengua alemana, Göttingen, 1967, pág. 16; *id.*, *Römische Privatrecht*, 4.ª ed., München-Berlin, 1965; Dario Mantorani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di Diritto Romano*, Como, 1992, pág. 5 y ss.; Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrecht*, 1ª ed, 1915, 2ª ed, 1955, pág. 91; J. Pokrowsky, «Die Actiones in factum des Klassisches Rechts», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung ür Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, XVI, 1985; G. Pugliese, «Azione (Diritto Romano)», en *Novissimo Digesto Italiano* (Utet, Torino), vol. II, 1958, págs. 27-28; Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. de Manuel Abellán, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid, 1990, pág. 63.

en la *Revista Jurídica de Cambridge*, acerca de la relación interna entre el derecho inglés y el derecho romano clásico se ha venido identificando al menos tres aspectos de este último que muestran su réplica en el *Common Law*: 1) Ambos se habrían construido en el debate entre expertos a propósito de casos, de tal manera que en estos sistemas jurídicos las reglas no tienen el alcance de normas abstractas con un destinatario general y configuradoras de principios generales, sino de declaraciones más modestas en el marco de hechos singulares, evitando en la medida de lo posible tanto el jurista del *Common Law* como el jurista romano las generalizaciones y las definiciones y procediendo con métodos esencialmente casuísticos<sup>87</sup>. 2) Tanto el Pretor en Roma como el *Chancellor* inglés introdujeron en sus derechos normas de mayor flexibilidad, basadas en la equidad y la buena fe y que permitían adaptar el derecho a los nuevos cambios económicos y sociales. 3) El derecho romano no contempla la moderna distinción entre el derecho sustantivo y el derecho procesal. El citado trabajo de F. Pringsheim y el numeroso conjunto de estudios que se han ocupado de las llamativas similitudes que presentan las principales reglas e instituciones del Derecho Romano y del Derecho Inglés, se reseñan notorias semejanzas y similitudes existentes entre los *iudicia* del pretor romano en su edicto y los *writs* emanados del *Chancellor* inglés. Desarrollándose ambos derechos en términos de acciones. Ha llegado a constituir un lugar común afirmar que el Derecho romano y el *Common Law* inglés se asemejan en su estructura más que en sus reglas sustantivas, en cuanto ambos sistemas jurídicos estarían constituidos en función de la forma de las acciones adecuadas para satisfacer las pretensiones del actor, esto es, ambas culturas jurídicas se encontrarían condicionadas de una manera determinante por las exigencias del procedimiento<sup>88</sup>, y sus respectivos sistemas jurídicos son percibidos esencialmente como reglas de procedimiento (*Remedies precede rights... No writ, no right...*; no en vano Sir William S. Holdsworth pudo afirmar que *writ, remedio y derecho son términos correlativos*<sup>89</sup>) ateniéndose a las cuales se presume que se obten-

<sup>87</sup> W.W. Buckland y Arnold D. McNair, *Derecho Romano y Common Law. Una comparación en esbozo*, segunda edición revisada por F.H. Lawson, trad. cast. de Ignacio Cremades Ugarte, del original *Roman Law and Common Law* (University of Cambridge, 1936), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, cita en pág. 16 ( «Introducción»); W.W. Buckland, *Equity in Roman Law*, University of London Press, London, 1911.

<sup>88</sup> Lord Macmillan, *Two Ways of Thinking*, Cambridge, 1934; Fritz Pringsheim, «The Inner Relationship between English and Roman Law», en *The Cambridge Law Journal* (Cambridge University Press), 1935, núm. V, págs. 147 y ss. (recogido en *Gesammelte Abhandlungen*, vol. I, Heidelberg, 1961, págs. 76 y ss.; Hans Peter, *Actio und Writ*, Tübingen, 1957 (recensiones a cargo de Barry Nicholas en *Iura*, 1958, núm. IX, págs. 235 y ss., y de Peter Stein en *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma), 1958, núm. XXIV págs. 335 y ss.); Giovanni Pugliese, «*Ius honorarium* a Roma ed *equity* nei sistema di common law», en *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile* (Giuffrè, Milano), 1988, núm. XLII, págs. 1105 y ss.; J.P. Rooney, «The methods by which judges utilize legal principles announced in past cases», en *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, IV, 1993, *Cahiers de Méthodologie Juridique*, núm. VIII, págs. 1209-1214; H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, 1977, pág. 26.

<sup>89</sup> Sir William S. Holdsworth, *A History of English Law*, Meuthen and Co., London, 7.ª edición, 1956, vol. I, págs. 397-398; Id., *Case Law*, en *The Law Quarterly Review*, vol. L, 1934, págs. 180-195; Id., «Some Makers of English Law», Cambridge University Press, 1938.

drá una solución justa al caso controvertido<sup>90</sup>, confirmando el derecho sustantivo de ambas culturas jurídicas lo que formulara el fundador de la jurisprudencia analítica y antropológica, Hery Summer Maine (1820-1888), para el Derecho romano *tiene la apariencia de resultar rescatado en los intersticios del procedimiento*<sup>91</sup>. Así se expresa F. M. Lawson<sup>92</sup>, aun cuando su interpretación ha sido objeto de críticas por parte, entre otros, de Alan Watson<sup>93</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que del elenco de las obras de F. Schulz no podríamos omitir si aspiramos a una correcta comprensión la monografía que más eco ha encontrado fuera del ámbito de los círculos específicamente romanísticos, donde por otra parte se le ha reconocido comúnmente la ori-

<sup>90</sup> René David, «Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), 1970, págs. 1 y ss.; la cita, en pág. 3; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, págs. 23 y ss.; H. A. Schwarz-Liebermann von Walhendorf, «Les notions de *right reason* et *reasonable man* en droit anglais», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), 1978, págs. 43-57; *Íd.*, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, 1977, pasim; Hébraud, *Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et l'évolution des systèmes juridiques*, en *Mélanges Raynaud*, págs. 237-253; Peter Stein, «I rapporti interni fra el diritto romano classico ed il *Common law* inglese», en *Incontro con Giovanni Pugliese (18 aprile 1991)*, vol. colectivo, A. Giuffrè editore, Milano, 1992, págs. 59-65; *id.*, *Roman Law in Scotland*, 1968; *id.*, «Judge and Jurist in the Civil Law: A Historical Interpretation», en *Louisiana Law Review*, XLVI, 1985, págs. 241-257; *id.*, *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, London-Ronceverte, 1988; *id.*, «I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici», trad. it. cuidada por A. De Vita, M. D. Manforte y V. Varano en *Giuristi stranieri di oggi*, vol. II, Giuffrè editore, Milano, 1987; R. C. van Caenegem, «I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea», trad. it. de L. Ascheri, edición a cargo de M. Ascheri en *Giuristi stranieri di oggi*, vol. VIII, Giuffrè editore, Milano, 1991.

<sup>91</sup> Henry Summer Maine, *Early Law and Custom*, pág. 389; *id.*, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas* (1861), edición revisada, Dutton-Dent, New York-Toronto, 1960; *id.*, *Village-communities in the East and West, to which are added other lectures, addresses and essays* (1871), novena edición, Murray, London, 1890; *id.*, *Lectures on the Early History of Institutions* (1875), séptima edición, Murray, London, 1897.

<sup>92</sup> F. H. Lawson, *A common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1953, pág. 102; Otto Kahn Freund, «Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation», en el vol. *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles Perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden, London-Boston (Sitjhoff), Stuttgart (Klett-Cotta), Bruxelles (Bruylant), Firenze (Le Monnier), 1978, págs. 137-168; Kurt Lipstein, *Un juriste anglais dans la Communauté européenne*, en *Revue Internationale de Droit Comparé* (Paris), 1978, págs. 493 y ss.; Roscoe Pound, «What is the Common Law?», en el vol. *The Future of the Common Law*, Cambridge, Mass., 1937.

<sup>93</sup> Alan Watson, «The Law of Actions and the Development of Substantive Law in the Early Roman Republic», en *The Law Quarterly Review* (London), 1973, págs. 387 y ss.; *id.*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974; *Id.*, *The Evolution of Law*, Oxford, 1985. *Vid.* Eric Agostini, «La romanité du droit anglais», págs. 227-241 del volumen del propio Agostini *Droit Comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988; James C. Carter, *Law Its Origin Growth and Function*, New York, 1907; René David, «Le Droit Continental, la "Common Law" et les Perspectives d'un Jus Commune Européen», en el vol. cit. *New Perspectives for a Common Law*, págs. 113-135; Mackintosh, *Roman Law in Modern Practice*, Edimburg, 1934, págs. 45 y ss.; L. Moccia, «Common Law», en «Appendice» al volumen de Peter Stein y J. Shand *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it. de A. Maccioni, Giuffrè, Milano, págs. 427 y ss.; Theodore F. T. Plucknett, *A concise History of the Common Law*, 1.ª ed., 1929, hay quinta edición, muy ampliada, Butterworth, London, 1956, citamos por la 4.ª ed., London, 1948, págs. 635 y ss.; *Íd.*, *Studies in the English History*, Hambleton Press, London, 1983; Ben A. Wortley, «La théorie des sources du droit positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise», en *Mélanges François Gény*, tomo II, págs. 16-29.

ginalidad y excelencia, nos referimos a su determinante *Prinzipien des römischen Rechts*, (*Principios de Derecho Romano*, München-Leipzig, 1934), obra acreedora, sin duda, de acceder a la categoría de *Epomachendes Buch* (*Libro que hace época*)<sup>94</sup>. Texto que, nos lo recordaba el maestro Juan Iglesias Santos, en el momento de la muerte del filósofo José Ortega y Gasset, yacía sobre su mesa de trabajo, entreabierto en sus páginas<sup>95</sup>.

En el conjunto de estos textos y a propósito del valor paradigmático que atribuye a la jurisprudencia romana, el profesor alemán insiste en la unidad de método de los juristas romanos, que no es distintivo de una serie más o menos extensa de ellos, sino que tiene la condición de propiedad casi común a todos, aunque de hecho se manifiesta en cada uno con un grado distinto de exigencia en su aplicación<sup>96</sup>. Unidad tan acentuada que propone calificarlos como *personas fungibles*, tal y como ya hiciera Friedrich Carl von Savigny cuando se propuso revelarnos una imagen de la índole y del espíritu de aquellos jurisconsultos en el manifiesto de la Escuela Histórica del Derecho –*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Ciencia del Derecho*, Mohr, Heidelberg, 1814)– en réplica a la obra de Antón Friedrich Julius Thibaut (1772-1840) publicada pocos meses antes con el título *Sobre la necesidad de un Código Civil para toda Alemania* (Mohr, Heidelberg, 1814), e insiste en que *su grandeza estaría constituida por un cierto número de principios fundamentales, ya que la idea y los términos del derecho no aparecen en ellos al modo de creación arbitraria, antes bien, son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se les ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado...*<sup>97</sup>, lo que supone asumir la idea de la organicidad y continuidad de la actividad jurisprudencial como algo que tiene la condición de patrimonio común del conjunto de los juristas que trabajan en idéntica dirección y con un propósito coherente y común; tesis ya expresada con anterioridad por el mismísimo Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) en un harto citado párrafo de su correspondencia con H. E. Kestner correspondiente a su carta de 1 de julio de 1716, cuando tras haber destacado hasta qué punto el estudio del derecho romano continuaba siendo considerado prácticamente como el único fundamento de la cultura histórico-jurídica en general, en consideración tanto a su perfección técnica como al rigor lógico de sus construcciones y la amplitud y persistencia de sus desarrollos, y una vez trazado un cierto paralelismo entre los

<sup>94</sup> Giuseppe Zaccharia, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia dei Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 94, referida a la también ya clásica *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrecht* (1956) de Josef Esser.

<sup>95</sup> Juan Iglesias Santos, «Orden jurídico y extrajurídico», en *Centenario de la Ley del Notariado, Sección primera. Estudios históricos*. Volumen II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, págs. 7-52; la cita, en pág. 11.

<sup>96</sup> F. C. de Savigny, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. cast. con «Prólogo» de Adolfo G. Posada, La España Moderna, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, Madrid, sin fecha, pág. 43 (ed. argentina, ed. Heliastra, Buenos Aires, 1977; ed. chilena, Ederal, Valparaíso, 1978).

<sup>97</sup> F.C. von Savigny, *De la vocación de nuestro tiempo...*, ob. cit., trad. cit., págs. 42-43.

jurisconsultos romanos y los matemáticos y geómetras griegos, viene a sostener que aquellos jurisconsultos de las Pandectas parecen ser todos un único y mismo autor *son como gemelos y costaría trabajo distinguirlos por su estilo o por sus palabras si sus opiniones o sus argumentos no fuesen seguidos de sus nombres*<sup>98</sup>. Personalidades fungibles cuyas innegables singularidades de estilo, sensibilidad, formación, modos de expresión, distintos grados de energía en su aplicación o particularidades lingüísticas, se disolverían finalmente en la unidad metodológica a la hora de encontrar y exponer el Derecho, circunstancia que permite afirmar que su individualidad científica se encuentra escasamente desarrollada, siendo en todo caso menor que en cualquier otra rama o género de la literatura latina, lo que la hace especialmente escasa al tratarse de una literatura a la que con carácter general le ha sido negada casi siempre la originalidad: «*Este método no es propiamente atributo exclusivo de uno o varios escritores más o menos excepcionales, por el contrario, es un bien patrimonio del conjunto, y aun cuando en su aplicación puedan manifestarse diferencias el método permanece idéntico... El conjunto de la literatura es un todo orgánico, de tal modo que se podría decir, acogiendo una expresión de la doctrina jurídica de nuestros días, que los distintos juristas eran "personas fungibles"*»<sup>99</sup>.

En la última de las monografías citadas, Fritz Schulz aceptó el reto de ofrecernos un bello y ambicioso cuadro general de los puntos de vista fundamentales acerca del Derecho y la justicia que inspiran la jurisprudencia romana, en lo que Francesco Paolo Casavola consideró como *síntesis canónica* de la corriente que se había propuesto la reconstrucción de un sistema abstracto de Derecho Romano Clásico<sup>100</sup>. Esta obra acerca de los distintos principios (metodológicos, sociales y jurídicos) inspiradores del Derecho Romano tenía como finalidad *reconocer las ideas fundamentales en materia de Derecho y justicia de aquellos romanos que se ocupaban de la producción del Derecho* y que constituyen propiamente los verdaderos *principia* del derecho romano, los auténticos *veneros* del mismo<sup>101</sup>, tratando de concretar una

<sup>98</sup> Gottfried Wilhelm Leibniz, «Epistola XV», en «Epistolae ad Henricum Ernstum Kestnerum», en *Opera Omnia, nunc prima collecta in classes distributa, praefationibus indicibus ornata studio Ludovico Dutens* (en seis volúmenes), ed. de L. Dutens, Genève, 1768, tomo IV, parte III, págs. 267-268; D. Campanale, «Il diritto naturale tra metafisica e storia. Leibniz e Vico», vol. I: *Leibniz*, en la colección *Recta Ratio*, G. Giappichelli editore, Torino, 1988; G. Grua, «La justice humaine selon Leibniz», París, 1956.

<sup>99</sup> Friedrich Karl von Savigny, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr, Heidelberg, 1814, págs. 29 y 157.

<sup>100</sup> Francesco Paolo Casavola, «Francesco De Martino storico», en «Omaggio a Francesco De Martino», vol. XVIII, de la revista *Index. Quaderni Camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*, edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1990, págs. XV-XXII; la cita, en págs. XV. Del mismo autor, *vid.* el artículo «L'opera storica de Francesco De Martino», en *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* (E. Jovene, Napoli), núm. XXIV, 1978, págs. 7 y ss.; José Puig Brutau, *Introducción al Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 220-221.

<sup>101</sup> Fritz Schulz, «Principios del Derecho Romano», trad. cast. ya citada, págs. 23 («El tema»). *Vid.* Federico d'Ippolito, *I giuristi e la città*, ed. E. Jovene, Napoli, 1978; *id.*, «La memoria del giuriconsulto», en *Index*, vol. XII, 1983-1989, págs. 226 y ss.; Dieter Nörr, «Iurisperitos, Sacerdos», en *Xenion. Festschrift Pan J. Zepos*, Atenas-Freiburg i Br.-Bruxelles-Köln, 1973, págs. 555 y ss.; *id.*, «I giuristi, romani: tradizionalismo o progressio», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXXXIV, 1981, págs. 9-33; Giovanni Pugliese, «L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella

serie de *principios* sobre cuya base habría operado la jurisprudencia en el desarrollo de su actividad, y que básicamente se mantuvieron constantes, incluso cuando irresistiblemente se vieron sometidos a variaciones, siguiendo también la ley de la evolución y teniendo por ello una historia<sup>102</sup>.

Sustancialmente los rasgos fundamentales de la cultura y de la historia jurídica romana toman cuerpo en los siguientes principios subyacentes del derecho romano clásico identificados por Fritz Schulz<sup>103</sup>:

- a) La peculiar valoración romana de las fuentes de producción del derecho y muy especialmente de la ley expresa que tiene en Roma una extensión impresionantemente reducida y menor frente a la excepcional relevancia que como es notorio se le atribuye a partir de la Modernidad; entendiéndose por ley toda declaración normativa general emanada del poder soberano. Concepción que se puede sintetizar en el tantas veces citado *dictum schulziano*: «el pueblo del derecho no fue, sin embargo, el pueblo de la ley» y que expresaría clarívidentemente la escasa importancia que atribuyeron los maestros de la jurisprudencia a esta forma de creación normativa allí donde se realizaba el mundo del derecho<sup>104</sup>, apareciendo inicialmente tan sólo con un carácter ocasional y decisionista<sup>105</sup>.

---

giurisprudenza romana», en *Atti I Congresso Soc. I.D.R.*, 1966, págs. 161 y ss.; *id.*, «Brevi considerazioni su un recente indizzo della storiografia romanistica», en *Festschrift Franz Wieacker*, 1978, págs. 154 y ss.; Franz Wieacker, «Das römischen Jurist», en *Vom römischen Recht*, Stuttgart, 1961, pág. 128 y ss. (hay 2.<sup>a</sup> ed. Stuttgart, 1964); *id.*, «Über das Verhältnis des römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen theorie», en *Iura. Rivista Internazionale di diritto romano e antico*, núm. XX, 1969, págs. 463 y ss.

<sup>102</sup> Ursicino Alvarez Suárez, «Los principios de Schulz» (epígrafe III, 2, de la «Constestación» al discurso de recepción pública como académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Prof. Juan Iglesias Santos), en el volumen *El espíritu del derecho romano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1980, págs. 158-160; en pág. 159: «... *Tales principios no pueden extraerse simplemente de nuestras fuentes, ya que los romanos no hablan de ellos de modo expreso, habida cuenta de que no están inclinados al autoanálisis ni a la formulación de principios, sino que incluso ni llegaron a tener conciencia de ellos... Frente a los hechos particulares histórico-jurídicos estos principios, en el sentido que aquí los tomamos, aparecen como unas constantes, aún cuando están sometidos naturalmente, a la ley de los cambios, y ellos también tienen una historia...*»; Giuseppe Grosso, «Meditazioni sulle tendenze e sulla concezioni dei romani», en *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, vol. II, págs. 172 y ss.; Maschi, *Il diritto romano nella prospettive storica della giurisprudenza classica*, segunda edición, Milano, 1966; Aldo Schiavone, «I nostri compiti, le nostre responsabilità», en *Omaggio a Francesco De Martino*, artículo cit., ed. cit., págs. 1-6, especialmente págs. 3-4.

<sup>103</sup> Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. y notas de Manuel Abellán Velasco, sobre la edición italiana de Vincenzo Arangio-Ruiz (*I principi del Diritto Romano*, G.C. Sansoni, Firenze, 1946), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid 1990; las citas, en págs. 27-38, «Ley y Derecho», 39-60; «Abstracción», 61-88, «Sencillez», 89-106; «Nación», 133-162; «Autoridad», 187-210; «Humanidad», 211-242; «Fidelidad», 243-258; «Seguridad», 259-272. *Vid.* Federico d'Ippolito, *I giuristi e la città*, ed E. Jovene, Napoli 1978; Tibiletti, «Politica e giurisprudenza nell'età di Cicerone», en *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum*, Roma, 1978, págs. 34 y ss.

<sup>104</sup> José Prisco, *Filosofía del Derecho fundada en la ética*, trad. cast. de J.B. de Hinojosa, con un «Prólogo» de Juan Manuel Ortí y Lara, Imprenta y Librería de Miguel Guijarro editor, Madrid, 1879, pág. 77.

<sup>105</sup> Arnaldo Biscardi, «Nuovi spunti sulle fonti del diritto nell'età del Tardo Impero», en *Labeo* (Jovene editore, Napoli), fasc. III, sept. 1992, págs. 339-346; Carlos Sánchez del Río y Peguero, *La*

- b) El principio de aislamiento del fenómeno jurídico de todo lo que no es propiamente tal, y muy singularmente la separación de lo jurídico respecto de otras esferas o sistemas normativos. Principio que implica la identificación de la naturaleza específica del derecho y la autonomía del mismo como una de las más tempranas aportaciones de la tradición jurídica romano-republicana a la cultura occidental<sup>106</sup>; distinguiendo el derecho del no derecho, separando rigurosamente las normas extrajurídicas de las jurídicas en el marco de la actividad dirigida a reducir el ordenamiento jurídico a la condición de sistema específico y autónomo; diferenciando lo que en la terminología de Louis Gernet constituye el *prédroit* romano basado en la religión del *droit* (orden cívico que se corresponde con la fundación de la ciudad y la constitución del orden social, creación humana y civil que no recurre al auxilio de la religión o la piedad, ni demanda el apoyo del temor a los dioses<sup>107</sup>); así como, dentro ya del campo del Derecho, el aislamiento y la separación del derecho sacro y el derecho profano, del *ius privatum* y el *ius publicum*, del derecho peregrino y el derecho privado romano; junto a la configuración del *ius* como derecho específico, característico de la comunidad romana, factor de aislamiento y de diferenciación<sup>108</sup>.
- c) La singular resistencia de los romanos a formular abstractamente el derecho, lo que se manifiesta en el constante recurso al método casuístico que descubre el derecho en su movimiento y en la contraposición de intereses en conflicto y prescinde, casi por completo, de la expresión abstracta. Casuismo metodológico que se proyecta al menos en tres planos de la experiencia jurídica: 1) La aversión a fijar conceptos jurídicos de una vez

*insuficiencia de las leyes en el Derecho romano*, Zaragoza, 1924; Feliciano Serrao, voz «Legge (Diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè editore, Milano, 1973, págs. 794 y ss. (recogida en *Classi, partiti e legge nelle repubblica romana*, Pisa, 1974, pág. 7 y ss.); *id.*, «Cicerone e la res publica», en *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum*, Roma, 1978, págs. 79 y ss.; *id.* (editor), *Legge e società nella repubblica romana*, vol. I, Jovene editore, Napoli, 1981.

<sup>106</sup> Alejandro Fernández Barreiro, «Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana. (A propósito del libro de Ignacio Cremades *El Officium* en el Derecho privado romano. Notas para su estudio, León, 1988)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Madrid), núm. LXXVI, curso 1989-1990, págs. 397-408; la cita, en pág. 379; Giorgio Del Vecchio, «Filosofía del Derecho en Compendio», en Eduardo Borgia (editor), *Ciencia Jurídica (Aspectos de su problemática, jusfilosofía y científico-positiva actual)*, Simposios, tomo I, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, República Argentina, 1970, págs. 219-251; la cita, en pág. 226.

<sup>107</sup> Riccardo Di Donato, «L'antropología storica di Louis Gernet», primera parte del volumen de Profesor de la Universidad de Pisa, *Per una antropología storica del mondo antico*, La Nuova Italia editrice, Scandicci (Firenze), 1990, págs. 1-130; Louis Gernet, «Droit et prédroit en Grèce ancienne», en *Année Sociologique*, volumen segundo de la III serie, 1948-1949 (Paris, 1951), págs. 21-119 (reimpresión en el volumen *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968), segunda edición 1976, págs. 175-260 (hay trad. al italiano a cargo de Riccardo De Donato, Milano, 1983); *id.*, *Droit et Société dans la Grèce ancienne*, Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, tomo XIII, Paris, 1955; Michel Humbert, «Droit et religion dans le Rome antique», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), Tomo XXXVIII: «Droit et Religion», 1993, págs. 35-47.

<sup>108</sup> Max Kaser, *Das altrömische Ius*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1949, pág. 30; Fritz Schulz, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, págs. 69-75.

por todas, aun a pesar de que éstos puedan encontrarse consciente o inconscientemente en la base de la mayoría de las controversias. Aversión que se manifiesta ejemplarmente en aquellas ocasiones en que se dispone del término técnico sin que por ello se entre a dilucidar la esencia del concepto y ni siquiera se aborde, con harta frecuencia, una definición del mismo, llegando en algunas circunstancias al extremo de que cuando ésta se presenta, las más de las veces aparece construida muy imperfectamente: «*así se explica que los juristas romanos manejen siempre los conceptos tal y como exigen las finalidades concretas, así se explica que la terminología jurídica de los romanos traduzca aún una cierta elasticidad que es ajena a nuestros sistemas y que, por ello, a veces, se ha prestado a tergiversaciones. Pero incluso cuando los juristas romanos delimitan y explican los conceptos en sí y por sí, esto es, partiendo de sus características, lo hacen de tal modo que la proximidad de sus creaciones jurídicas a la vida no sufre quebranto alguno*»<sup>109</sup>. 2) La negativa a la formulación abstracta de las normas jurídicas, lo que hace que en las mismas se proceda con cierta asiduidad a realizar largas enumeraciones particularizadoras de infinidad de supuestos singulares, aun a riesgo de incurrir en una aparente o real incoherencia lógica. 3) La actitud de la doctrina jurídica que presenta opiniones y supuestos prácticos variados sin someterlos a reglas conclusivas abstractas. Únicamente a partir del último siglo de la República comenzarán a desarrollarse actividades tendentes a formular abstractamente las doctrinas jurídicas, como uno de los efectos más evidentes de la influencia en Roma de la cultura griega, momento en que se manifiesta la llamada por Paul Jörs (1877-1925) *regular jurisprudenz*<sup>110</sup>, *jurisprudencia de reglas* o *jurisprudencia helenística* que, en todo caso, tan sólo expresa formulaciones abstractas parciales y muy elementales, llenas de cautelas. Lo cierto es que habrá que esperar a la etapa postclásica para que arraiguen las formulaciones de carácter abstracto, de las que el último libro del Digesto, *De regulis iuris* constituye una pieza emblemática. No faltaron ciertamente distintos intentos jurisprudenciales dirigidos a exponer sistemáticamente el *ius civile* en su conjunto, combinando el análisis sistemático con la atención constante a las necesidades y los resultados prácticos, como los que, entre otros, ofrecieron tanto el pionero en la materia y cónsul en el año 95 a. J. C., Quintus Mucius Scaevola (en sus 18 *libri iuris civilis*, texto de máximas y definiciones con un título griego bien significativo ὄρων, *liber singularis*, extensa exposición ordenada según la afinidad de las materias, de la que teníamos un conocimiento fragmentario a través de los

<sup>109</sup> Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. cast. de Juan Miquel, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, págs. 31-32; Marc Reglade, *Valeurs sociales et concepts juridiques. Normes et techniques*, Recueil Sirey, Paris, 1950.

<sup>110</sup> Paul Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Bis auf die Catopnen*, vol. I (único publicado) 1888, págs. 283 y ss.; *vid.* Rolando Tamayo Salmorán, «El modelo científico de la primera jurisprudencia», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, VIII, 1984, págs. 83-97.

comentarios a la misma por parte de distintos juristas del Principado, y en la que utiliza la clasificación y ordenación de los argumentos mediante géneros –*distinctiones per genera*– y especies afines *ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*; introduciendo así el orden de tratamiento llamado *sistema muciano* (*testamentos, legados, sucesión abintestato, manumisiones no formales, iura itinerum, aqua pluvia, adquisición mediante terceros, estipulaciones, tutela, Lex Aquilia, statu liberi, patria potestas, posesión y usucapión, non usus et libertatis usucapio, venta, ius aquarum, comunidad y sociedad, postliminium, furtum*), como el jurista del siglo primero de nuestra era el discípulo de Ateyo Capitón Masurio Sabinus, el primer jurista que obtuvo de Tiberio el *ius publice respondendi* (quien formuló un orden alternativo del anterior conocido como *sistema sabiniano*<sup>111</sup> en el que se antepone el derecho de obligaciones a los derechos reales y que se desarrolla en sus *libri tres iuris civilis*), o los esfuerzos de Gayo en las *Institutiones* dirigidas a construir una exposición didáctica de todas las materias jurídicas conforme a un plan previo llamado a constituirse en el texto básico del primer curso de las enseñanzas del derecho en las escuelas postclásicas (de los que surgiría su celebrado plan de tripartición de las materias del derecho tan simple como luminoso: *personae-res-actioes: Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, acogido por Justiniano en sus *Institutiones*), o en los noventa libros de *Digesta* de Salvius Juliano (siglo II), o en las *distinctiones* y construcciones de categorías desplegadas a lo largo del período postclásico.

Todos estos esfuerzos hacia la sistematización del derecho configurarían, al decir de G. Scherillo, un sistema civilístico cuya primera fase se remonta a Quintus Mucius Scaevola (el último jurista que fue Pontífice máximo) y que tras las obras de Labeón y Masurio se cerraría con la aportación de Cayo Cassio Longino<sup>112</sup>. Sistema en el que entran en juego una serie de procedimientos argumentativos característicos de distintas corrientes de la dialéctica griega (*διαλεκτική τέχνη, ars dialectica*) entre los que se cuenta, además de la clasificación mediante *genera* y *species*, la distinción entre *divisio* y *partitio*<sup>113</sup>, entre *locus* y *argumentum*, entre diversas modalidades de

<sup>111</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz, «La formation du système des commentaires dans la science juridique romaine», en *Annales de la Faculté du Droit, Istanbul*, XII, 1953; Carlo Arnò (1868-1953), *Le due grandi correnti della giurisprudenza romana*, Modena, 1926; Mette, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen, 1954.

<sup>112</sup> Okko Behrends, «Die Wissenschaftlehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex», en *Nachr. Akad. Wiss. Göttingen, Phil. Hist.*, KI, 1976, págs. 7 y ss.; Bona, I. *libri iuris civilis* di Cassio e i *libri ex Cassio* de Giavoleno, en «*Studia et Documenta Historiae et Juris*» (Roma), 1984, págs. 401 y ss.; Norr, «Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus», en *Sodalitas Guarino*, vol. VI, Napoli, 1984, págs. 2957 y ss.; Giuffrè, «La tracción de Quinto Mucio», Napoli, 1993; G. Scherillo, «Il sistema civilístico», en *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. IV, ed. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, págs. 445 y ss.

<sup>113</sup> Helmut Coing, «Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz», en *Studi Vincenzo Arangio-Ruiz*, E. Jovene, Napoli, 1953, vol. I; G. Crifò, «Per una lettura giuridica dei Topica di Cicerone», en *Annali Istituto Studi Storici*, I, 1967, págs. 113 y ss.; *id.*, «Interpretazione giuridica di testi non giuridici»,

*loci*, así como la caracterización de la denominada *notatio*. Pero lo cierto es que todos estos esfuerzos prevalentemente *procesales* no impidieron que la actividad de los juristas continuara siendo esencialmente práctica, asistemática y casuística, prevaleciendo en todo caso el interés por las peculiaridades del supuesto de que se trata, en contra de las pretensiones de M. T. Cicerón, para quien si la jurisprudencia se propone superar la condición de ciencia *difficilem et obscuram* en la que estaba postrada, y elevarse por encima de las circunstancias que la constituían en un saber mezquino, una *tenuis scientia* de la que nos habla en su *Pro Murena*<sup>114</sup>, debería ambicionar por la construcción de un conjunto sistemático con múltiples recursos a las divisiones en *genera* y *species*, desarrollando este recurso hasta sus últimas consecuencias, deduciendo de esta *divisio* en *genera* y *species* un orden sistemático que le permitiera organizar y ordenar mediante *genera* y a su vez éstos por *partes*, el conjunto de la materia jurídica siguiendo una *ratio*, reduciendo en definitiva el derecho a arte. Este objetivo se alcanzaría poniendo en juego un conjunto de definiciones claras y reglas abstractas clasificando las nociones en series de géneros y especies, definiendo las distintas nociones, llegando a la formulación de reglas mediante distinciones y definiciones («*Brutus*», 182), realizando en suma un conjunto de operaciones que permitían reunir y sistematizar los conocimientos dispersos en un sólo cuerpo doctrinal, procediendo así a la manera con que en sus respectivos ámbitos materiales operan la música, la geometría, la astrología, la gramática, la retórica y las ciencias naturales, tal y como al parecer consideraba exigencia ineludible para el tratamiento del derecho civil convertido en arte, en cuerpo de doctrina. M. T. Cicerón deplora las dificultades con las que topa el orador en el aprendizaje del *ius civile* en su estudio *Sobre el desarrollo del derecho a la τεχνη, a la sistemática en el sentido griego*<sup>115</sup>, del que lamentablemente sólo ha llegado hasta noso-

---

en *Atti I Colloquio sulla interpretazione*, Università di Macerata, 1979; Dieter Nörr, «*Divisio und partitio*», en *Münchener Juristischer Facultät*, vol. IV, Berlin, 1972.

<sup>114</sup> M. T. Cicerón, *Pro Murena*, 11, 25-14, 30, trad. inglesa de Louis E. Lord, Heinemann (Loeb), London, 6.<sup>a</sup> edición, 1939; *vid.* A. Bürge, *Die Juristen Komik in Ciceros Rede Pro Murena. Übersetzung und Kommentar*, Zürich, 1974, págs. 104-138; Giorgio La Pira (1904-1977), «La genesi sulla giurisprudenza romana. Problemi generali», en *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1935, págs. 159-182; *id.*, «L'arte sistemática», en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, XLII, 1934; *id.*, «Il metodo», en *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1, 1935, núm. 2, págs. 319-398; *id.*, «Il concetto di scienza», en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, núm. XLIV, 1936-1937, págs. 131-159, serie de artículos que fueron recopilados y reimpresos bajo el título, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Firenze, 1972; M. Pallase, «Ciceron et les sources del droit», en *Annales de l'Université de Lyon*, 3.<sup>a</sup> serie, 1945; Fernando Reinoso Barbero, «Censuras y defensas de la actividad jurisprudencial», págs. 14-20 de *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1987.

<sup>115</sup> Helmut Coing, *El sentido del derecho. Historia y significado de la idea del sistema en la Jurisprudencia*, trad. cast., Cuadernos de Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1953; *id.*, «The Roman Law as *ius commune* on the Continent», en *The Law Quarterly Review*, LXXXIX, 1973, págs. 505-517; Benedetto Riposati, *Studi sui «Topica» di Cicerone*, Milano, 1947; G. Crifò, «Osservazioni sulla struttura del ragionamento dei giuristi», en *Erannion in onore di G. S. Maridakis*, I, Atenas, 1963;

tros noticia del que al parecer fue su título, *De iure civile in artem redigendo*, e indirectamente, a través de un pasaje de otro de sus más celebrados escritos retóricos, *De oratore* en el que se hace referencia al proyecto de *ars iuris* de Craso (I, XXLI, par. 185 a 192) y por intermediación de una referencia de las *Noctes Atticae* de Aulio Gelio (I,XII,7), en la que se cita el juicio expresado en la obra ciceroniana acerca de Quintus Elio Tuberón («*M. autem Cicero in libro qui inscriptus est de iure civile in artem redigendo verba haec posuit: "nec vero scientia iuris maioribus suis Q. Aelius Tubero defuit, doctrina etiam superfuit". In quo loco superfuit significare videtur, "supra fuit et praestitit superavitque maiores suos doctrina sua, superfluenti tamen et nimis abundantia: disciplinas enim Tubero Stoicas et dialecticas percalluerant"*»)<sup>116</sup>. En la etapa clásica, la jurisprudencia romana fue muy especialmente una jurisprudencia orientada genéricamente hacia el derecho de acciones, condición que mantuvo incluso, aunque fuera atenuadamente, en los períodos postclásicos y en la compilación justiniana.

- d) El principio de la simplicidad o sencillez como opuesto a la complicación y que supone el esfuerzo de los romanos tendente a la reducción del mundo del derecho a unos mínimos presupuestos suficientemente elocuentes. Sería en el ámbito del derecho privado donde quizá resulten más patentes las manifestaciones de citado principio: «*Aquí se expresa en la enérgica, a veces hasta violenta, parsimonia en la creación y en la utilización de las "instituciones jurídicas"*»<sup>117</sup>. Una institución jurídica puede servir para fines bien diversos, de la misma forma que relaciones sociales muy diferentes pueden encontrarse sometidas a un mismo régimen jurídico. Otras manifestaciones de este principio estarían constituidas por la preferencia romana a favor de una configuración de las instituciones jurídicas como

*id.*, «L'argumentum ex contrario in Cicerone e Boezio con particolare riferimento a Cicerone *Top.* 3,17", en «Homage à Marcel Renard», I, en *Latomus* (Bruxelles), núm. CI, 1969.

<sup>116</sup> Guillaume Budé (1468-1540), *Adnotationes in Pandectas (lib. I, ex Lege prima, De iustitia et iure)*, ed. Venezia, 1533, fascs. 6 y 7; M. T. Ciceron, *Brutus*, 41, 144-146, 152-153, trad. al inglés de G. L. Hendrikson, Heinemann (Loeb), London, 6.ª edición, 1939; *id.*, *De oratore*, 1,41-42, 186-191; 1, 58, 246, edición en dos volúmenes: vol. I (con trad. de E. W. Sutton y H. Rackman, libros I y II), vol. II (libro III, trad. de H. Rackham), Heinemann (Loeb), London, 6.ª ed., 1942). *Vid.* Vincenzo Arangio-Ruiz, «Cicerone giurista», en *Marco T. Cicerone*, Scritti di vari autori nel Bimilenario della Morte, Istituto di Studi Romani, Firenze, 1961, págs. 187 y ss.; Costa, *Cicerone giuriconsulto*, Bologna, 1927-1928; F. Bona, «L'ideale retorico ciceroniano ed il ius civile in artem redigere», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma), núm. XLVI, 1980, págs. 282-302; Mario Bretonne, «Pomponio lettore di Cicerone», en *Tecniche e ideologie...*, ob. cit., págs. 183 y ss.; A. Bürge, *Die Juristenkomik in Ciceros Rede pro Munera. Übersetzung und Kommentar*, Zurich, 1974, (Diss.); Mette, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen, 1954; Dieter Nörr, «Pomponius», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms in Spiegel der neueren Forschung*, parte II, vol. 15 (ed. cuidada por H. Temporini), Walter De Gruyter, Berlin-New York, 1976, págs. 497 y ss., el tema se encuentra en págs. 523 y ss.; Miguel Reale, *Politica e Direito em Roma: a Doutrina di Cicero*, São Paulo, 1956; Hans Kurt Schulte, *Orator: Untersuchungen über das ciceronische Bildungsideal*, Klosterman, Frankfurt am Main, 1935; Franz Wieacker, «Über die Verhältnisse der römischen Fachjurisprudenz zur griechischen hellenistischen Theorie», en *Iura*, 1969, págs. 448-477.

<sup>117</sup> Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. cit., pág. 188.

grandes formas aisladas, neta y claramente delineadas, *evitando las mescolanzas y los compromisos híbridos*<sup>118</sup>, y por la aspiración del lenguaje jurídico romano a la sencillez y a la claridad.

- e) La fuerza de la tradición como *substratum* informativo y axiológico del pasado con una presencia constante en toda la vida romana, tanto pública como privada, hasta el punto de que ha podido afirmarse que nos encontraríamos ante un pueblo *literalmente retrospectivo*<sup>119</sup>; fuerza que se manifiesta con una especial incidencia en el ámbito de la vida jurídica romana; en cuya cultura nacional la *gravitas* y la *constantia* constituirían las virtudes cardinales, así como factores de comunicación e integración del grupo, lo que determinó la conocida renuncia por parte de los juristas romanos tanto a interrumpir el curso tranquilo de la evolución del derecho con intervenciones radicales que alterasen el conjunto de valores, convicciones, modelos de conducta, hábitos y costumbres transmitidos<sup>120</sup>, como a experimentar proyectos dirigidos a recomenzar desde el principio. Sin que este conjunto de circunstancias suponga una renuncia al continuo afán por conocer la realidad histórica y adaptar el derecho a sus contingentes demandas. Todo ello ha permitido identificar como una constante de la historia del derecho romano la fundamental actitud conservadora. El fundamento de esta presencia significativa del pasado (el *vivo vínculo que anuda el presente con el pasado*, en expresión de F. C. von Savigny) se hallaba en la convicción profundamente asentada en la cultura romana de que no es posible adecuar el derecho a su función, sino cuando el *ius* representa la constante y perpetua voluntad de hacer justicia, y de que ésta no surge en la mente de un legislador inspirado, sino que requiere la continua cooperación de la comunidad, la conformidad con el conjunto de los valores, lenguaje, símbolos, prácticas...: en definitiva la conformidad con las tradiciones de la comunidad que constituye el elemento esencial de la identidad comunitaria<sup>121</sup>. Este conjunto de circunstancias contribuye a

<sup>118</sup> Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. cit., pág. 95.

<sup>119</sup> G. Allan, *The Importances of the Past. A Meditation on the Authority of Tradition*, State University of the New York Press, Albany, 1986, págs. 67 y ss.; R. H. Barrow, *Los Romanos*, trad. cast. de Margarita Villegas de Robles, Fondo de Cultura Económica, México, 1965 (sexta reimpresión, 1973); F. Desideri, «Epoché. Il problema dell'affinità tra storia e tradizione», en *Il Centauro*, vol. XIII-XIV, 1985, págs. 83-96.

<sup>120</sup> Carl Joachim Friedrich, *Tradition and Authority*, Praeger The Macmillan Press, Ltd, London-Basingstoke, colección «Key Concepts in Political Science», 1972, págs. 19 y ss.; P. Noailles, *Fas et ius. Etudes de droit romain*, con prefacio de Gabriel Le Bras, Les Belles Lettres, Paris, 1948; P. Pelikan, *The Vindication of Tradition*, Yale University Press, New Haven-London, 1984, págs. 79 y ss.; Baldassarre Pastore, *Tradizione e Diritto*, Prefacio di Enrico Opocher, Colección «Recta Ratio», G. Giappichelli editore, Torino, 1990, págs. 205-211, 269-284.

<sup>121</sup> O. Nahodil, «Tradizione come processo universale di cultura», en *Lares*, XLIX, 1983, págs. 355 y ss.; *id.*, *Menschliche Kultur und Tradition*, Paul Pattloch Verlag Aschaffenburg, 1971, págs. 30 y ss.; M. Radin, «Traditio», voz de la *Encyclopedia of the Social Sciences*, The Macmillan Company, New York, 1935, pág. 63.

imprimir un especial sesgo tradicional a la vida jurídica romana que ofrece las características de un modelo de derecho jurisprudencial, un modelo jurídico en el que los concedores del derecho tienen atribuido un papel protagonista. No se olvide al respecto que la mayor parte de los intérpretes del tema coinciden en calificar al derecho jurisprudencial como *traditional element in a system of law*.

- f) La existencia entre los habitantes del Lacio de una conciencia nacional temprana y fuertemente marcada, con lo que esto conlleva de sentimiento de pertenencia a la comunidad política nacional latina basada en la cohesión existente entre Roma y los pueblos latinos; y con lo que ello supone de toma de conciencia de la inserción y participación en una realidad común, circunstancia que finalmente concluiría siendo, indiscutiblemente, un factor constructivo de su derecho propio.
- g) Un concepto de libertad claro, limitado, práctico y jurídico. Un concepto cuyo punto de partida estaba constituido por la contraposición jurídica de libertad y carencia de libertad. La concepción de la libertad como el bien más apreciado y de mayor rango operaba fundamentalmente en el ámbito de la historia del derecho constitucional romano, aun cuando no dejaba de proyectarse también en el marco del derecho privado, al que imprimía un carácter netamente individualista, condición especialmente evidente en el régimen de las relaciones de comunidad entre particulares o en el régimen jurídico de la propiedad donde se manifiesta la tendencia romana a construir el derecho de propiedad con la mayor libertad posible o en la organización individual de la *societas* en relación con los derechos de crédito.
- h) El aseguramiento enérgico de la vigencia del principio de autoridad. «*Ni siquiera la libertad individual puede durar mucho sin autoridad... tanto "auctoritas" como "disciplina" están entre las palabras que se imponen en la discusión política romana*<sup>122</sup>. El principio de autoridad determina la regulación de la familia romana (las relaciones entre el padre de familia y los pertenecientes a la casa), así como la relación entre el ciudadano romano y el Estado romano con sus magistrados. La ausencia en el derecho criminal romano de la máxima ilustrada *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, sería así imputable a la omnipresente influencia del principio de autoridad, que atribuía a los titulares del *imperium* la pública disciplina, autorizando al magistrado a establecer discrecionalmente sanciones. Las relaciones de derecho patrimonial entre particulares y Estado también estaban configuradas conforme al referido principio de autoridad; de la misma forma que el proceso civil estaría *dominado por la autoridad del magistrado jurisdiccional, en particular del pretor*, o en el mismo sentido que la inexistencia de un principio de división de poderes vendría impuesta por el primado del

<sup>122</sup> Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. cit., pág. 91.

principio de autoridad. Sin que pueda olvidarse la relevante función que en la vida jurídica romana cumplió la *auctoritas* de los jurisconsultos romanos, a la que se rindió culto y reconocimiento, tanto con respecto a los no juristas como en relación a los juristas entre sí. Bien pudo decir Meinze que el sistema de la constitución republicana se mantuvo por el sentimiento, vivo en el pueblo romano, de encontrarse vinculados al consejo de un grupo limitado de autoridades a las que se atribuía una visión política y un sentido de responsabilidad, que propiamente no era sino *auctoritas*. La propia jurisprudencia en su lenta, pero no interrumpida, actividad de elaboración de los materiales jurídicos procede apoyándose tanto en la fuerza de la tradición (factor que determina de manera constante el desarrollo del derecho) como en el principio de autoridad; que se manifiesta incluso en la forma de redactar las obras jurídicas y de citas a los juristas del pasado<sup>123</sup>.

- i) El principio de la *humanitas*<sup>124</sup>, que en un primer momento tenía vigencia exclusivamente en el ámbito de un reducido grupo de personas eminentes y de alta cultura en los que, al parecer, se acuñó la palabra latina y que terminaría ampliándose en el período republicano a ámbitos más extensos. Este principio viene a dar expresión a los sentimientos de dignidad y de sublimidad que son propios de la persona humana y sitúan a ésta por encima de todas las restantes criaturas de este mundo<sup>125</sup>.
- j) El principio de la *fides*<sup>126</sup>, en lo que tiene de sujeción a la palabra dada: *fit*

<sup>123</sup> M. Brutti, «Ordinamento giuridico (storia)», voz de la *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè editore, Milano, 1980, págs. 671-672; W. M. Gordon, «Legal Tradition, with particular reference to Roman Law», en el volumen colectivo editado por Neil McCormick y P. Birks, *The Legal Mind. Essays for Tony Honore*, The Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 279-291; G. Sciascia, «Appunti sulla Tradizioni scientifica della letteratura giuridica romana», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* (Roma), vol. II, 1947, págs. 410 y ss.

<sup>124</sup> L. Assier-Andrieu, «La Dimension juridique de'une anthropologie de la durée», en *L'Homme*, núm. 115, 1990; Biondo Biondi, «Il Diritto Romano Cristiano», vol. II, *La Giustizia. La Persona*, págs. 148-163, Giuffrè, Milano, 1952; Krüger, «Die Humanitas und die Pietas nach den Quellen des römischen Rechts», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, XIX, 1898, págs. 6 y ss. (hay edición separada, 1949); Carl Alberto Maschi, «Humanitas come motivo giuridico», separata de *Annali Triestini*, XVIII, 1949; *id.*, «Humanitas romana e caritas cristiana come motivo giuridico», en *Jus*, I, 1950, págs. 266 y ss.; R. Reitzenstein, *werden und Wachsen der Humanität in Altertum*, Diss. Univ. Strasbourg, 1907; Riposati, «Varrone e Cicerone maestri di umanità. Prolusione», separata de *Annuario Univ. Catt. del Sacro Cuore* (Milano), 1947-1948 y 1948-1949; Olis Robleda, «La humanitas y el Derecho», en *Humanidades*, VII, 1959, págs. 13 y ss.

<sup>125</sup> A. Carcaterra, *In torno alla bona fidei iudicia*, Jovene, Napoli, 1964; Paoli, «Quelques observations sur la fides, l'imperium et leurs rapports», en *Aequitas und Bona Fides. Festgabe Simonius*, Basel, 1955, págs. 273 y ss.; Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, trad. cast. cit., pág. 212.

<sup>126</sup> Emile Benveniste, «Le vocabulaire des institutions indoeuropeennes», cap. «Fidélité personnelle», del tomo I, *Economie parenté, société*, París, 1969, págs. 115-121 (hay trad. italiana a cargo de M. Liborio, Einaudi editore, Torino); Gerhard von Beseler, «Fides», en *Atti del Congresso Internazionale Diritto Romano*, I, Roma-Pavia, 1934, págs. 135-167; F. Bydliński, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, págs. 139 y ss.; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971; Giovanni Cosi, «Il giurista perduto. Avvocati e identità professionale», en

*quod dicitur (se hace lo que se dice)*<sup>127</sup>; principio que impone la congruencia de la actuación y las palabras, determinante de un sentimiento de vinculación a las propias declaraciones de voluntad con independencia de la forma en que hayan sido expresadas, y que se manifiesta en la conducta leal en las transacciones, representando una de las más frecuentes vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico. Principio que ya

*Quaderni del Notiziario Forense*, Firenze, núm. III, dic. 1987, pág. 28 y ss.; *id.*, «L'avvocato e il suo cliente. Appunti storici e sociologici sulla professione legale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (Il Mulino, Bologna), núm. XVI, 1986, págs. 3-73; Gerard Freyburger, «La morale et la fides chez l'esclave de la comédie», en *Revue des Études Latines* (Paris), LV, 1977, págs. 113 y ss.; *id.*, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustienne*, Société d'édition Les Belles Lettres, Paris, 1985; Eugène Henriot, «Du barreau romain: Professions de jurisconsulte et d'avocat», cap. 4, tomo III, de *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome, de après les poètes latins*, 1865 (hay reimpression, Scientia Verlag, Aalen, 1973); Max Kaser, *Das Altromischen ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, págs. 90 y ss., 262 y ss. y 338-340; *id.*, «Oportere und ius civile», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, LXXXIII, 1966, págs. 1 y ss.; M.A. Levi, *Liberi in manu, en Labeo. Rassegna di diritto Romano* (Jovene, Napoli), 1976, págs. 77 y ss.; Luigi Lombardi-Vallauri, *Dalla fides alla bona fides*, ed. A. Giuffrè, Milano, 1967; *id.*, «L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 1963, págs. 129-180; Wolfgang Kunkel, «Die Fides als Schöpferisches Element im römischen Schuldrecht», en *Festschrift Paul Koschaker*, vol. II, págs. 1 y ss., Weimar, 1970; N. Meslin, *L'homme romain des origines au 1<sup>er</sup>. siècle de notre ère*, Paris, 1978, págs. 24-25, 128-129, 132-139; G. Morabito, *Latina fides*, Milano, 1979; V. D'Agostino, «La Fides Romana en Rivista di Studi Classici», IX, 1, 1961, págs. 73-86; François Villançon, «Images romaines de la morale et du droit: devotio et fides», en *Archives de Philosophie Droit*, tome XXXIV, *Le sujet de droit* (Sirey, Paris), 1989, págs. 335-334; Dieter Nörr, *Die Fides in römischen Völkerrecht*, Juristische Studien Gesellschaft, Karlsruhe, 91, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991; M. Voigt, «Die Begriffe von fides», en *Ius Naturale*, tomo IV, Leipzig, 1875, págs. 68-78; Andrea Wacke, «Paulus Dig. 3.5.18.3. Zur bona fides bei Esrtzung. Geschäftsführung und Eviktionsregress», en *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80 Gebustag*, Berlin-München, 1980, págs. 269 y ss.; Franz Wieacker, *Von Römischen Recht*, 2ª ed, Stuttgart, 1961, págs. 10 y ss.; *id.*, «Zum Ursprung der bona fidei iudicia», cap. «Excursus zur Frühgeschichte der altrömischen fides», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar), LXXX, 1983, págs. 20-29; *id.*, *Zur rechtstheoretischen. Präzisierung des 242 BGB*, Tübingen, 1956, págs. 15 y ss.; *id.*, *Gesetz und RichterKunst*, Kalsruhe, 1958; *id.*, *El principio general de la buena fe*, trad. cast. Juan Luis Carro, prologo de Luis Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1977.

<sup>127</sup> M. T. Ciceron, *De Officiis*, I, VII, 23 (con trad. al inglés de Walter Miller, Haineman -Loeb-, London, 10.ª ed., 1913); *De re publica*, IV, 7 (ed. de Julio Pimentel Alvarez, Bibliotheca Graecorum et Romaorum, México, 1984); *Epistulae Ad familiares*, XVI, 10 (Classiques Garnier, Edouard Bailly, dos volúmenes, Paris, s.f.); *In Verrem*, II, 3,3,6; San Agustín, «Fides enim appellata est in latina lingua ex eo quia fit quod dicitur», en *De mendacio*, 20, 41 (*Patrologia latina* de Jacques Paul Migne, 40, 515); *vid.* G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, 106; D. Corradini, *Il criterio della bona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970; José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho Civil español*, Bosch, Barcelona, 1965, págs. 22-34; *id.*, «La buena fe en el Título Preliminar del Código Civil (1977)», cap. IX del vol. de *id.*, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 211-238; P. Bonfante, «Essenza della bona fede e suo rapporto colla teoria dell'errore», en *Scritti Giuridici Varie*, vol. II, Torino, 1926, págs. 708 y ss.; Antonio Hernández Gil, *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979; Max Kaser, «Oportere und ius civile», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar), 1966, págs. 1 y ss.; A. von Thur, «La buena fe en el derecho romano y en el derecho actual», trad. cast. en *Revista de Derecho Privado* (Madrid), 1925, págs. 337 y ss.; *id.*, *Teoría General del Derecho Civil alemán*, II, 1, Buenos Aires, 1947, núm. 135, págs. 150-151, nota 63.

Epícteto identificaba con la misma naturaleza humana (Diss., 2,4,1), expresaría la continuidad de la conciencia del sujeto en la permanente variación de su experiencia<sup>128</sup>. Principio que representa una de las más fundadas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico y cuyo contraste con la práctica generaría múltiples aplicaciones y del que se deducen, en cualquier caso, al menos los siguientes: el rígido vínculo que nace de un contrato obligatorio, la exigencia de cumplimiento de la obligación asumida cualquiera que sea la forma en que se contrajo, la fidelidad al juramento, la obligatoriedad del pretor de atenerse al propio edicto y la exclusión de validez retroactiva de las normas jurídicas procedentes de edictos, senadoconsultos, leyes, o constituciones imperiales, en el entendimiento de que no le es lícito al legislador intervenir en relaciones jurídicas ya desenvueltas<sup>129</sup>. El gran número de relaciones de fidelidad que se manifiestan en toda la vida jurídica romana explicaría tanto el hecho de que las garantías personales prevalecieran sobre las garantías reales como la defectuosa organización del derecho hipotecario.

- k) El principio de la seguridad del derecho vigente como exigencia primaria del mismo y que tiene la condición de valor intrínseco y central de la experiencia jurídica, al responder a las necesidades de certeza y de continuidad. Principio que se desarrolla en una doble vertiente: k.1) certidumbre de que el derecho prevalecerá en la lucha contra la injusticia y k.2) la certeza del derecho existente, que se manifiesta en el hecho de que resulta posible el conocimiento por parte de los ciudadanos tanto de las reglas jurídicas aplicables a los diferentes supuestos de hecho como de su exacto significado, de tal manera que puedan *vivere secundum leges*, preveer las consecuencias jurídicas de sus acciones, con el reconocimiento seguro del ordenamiento jurídico y la *previsibilidad de los efectos jurídicos que están por nacer de una determinada situación de hecho*<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Paola Frezza, «A proposito di *fides* e *bona fides* come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e Internazionale», en *Historia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma), LVII, 1991, págs. 291-301; la cita, en pág. 300.

<sup>129</sup> José Luis De Los Mozos, *Metodología y Ciencia del Derecho Privado Moderno*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, pág. 187; *id.*, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965; Karl Larenz, «La inadmisibilidad de las leyes retroactivas», en *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. al cast. y presentación de Luis Díez-Picazo y Ponce de León (del original, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, C.H. Beck, München, 1979), editorial Civitas, Madrid, 1985, reimpresión, 1990, págs. 162 y ss.; José Santa Cruz Teijeiro, «La *fides*», en *Curso de Conferencias 1949 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, Imp. sucesor de Vives Mora, Valencia, 1950, págs. 39-78; Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter*, págs. 32 y ss.

<sup>130</sup> Arnaldo Biscardi, «Considerazione sulla certezza del diritto *in utroque iure*», en los «Atti del VII Colloquio Internazionale romanistico-canonistico, Lex et iustitia: radici antiche e prospettive attuale», 12-14 maggio 1988, Collectio Pontificae Universitatis Lateranensis, XX, Città del Vaticano, 1989 (en *Studi Senesi*, núm. C, 1988, suppl. II, págs. 509-525); G. Carcaterra, *Certeza, scienza, diritto*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Giuffrè, Milano), vol. XXXIX, 1962, págs. 381 y ss.; R. Ajello, «Continuità e trasformazione dei valori giuridici: del probabilismo al problematismo», en *Rivista Storica Italiana*, XCVII, 1985; M. Corsale, *Certeza del diritto: I) Profili teorici*, en *Enciclopedia Giuridica*

Este autor, al igual que todos los que sobre su huella han refutado a aquellos que veían en la actitud de la jurisprudencia romana un reflejo de conceptos jurídicos embrionarios<sup>131</sup>, insiste en la desconfianza y en la resistencia de los juristas clásicos a emplear definiciones, a definir conceptos generales y abstractos, absteniéndose de especulaciones teóricas, tanto en el ámbito del derecho privado como en el ámbito del derecho público, dada su hostilidad a dejarse llevar por formulaciones, sistematizaciones o construcciones abstractas<sup>132</sup> y ve en esta resis-

---

Treccani, VI, Roma, 1988; *id.*, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2ª ed, Giuffrè, Milano, 1979; Sergio Cotta, «La certezza del diritto. Una questione da chiarire», en *Rivista di Diritto Civile* (Cedam, Padova), 1993, III, págs. 317-326; Federic R. Couder, *Certainty and justice*, 1914; Álvaro D'Ors, «El servicio del derecho romano a la libertad», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 5, pág. 9 y ss.; Theo Mayer-Maly, «Evidenz im Denken römischer Juristen», en *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edimburg-London, 1974, págs. 225 y ss.; Maschi, «Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano», en *Studi Betti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 411 y ss.; Javier Paricio Serrano, «Noti minima sulla sicurezza giuridica in Roma», en *Atti del Convegno su La certezza del diritto*, París, 1985 (separata); Baldassarre Pastore, «Certezza, linguaggio legislativo e atteggiamenti interpretativi (a proposito di un saggio di Lucio Pegoraro)», en *Rivista di Diritto Civile* (Cedam, Padova), XXXV, 1989, págs. 513 y ss.; L. Pegoraro, «Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», en *Quaderni di Filosofia analitica del diritto*, núm. VIII, Giuffrè, Milano, 1988; A. Pizzorusso, «Certezza del diritto: II) Profili applicativi», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VI, 1988; Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, 1924; V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987; volumen colectivo, *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987.

<sup>131</sup> Antonio Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fine*, ed. Eugenio Jovene, Napoli, 1966; Giuseppe Grosso, «Meditazioni sulle tendenze e sulle concezioni dei romani», en *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1957, págs. 172 y ss.; Juan Iglesias Redondo, *La técnica de los juristas romanos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1987; Jean Kalindéro, *Droit prétorien et réponses de prudentes*, 1975 (hay reimpresión, Scientia, Aalen, 1990); J. Martha, «La culture philosophique de Cicéron», en *Des termes extrêmes des biens et des maux*, Société D'edition Les Belles Lettres, París, 1967, tomo I, págs. XVI y ss.; Remo Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*; Dott. A. Giuffrè, Milano, 1966, en particular, «Introduzione», «4.-La posizione dello Schulz in ordine al problema definitorio» (págs. 7-11); Riccardo Orestano, «*Obligationes* e dialettica», en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, núm. 10, 1959, págs. 18 y ss.; Fritz Schulz, *I principi del Diritto Romano*, ed. cit., págs. 35 y ss.; Mario Talamanca, «Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani», en el vol. II del trabajo colectivo *La filosofia greca e il diritto romano*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1976, págs. 7 y ss.; Arthur Schiller, «Roman Interpretation and Anglo-American Interpretation and Construction», en *Virginia Law Review*, núm. XXVII, 1941, págs. 733 y ss.; *id.*, «The Nature and Significance of Jurists Law», en *Boston University Law Review*, núm. XLVII, 1967, págs. 20-31; Michel Villey, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, París, 1945; *id.*, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines en Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Edit. Eugenio Jovene, Napoli, vol. I, 1964, págs. 365 y ss.; *id.*, «Ius ius cuique tribuere», en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Giuffrè, Milano, 1965, vol I, págs. 363 y ss.; *id.*, «Logique d'Aristote et Droit Romain», en *Revue Historique de Droit Français et Etranger* (París), núm. XXIX, 1951, págs. 309 y ss.

<sup>132</sup> Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. italiana de G. Nocera, G.C. Sansoni, Firenze, 1968, pág. 63; *vid.* Mario Bretone, «Postulati e aporie nella 'History' di Schulz», en *Festschrift für Franz Wieacker zum 70 Geburtstag*, Göttingen, 1978, págs. 37 y ss.; C. A. Maschi, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, ed. Giuffrè, Milano, 1957, 2ª ed; *id.*, *Il diritto romano*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1966, págs. 119 y ss.; *id.*, «Filosofia del Diritto e diritto positivo. L'esperienza antica», en *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. II, págs. 709 y ss.; G. Nocera, «Mos maiorum», parágrafo XXI de *Il binomio pubblico-privato nella storia del Diritto*, Università degli Studi di Perugia-Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, págs. 43-45; la cita, en pág. 44; A. Arthur Schiller, «Review

tencia no una limitación ni un defecto (que lo sería en la interpretación crítica de M. T. Cicerón), sino la característica más positiva de su método de trabajo, ya que los juristas clásicos estuvieron especialmente centrados en la solución práctica de problemas concretos, operando con esquemas casuísticos (y así lo apreciaba Friedrich Carl von Savigny en su ya citado escrito programático, que había sido concebido inicialmente como estudio introductorio a su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media* (1815-1831), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft—De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*, Heidelberg, 1814—: «*Cuando los jurisconsultos tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente era como si cada caso fuera el punto de arranque de toda ciencia que del mismo debería deducirse*»<sup>133</sup>). Esquemas casuísticos que permiten mantener las conclusiones siempre en una estrecha relación con los recursos procesales, elemento que inserta y vincula las concepciones jurídicas a la realidad vital del mundo, acomodando el *ius* a las exigencias vitales de cada momento, constituyendo la decisión del caso la fundamental de todas las obras de jurisprudencia, ya que si bien no se puede negar a la jurisprudencia pontifical capacidad de realizar generalizaciones abstractas, no es menos cierto que se aprecia en la misma como constante una absoluta carencia de definiciones, de principios abstractos y de lo que hoy daríamos en denominar un ordenamiento sistemático. Una valoración del Derecho romano muy semejante a esta última, la encontramos en el estudio de Alfonso García-Gallo, *Ius y Derecho*, que constituyó su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «*Así, en efecto, el Derecho romano se fue estableciendo en sus orígenes mediante decisiones judiciales o por la “interpretatio”, mediante la que los juristas fijaban, precisaban y desarrollaban los preceptos del “ius civile”, o por los edictos con que los pretores se esforzaban en acomodar éste a las nuevas situaciones. El Derecho Romano nació y se desarrolló siempre en contacto interno con la realidad, lejos de toda abstracción y generalización. Suponían los juristas clásicos que el Derecho nace de la Justicia, y así —aunque con evidente error terminológico— no sólo derivaron la palabra “ius” de “iustitia”, sino que concibieron el “ius” no como un conjunto de normas inspiradas en aquélla, sino precisamente como el arte o la técnica de realizar la justicia... Es decir, un arte, un modo o una técnica de realizar la Justicia, de concretar a cada caso lo que de los preceptos de ésta se deducían*»<sup>134</sup>.

Conviene tener presente que la polémica posición de Fritz Schulz<sup>135</sup> y la réplica que en su día le opuso Emilio Betti (1890-1968) no es totalmente ajena, una vez

of Fritz Schulz “History of Roman Legal Science”, págs. 219-225 de la recopilación de artículos del propio Schiller, *An American Experience in Roman Law*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1971.

<sup>133</sup> F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestro siglo...*, ob. cit., trad. cit., pág. 44.

<sup>134</sup> Alfonso García-Gallo De Diego, «Ius y Derecho», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXX, 1960, págs. 30 y ss. (el texto constituye su discurso de recepción como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación habiendo sido objeto de una edición separada por la propia Academia, Madrid, 1960); O. Behrends, «Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht», en *Sympotica Franz Wieacker sesagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, vol. dirigido por D. von Liebs, Göttingen, 1970.

<sup>135</sup> Nos referimos, naturalmente, a la conocida controversia entre Emilio Betti por una parte, *Diritto romano e dogmatica odierna Archivio Giuridico*, núm. I.C., 1928, págs. 129-130, y núm. C, 1928, págs. 26-

más, al convencimiento difundidísimo, muy arraigado y hasta dominante de que la *scientia iuris* y la *historia iuris* pertenecen a mundos conceptualmente distintos y separados (el primero al mundo de los universales y de los absolutos, el segundo al mundo de lo individual y contingente, dos mundos que deben entenderse como incommunicables)<sup>136</sup>, evocando en definitiva a la vieja dicotomía entre conocimiento científico-conocimiento histórico, en lo que ésta contraposición tenía de elevar a la condición de principio la incognoscibilidad de lo singular y concreto con la consiguiente negación de *status* científico a cualquier modalidad de saber centrado en el conocimiento de lo singular y concreto, en el conocimiento de las realidades históricas (humanas o del espíritu) en cuanto realidades singulares y que no encajaban ni entre las ciencias puramente formales (al tener contenidos materiales) ni entre las ciencias empíricas (al no ser verificables)<sup>137</sup>; contraposición que hoy es casi unánimemente rechazada, máxime si consideramos que el propio concepto de ciencia se ha dilatado, produciéndose en los últimos tiempos una revisión notable y de conjunto en el ámbito de la teoría y de la filosofía de la ciencia<sup>138</sup>.

Una valoración correcta de las conclusiones de Schulz exigiría precisar el alcance tanto de la continuidad fundamental que conoció el ejercicio intelectual de los juristas romanos en la elaboración y el conocimiento del Derecho, como de la radical unidad de método de la que nos habla y que ha permitido, aun a pesar de que la experiencia jurídica romana no siempre fuera idéntica a sí misma,

66; *id.*, *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, núm. 15, 1937, págs. 137-174, y Pietro De Francisci, Vincenzo Arangio-Ruiz y otros, por la contraria. *Vid.* G. Marino, «Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione», en *Emilio Betti e l'interpretazione*, págs. 45 y ss. del vol. cuidado por V. Rizzo, Napoli, 1991; Antonio Osuna Fernández-Largo, *La hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, pág. 65; Adolfo Plachy, *La teoria della interpretazione. Genesi e Storia della ermeneutica moderna*, Dott. A. Giuffrè edit, Milano, 1974. Acerca de las ciencias del espíritu en los albores del XIX *vid.* Erich Rothacker, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1920; *id.*, *Logik und Systematik des Geisteswissenschaften*, München-Berlin, 1927, págs. 114 y ss., 129 y ss.; *id.*, «Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang des Historischen Schule», en *Historische Zeitschrift* (München), vol. CXXVIII, 1923, págs. 415 y ss.; *id.* «Die Deutsche Historische Schule», en *Mensch und Geschichte*, Bonn, 1950, págs. 9 y ss.

<sup>136</sup> Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, págs. 35-36.

<sup>137</sup> Giuseppe Lumia, «Scienza umana e sapere giuridico», en *La giustizia Penale e la fluidità del sapere: Ragionamento sul metodo*, ed. cuidada por Luisella de Cataldo Neuberger, International Institute of Higher Studies in Criminal Science, Cedam, Padova, 1988, págs. 5-16; la cita, en págs. 6-7: «Science naturali e scienze umane».

<sup>138</sup> Thomas S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1.ª ed., 1962; 2.ª ed., 1970 (trad. cast. de Agustín Contín, F.C.E., México, 1971; trad. it. de A. Carugo, Einaudi, Torino, 1978); *id.*, *La Revolución copernicana. La astronomía planetaria en el desarrollo del pensamiento occidental* (1957), trad. cast. de Domènec Bergadá, Editorial Ariel, Barcelona, 1978; *id.*, *La tensión occidental* (1977), trad. cast. de Roberto Helier, F.C.E., México, 1983; *id.*, *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos. Introducción* de Antonio Beltrán, trad. cast. de José Romo, Ed. Paidós, Barcelona, 1989; Ernest Nagel, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica* (trad. cast. del original, *The Structure of Science*, Harcourt Brace and World, New York, 1961, a cargo de Néstor Míguez), Buenos Aires, edit. Paidós, 1968.

bien puede representarse como constituyendo un único ordenamiento<sup>139</sup>. Ya en 1858 el discípulo de H. Eduard Dirksen y su sucesor en la Cátedra de la Universidad de Königsberg, Frederich Daniel Sanio había destacado en *Zur Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon* (Contribución a la historia de la ciencia jurídica romana. Una introducción, Königsberg, 1858) la necesidad de avanzar en el conocimiento de los distintos juristas mediante estudios críticos que pusieran de manifiesto sus respectivas singularidades, la variedad de sus escritos y la imposibilidad de considerarlos sin más como personas fungibles<sup>140</sup>, dada la evidencia de los contrastes existentes entre los distintos juristas que en más de una ocasión sostenían opiniones y doctrinas diversas. Al parecer el trabajo de F. D. Sanio respondía al propósito de progresar, de acuerdo con las observaciones de su maestro, en el conocimiento de la historia de la ciencia jurídica romana, campo de investigación histórica que consideraba (y no sin razón) insuficientemente tratado<sup>141</sup>. Con todo, el programa de Sanio dirigido a que se pudiera contar con una introducción histórico-crítica no sólo al *Corpus Iuris* y sus distintas partes, sino a sus fuentes mediatas e inmediatas, así como al trabajo de los juristas, recuperando críticamente la fisonomía de sus diferentes obras, no evitó el que la mayor parte de los tratadistas continuaran dando por buena la interpretación de la historia de la ciencia del derecho en Roma como una unidad; en la medida en que tanto las discrepancias y originalidades entre los diferentes juristas o corrientes, como los conflictos entre escuelas se consideraban internas a una tradición científica común que ofrecía un contexto de referencia unitario y permitía un diálogo con sentido entre las distintas posiciones<sup>142</sup>. Unidad que vendría a disolver o arrostrar en gran medida la individualidad de los estudiosos, que pasarían a constituir así un conjunto indiferenciado, obviando los matices y hasta notables diferencias que sin duda existían en las distintas soluciones particulares que propusieron a las diferentes controversias o en las reglas casuísticas sugeridas; diferencias que al parecer siempre se habrían sustanciado en lo que en definitiva constituyen propiamente *dissensiones* (puntos de vista diferentes) o discrepancias y disputas muy concretas,

<sup>139</sup> Mario Bretone, «Uno sguardo retrospettivo. Postulati ed aporie nella History of Schulz», en el vol. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1982, págs. 333 y ss.; Antonio Guarino, *Ordinamento giuridico romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, pág. 57; Giuliano Crifò, «Giuridico e non giuridico nell'ordinamento romano», en *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Jovene), núm. 39, 1993, 1, págs. 111-118; la cita, en pág. 113; Mario Talamanca, «Esperienza scientifica (diritto romano)», en *Cinquanta anni di esperienza italiana* (Congresso de Messina-Taormina del 3 al 8 nov. de 1981), A. Giuffrè edit, Milano, 1982, págs. 675 y ss., en particular, 743 y ss.

<sup>140</sup> Friedrich Daniel Sanio, *Zur Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon*, reimprección de la colección Antiqua, ed. Jovene, Napoli, 1981, con unas «Noti di Lettura» de Federico D'Ippolito, cita en pág. 3 y ss.; Vincenzo Arangio Ruiz, «Sanio Friedrich Daniel», en *Enciclopedia Italiana*, App., I, Roma, 1938, pág. 988; K. Guterbrock, «Friedrich Daniel Sanio», en *Allgemeine deutschen Biographie*, LIII, Leipzig, 1907, págs. 708 y ss.

<sup>141</sup> Heinrich Eduard Dirksen, *Vermischen Schriften*, vol. I, Berlin, 1941, págs. 140 y ss.; *id.*, *Manuale latinatis fontium iuris Romanorum*, Berolini, 1837.

<sup>142</sup> G. De Marini, *Introduzione a Savigny. Antologia di scritti giuridici*, págs. 29 y ss.; *id.*, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè editore, Milano, 1966, págs. 102 y ss.; *id.*, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida editori, Napoli, 1978.

sobre la base de un acuerdo sustancial en lo fundamental, tanto en los principios como en las concepciones y métodos. Bien cierto es que estas diferencias han permitido a los historiadores del pasado jurídico contrastar la existencia de dos *sectae* (en la terminología de Sexto Pomponio, D. 1,2,2,47) o *scholae*, escuelas jurídicas cuya denominación no procede de sus presuntos fundadores, sino de seguidores suyos (la de los sabinianos: seguidores de Ateius Capitus -Ateyo Capitón- que adoptó su nombre de Labeón y que toma su nombre de Massurius Sabinus; y de los proculianos, seguidores de Proculus...) <sup>143</sup>, la naturaleza de cuya oposición (que algún intérprete remonta a las diferencias que con anterioridad habían opuesto a Quinto Mucio Esevola y Servio Sulpicio), continúa constituyendo un problema y casi un enigma para la historia jurídica. En efecto, las discrepancias han sido explicadas por los intérpretes indistintamente en atención a meras afinidades personales, o en base a las diversas concepciones defendidas sobre la especificación, o en consideración a la diversa actitud respecto a las exigencias de la equidad o del derecho estricto, o como expresión de las distintas actitudes con respecto a la forma política del Principado de Augusto, que en algún caso como el de Ateyo Capitón alcanza la identificación con los intereses y actitudes de los emperadores (Aulo Gelio, «Noct. Att», 10.20.2), y de las diversas posiciones que habían dividido a los juristas con respecto al nuevo régimen, o en base a la vinculación estrecha a la tradición por parte de los sabinianos (Capitón, Masurio, Sabino, Casio Longino, Celio Sabino, Javoleno, Aburmio Valente, Tusciano y Salvius Juliano), en contraste con la decisión innovadora de los proculianos, que expresan una mayor originalidad y libertad en la interpretación (Labeón, Nerva -padre e hijo-, Próculo, Pegaso, Celso -padre e hijo- y Neracio Prisco) o en función de la defensa por parte de los sabinianos de una concepción republicana del Derecho, entendido como un conjunto de prácticas usuales o habituales, como un modo característico de la vida romana que únicamente se manifestaba

<sup>143</sup> Arno, «Scuola muciana e scuola serviana», en *Archivio Giuridico*, 1922, págs. 37 y ss.; *id.*, *Le due grandi correnti della giurisprudenza romana*, Public. Università di Modena, vol 26, 1926; G. Baviera, *Le due scuole dei giuristi romani*, Firenze, 1898, (reimpr., Roma, 1971); Hugo Hanisch Espindola, «Discrepancias procesales entre sabinianos y proculianos», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago de Chile), núm. 10, pág. 17 y ss.; B. B. De Bugeda, «Sobre la jurisprudencia romana (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de derecho)», en *Jurídica* (Universidad Iberoamericana, México), VI, 1974, págs. 89 y ss.; Jan Kodresbki, «Der Rechtssunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, Berlin-New York, II, 15, 1976, págs. 177 y ss.; *id.*, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie Weczesnego Cesarstwa (Sabinianos y Proculianos. Escuelas de Derecho en la Roma del Alto Imperio)*, Łódz, 1974; Detelf Liebs, «Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat», en *Aufstieg und Niedergang der römischen...*, cit, II, 15, 1976, págs. 197 y ss.; *id.*, «Romische Provinzialjurisprudenz», en el mismo vol., págs. 288 y ss.; Peter Stein, «The two schools of jurists in the early Roman Principate», en *The Cambridge Law Journal*, Jubilee Issue, núm. XXXI, 1, 1972, págs. 8-31; *id.*, «Sabino contra Labeone: Due tipi di pensiero giuridico romano», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, serie 3.<sup>a</sup>, vol. XIX, 1977, págs. 55-67; *id.*, «Logic and experience in Roman Law and Common Law», en *Boston University Law Review*, n.º LIX, 1977, págs. 433 y ss.; *id.*, «Legal evolution: the story of an idea», 1980; *id.*, «School Attitudes in the Law of Delicts», en *Studi Arnaldo Biscardi*, vol. II, La Goliardica, Milano, 1982, págs. 281 y ss.

y definía cuando era preciso discernir las distintas controversias que se fueran suscitando, de tal manera que consideraban innecesario y hasta indeseable definir *a priori* los límites y los fines del Derecho, estando más dispuestos que sus oponentes a admitir la necesidad de enunciar nuevas y distintas disposiciones y al mismo tiempo también menos interesados en la estructura teórica del derecho, en contraste con los proculianos cuyas innovaciones se proyectaban fundamentalmente sobre el método y la técnica jurídica, reclamando la utilización en el Derecho romano de formas de argumentación más rigurosas y sofisticadas que aquellas que hasta entonces venían siendo utilizadas, con el propósito fundamental de hacer que el Derecho fuera más cierto, más exacto, más lógico, racional y previsible, poniendo en evidencia y haciendo explícitos algunos aspectos del derecho que habían sido presentados implícitamente y de forma no articulada por los juristas anteriores, lo que supone en definitiva ambicionar la construcción de una auténtica ciencia jurídica..., de este modo, mientras los proculianos atribuían una especial relevancia a la lógica, los sabinianos antepondrían a ésta la importancia de la costumbre y de la práctica, en el entendimiento de que la adecuación del derecho a los hechos de la vida, tanto en sentido físico como social, presenta más interés que la propia racionalidad de las normas...<sup>144</sup>.

Tras la publicación de una serie de *Personenmonographien* minuciosas dedicadas al estudio de singulares juristas romanos, con el propósito de individualizar las distintas técnicas de elaboración de decisiones jurídicas y de conocer los diferentes valores de referencia y su especificidad cultural<sup>145</sup>, podemos decir que hoy disponemos de un mayor conocimiento del lenguaje de los juristas, de las distintas variantes y originalidades que presenta el uso de los términos por cada uno de ellos, así como de múltiples circunstancias de todo tipo que nos permiten en ocasiones, si no descartar la postura de Schulz, sí, al menos, matizarla y tomar en consideración los elementos no fungibles de la cultura de los juristas romanos clásicos, con lo que sin duda avanzamos en el conocimiento de su singularidad. La celebrada obra de Wolfgang Kunkel *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (*Origen y posición social de los juristas romanos*, Graz, 1952), constituye al

<sup>144</sup> C. A. Cannata, «Histoire de la jurisprudence européenne». I. «La jurisprudence romaine», Giappichelli editore, Torino, 1989, págs. 81 y ss.; Peter Stein, «Sabino contra Labeone. Due tipi di pensiero giuridico romano», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, serie 3.<sup>a</sup>, vol. XIX, 1977, págs. 55-67; la cita, en pág. 55 y 56; *id.*, «The relations between grammar and Law in the early Principate: the beginnings of analogy», en *Atti del II Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, 1971, págs. 73 y ss.

<sup>145</sup> Helmut Coing, «Zur Methodik der republikan Jurisprudenz», en *Studi Vincenzo Arangio-Ruiz*, Eugenio Jovene, Napoli, 1953; Franz Horak, «Die römische Juristen und der Glanz der Logik», en *Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag*, München, 1976, págs. 29 y ss.; Giuliano Crifò, «Recenti pubblicazioni e discussioni sulla metodologia dei giuristi romani», en *Annali della Facoltà di Diritto Università di Macerata*, vol. II, 1968, págs. 9 y ss.; Giovanni Pugliese, «Diritto romano e Scienza del diritto», en *Annali della Facoltà di Diritto Università di Macerata*, 1941 (recogido en *Scritti giuridici scelti*, vol. III, E. Jovene editore, Napoli, 1986, págs. 187 y ss.). Scachetti, «Note sulle differenze di metodologia fra sabiniani e proculiani», en *Studi Biscardi*, La Gobardica, Milano, 1984, vol. V, págs. 369 y ss.; Wubbe, «Iavolenus contra Labeonem», en *Satura Feenstrá*, Friburg (Suisse), 1985, págs. 95 y ss.

respecto una de las principales aportaciones al conocimiento individualizado del papel de los juristas, su contribución particular al desarrollo de la jurisprudencia, analizando junto a determinados aspectos de su biografía, la evolución social y la estratificación en clases de la jurisprudencia romana clásica. No obstante, en más de una ocasión, este estudio individualizado de los distintos juristas lejos de suministrarnos una visión atomizadora de los diferentes modelos de pensamiento de los *prudentes*, ha contribuido a reforzar si cabe los caracteres comunes y la idea de la unidad del conjunto. Así, del estudio de la primera jurisprudencia laica se concluye que todos los juristas de mayor relieve tenían la condición de príncipes *civitatis*, esto es, pertenecían a la *nobilitas*, durante el siglo II, a. de J. C., y al llamado *ordo equester* a partir del siglo I a. de J. C. con el Principado. Igualmente se ha podido acreditar que con el tiempo terminarían desempeñando un buen número de ellos puestos de notable relevancia política<sup>146</sup>, lo que confirmaría su condición de personas vinculadas, y por más de una condición, a lo que constituyó propiamente la élite romana.

Precisamente, en atención a todas estas consideraciones nos resulta difícil dejar de suscribir, y en sus propios términos, la valoración que a Carlo Augusto Cannata le merece la obra Fritz Schulz, texto que ha venido alimentando las directrices historiográficas sobre los principios de la cultura jurídica romana, así como la valoración acerca de su vigencia cuando sentencia: «*La visión de conjunto que tenemos en la actualidad de la jurisprudencia romana depende todavía y siempre del monumental cuadro que de la misma nos prestó Fritz Schulz*».

Uno de los más notables historiógrafos actuales de la experiencia jurídica romana, el profesor de la Universidad de Florencia Aldo Schiavone, ha realizado recientemente, dentro de la obra colectiva dirigida por Andrea Giardina, *L'uomo romano (El hombre romano)*, Roma-Bari, 1989), una indagación que tiene por objeto retratar al jurista romano como una de las figuras sociales, personajes o tipos más representativos y singularizadores de la romanidad. Condición que difícilmente podía negársele, ya que de la misma forma que por indiscutido resulta casi trivial decir que el derecho fue la gran creación del genio romano, no es menos obvio que la inclinación singularmente pragmática del pensamiento romano junto con su sentido concreto de la experiencia jurídica<sup>147</sup>, generó una nueva forma de cultura, un tipo espiritual inédito, no contemplado en la civilización griega ni en ninguno de los sistemas anteriores de la Antigüedad, el jurista, el hombre que *hace el derecho* y que ante un caso determinado sabe como poner en marcha sus amplísimos conocimientos y su excepcional intuición y sentido de la justicia, del bien y del orden<sup>148</sup>. Todos los testimonios apuntan a confirmar que el jurista, creación

<sup>146</sup> Pablo Fuentesecca, *Historia del Derecho Romano*, Europa Artes Gráficas, Madrid, 1987, pág. 209.

<sup>147</sup> Felice Battaglia, *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. I, trad. cast. de Francisco Elías de Tejada y Spinola y Pablo Lucas Verdú, editorial Reus, Madrid, 1951, pág. 158; Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J. M. Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, págs. 266-267.

<sup>148</sup> M. C. Alexander, *Forensic advocacy in the late Roman Republic*, Toronto, 1971 (Diss. Univ. of Toronto); J. Brown, «Historia de la educación occidental», tomo I, *El mundo antiguo*, ed. Herder, Barcelona, 1976; Henri-Irenée Marrou, «Historia de la educación en la Antigüedad» (versión en cast.

original romana, personificaría los ideales más elevados del ciudadano romano, por lo que no exageraba M. T. Cicerón en su escrito de madurez *De oratore* (55 a. de J. C.), la obra maestra de la retórica filosófica ciceroniana, cuando manifestaba que *la casa del jurista era el oráculo de la ciudad, sine dubio domus iuris consultus oraculum civitatis*<sup>149</sup>; constituyendo el conocimiento del derecho, además una valiosa ayuda para escalar hasta los puestos de mayor relevancia social<sup>150</sup>, en una comunidad donde todo el saber práctico se disolvía en última instancia en modalidades o variantes del conocimiento jurídico<sup>151</sup>.

Se trata de un volumen que se incorpora a una ambiciosa serie todavía en curso de publicación por el sello editorial Mondadori y que bajo el título general *El hombre europeo*, cuenta ya con, al menos, otros cuatro conjuntos, *L'Uomo medievale* (*El hombre medieval*, Bari-Roma, 1987), dirigido por Jacques Le Goff; *L'Uomo rinascimentista* (*El hombre del Renacimiento*, Bari-Roma, 1987), dirigido por el historiador de la filosofía Eugenio Garin; *L'Uomo greco* (*El hombre griego*, Bari-Roma 1991),

---

de Yago Barja de Quiroga, del original en francés, edit. du Seuil, París, 7.ª ed., 1971; hay 8.ª ed., 1981), edit. Akal, Madrid, 1985, *La enseñanza del derecho*, págs. 321 y ss.; Bonner; *La educación en la Roma antigua: Desde Catón el Viejo a Plinio el Joven*, trad. cast., Barcelona 1984; Emilio de la Cruz Aguilar, «Notas de "Ius Academicum" romano», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, tomo II, págs. 681-692, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Seminario Ursicino Álvarez, Madrid, 1988; Manuel Jesús García Garrido, «Los juriconsultos Romanos», págs. 3-38 de «Derecho privado Romano», vol. II, *Casos y decisiones jurisprudenciales*, 2ª ed. revisada, Dykinson, Madrid, 1985; M. Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain. Recherches et études sur le barreau de Rome depuis son origine jusque à Justinien et particulièrement au temps de Cicéron*, Roma, 1972 (reimpr. del original, París, 2.ª ed., 1858); José Guillén Cabañero, «Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos», vol. I.: *La vida privada*, Ed. Sígueme, Salamanca (3.ª ed., 1988), *Enseñanza del Derecho*, págs. 255-258; G. Hermansen, «The Roman Inns and the law. The Inns of Ostia», en *Polis and Imperium. Studies in honour of E. T. Salmon* (ed. por J. A. S. Evans), Toronto, 1974, págs. 167 y ss.; Juan Iglesias Santos, *Roma. Claves Históricas*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, pág. 39; H. Z. Méhész, *Advocatus romanus*, Buenos Aires, 1971, págs. 20 y ss.; F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938; Alberto Montoro Ballesteros, «Problemática, significación y posibilidades de la Ciencia Jurídica», vol. II de *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, págs. 95-134; Elizabeth Rawson, «Law», cap. XIV de *Intellectual Life in the late Roman Republic*, Gerald Duckwoert, London, 1985; Franz Wieacker, *Vom römischen Recht*, 2.ª ed., Stuttgart, 1961, págs. 128 y ss.; *id.*, «Altrömische Priesterjurisprudenz», en *Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, págs. 347-370; F. De Zulueta (editor), *The Legacy of Rome*, Oxford University Press, Oxford, 1923.

<sup>149</sup> A. Alberte, «Idealismo y pragmatismo en el tratado ciceroniano *De Oratore*», en *Estudios Clásicos*, núm. LXXXVIII, 1984, págs. 303-310; Antonio Guarino, «Ineptiae iuriconsultis», en *Labeo Rassegna di Diritto Romano* (Jovene, Napoli), núm. XXXIII, 1977, págs. 263 y ss.; Y. P. Thomas, «Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome», en *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), XXIII, 1978, págs. 93 y ss.; C. Venturini, «I privilegia da Cicerone ai romanisti», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Apollinaris, Roma), LVI, 1990, pág. 155 y ss.; M. T. Ciceron, *De oratore libri tres*, 3,33,133, ed., introducción y notas de Augustus Samuel Wilkins (Oxford, 1892), Oxonii, 1961, (reimpresión, Olms, Hildesheim, 1965).

<sup>150</sup> Géza Alföldy, *Historia social de Roma*, trad. cast. de Victor Alonso Troncoso (del original *Römische Sozialgeschichte*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1984); segunda reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pág. 157; K. Visky, *Geistige Arbeit und die artes liberales in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest, 1977.

<sup>151</sup> A. Böck, *Encyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften*, ed. de E. Bratuscheck, 2.ª ed., Leipzig, 1886, pág. 289.

dirigido por el helenista Jean-Pierre Vernant, y *L'Uomo barroco* (*El hombre barroco*, Roma-Bari, 1991), dirigido por el profesor de la Universidad de La Sapienza de Roma Rosario Villari. Para la redacción de esta serie se ha convocado a algunos de los más destacados especialistas de la historiografía de cada período objeto de estudio, con el propósito de que nos proporcionen los perfiles de distintos tipos humanos o profesionales de la historia de nuestro continente; así y todo, y con argumentos no siempre convincentes, se le ha adicionado a la serie el volumen *L'uomo egizio* (*El hombre egipcio*, Roma-Bari, 1987), dirigido por Sergio Donadoni.

En el referido trabajo, Schiavone ofrece una síntesis breve en la que proyecta, sin duda, conocimientos vertidos y desarrollados en obras y artículos de mayor ambición y calado, en los que a la valiosa abundancia de datos se suma el equilibrio expositivo característico del autor, como *Studi sulla logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano* (Napoli, 1971), *Quinto Mucio teologo* (en la revista *Labeo*, núm. XX, 1974), *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana* (Laterza, Bari, 1976), *Historiografia y critica del derecho* (trad. cast. Madrid, 1982), *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico* (Laterza, Roma-Bari, 1987), *I saperi della città* (en *Storia di Roma*, obra colectiva dirigida por Arnaldo Momigliano y el propio A. Schiavone, vol. I, ed. Einaudi, Torino, 1988, págs. 545 y ss.), *Il Diritto di Roma* (en *Storia d'Italia*, obra colectiva dirigida por R. Romano, vol. II, Milano, 1989); «Scrittura e politica fra Appio Claudio e Sesto Elio», en «Seminarios Complutenses de Derecho Romano»; Madrid, I, 1989; *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica* (vol. II de la *Storia di Roma*, cit., ed. Einaudi, Torino, 1990); *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, 1994.

Los historiadores no juristas han podido llamar la atención acerca de como el núcleo de la sociedad romana y sus formas culturales mantuvieron sustancialmente la misma identidad reconocible a lo largo de un período de tiempo superior a los setecientos años. Esta circunstancia ha hecho posible que dispongamos del laboratorio histórico más fascinante para el científico social, suministrando a la observación de los sociólogos un variado conjunto de materiales correspondientes a un período de siete siglos de registros y de restos arqueológicos. Esta identidad sustancial no supuso que la sociedad romana se inmovilizara, ni que renunciase a la recepción o asimilación de innovadoras experiencias o dejara de adaptarse a las nuevas instancias políticas, sociales, económicas o culturales, o a las fuerzas creadas por sus propios actos y por los de sus vecinos<sup>152</sup>. Más bien al contrario, y en este sentido el jurista, estudioso de la antigüedad grecorromana y antropólogo suizo Johann Jacob Bachofen (1815-1880) en uno de sus escritos editados postumamente, al que sus compiladores darían el título de *Die Grundgesetze de Völkerent-*

<sup>152</sup> Francesco Calasso, «Pensieri sul problema della *continuità* con particolare riguardo alla storiografía giuridica italiana», en *Storicità del diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1966, págs. 282 y ss.; Michael Mann, «Las fuentes del poder social», v.º I, *Una historia del poder desde los comienzos hasta 1760 d. C.*, trad. cast. de Fernando Santos Fontela, Alianza Editorial, Madrid, 1991; cap. IX: «El Imperio romano», págs. 39-429.

*wicklung und der Historiographie*, daba cuenta de la tendencia identificable y continuada de la cultura romana a servirse de componentes y elementos ajenos, asimilándolos y convirtiéndolos en normas o pautas de conducta propios. Se ha podido presentar así a los romanos como el primer pueblo que convirtió la herencia de otra cultura en la base de su propia civilización, lo que imprimió a su cultura la condición de cultura imitadora por cuyo conducto la cultura griega se transmitió y pudo llegar hasta la era cristiana<sup>153</sup>. Cuidado que contribuiría sin duda a la imagen de permanencia en lo sustantivo y de estabilidad que proyecta la historia romana<sup>154</sup> en la que al parecer habría predominado la tendencia que se propone transformar y desarrollar las instituciones más que sustituirlas o desplazarlas. Raymond Saleilles nos recuerda al respecto que *el derecho romano, como bien dijo Emile Durkheim, era la sociología de la época frente al rígido derecho de principios de nuestro siglo, que se presenta como un derecho de aplicación matemática. El derecho romano introduce aire fresco como derecho progresivo (el derecho del pretor, un derecho en continua transformación)*<sup>155</sup>. Lo que no podía ocurrir de otro modo en un pueblo asistido por un *sentido exquisito de las necesidades históricas*<sup>156</sup>, sentido que conduce a entender que los conceptos de tradición y continuidad no se encuentran en una relación excluyente, sino que tienen la condición de conceptos complementarios. De la misma manera ha sido frecuente entre los historiadores del derecho romano el destacar dos rasgos aparentemente contradictorios de la experiencia jurídica romana: su continuidad o permanencia (lo que permite presentar al conjunto de los juristas como estudiosos que trabajan en íntima unión moral con los antecesores<sup>157</sup>, lo que además supone un desarrollo del derecho *usu ac vetustate*<sup>158</sup>), así como una especial capacidad del mismo para apreciar la aparición de nuevas situaciones y para aportar soluciones compatibles con el antiguo Derecho, circunstancias estas en las que se evidencia la pertinente condición plástica del *ius* que le permite a éste adaptarse a las mudables condiciones materiales y a las exigencias de la vida cotidiana sin incurrir en cambios caprichosos ni improvisados (dejando el campo abierto a los distintos vaivenes de opinión y receptivo a todos los cono-

<sup>153</sup> Richard Jenkyns, «El legado de Roma», en el volumen colectivo editado por el citado profesor de la Universidad de Oxford con el título, *El legado de Roma. Una nueva valoración*, trad. cast. de Gloria Mora (del original, *The Legacy of Rome. A New Appraisal*, Oxford University Press, Oxford, 1992), Crítica (Grupo editorial Grijalbo, Mondadori), Barcelona, 1995, págs. 11-42; la cita, en pág. 11.

<sup>154</sup> Johann Jakob Bachofen, «Die Grundgesetze de Völkerentwicklung und der Historiographie», en la edición crítica de sus *Gesammelte Werke*, cuidada por Karl Meuli, Basel (Suiza), 1943 y ss., vol. VI, pág. 415; Joseph Kohler, «Johann Jakob Bachofen», en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, VII, 1889, págs. 148-155; Georg Schmidt, *Johann Jakob Bachofen Geschichtsphilosophie*, Beck, München, 1929.

<sup>155</sup> Raymond Saleilles, «Lettre a M.P. Desjardins sus les enseignement du droit», en *Union pour la Verité*, Correspondance mensuelle. Cahier annexe formant post-scriptum à la troisième série des *Libres Entretiens sur la reforme des institutions juridiques*, Paris, 1907, págs. 7-9.

<sup>156</sup> Pietro De Francisci, *Spirito della civiltà romana*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma, 1952, pág. 37.

<sup>157</sup> Manuel Jesús García Garrido, *Casos y decisiones jurisprudenciales*, Madrid, 1985, pág. 5; L. Lantella, «La concretezza dei Romani come fatto e come valore», en *Index*, vol. V, 1974-1975, págs. 24 y ss.; *id.*, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia. Appunti per un seminario di diritto romano*, G. Giapichelli editore, Torino, 1979.

<sup>158</sup> M. T. Cicerón, *De Re publica*, II, 1, 2.

cimientos que influyen en las modificaciones jurídicas; en definitiva, no descuidando el fecundo suelo del derecho). Y así, aun cuando la historia de la cultura jurídica romana nos suministra un ejemplo único de secuencia de todos los modelos de sistema jurídico: sacerdotal, de gentes, judicial, funcional, legislativo e imperial<sup>159</sup>, no es menos cierto que su espíritu tradicionalista imprimía una evolución en la que no se procedía como hoy sucede *sustituyendo aquellas normas que el sentimiento jurídico considera superadas por otras normas que se considera más aptas a las nuevas circunstancias o más progresivas*, sino, por el contrario, conservando siempre lo antiguo, incrementando y moldeando las normas e instituciones jurídicas del pasado, pero sin pretender con ello abolirlas ni reemplazarlas por otras, manteniendo aquellas si fuera necesario mediante el inocuo procedimiento de la *yuxtaposición de normas de distinto orden*<sup>160</sup>, por lo que el derecho del presente arraiga sus raíces en el pasado, lo que implica la persistencia de una identidad que en este caso tendrá la condición de identidad más que meramente estructural<sup>161</sup>. El trabajo de *interpretatio* del *ius civile* desarrollado por el colegio de los pontífices supo así conciliar el impacto de la tradición jurídica y de la fidelidad a un texto indiscutido con su necesaria y difícil adaptación a las exigencias del curso del tráfico jurídico mediante una continuada labor interpretativa que sin renunciar al formalismo adecuara el *ius civile* a las variantes circunstancias de hecho. En el buen entendimiento de que la continuidad del derecho romano no significaba que éste se inmovilizara cayendo en el inmovilismo o en la estaticidad. La continuidad jurídica expresa más bien el desarrollo colectivo del derecho entendido como combinación de mutabilidad (creatividad) y conservación, siendo el problema de la continuidad del derecho una cuestión inescindible del problema de la evolución jurídica<sup>162</sup>. De forma análoga a lo que sucede en el ámbito de la *Common Law*, que al decir del Decano Roscoe Pound, presenta la antinomia inherente a todo derecho: se encuentra abocada a permanecer estable y, sin embargo, no puede quedarse quieta<sup>163</sup>, y no muy alejada de la caracterización que Jesús Ballesteros Lom-

<sup>159</sup> Josef Esser, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Wien, 1949, pág. 123.

<sup>160</sup> Vincenzo Arangio Ruiz, trad. cast. de *Historia del Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1993, pág. 206; M. Krygier, «Law as Tradition», en *Law and Philosophy*, vol. V, 1986, págs. 237-277; *id.*, «The Traditionality of statutes», en *Ratio Juris*, 1, 1988, págs. 2 y ss.; *id.*, «Tipologia della tradizione», en *Intersezioni*, V, 1985, págs. 222 y ss.; G. Cassandro, «Sul problema della continuità», en el volumen colectivo, *La continuità nella storia del diritto*, Seminario italo-tedesco di Storia del Diritto, Giuffrè editore, Milano, 1972, págs. 33 y ss.; H. J. Wolff, *Introducción Histórica al Derecho Romano*, trad. cast., Santiago de Compostela, 1953, pág. 71.

<sup>161</sup> R.A. Nisbet, *Storia e cambiamento sociale. Il concetto di sviluppo nella tradizione occidentale*, trad. it., de S. S. Caruso, prefacio de S. S. Acquaviva, Isodi, Milano, 1977, págs. 9 y ss.

<sup>162</sup> Baldassarre Pastore, *Tradizione e Diritto*, Recta ratio, G. Giappichelli editore, Torino, 1990, pág. 120; G. Teubner, «Evoluzione giuridica ed autopoiesis», en *Sociologia del Diritto* (Milano), vol. XIII, 2/3, 1986, págs. 199-224.

<sup>163</sup> Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones, Boston, 1921, pág. 91 (ed. italiana de G. Buttà, Giuffrè, Milano, 1970; trad. cast., *El espíritu del Common Law*, Bosch, Barcelona); *vid.* Bernard Schwarz, *Algunos artifices del derecho norteamericano*, trad. cast. de Rubén Laporta, Abeledo Perrot-Civitas, Madrid-Buenos Aires, 1985, pág. 204; Berger, voz «Jurisprudencia», en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophic Society, Philadelphia, 1953, págs. 524 y ss.;

part hace de la ciencia jurídica en la obra de Giuseppe Capograssi cuando destaca esta doble condición: *fidelidad a los principios básicos*, por un lado, así como *flexibilidad ante los nuevos problemas que la vida va presentando*<sup>164</sup>, por otro. No en vano el fenómeno jurídico se caracteriza por constituirse en el ámbito emblemático de las relaciones entre la permanencia de las estructuras normativas y la modificación de la realidad histórica regulada<sup>165</sup>. En el mismo sentido se expresaba Aldo Schiavone, en su síntesis acerca del jurista romano, cuando reitera la tantas veces invocada continuidad en el desarrollo de la labor de conocimiento, construcción y producción del Derecho por parte de la jurisprudencia<sup>166</sup> que se refleja tanto en una serie de hábitos mentales como en el repertorio de un conjunto homogéneo de conceptos, categorías y aparato dogmático que constituyen el patrimonio de la tradición romanista, y que suministra a los juristas una autosensación de formar parte de una corriente de pensamiento que discurre fundamentalmente en continuidad. Continuidad de una práctica ininterrumpida durante casi diez siglos, ya que se extendería desde la etapa de la Ley de las XII Tablas (mediados del siglo V a. de J. C., en plena Roma arcaica) hasta la publicación de la compilación justiniana (que se realiza entre los años 528 y 565 de nuestra era) en el Imperio Bizantino. Compilación que merecía para casi todos la consideración de

---

G. Diósi, «Sul conservatismo della giurisprudenza», en *Index*, II, 1971, págs. 166 y ss.; Samuel N. Eisenstadt, «Some observation on the Dynamics of Traditions», en *Comparative Studies in Society and History*, XI, 1969, págs. 454 y ss.; *id.*, *Tradition, Change and Modernity*, New York, 1973, págs. 20 y ss.; Giuseppe Grosso, «Kontinuität und Vielfalt der juristischen Gestaltungsformen und ihre Anpassung an die gesellschaftliche Entwicklung» (con notas de B. Schmidlin), en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXXVII, 1974, págs. 1 y ss.; Otto Kahn-Freund, «Introduction» a la trad. al inglés de la obra de Karl Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, 1949, págs. 9-10; Dieter Nörr, «I giuristi romani. Tradizionalismo o progresso?», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* (Roma), XXIII, 1981, págs. 9-33; la cita, en pág. 25; Perozzi, *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948, vol. II, pág. 581; G. Sciascia, «Appunti sulla tradizione scientifica della letteratura giuridico romana», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* (Roma), vol. L, 1947, págs. 410 y ss.

<sup>164</sup> Jesús Ballesteros Llompart, *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1973, pag. 168; Emilio Betti, *Das Problem der Kontinuität im Lichte der rechtshistorischen Auslegung*, *Instit. für europ. Geschichte*, vol. XVIII, 1957; B. W. Frier, «Why Law Changes», en *Columbia Law Review*, vol. LXXXVI, 1986, págs. 888-900; Allan Watson, «Comparative Law and Legal Change», en *Cambridge Law Journal*, vol. XXXVII, 1978, págs. 321 y ss.; *id.*, *The Evolution of Law*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 1985; Franz Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, trad. italiana de la segunda edición en lengua alemana a cargo de U. Santarelli, Giuffrè editore, Milano, 1980, págs. 51-54.

<sup>165</sup> Baldassarre Pastore, *Tradizione e Diritto*, Recta Ratio, G. Giappichelli editore, Torino, 1990, págs. 115-116; R. Sacco, «Circolazione e mutazione dei modelli giuridici», voz del *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, II, Utet, Torino, 1988, págs. 365-370.

<sup>166</sup> El investigador de Tübingen, Hermann Hausinger, *leader* de los estudios críticos del folklore, publicó en 1969 un estudio con el título «Zur Algebra des Kontinuität», en el vol. colectivo dirigido por él mismo y por W. Brückner *Kontinuität? Geschichlichkeit und Dauer als volkskundliches Problem*, Berlin, 1969, págs. 9-30. En éste considera que no se puede hablar de continuidad razonablemente sin analizar el tipo de continuidad de que se trata: ya sea en el tiempo o en el espacio... *Vid.* H. Aubin, «Zur Frage der historischen Kontinuität im allgemeinen», en *Historische Zeitschrift*, vol. CLXVIII, 1943, págs. 229 y ss.; A. Gerschenkron, *La continuità storica. Teoria e storia economica*, trad. de A. Serafini y S. Caprioglio, Torino, 1976, págs. 6 y ss.

*derecho por excelencia*<sup>167</sup> y que, pese a distar mucho de constituir una unidad homogénea, recibiría de los glosadores la designación de *Corpus iuris*, hasta que, a partir de su edición completa en Ginebra (1583) por parte del jurista francés Denis Godefroy *el Viejo* (Gothofredus, 1549-1622), pasaría a ser identificado como *Corpus Iuris Civilis* al añadirle el adjetivo *civilis* con el propósito de distinguirlo del *Corpus iuris canonici*, acogiendo entonces y definitivamente el plan y división en cuatro partes (Instituciones, Digesto, Código y Novelas), aun cuando esta última parte sólo fuera incorporada al *Corpus iuris* por los juristas de la Edad Media y nunca llegara a promulgarse oficialmente como un conjunto, si bien ya existían con anterioridad varias colecciones particulares de esta serie de Nuevas constituciones (*novella constitutiones*) o *Novellae* (*Novelas*) que habían sido publicadas por Justiniano (527-565) durante los treinta años de su reinado posteriores al 534<sup>168</sup>.

Si con acierto Mario Talamanca ha constatado el nexo de permanencia lógica que vincularía sin ninguna solución de continuidad a los Escevolas con los juristas contemporáneos<sup>169</sup>, ¿cómo dudar entonces de la continuidad existente en una etapa más limitada como la que contituye la propia experiencia jurídica romana, en la que la tradición constituyó el factor que de modo constante determinó el desarrollo del derecho?<sup>170</sup> Tal y como, sin faltarle razón, afirmaba el historiador del Derecho Hans Thieme se nos podría reprochar que estemos llevando agua al mar si nos empeñamos en seguir insistiendo en la fuerza que cabe atribuir a la

<sup>167</sup> A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè editore, Milano, 1979, págs. 112 y ss.

<sup>168</sup> Con motivo del cuarto centenario del nacimiento del hijo de Denis Godefroy, se desarrolló un encuentro internacional acerca de esta figura del humanismo jurídico calvinista, Jacques Godefroy (1587-1652), cuyas actas se publicaron bajo el cuidado de Bruno Schmidlin y Alfred Dufour, *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève. Actes du Colloque Jacques Godefroy, Helbing & Lichtenhahn, Bâle*, 1991, el capítulo preliminar de la primera parte, a cargo de Alfred Dufour sitúa a Jacques Godefroy en el marco de las ciencias de su tiempo y en el medio familiar eminentemente jurídico en que se desarrolló su vida. En la segunda parte Bruno Schmidlin se ocupa de la dedica a las fuentes jurídicas del autor; Robert Feenstra, «El Derecho», cap. XIV del volumen coletivo *El legado de Roma. Una nueva valoración*, dirigido por Richard Jenkyns, trad. cast. de Sergio Sanjosé, Crítica (Grupo editorial Grijalbo-Mondadori), Barcelona, 1995, págs. 356-373; la cita, en págs. 357-358; Angel Latorre, «Digesto», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VII, Barcelona, 1955, págs. 448-457; José Puig Brutau, «Derecho Común», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo I, Barcelona, 1950, págs. 357 y ss.

<sup>169</sup> Christian Attias, «Progress in Legal Science», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXI, 1985, págs. 173-182; Mario Talamanca, «Le Istituzioni fra diacronia e sistema», en «Omaggio a Francesco De Martino», vol. XVIII, 1990, de *Index. Quaderni Camerti di studi romanistici. Internazionale Survey of Roman Law*, Jovene editore, Milano, págs. 25-36; la cita, en pág. 26; Biondo Biondi, «Tradicón y Revolución en la historia del Derecho romano y en el el *Corpus Iuris*», epigrafe 22 del vol. I de *Il Diritto Romano Cristiano*, Giuffrè editore, Milano, 1950, pág. 52-56; Giorgio Del Vecchio, «Mutabilidad y eternidad del Derecho», págs. 95-118 del volumen *Aspectos y problemas del Derecho. Escritos Filosóficos-jurídicos*, trad. de Juan Marcos de la Fuente, Epesa, Madrid, 1967; Alan Watson, *The Evolution of Law*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 1985; *id.*, «Comparative Law and Legal Change», en *The Cambridge Law Journal*, vol. XXXVII, 1978, págs. 321 y ss.

<sup>170</sup> W. M. Gordon, «Legal Tradition, with particular reference to Roman Law», en N. MacCormick y P. Birks (editores), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Clarendon University Press, Oxford, 1986, págs. 279-291.

tradición en su evolución jurídica y a la continuidad que constituye la historia jurídica romana<sup>171</sup>, en la que los juristas (en su condición de custodios de la tradición) despliegan una *memoria tesaurizzante*<sup>172</sup>. Continuidad que no sería sólo el producto —en alguna medida forzado y engañoso— de nuestra mirada retrospectiva, el resultado de una operación historiográfica que abarcaría segmentos e itinerarios diversos, reconociendo en ella caracteres comunes, aunque no estén identificados como tales por la consciencia de las figuras progresivamente implicadas en el fenómeno. Por el contrario, la sensación de estar inmersos en el fluir de una corriente de pensamiento y de hábitos mentales (por no decir, incluso, sociales) que discurría con regularidad desde un tiempo lejanísimo, ha pertenecido siempre límpidamente a la consciencia de los propios protagonistas del camino: representaba la estrella polar de su trabajo y de su identidad. Palabras que bien parecen evocar el dictum de Johann Wolfgang Goethe (1749-1842), en la crisis del Iluminismo: *Altestes bewahrt mit Treue freundlich aufgefasset das Neue (Es necesario conservar lo antiguo con fidelidad, pero también es preciso acoger lo nuevo con benevolencia)*.

Una vez constatada la fundamental continuidad de la experiencia jurídica romana que como fuerza espiritual del pasado que ha movido e informado la cultura, al igual que el helenismo (al decir de Walter Pater) no es un mero elemento *disuelto en la vida intelectual, sino que tiene una tradición consciente*<sup>173</sup>, Schiavone no deja de exponer reservas y matizaciones a la referida continuidad, ya que considera preciso no dejarse llevar por las engañosas apariencias que hacen que en la interpretación del pasado se nos ofrezcan tanto continuidades puramente nominales como discontinuidades erróneas que, desenfocadamente, nos representan de modo cambiante como si se tratara de realidades discontinuas y diferentes<sup>174</sup>, lo que es fundamentalmente semejante; puesto que la evolución de las instituciones, de las normas que las regulan y de las soluciones que aportan se nos revelan situaciones bien distintas: algunas se nos presentan como fundamentalmente estables y hasta permanentes, otras como diferentes u opuestas, cientos de circunstancias parecen desaparecer definitivamente a pesar de que con el transcurso del tiempo puedan volver de nuevo a despuntar en el horizonte... El conjunto de las afirmaciones expresadas por Schiavone al respecto tiene así por objeto precisar y determinar el auténtico alcance de la continuidad y uniformidad referida: *«Debemos impedir, sin embargo, que nuestros ojos caigan prisioneros del campo hipnótico determinado por la uniformidad de una duración tan constante. En el bosquejo que estamos considerando aparecen también señales de grandes transformaciones cuya relevancia no es menos importante que la*

<sup>171</sup> A. Erler, «Introduzione al tema del Seminario», en el volumen colectivo, *a continuità nella storia del diritto*, Seminario italo-tedesco di Storia del diritto, Giuffrè editore, Milano, 1972, págs. 10 y ss.; Hans Thieme, «La continuidad y la discontinuidad en la Historia del Derecho», trad. cast. de José Luis De Los Mozos, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid), tomo XX, 1976, págs. 331-346.

<sup>172</sup> Luigi Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1967, págs. 17 y ss.

<sup>173</sup> Walter Pater, *El Renacimiento*, trad. cast., ed. Icaria, Barcelona, 1982, pág. 154.

<sup>174</sup> Jean Philippe Lévy, *Diachroniques. Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Editions Loysel, Paris, 1995, pág. 6.

*comprobación de la continuidad. Los cambios afectan a la posición sociológica, de grupo, de los expertos del Derecho, y a sus relaciones con el conjunto de la comunidad y de las instituciones –primero de la ciudad, después del Imperio–, e, igualmente, a las formas de su saber: la estructura y la calidad de los conocimientos que producían, acumulaban o transmitían. Y puesto que... los juristas eran también creadores de Derecho, que elaboraban (mejor dicho, lo conformaban en el acto mismo de reelaborarlo), las mutaciones culturales se reflejaban en seguida en la organización normativa de la sociedad. A diferencia de los otros derechos de la Antigüedad, el Derecho Romano no fue solamente el único elaborado “científicamente”, sino el único producido en gran medida por un sector de expertos “profesionalmente” dedicado durante siglos a esa actividad» (\*).*

Con vistas a una correcta interpretación del tipo humano *jurista* y de su evolución en la experiencia cultural romana, Schiavone propone tomar en consideración las distintas vicisitudes sociológicas del grupo social al que cabe adscribirla. Con este propósito sugiere diferenciar cuatro modalidades o tipos de juristas, cada uno de los cuales correspondería al respectivo período histórico. Postulando así una *periodisierung* coincidente en cuanto al número con las etapas que diferenciaba el literato y maestro de la historiografía inglesa del *Enlightenment*, Edward Gibbon (1737-1791), en el capítulo XLIV de la monumental *The History of the Declin and Fall of the Roman Empire* (*Historia de la caída del Imperio Romano*, 1776-1788) (en el entendimiento de que opera con una acepción de *Imperio romano* que abarca incluso al Imperio Bizantino y de hecho la obra se extiende hasta la caída de Costantinopla a manos de los turcos en 1453. Diferenciando así los siguientes períodos: a) desde la fundación de Roma hasta las Doce Tablas, b) desde esta Ley hasta Cicerón, c) del Arpinate a Alejandro Severo, y d) finalmente de Alejandro Severo a Justiniano), texto de innegable elegancia expresiva traducido al alemán por Gustav Hugo<sup>175</sup>, y con las que distinguiera a su vez el propio G. Hugo en el desarrollo histórico del derecho romano, aun cuando éste lo hiciera con una nomenclatura de evidente inspiración antropomórfica bien distinta y cubriendo marcos temporales de diferente alcance (a) *Kindheit*, infancia, hasta las XII Tablas; b) *Julingsalter*, juventud desde las XII tablas hasta el año 100 a. de J. C.; c) *volle Manneskraft*, etapa adulta –hasta el emperador Alejandro Severo (235 de nuestra era)–, y d) *Alter Schwäche*, vejez –hasta Justiniano–<sup>176</sup>). Schiavone diferencia así

(\*) Aldo Schiavone, «El jurista», en el vol. cit., ed. y trad. citados, pág. 106.

<sup>175</sup> G. Giarrizzo, *Edward Gibbon e la cultura europea del Settecento*, Istituto Italiano per gli studi storici, Napoli, 1954; Gustav Hugo, *Edouard Gibbon's historische Übersicht der Römischen Rechts oder das 44ste Capitel der Geschichte de Verfalls de Römischeum Reichs, aus dem Englischen übersetz und mit Anmerkungen begleitet von Profesor Hugo in Göttingen*, Göttingen, 1789; Arnaldo Momigliano, «Gibbon's contribution to historical method», en *Historia* (Wiesbaden), vol. II, 1954, págs. 450-463; Armando Saitta, *Guía crítica de la historia y de la historiografía*, trad. cast. de Esther Cohen (del original, *Guida critica alla storia e alla storiografia*, Gius, Laterza e Figli Spa., Roma-Bari, 1980), Fondo de Cultura Económica, México, 1989, págs. 239-240.

<sup>176</sup> Francisco Elías de Tejada y Spinola, «Ciencia y Filosofía del Derecho en Roma», págs. 285-331 de *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, distingue cuatro etapas de los saberes jurídicos en Roma (A) Etapa teológica, B) Etapa de secularización científica por el razonamiento y las técnicas rituales, C) Etapa de influencia griega: *De la Ciencia*

cuatro modalidades o tipos de juristas, en atención a los correspondientes cuatro períodos históricos que, según su criterio, fundamentalmente se pueden distinguir en la experiencia jurídica romana:

- a) El sacerdote-sabio de la Roma arcaica, donde la pronunciación del *ius* estaba estrictamente reservada al ámbito del colegio sacerdotal de los pontífices que cuidaban del registro de todos los hechos importantes relativos a los actos públicos de los hombres y de los dioses, en su doble condición de administradores-custodios e intérpretes de las más relevantes reservas de conocimientos *civiles* de la colectividad. Período en el que se configura el modelo de *responsum* como *un tipo de comunicación autoritaria de gran relieve en la vida de la ciudad arcaica*, en la que los pontífices que tenían atribuida la función sapiencial, a través de sus *responsa* desempeñaban, entre otras tareas, una actividad cautelar, al proporcionar a quien a ellos acudía el ritual o la fórmula adecuada para el acto que se proponían realizar<sup>177</sup>, aclarándoles en cada caso que conducta gestual y verbal resultaba más oportuna para alcanzar determinados objetivos. El modelo del *responsum* terminaría siendo uno de los paradigmas más consistentes del saber jurídico romano: De esta manera se configuraba, a través del filtro de un grupo *homogéneo y restringidísimo, una sapiencia peculiar... intrínsecamente casuística, local y, de alguna manera, puntiforme; un responsum diferente para cada demanda. El conocimiento del ius no afloraba más que allí y no tenía otro sentido que el de resolver problemas inmediatos y concretos; responder a las necesidades de la comunidad. Ésta consentía la formación de un particular talento interpretativo de los hechos sociales aunque se tratase de una sociedad poco compleja, ligado de manera indisoluble a la ocasión que lo provocaba y lo solicitaba cada vez.*
- b) El jurista del período republicano como noble-sabio, aristócrata republicano cuya competencia para emitir *responsa* tendría la condición de ma-

---

del Derecho a la Filosofía del Derecho, y D) Etapa Compiladora final]; Gustav Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 11.<sup>a</sup> ed., 1832, págs. 58 y ss.; Francisco Hernández-Tejero y Jorge, «Algunos de los problemas que plantea la periodificación del Derecho Romano», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Instituto Editorial Reus, Madrid), tomo XII, 1962, págs. 529-549; Alvaro D'Ors, «Sulla periodizzazione del Diritto», en *Labeo*, núm. X, 1964; Milan Bartosek, «La periodizzazione del diritto romano», en *Synteletia Arangio Ruiz*, vol. II, 1964, págs. 1149-1157; Georg Friedrich Puchta, desarrolló una teoría de la periodificación de la historia del derecho que acoge el esquema triádico de J. Grimm sobre la historia de la lengua identificando tres estadios de inevitable curso para el derecho de todos los pueblos, siempre y cuando no se vean perturbados en su evolución: a) El inicial y originario de la singularidad, b) el intermedio de la multiplicidad y c) el conclusivo de la ciencia: «Über die Perioden in der Rechtsgeschichte», en *Civilistische Abhandlungen*, 1823, reeditada en *Kleine Civilistische Schriften*, Edición cuidada por Adolph August Friedrich Rudolff, Leipzig, 1851, págs. 153 y ss. (hay reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1970), págs. 135-148; *id.*, «Ueber die Perioden der Rechtsgeschichte», en *Civilistische Abhandlungen*, vol. I, 1823, págs. 175 y ss.

<sup>177</sup> Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1950, pág. 145; José Puig Brutau, «La interpretación del testamento en la Jurisprudencia», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Instituto Editorial Reus, Madrid), tomo XIII, 1962, págs. 509-528; cita, en pág. 511.

nifestación de un privilegio aristocrático, atribuido a la *nobilitas* patricio-plebeya que habría llegado a ser hegemónica tras las confrontaciones sociales de los siglos V y IV a. de J. C., momento en el que *el conocimiento del derecho seguía presentándose sólo como un aspecto no aislable y no completamente especializado de una educación aristocrática, todavía unitaria, que comprendía dentro de sí, en el mismo nivel, otros saberes y otras funciones*. En este período los *responsa* constituyen el *ius* viviente de la ciudad, sin que en ningún caso establecieran reglas con pretensiones de validez general, al entender que su pronunciamiento valía únicamente para la pregunta a la cuestión propuesta. Se trata de una etapa en la que la mayor parte de los *responsa* ni siquiera expresan su motivación, apareciendo *como la manifestación de una capacidad y de una habilidad secretas, de algún modo oraculares todavía y proféticas, si bien cada vez menos ligadas a la práctica pontifical*. La forma mentis de este aristócrata experto en el *ius* no es radicalmente diversa de su predecesor el sacerdote-sabio, sustancialmente continúa siendo un conocimiento de las palabras y de los signos, y que como tal tiende a permanecer apegado a los modelos formularios de la tradición y hasta en la manifestación casi tan exclusivamente oral como en el período arcaico, ya que en muy pocas ocasiones se manifiesta por escrito.

- c) El jurista como técnico-especialista de su doctrina, consejero y hasta, en su caso, *amigo* del príncipe. Modelo de jurista que sigue a la *revolución científica* de la jurisprudencia romana y que cubre un arco de tiempo comprendido entre Augusto y los Antoninos. Lo que caracterizaría a la jurisprudencia en esta fase, además del diálogo entre juristas y poder imperial, diálogo ininterrumpido, denso y con alternativas, es el coloquio y hasta la no infrecuente controversia que se desarrolla entre los propios juristas, y en el que se manifiestan distintas opciones, aun a pesar de la fundamental base común de métodos, de pautas, de principios y de conceptos, proyectada en lo que bien pudiera denominarse solidaridad de *cuervo*, y que permite a las siguientes generaciones recoger y replantear sus argumentos; aunque no pueda hablarse de un proyecto absolutamente homogéneo o unidireccional e incluso su actividad parece producirse *en direcciones diferentes, bajo el impulso de presiones y de exigencias diversas*.
- d) El jurista en el papel de alto funcionario de una verdadera máquina burocrática y centralizadora como la que llegó a constituir, a finales del siglo II de nuestra era, la administración imperial. Esta última modalidad de jurista, a la manera de un alto funcionario de la administración imperial (cuyo ejemplo más luminoso bien podría representarlo Domitius Ulpiano), se impone a lo largo de un período de tiempo que se extiende desde la administración severiana hasta la conclusión de la tardía antigüedad<sup>178</sup>.

<sup>178</sup> Aldo Schiavone, «El jurista», cap. 3.º de *El hombre romano*, volumen dirigido por Andrea Giardina, y que ofrece además colaboraciones de los siguientes estudiosos: Jean Andreau, Director académico de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París; Jean-Michel Carrié, profesor de la

En el conjunto de la obra de F. Schulz, se expresa un intento dirigido a captar la *forma mentis* que habría caracterizado a los jurisconsultos romanos como *fungible personen*, contrastando sus prácticas frente a las propias de los *oratores*, destacando la claridad y objetividad de sus *responsa*, así como la continuidad, reverencial hacia las instituciones y las reglas del antiguo derecho o el tantas veces evocado tradicionalismo que habían condicionado sus decisiones<sup>179</sup>. Analizando la progresiva burocratización de la jurisprudencia clásica o ponderando el reforzamiento del papel de los juristas a través de la reforma del sistema procesal con la introducción, mediante la *Lex Aebutia de formulis* (de fecha incierta, aun cuando suele datarse en torno a algún momento de mediados del siglo II a. J. C., llegando algunos tratadistas a precisar aún más la fecha, situándola aproximadamente en torno al año 130 antes de J. C.) del procedimiento formulario (*agere per formulas*) *inter cives*, un sistema más flexible que de *legis actio* hasta entonces vigente<sup>180</sup>. Innovación que

---

Universidad de Turín, el propio Andrea Giardina, Director del Seminario de Estudios acerca de la Antigüedad del Instituto Antonio Gramsci y Profesor de Historia de Roma en la Universidad La Sapienza de Roma; Jerzy Kolendo, profesor del Instituto de Arqueología de la Universidad de Varsovia; Jean-Paul Morel, Profesor de Historia del Arte y de Arqueología romana de la Universidad de Provenza (Aix-Marseille I); Claude Nicolet, Director de Estudios de la Escuela de Altos Estudios y Profesor de la Universidad de París; John Scheid, Director de Estudios de la Escuela Práctica de Altos Estudios de París; Brent D. Shaw, Profesor de Historia de la Universidad de Lethbridge (Alberta, Canadá); Yvon Thebert, Profesor del E.N.S. de Fontanay-Saint Cloud; Paul Veyne, Profesor del Colegio de Francia y Charles Richard Whittaker, Profesor de Historia Antigua en el Churchill College de la Universidad inglesa de Cambridge. El referido capítulo ocupa en las págs. 103-120, y ha sido traducido al cast. por Juan Antonio Matesanz, Alianza editorial, Madrid, 1991 (la ed. original, *L'uomo romano*, Gius, Laterza & Figli Spa, Roma, Bari, 1981). Cuando Schiavone subraya el término *profesionalmente* de la frase: «*el Derecho romano no fue solamente el único elaborado científicamente, sino el único producido en gran medida por un sector de expertos profesionalmente dedicado durante siglos a esa actividad*», lo hace deliberadamente, ya que, como recuerda Barry Nicholas, los juristas no eran profesionales en el sentido en que los contemporáneos utilizamos el término, puesto que originariamente la función de asistencia jurídica tenía el carácter de actividad no retribuida y aristocrática, de tal forma que los juristas no recibían remuneración alguna por su actividad como tales juristas (vid. Barry Nicholas, *Introducción al Derecho Romano*, trad. cast. de Miguel Angel Palacios Martínez de la ed. original *Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, Oxford, 1962, en Ed. Cívitas, Madrid, 1987; la cita, en págs. 54). En la *Lex Cincia* (204 a. de J. C.) se prohíbe la retribución: *qua cauetur antiquitus ne quis ob causam orandum pecuniam dum umre accipiat*. De Aldo Schiavone, vid. «*Rivoluzione scientifica e memoria del passato nel pensiero giuridico tardo-republicano*», en el vol. *Continuità e trasformazioni fra Repubblica e Principato. Istituzioni, politica società* (ed. cuidada por Mario Pari, y que recoge las Actas del encuentro celebrado en la Universidad de Bari los días 27 y 28 de enero de 1989), Edipuglia, Bari, 1991, págs. 267-274; *id.*, «*I nostri compiti, le nostre responsabilità*», en *Index*, vol. 18, 1990, págs. 1-6; I, «*Un'identità perduta: la parola del diritto romano in Italia*», en el vol. colectivo dirigido por el propio Schiavone con el título, *Stato e cultura giuridica in Italia dell'Unità alla Repubblica*, 1990, págs. 275-302.

<sup>179</sup> Giuseppe Grosso, «Labeone e Capitone. Tradizione e conformismo nei giuristi», en *Quaderni di Roma*, I, 1947, págs. 335-339; Olis Robleda, «La costante evoluzione dell'antico sistema giuridico romano: principi invocati per legittimare le diverse fasi evolutive», en *Ortodoxia e revisionismo*, Roma, 1979, págs. 14 y ss.; *id.*, «L'assoluto e il contingente nel Diritto e l'esperienza romana», en *Diritto e Potere nella Storia Europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, vol. I, págs. 125-137; Leo S. Olschki editore, Firenze, MCMXXXIII, (Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto).

<sup>180</sup> Mitchell Franklin, «Brutus the American Praetor», en *Tulane Law Review*, vol. XV, págs. 16 y ss.; Francisco Hernández Tejero y Jorge, «Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho Romano Arcaico», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 1.ª: «Estudios Históricas», Junta de Decanos de

acompaña a las profundas modificaciones internas que ya venía incorporando el sistema de la *legis actiones* en aras de la equidad, y que, en todo caso, tiene un alcance limitado como corresponde al fruto de la progresiva evolución del antiguo proceso civil y no a un cambio de carácter revolucionario, ya que no deroga el conjunto de las acciones de la ley sustituyéndolas por el procedimiento formulario, sino tan sólo la quinta y última en el tiempo de todas ellas, la *legis actio per condictionem* para créditos o derechos de cosas ciertas que había sido introducida por la *Lex Silia* y la *Lex Calpurnia* en el curso del siglo III a. de J. C., afectando, pues, la derogación únicamente a las reclamaciones que podían tramitarse por *condictio* (*certa creditae pecuniae* y *certain rei*), que se sustituyen por la *condictio formularia* a la que se atribuye efectos civiles. Procedimiento por fórmulas que únicamente se generaliza al conjunto de las controversias privadas, relegándose definitivamente la aplicación de las *legis actiones* con las dos *legis Iuliae*. a) una ley de Augusto (17 a de J. C.), la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, que posibilitaba el ejercicio procesal del conjunto de los derechos reconocidos por el *ius civile* a través del procedimiento formulario, derogando las *legis actiones*, circunstancia que terminaría haciéndose extensiva a los municipios de Italia mediante otra norma posterior del propio Augusto, b) la *Lex Iulia municipalis* que va a ser objeto a lo largo del siglo I de distintas adaptaciones<sup>181</sup>.

---

los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, v. II, págs. 53-121; H. F. Iolowicz y Barry Nicholas, *Historical Introduction to Roman Law*, ob. cit., págs. 223 y ss.; Max Kaser, «Die lex Aebutia», en *Studi Albertario*, vol. I, 1953, pág. 27 y ss.; Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza...*, ob. cit., ed. cit., pág. 98; *vid.* al respecto el estudio crítico de Salvatore Riccobono en la revista *Traditio*, vol. VI, 1948, págs. 374-377 (recogido en *Scritti*, vol. I, A. Giuffrè Ed., Milano, 1957, págs. 447 y ss.); W. Waldstein, «Über das Wesen der römischen Rechtswissenschaft», en *Juristische Blätter* (Springer, Wien), núm. LXXXVIII, 1966, págs. 5-12.

<sup>181</sup> Albanese, *Il processo privato delle Legis actiones*, Palermo, 1987; Ursicino Alvarez Suárez, «Curso de Derecho Romano», fasc. II, *Derecho Civil Romano*, Madrid, 1949; Arnaldo Biscardi, *Temas de Derecho Romano*, versión cast., presentación y notas de Javier Paricio Serrano, Bosch, Barcelona, 1987, I: «El Derecho Procesal Civil Romano y la piedra angular de su historia»; epígrafe 2: «Acerca del alcance de la reforma introducida por la Lex Aebutia», págs. 23 y ss.; *id.*, «L'Unità del processo nella esperienza giuridica romana», en *Annali Genova*, I, 1982, 2.<sup>a</sup> ed., con la adición de notas críticas y documentales en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, núm. LXV, 1962; Alejandrino Fernández Barreiro y Javier Paricio Serrano, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1991, epígrafe 5 págs. 55 y ss.: «Origen, desarrollo y cambio de aplicación del procedimiento formulario»; Pablo Fuenteseca, «Las legis acciones como etapa del proceso romano», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid), XXXIV, 1964, págs. 204-233; Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, págs. 341 y ss.; Luzzato, «La storia delle legis acciones», en *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* (Jovene editore, Napoli), núm. VII, 1961, pág. 75 y ss.; *id.*, *Procedure civile romani*, III, Bologna, 1950; Martini, «La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi», en *Seminari Complutenses de Derecho Romano*, vol. I, Madrid, 1990, págs. 93 y ss.; José Luis Murga Gener, *Derecho Romano Clásico*, vol. II: «El proceso», Zaragoza, 1980, págs. 159 y ss.; Carlos Sánchez del Río y Peguero, «Ensayo para un estudio sobre la Lex Julia Municipalis», en *Melanges Georges Cornil*, Paris-Gante, 1926; Mario Talamanca, «Per la storia della giurisprudenza romana», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 3.<sup>a</sup> serie, vol. XIX, Dott. A. Giuffrè edit., Milano, 1977, págs. 195-344; Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925.

En todo caso Fritz Schulz no dejó de llamar la atención acerca de la extrema importancia que para la jurisprudencia romana terminó adquiriendo la recepción de la dialéctica y la lógica de la escuela estoica-megárica, así como la importante deuda del conjunto de la cultura romana con Grecia: «*Entra entonces la vena jurídica romana en el círculo de las ciencias especializadas helenísticas y la convierte en una ciencia en sentido estricto, en una ciencia en el sentido de Platón y Aristóteles y en el de Kant. Pues ciencia en sentido estricto sólo puede ser llamada la investigación y la construcción sistemática, y el sistema, la investigación sistemática, únicamente se da en el concepto y en el conocimiento abstracto*»<sup>182</sup>. Al hacerlo se sitúa en línea con la argumentación sostenida, entre otros, por quien fuera Rector de la Universidad de Atenas, el iuspublicista Michel Dendras, cuando éste subrayaba la contribución al desarrollo del derecho romano de la teoría y la práctica jurídica griega *encarada como una de las ramas de la filosofía social*<sup>183</sup>. Aun cuando no dejaran de manifestarse en la propia Roma reticencias y reacciones contra el legado de la cultura y la dialéctica helénica, actitudes que se remontan en el tiempo a mediados del siglo III a. de J. C., justamente al período en que comenzaron los romanos a imitar modelos griegos que hasta entonces tenían bien ganado el monopolio cultural. Esta apertura tuvo su manifestación inicial en un propósito meramente imitativo frente al que se levantaban diversas voces airadas<sup>184</sup>. En un pasaje de la primera redacción del Libro Segundo de las *Cuestiones Académicas* (año 45 a. de J. C.), M. T. Cicerón como defensor de la filosofía no duda en reconocer «*hay quienes no aman las letras griegas y son muchos los que detestan la filosofía; otros aunque no lo reprochen, consideran indigno de los hombres de Estado que se ocupen de ella*»<sup>185</sup>. Esta animadversión hacia lo que no

<sup>182</sup> R. Astolfi, «Legato di una categoria economico-sociale», en *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* (Jovene editore, Napoli), núm. XX, 1974, págs. 374 y ss.; C. M. Gillespie, «On the Megarians», en *Archiv für Geschichte der Philosophie*, XXIV, 1911, págs. 217-241; R. C. McChintoc, *Cicero's narrative technique in the judicial speeches*, Diss., University of Northern Carolina, Chapel Hill, 1975; A. Manfredini, «L'editto de coercenda rhetoribus latinis del 92 a.C.», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Rome), núm. XLII, 1976, págs. 99 y ss.; Fritz Schulz, *History of roman Legal Science*, Oxford, 1953, pág. 67; B. Schmidlin, «Horoi, pithana und Regulae. Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die Juristische Regelbildung», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung* (Walter De Gruyter, Berlin), II, 15, 1976, págs. 101 y ss.; W. Stroh, *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart, 1975; J. Stroux, «Summun Ius summa iniuria. Eine Kapitel aus der Geschichte der *interpretatio iuris*», en «Festschrift Paul Speiser-Saragon Teubner», Leipzig, 1926, trad. it. (con prólogo de S. Riccobono), en *Annali del Seminario giuridico della Reale Università di Palermo*, XII, 1926, págs. 639 y ss.

<sup>183</sup> Michel Dendras, «Orientaciones comunes a la Ciencia Jurídica», en el volumen colectivo dirigido por Ernesto Eduardo Borgia (editor), *Ciencia Jurídica (Aspectos de su problemática, jusfilosofía y científico-positiva, actual)*, Simposio, tomo I, Universidad Nacional de La Plata, La Plata (República Argentina), 1970, págs. 57-75; la cita, en pág. 62.

<sup>184</sup> Blaensdorf y C. Breckel, *Römische Philosophie. Selbsterkenntnis, Recht und Staat Philosophie und Leben*, Freiburg im Br., 1978; R. R. Bolgar, «El legado griego», cap. XV del volumen colectivo dirigido por M. I. Finley *El legado de Grecia. Una nueva valoración* (trad. cast. de Antonio-Prometeo Moya, revisada por Domingo Plácido, del original, *The Legacy of Greece. A New Appraisal*, Oxford University Press, Oxford, 1981), Editorial Crítica, Grupo editorial Grijalbo, segunda edición, Barcelona, mayo de 1989, págs. 435-476, en especial págs. 434-439.

<sup>185</sup> M. T. Cicerón, *Cuestiones Académicas. Libro Segundo (Primera Redacción)*, 2, introducción, traducción y notas de Julio Pimentel Álvarez, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios

era sino una estimable aportación cultural griega al desarrollo del pensamiento romano resultaba ser expresión tanto de la aspiración que tuvieron los romanos a oponer a la cultura y la axiología griega una cultura y una axiología nacional propia, aun cuando elaborada con el modelo y a semejanza de aquellos (recuérdese la curiosa y deferente forma con que solía alardearse de originalidad entre los poetas latinos: «*Soy el primer poeta romano que imita a tal o cual poeta griego...*»)<sup>186</sup>, o del horror que el romano sentía hacia todo aquello que se aleja del conocimiento de la realidad<sup>187</sup>, así como del peculiar antihelenismo de ciertos grupos de la aristocracia patricial que no era sino supresión de la inquietud que sentían frente a la recepción del legado griego en la literatura y la asimilación de su filosofía como norma de la vida práctica. Actitudes representadas ejemplarmente tanto por la vida altiva de patriota como por la obra del que para muchos bien podía considerarse padre de la prosa latina y de la historiografía en esa lengua, Marco Porcio Catón (234-149 a. de J. C.), conocido con los sobrenombres de Censorius, el Viejo, Orator o Prisco para distinguirlo de su homónimo y bisnieto Catón de Utica (95-46 a. de J. C.), adversario encarnizado de la helenización de la Urbe en su condición de su auténtico prototipo de la severidad romana, oposición que llevó a sus más extremadas consecuencias<sup>188</sup>, haciendo buena la congruencia más

---

Clásicos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, pág. XLIX; *id.*, *Academicus Primus (Varro)*, introducción y comentario de Vincenzo Marmorale, Carlo Signorelli editore, Milano, 1965; *id.*, *Pro Coelio*, c. 17. Vid. L. Perelli, *Il pensiero politico di Cicerone. Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana*, Firenze, 1990; John C. Rolfey, *Cicerón y su influencia*, trad. cast. de Francisco González, Editorial Nova, Buenos Aires, 1947.

<sup>186</sup> Ludwig Bieler, *Historia de la literatura romana*, trad. cast. de M. Sánchez Gil (de la segunda edición en lengua alemana, *Geschichte der Römischen Literatur*, Walter de Gruyter, Berlin, 1965), 7.ª reimpresión, Ed. Gredos, Madrid, 1992, pág. 15; O. Gigon, «Cicero und die griechische Philosophie», en el volumen *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, I,4 (Walter De Gruyter, Berlin-New York), 1973, págs. 226-261; Richard Jenkyns, «El legado de Roma», en el volumen colectivo ya citado, trad. cast. cit., pág. 11; F. Klinger, *Cato Censorius und die Krise des römischen Volkes: Röm. Gesistesult*, 3.ª ed., 1956, págs. 36 y ss.; G. Lotito, «Modelli etici e base economica nelle opere filosofiche di Cicerone», en el volumen editado por A. Giarchina y Aldo Schiavone, *Società romana e produzione schiavistica*, tomo III, Gius-Laterza, Roma-Bari, 1981, págs. 78-126; E. Narducci, «Pratiche letterarie e crisi della Repubblica», en *Storia di Roma*, Einaudi, Torino, 1990, II, 1, págs. 885-921; Eric Loughton, «Cicero and the Greek Orators», en *A.J.Ph.*, LXXX, 1961, págs. 27-49; D. B. Saddington, «The Education of ideal man. The views of Cicero», en *Akroterios*, XV, 1970, págs. 5-16; P. Welfing, «Rhetorique et démocratie», en *L.E.C.*, XLII, 1975, págs. 107-118.

<sup>187</sup> Jose Luis De Los Mozos, «Humanitas y *mos galicus* en la Escuela de Salamanca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid), tomo XX, 1976, págs. 205-233; Luis Figa Faura, «Mos italicus y los juristas catalanes», en *Anales de la Academia Matritense...*, cit., vol. cit., págs. 273-298; Juan Iglesias Santos, *Derecho Romano y Ciencia del derecho*, Barcelona, 1957, pág. 32; F. Sturm, «Traditionalismus und Individualismus im klassischen», en *Festschrift für F.H. Bosch zum 65 Geburtstag* (ed. cuidada por W. J. Harscheid, H. F. Gaul y P. Mikay, Bielefeld, 1976, págs. 1015 y ss.); S. Tafaro, «Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale», en *Index*, n.º V, 1974-1975, págs. 66 y ss.; K. R. Wallace, «Bacon's Conception of Rhetoric», en el volumen colectivo *Rhetorical Studies of Rhetoric and Rhetoricians*, ed. de R.F. Howes, New York, 1965, págs. 114 y ss.

<sup>188</sup> A. E. Astin, *Cato the Censor*, Oxford, 1978; Federico Ferro Gay y Jorge Benavides Lee, *De la sabiduría de los romanos*, Instituto de Investigaciones Filológicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pág. 69; O. Kienast, *Cato der Zensor*, 2.ª ed., Darmstadt, 1969.

completa entre sus palabras y sus obras (... *orationi vita admodum congruens*<sup>189</sup>) y que le llevaría a una frontal oposición frente a los círculos filohelénicos que apreciaban y cultivaban la literatura y la lengua griega, y muy señaladamente al círculo cultural de los Escipiones; lo cierto es que los defensores de la *virtus* y los valores de la antigua Roma<sup>190</sup> consiguieron de las autoridades medidas dirigidas a impedir que los romanos cultivados pudieran llegar a familiarizarse con la retórica y la oratoria griegas a través de la prohibición de los primeros intentos de impartir regularmente una instrucción retórica de los jóvenes<sup>191</sup>; de todo lo cual constituyen testimonios elocuentes las medidas adoptadas respectivamente por el Senado en el año 161 a. de J. C. (*De gramaticos et rhetoribus. Suet. Rhet.*, 1) mediante la que se expulsa a retóricos y filósofos griegos y por el edicto establecido en el año 92 a. de J. C. (*De coercendia rhetoribus latinis*) a iniciativa de los censores Cneo Domicio Ahenobarbo (hijo de un anterior censor, cónsul y pontífice; que pasó sucesivamente de ser tribuno de la plebe a pontífice máximo, curial y censor) y Lucio Licinio Craso (140-91 a de J. C.) que prohibía la impartición de enseñanzas a los maestros latinos de retórica, suprimiéndose el aprendizaje y las cátedras de retórica latina recientemente establecidas (*ludi imprudentiam*) del arte oratoria en atención a que se trataba de una escuela *contraria a la tradición y a las costumbres de los antepasados*<sup>192</sup>,

<sup>189</sup> M. T. Cicerón, *De Re Publica*, II, 1, (*De Re Publica*, con *De Legibus*, trad. al inglés de Clinton Walker Keyes, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1977); E. Narducci, «Modelli etico e società. Un'idea di Cicerone», Pisa, 1989, volumen colectivo *Elloquence et rhétorique chez Ciceron*, Entretiens de la Fondation Hardt, Vandoeuvres-Genève, 1982.

<sup>190</sup> Juan Francisco Alcina, *Introducción a Retórica a Herenio*, (*Rhetorica ad Herennium*), ed. bilingüe con traducción y notas del propio J. F. Alcina, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 17 y ss.; S. F. Bonnet, *Roman Declamation*, Liverpool, 1949; *id.*, *Education in Ancient Rome*, Berkeley University Press, 1977; J. R. Dunkle, *Study of the rhetorical tyrant in Rome of the first century B. C.*, Diss., University of Pennsylvania, 1965; Martin van den Bruwaene, «L'hellenisme de Cicéron», en *Journées d'études. Conférences de la société d'études latines de Bruxelles*, Bruxelles, 1963-1964, núm. XXXVI, págs. 47-73; Roland Barthes, *La antigua retórica. Ayudamemoria*, trad. cast., Ed. Tiempos Contemporáneos, Buenos Aires, 1974; Harry Caplan (ed.), «Introducción», «Notas» e «Índices» de la *Rhetoric for Herennius*, Loeb Classical Library, London-Cambridge, Mass., 1954; A. E. Chaignet, *La Rhétorique et son histoire*, reimpresión, Minerva, Frankfurt am Main, 1982 (1.<sup>a</sup> ed., Paris, 1888); Donald Lemen Clark, *Rhetoric in Greco-Roman Education*, Greenwood Press, Westport, Conn., 1977; A. E. Douglas, «Hellenistic Rhetoric and Roman oratory», en *The Classic World*, Aldous Books, London, 1972, págs. 341-380; Albert Grenier, *El Genio Romano*, trad. cast. de Ceferino Palencia, U.T.E.H.A., México, 1961; George Alexander Kennedy, *The art of rhetoric in the Roman World (300 B.C.-A.D. 300)*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1972; Wilhelm Kroll, «Rhetorik», en *Pauly-Wissowa. Real-Encyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Supplementband, núm. VII, Stuttgart, 1940, Columnas 1039-1138; A. Manfredi, «L'editto De coercendis rhetoribus latinis del 92 a.C.», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Pontificia Università Lateranense, Roma), núm. XLII, 1976, págs. 97-148; Alain Michel, *Rhétorique et philosophie chez Ciceron*, Presses Universitaires de France, Paris, 1960; *id.* «Cicéron et les grands courants de la philosophie antique: problèmes généraux (1960-1970)», en *Lustrum*, XVI, 1971-1972, págs. 81-103; Alan Wardon, *Rome's debt to Greece*, P. Elek, London, 1976; S. Wilcox, «The scope of early rhetorical instruction», en *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. LIII, 1992, págs. 121-155.

<sup>191</sup> Paul Oskar Kristeller, «El pensamiento renacentista y sus fuentes», compilado por Michael Mooney, trad. cast. de Federico Platón López, primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, págs. 292 y ss. (*La Antigüedad clásica*).

<sup>192</sup> C. G. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, Pars Prior (VII ed., D. Grandepwitz, Tübingen, 1909). *Leges et Negotia*, reimpresión, 1958, n.º 67; A. Gwynn, *Roman Education from Cicero to Quintilian*, Oxford,

en la medida en que eran expresión de una cultura decadente como la de los griegos (a los que con ánimo despectivo se les denominaba reiteradamente *grae-culi*); disposiciones que, sin embargo, no pudieron evitar que este tipo de educación terminara extendiéndose por el conjunto de las ciudades latinas del occidente cristiano<sup>193</sup>, dada la utilidad evidente que presentaba el estudio de las técnicas retóricas griegas en la sociedad romana de la que ha podido afirmarse que estaba gobernada por las asambleas deliberantes y los tribunales.

Madrid, diciembre de 1994.

---

1926 (ed. de bolsillo en *Classics in Education*, núm. XXIX, New York, sin fecha); Kubeler, «Griech. Einflüsse auf die Entwicklung der röm. Rechtswissenschaft gegen Ende der Republik Zeit», en *Atti del Congr.*, 1933, Roma, I, pág. 81 y ss.; S. Wilcox, «The scope of early Rhetorical instruction», en *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. II, 1941, págs. 121-155.

<sup>193</sup> George A. Kennedy, «La Retórica», cap. X del volumen colectivo dirigido por Richard Jenkyns, *El legado de Roma. Una nueva valoración*, trad. cast. de Carlota Rubia, Crítica (Grupo Editorial Grijalbo Mondadori), Barcelona, 1995, págs. 245-268; la cita, en pág. 246; G. Milanese, «Romani antichi e antichi filosofi: note sul valore filosofico della tradizione romana in Cicerone», en *Aevum (ant.)*, II, 1989, págs. 129-144; L. Perelli, *Il pensiero politico di Cicerone: Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana*, Firenze, 1990.