

CAPITULO VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO.	123
1 <i>Introducción</i>	123
2 <i>La profesión jurídica</i>	124
3 <i>Geometría y jurisprudencia.</i>	129
4 <i>La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma</i>	134

VIII

LA CIENCIA DEL DERECHO *

*Dixi saepius post scripta
geometrarum nihil extare quod
vi ac subtilitate cum romanorum
iurisconsultorum scriptis
comparari possit . . .*

LEIBNITZ

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La profesión jurídica.* 3. *Geometría y jurisprudencia.* 4. *La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma.*

1. *Introducción*

¿Qué tanto se pueden aplicar las consideraciones del capítulo anterior a 'ciencia del derecho'? Este es el problema que me propongo resolver en el presente capítulo.

Como el operador oracional 'ciencia' ocurre en la expresión 'ciencia del derecho', esta expresión indica (entre otras posibles) cualquiera de las dos situaciones siguientes (o ambas):

i) que existen ciertos hombres (denominados 'juristas' o 'jurisconsultos') que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de *algo*, donde ese algo es denominado 'derecho'; y

* Sobre este tema seguiremos particularmente a La Pira, Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematica" en *Bullettino dell'Istituto de Diritto Romano*, vol. 42, Roma, 1934; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali" en *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1935; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo" en *Studia et Documenta Iuris*, vol. 1, Roma, 1935; Mitteis, L., "Storia del diritto antico e studio del diritto romano" en *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. XII, 1929; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 5-98; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; Nocera, G., "Iurisprudentia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni Editori, 1973; Bretone, M., *Techniche e ideologie degli giuristi romani*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1971, pp. 5-7 y 163-180; Schiavone, Aldo, *Nascità della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, Roma, Laterza, 1977, etcétera.

ii) que existe un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) los cuales versan sobre algo que, de igual modo, es designado por la palabra 'derecho'.

De acuerdo con lo anterior resulta que cuando, primeramente, podamos determinar la existencia de una cierta *actividad* por la cual los juristas (como quiera que se les denomine) estudian, investigan, analizan, etcétera, el derecho; en segundo lugar, establezcamos la existencia de un conjunto de enunciados que versen sobre el derecho, y, por último, determinemos que el conjunto de enunciados mencionados en ii) sean resultado de la actividad de los juristas (mencionados en i)), entonces hemos satisfecho las condiciones para el uso del operador 'ciencia' para la expresión 'ciencia del derecho' (al menos tanto como se satisfacen, si es el caso, para las expresiones 'ciencia de las matemáticas', 'ciencia de la física', etcétera).

2. La profesión jurídica

En el derecho romano arcaico al lado de las *Doce Tablas*, y en cierta forma, como consecuencia de éstas, encontramos, la *interpretatio prudentium*.¹ De *D. 1, 2, 2, 6*,² claramente se desprende que el "conocimiento del derecho [y de] la ciencia de su interpretación... estuvieron por más de cien años, después de la legislación de los *decenviri*, en manos de los pontífices".³ Los jurisconsultos estudiaban el derecho (el derecho romano); lo describían. Son los jurisconsultos los que determinaban cuál era el derecho y sus alcances. Los jurisconsultos decían qué decía el derecho.

A través de la *interpretatio* los pontífices cambiaron, en mucho, el significado original de las *Doce Tablas* extendiendo su aplicación a nuevas situaciones.⁴ La atribución significativa fue tal que el *ius civile* fue considerado "*compositum* por los prudentes".⁵ De lo anterior se sigue que en Roma existió una específica actividad, denominada '*iurisprudentia*', cuya función característica era la interpretación (estudio, análisis, de-

¹ Cfr. *D. 1, 2, 2, 5*.

² "*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesesset privatis.*"

³ Moyle, J.B., "General Introduction", en *Imperatoris Iustiniani Institutionum: Libri Quattuor*, cit., p. 43.

⁴ Cfr. Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 39-40; Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 513.

⁵ *D. 1, 2, 2, 5*. Cfr. Serrao, F., "Interpretazione. Il Diritto romano. a) Interpretazione de la legge", *Encyclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1972, tomo XXII, p. 242.

terminación) del derecho. La tradición romana⁶ es del todo exacta al colocar la cuna de la jurisprudencia en el colegio de los pontífices,⁷ a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la República, la custodia y la determinación del derecho mediante la *interpretatio*. De esta forma tenemos que la *interpretatio* era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los prudentes o jurisconsultos determinaban el derecho y señalaban sus alcances. Mediante la adscripción del significado dado a las normas jurídicas romanas, la jurisprudencia reelaboró, en gran medida, el *ius civile*⁸ (i.e. el derecho romano).

Ejemplos sobre la interpretación de materiales jurídicos pueden producirse por cientos. Sin embargo, nó es mi intención extender en exceso el argumento (haré referencia a algunos ejemplos en el curso de la exposición). Basten estas explicaciones para mostrar contundentemente la existencia de la jurisprudencia, actividad u oficio de enorme prestigio en Roma.

Pero ¿constituirá la jurisprudencia una profesión u oficio? si es así ¿por qué?, ¿qué, acaso, no se puede conocer el derecho directamente por cualquier persona?, ¿por qué cuidaban celosamente los pontífices la *interpretación* del derecho contenida en el repertorio de sus fórmulas? El jurista Pomponio, nuestra autoridad sobre este particular, refiere: "*in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant*".⁹ Igualmente Tito Livio habla de "*ius civile reconditum in penetralibus pontificum*".¹⁰ Sobre este particular sostiene Wolfgang Kunkel:

La interpretación de las *Doce Tabas*. . . siguió siendo, hasta principios del siglo III, un monopolio celosamente custodiado por el colegio de pontífices. . . el saber de los pontífices era. . . secreto: el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*), durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron, de generación en generación, los *métodos de aplicación* del derecho que habían desarrollado.¹¹

⁶ D. I, 2, 2, 6 (*loc. cit.*).

⁷ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science, cit.*, p. 8.

⁸ Cfr. Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano, cit.*, p. 39; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science, cit.*, p. 20.

⁹ D. I, 2, 2, 35.

¹⁰ IX, 46, 5.

¹¹ *Historia del derecho romano, cit.*, pp. 29 y 93. Las cursivas son mías.

¿Por qué se recurre a los pontífices y —más tarde— a los jurisconsultos?, ¿para qué las *responsa*?, ¿qué sentido tenían las consultas públicas?

Si lo que los pontífices hacían con respecto a la interpretación y aplicación de derecho era celosamente conservado, y si los pontífices y —más tarde— los *iurisconsulti* eran requeridos por el público cuando querían *conocer* el derecho, entonces, la función de la jurisprudencia no era una tarea común, ni su manejo propio de cualquier romano. Aún más, si, como es sabido, el derecho romano se “hizo cierto” con la aparición de las *Doce Tablas*¹² y conociendo el carácter público de sus procedimientos, la idea del “secreto” y la guarda celosa del derecho, a mi juicio, sólo puede explicarse así:

Aunque el derecho, en su forma abstracta era susceptible de ser conocido por todos, su [modo de] aplicación y su *significado interior* habían pasado a manos de una profesión sin cuya ayuda el lego no podía hacer uso de él; tal profesión creó un cuerpo de esotéricas reglas subsidiarias de procedimiento e *interpretación* en virtud de las cuales el mero conocimiento del derecho legislado devino impráctico y casi inútil.¹³

Nada más oportuno para señalar la especificidad de la interpretación jurisprudencial —actividad propia de los *pontífices* y *iurisconsulti* romanos— que las siguientes palabras de Paul F. Girad: “*Un homme du peuple romain éut été, a-t-on écrit, aussi embarrassé pour appliquer les XII Tables à une situation donnée qu'un homme du peuple d'aujourd'hui pour se servir d'une table de logarithmes.*”¹⁴

La interpretación jurídica no es, pues, una mera explicación del material jurídico —del lenguaje en que es formulado, del lenguaje del “legislador”—. La interpretación jurídica (*i.e. interpretatio prudentium*) muestra un rasgo característico: *supone reglas exclusivas* de interpretación. Este último argumento me lleva a sostener que el derecho, o mejor, el lenguaje en el que el derecho se formula se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario). La jurisprudencia interpreta y reformula el derecho según un metalenguaje *diferente* al del lenguaje común.

La idea que subyace detrás de la tesis que acabo de mencionar es

¹² D. I, 2, 2, 4.

¹³ Moyle, J.B., “General Introduction”, *cit.*, p. 43. Lo que se encuentra entre corchetes y en cursivas es mío.

¹⁴ *Mélanges du droit romain I. Histoire et Sources*, París, Recueil Sirey, 1912, p. 44.

que la jurisprudencia es justamente la actividad que consiste en “encontrar” y aplicar las reglas de interpretación del lenguaje del derecho. “La lectura jurídica de un enunciado del derecho (*i.e.* de una legislación) no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho”.¹⁵ La jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje del lenguaje jurídico del que se tiene noticia.¹⁶

En tanto profesión, la jurisprudencia no únicamente modificó el significado original de los materiales jurídicos sino devino la primera dogmática jurídica: creo, así, su propia terminología: los *nomina iuris*¹⁷ tales como ‘*fructus*’, ‘*nexum*’, ‘*vi*’, ‘*ruta et caesa*’, etcétera. Una de las primeras controversias entre los juristas romanos versó, por ejemplo, sobre el alcance preciso de ‘*fructus*’. Por supuesto, no se trata de “descifrar” o “aislar” el significado de ‘*fructus*’, se busca su aplicación prescriptiva dentro de un “sistema de derecho que, en su conjunto, contribuye a forzar la significación fuera de los límites de su sentido literal”.¹⁸ De esto último se sigue que un conocimiento de los *nomina iuris* era indispensable para el manejo del derecho, especialmente para prever sus consecuencias en caso de aplicación. Las nuevas consecuencias a que daba lugar la interpretación eran, en cierto sentido, creación de la jurisprudencia cautelar de los *pontifices*.

Esta actividad de los *pontifices* y *iurisconsulti* cuyo rasgo característico es la *interpretatio* (establecimiento de definiciones, reglas de aplicación, reformulación y sistematización del material jurídico) es la *iurisprudencia*, disciplina que, como veremos, ha conservado sus rasgos esenciales.

Es necesario tener muy presente que los *pontifices* y *iurisconsulti* no eran órganos de creación del derecho. A diferencia de los actos legis-

¹⁵ Thomas, Yan, “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972 (*Archives de Philosophie du Droit XIX*), p. 111.

¹⁶ “Nada sabemos de una jurisprudencia romana anterior” (Schulz, Fritz, “*History of Roman Legal Science*, *cit.*, p. 5). Sobre el lenguaje jurídico romano, véase: Carcaterra, A., *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano*, Bari, 1968; *id.* *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972.

¹⁷ Cfr. Biondi, Biondo, “La terminología romana como primera dogmática jurídica”, *Scritti giuridici I, Diritto romano. Problemi generali*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 149 y ss.

¹⁸ Cfr. Stein, Peter, “*Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*”, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1962, p. 28; Thomas, Yan, “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, *cit.*, p. 111. Así, por ejemplo, ‘*fructus*’ incluye los críos del ganado (los cuales nunca han sido frutos; sin embargo, no incluye a los hijos de los esclavos. Cfr. *D. 7, I, 68*).

lativos o judiciales, las reglas, reformulaciones, clasificaciones o enunciados de la jurisprudencia *no son derecho*; son enunciados que “describen” el derecho, son reglas para “entender” el derecho. La *iurisprudentia* —haciendo a un lado el *ius respondendi*— no es derecho romano, es la *scientia* del derecho romano. La *iurisprudentia* es, como señala atinadamente Yan Thomas, el metalenguaje del derecho romano.¹⁹ Constituye el conjunto de definiciones, clasificaciones y enunciados que nos permiten una *lectura jurídica* del derecho. Jurista o jurisconsulto era aquel que se dedicaba al manejo y dominio de la *iurisprudentia*.

Frente a la interpretación jurisprudencial encontramos aquella que realizan los órganos aplicadores del derecho. Al igual que la interpretación jurisprudencial, supone una determinación del significado de los materiales que se aplican. Pero, a diferencia de la interpretación jurisprudencial, propia de los juristas, la interpretación de los órganos aplicadores *es parte del derecho*, es parte del material jurídico. En este sentido, la interpretación producida por los órganos aplicadores (*e.g.* jueces), es decir, la significación dada a los materiales que aplican, es impuesta, es obligatoria. Ciertamente, la actividad aplicadora del derecho es, como tal, objeto del estudio de la jurisprudencia. Sobre la diferencia aquí apuntada habré de insistir constantemente.²⁰ “Si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente que establecer el sentido de las normas que va a aplicar; debe, necesariamente, interpretar dichas normas. . . En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación.”²¹

La interpretación que supone la aplicación del derecho es parte del fenómeno jurídico. Los materiales jurídicos que han de aplicarse (*i.e.* *leges*, *senatusconsulta*, etcétera) reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación que decide la significación de tales materiales; pero al decidir el significado del lenguaje jurídico legislado, decide, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

Por lo que se refiere a 1) (*i.e.* la existencia de ciertos individuos juristas, jurisconsultos) que se dedican a explicar, describir, analizar el

¹⁹ “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, *cit.*, pp. 109 y ss.

²⁰ *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)” en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 125-157.

²¹ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 346; *id.* *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 349.

derecho, se dispone de suficiente evidencia²² para afirmar que desde la *interpretatio prudentium* han existido individuos (los *pontifices* y —más tarde— los *iurisconsulti*) que se han dedicado “profesionalmente” al estudio y práctica del derecho. Sobre este particular y teniendo en cuenta la extensión de este trabajo, ya hemos visto suficiente.²³

Pero, ¿qué podemos decir en cuanto a 2)? ¿Consiguió la jurisprudencia alcanzar un nivel análogo al que en Grecia habían logrado los sistematizadores de otras disciplinas (e.g. la lógica, la retórica, la metafísica; la geometría y la *τεχνη γραμματικη*)?

3. Geometría y jurisprudencia

Cuando se estudia la jurisprudencia del último siglo de la República uno se maravilla al observar el paso casi repentino de una fase en que la jurisprudencia aparece cautelara y práctica a una en que, por el contrario, se encuentra reducida a un sistema.²⁴ Pero ¿cómo surge, y sobre qué fundamentos, el sistema en la jurisprudencia?

Quién observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percatara de la verdad del paralelismo que Leibnitz²⁵ —de quien, creo, nadie dudará de que conocía la “ciencia clásica”— encuentra entre ambos. Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia: “*sint ista graecorum quamquam ab iis philosophiam et omnes ingenuas disciplinas habemus, sed tamen est aliquid, quod nobis non liceat, liceat illis*”;²⁶ pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobrepasada por la influencia griega. Con la impresión de la “ciencia clásica” los juristas romanos se lanzaron al descubrimiento de los *principios propios del derecho romano*.

²² Cfr. *D. 1, 2, 2, 5 y 6; D. 1, 2, 2, 12 y 13*.

²³ Sobre el particular, *vide*: La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problema generali”, *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1936; *cit.*; Mitteis, Ludwig, “Storia del diritto antico e studio del diritto romano”, *cit.*; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, *cit.*, pp. 5-98; *id.*, *Principle of Roman Law*, *cit.*, pp. 6-39; Nocera, G., “*Turisprudencia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, *cit.*, pp. 5-7 y 163-180; Bretone, Mario y Talamanca, Mario, *Il diritto in Grecia e a Roma*, *cit.*; Schiavone, Aldo, *Nascità della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, *cit.*

²⁴ Cfr. La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’arte sistematrice”, *cit.*, p. 336.

²⁵ *Loc. cit.*, *Epist.*, 1; *cfr. Epist.* 15.

²⁶ Cicerón, *De finibus*, 2, 21, 68.

La exposición que precede indica que por '*scientia*' en el mundo cultural romano del último siglo de la *República* se entiende, primeramente, 'la organización sistemática de una disciplina realizada mediante la *divisio por genera y partes*'; en segundo lugar, 'el fundamento y constitución del conocimiento mediante la aplicación de los dos métodos usados por los lógicos y geómetras: la observación de lo singular, de la *εμπειρία*, que conduce a la obtención de principios y el mecanismo de deducción que, partiendo de los principios, permite la obtención de nuevos enunciados'.²⁷

Para hacer pasar la jurisprudencia de la fase de mera acumulación de experiencias a la de la ciencia, era necesario construirla conforme con el único modelo de ciencia de que se disponía. Para ello los juristas debieron afrontar los problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia (aritmética, geometría, óptica, retórica, gramática): a) La determinación del material jurídico dado. El jurista, primeramente, señala cuál es el material jurídico *existente* (¿qué es lo que le ha proporcionado el legislador? Establece, por decirlo así, *la base empírica de su sistema*); b) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados) a partir del material jurídico dado; c) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y d) sistematización y ordenación del material. Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendrían a fundamentar el edificio de la jurisprudencia romana.

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible (*i.e.* el material jurídico dado). Las generalizaciones obtenidas por inducción serán usadas como premisas para la deducción de enunciados (sobre las consecuencias y alcances del derecho observado).

En lo que al establecimiento de los principios se refiere, cabe señalar que, según el modelo "clásico", toda ciencia se funda en sus propios principios.²⁸ Para construirla es necesario encontrarlos y formularlos. Consecuentemente, la jurisprudencia necesita de sus principios: de sus definiciones y de sus *regulae*: "*Regula est quae rem quae est breviter*

²⁷ Cfr. La Pira, Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. il concetto di scienze e gli strumento della costruzione scientifiche", *cit.*, pp. 132-133.

²⁸ Cfr. Aristóteles, *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15. Cfr. *supra*, *La estructura de la ciencia*, pp. 117-119.

enarrat... per regulam igitur brevis rerum narratio traditur"²⁹ (las *regulae* realizan, en el caso de la jurisprudencia el mismo papel que desempeñan los axiomas en el caso de la geometría y de la lógica).³⁰

El saber dogmático que se manifiesta en los *nomina iuris* se hace aún más evidente cuando los juristas pasan, de la mera discusión sobre el alcance de un término a la formulación de generalizaciones, *i.e.* al establecimiento de principios primeros.³¹ Así Manilio establece que por '*nexum*' se entiende "*omne quod per librum et aes geritur in quo sint mancipia*".³² Otro claro ejemplo de generalización lo constituye la *regula catoniana*: "*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere*".³³ Además de las generalizaciones encontramos claras reformulaciones del material jurídico en diferentes definiciones. Q. Mucio Scaevola, dice de la coacción (*vi*); "*vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*".³⁴ Esta definición es sorprendente porque incluye casos en que no es usada la coacción;³⁵ es claro que aquí ciertos actos son tenidos por coacción.

Ahora se comprende por qué Q. Mucio Scaevola —iniciador de esta transformación de la jurisprudencia— sintió la necesidad de escribir un *liber opti* y por qué en todos sus escritos concede bastante lugar a la formulación de definiciones y reglas. Para construir una ciencia del derecho se necesitaba, primero que nada, crear, a partir del análisis del material jurídico dado, sus fundamentos (sus definiciones y sus *regu-*

²⁹ D. 50, 17, 1.

³⁰ La búsqueda de principios ha sido designada jurisprudencia de reglas (*Regularjurisprudenz*), por ejemplo, P. Joers: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1888, p. 283 y ss., denominación adoptada por varios autores. Esta denominación es poco feliz puesto que '*regula*', como hemos visto, significa simplemente "principio" (*cf.* Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science, cit.*, pp. 66-67). Con objeto de apreciar la función de las *regulae*, Schulz recomienda comparar D. 50, 17, 1, con *Anal. Post.*, 92b 26. En este pasaje Aristóteles dice:

Puesto que... definir es probar, la naturaleza esencial de una cosa o el significado de su nombre, podemos, concluir que esa definición, si en ningún sentido prueba la naturaleza esencial, es un conjunto de palabras que significan precisamente lo que un nombre significa (*Anal. Post.*, 92b 26-27).

³¹ *Cfr.* Aristóteles, *Anal. Post.*, 71b 20-22. Véase *supra*: La ciencia clásica, c) el status de las premisas, pp. 115-117.

³² Varro, *De Ling., Lat.*, 25, 7, 105. *Cfr.* Stein, Peter, "*Regulae Juris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims, cit.*, p. 30.

³³ D. 34, 7, 1.

³⁴ D. 50, 17, 73, 2.

³⁵ *Cfr.* Stein, Peter, "*Regulae Juris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims, cit.*, p. 36.

lae).³⁶ Q. Mucio Scaevola no se limitó a hacer definiciones y establecer *regulae*; en él se encuentra, también, el germen de la sistematización.³⁷

En cuanto a la deducción de enunciados —proposiciones normativas— los escritos de Q. Mucio Scaevola también nos proporcionan ejemplos. Estas proposiciones normativas son obtenidas a partir de las reglas y de las definiciones. El mecanismo de esta operación es el *silogismo*. En el caso de que Cayo robe ciertos bienes a Fabio y que Livio, a su vez, los robe a Cayo (premisa menor), ¿a quién corresponde la *actio furti*? Partiendo del principio que ésta corresponde a aquel "*cuius interest id quod subreptum est salvum esse*"³⁸ (premisa mayor) y, como en el caso, éste es el primer despojado, entonces la *actio furti* corresponde a este último (conclusión).³⁹

Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios (definiciones y *regulae*) o que los científicos efectivamente infieran leyes o enunciados a partir de axiomas y postulados o que simplemente "arreglen" su material en esa forma para "reforzar" su validez, es un problema muy importante de la ideología de la ciencia jurídica (y de la ciencia en general), el cual tenemos que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio propias de este trabajo.⁴⁰

El método de sistematización en género y especies practicado en las escuelas aristotélicas y estoicas fue muy conocido de los juristas roma-

³⁶ Véase, por ejemplo, *D. 41, 1, 64; D. 50, 17, 73 pr. 3-4; D. 43, 20, 8; D. 60, 16, 241.*

³⁷ *Cfr. Gayo, 1, 118; D. 1, 2, 2, 41; D. 41, 2, 3, 21-24.*

³⁸ *Cfr. D. 47, 2, 771.*

³⁹ Este ejemplo podría formularse en la típica forma de un silogismo:

La *actio furti* corresponde a aquel *cuius interest id quod subreptum est salvum esset.*

A una persona (e.g. Fabio) le roba alguien (Cayo),
quien, a su vez, es despojado (por Livio)

La *actio furti* corresponde al primer despojado

⁴⁰ Sobre la ciencia en general, véase: Black, M., *Problems of Analysis*, cit. En cuanto al problema de la ciencia jurídica *vide*: Ross, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, 1974, pp. 75 y ss., 108 y ss.; Nino, Carlos S., *Algunas consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit.; *Id.*, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979. En cuanto a Roma, *vide*: Schiavone, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi, romani*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovenc, 1971; *id.*, *Nascità della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, cit., Vannuchi, F., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973; etc., etc.

nos, M. Manilio, Q. Mucio Scaevola (*augur*), P. Rutilio Rufo, Q. Aelio y Q. Mucio Scaevola (*pontifex*) pertenecieron al grupo de Scipio el joven y de Panaetio.⁴¹ De la sistematización de la jurisprudencia disponemos de elegantes formulaciones debidas a Q. Mucio Scaevola. En ellas se sigue el método “clásico” de dividir en *genera*, especies y partes: “. . . *ius civile primus constituit generatim*”.⁴² “*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit. . . quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit. . .*”⁴³ “*Ex his apparct quot sint species tutelarum. . . quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius*”.⁴⁴

Que los libros de Q. Mucio Scaevola no existan más que fragmentariamente es otro problema; igualmente lo es el hecho de que a Cicerón la *divisio in genera* de Q. Mucio Scaevola le parezca deficiente⁴⁵ o que prefiera las clasificaciones de Servio Sulpicio Rufo. En realidad, la sistematización de la jurisprudencia no fue obra de un día y, como observa Giorgio La Pira, todo lo que se pueda decir de Q. Mucio Scaevola debe decirse de Servio Sulpicio Rufo y de todos los grandes juristas de ese periodo.

El cuádruple compuesto que participa en la construcción de la ciencia de la jurisprudencia: a) determinación del material jurídico dado (materia prima de la observación); b) búsqueda y establecimiento de los principios (definiciones y *regulae*), a partir del material jurídico dado; c) deducción de proposiciones normativas (*responsa*) en base a esos principios, y d) sistematización del material (*divisio in genera, species y partes*) dio a la jurisprudencia romana del último siglo de la *República* una estructura verdaderamente armónica por su logicidad y sistematización. Estas operaciones que reclama la construcción de la ciencia según su modelo “clásico” son con las que, como elegantemente afirma Giorgio La Pira, “*logici, geometri e giuristi hanno saputo creare sistemi scientifici di imperatura bellezza*”.⁴⁶

Creo que la exposición anterior proporciona suficiente evidencia para señalar que, además de 1), las condiciones 2) y 3) se encuentran satisfechas toda vez que la jurisprudencia se estructura como un sistema de principios y enunciados (proposiciones normativas) en el cual estos úl-

⁴¹ Cfr. Schulz. Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 63.

⁴² *D. 1, 2, 2, 41.*

⁴³ *D. 41, 2, 3, 21-23.*

⁴⁴ *Gayo 1, 188.*

⁴⁵ Cfr. *Brutus*, 152.

⁴⁶ “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo”, cit., p. 348.

timos son deducidos *more sylogistico* de las primeras definiciones y *regulae*, sistema que es resultado de la *interpretatio* de los juristas. Resta el problema de saber si la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'ciencia'.

4. La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma

De acuerdo con lo que concluí en el capítulo anterior, la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'ciencia' si el objeto nombrado por tal expresión es "científicamente" importante; es susceptible de ser abordado por los métodos científicos (o métodos similares) y si su estudio significa un incremento del "conocimiento" y representa un cambio en la concepción de las cosas.

En cuanto a la importancia de la jurisprudencia ¿no sería suficiente enumerar las obras de los grandes jurisconsultos? ¿No es prueba bastante que el derecho haya sido en Roma objeto de constante atención? No quiero insistir sobre este particular,⁴⁷ simplemente mencionaré algunos ejemplos que muestran lo que el derecho significó en la sociedad romana⁴⁸ (dando por hecho que esta significación persiste en el mundo moderno).

Como quiera que haya ocurrido y cualesquiera que hayan sido sus causas, los romanos supieron más sobre su derecho que cualquier individuo del suyo, en cualquier tiempo y lugar. Por razones relacionadas con la vida pública, el romano se encontraba en conexión, más o menos estrecha, con los problemas de aplicación del derecho. La educación normal suponía el conocimiento de las *leges* e incluía retórica forense.⁴⁹ En tal virtud la discusión sobre problemas de derecho y el uso de terminología jurídica, son más frecuentes y se sienten "más en casa" en la literatura romana que en cualquier otra.

⁴⁷ Sobre este particular pueden consultarse infinidad de obras. Véanse, por ejemplo: Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, cit., Arangio, Ruiz, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1968, pp. 121-133. Jolowicz, H. F. (Nicholas, Barry, Ed.), *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 191-256. Bretone, Mario, *Tecnica e Ideologie dei giuristi romani*, cit., Bonfante, Pietro, *Storia del diritto romano*, Milán, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1958, t. I; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit.

⁴⁸ Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, Londres, Thames and Hudson, 1967; Declareuil, J., *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924 (*L'évolution de l'Épique XIX*); Watson, Alan, *The Law of Ancient Romans*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1970.

⁴⁹ Cfr. Cicerón, *De Orat*, 1, 5, 7, 244.

El corolario de lo anterior es que muchos pasajes de las letras latinas necesitan de un conocimiento del derecho para su comprensión.⁵⁰ Un aspecto de la idiosincrasia romana era sentirse parte de la actividad jurídica, actuando como juez, árbitro, jurado, testigo. Para ser buen romano Juvenal recomienda: "... sé buen soldado, buen tutor, honesto árbitro, imperjuro testigo...".⁵¹

A la pregunta *vir bonus est quis?* Horacio responde: "el hombre bueno es aquel que: cumple las disposiciones del senado, las leyes y el derecho, ante quien son llevados a juicio cantidad de litigios, el que cuando es garantía la cosa está segura, cuando es testigo, el juicio está apoyado".⁵² Esta omnipresencia del derecho en la vida del romano hace decir a Plinio:

He comparecido mucho en tribunales,
He sido frecuentemente juez,
He estado a menudo entre los consejeros de los jurados.⁵³

Hay que tener presente que detrás de las funciones de los jueces, magistrados, litigantes, árbitros, jurados y abogados se encontraban las nociones de la jurisprudencia. Esta atmósfera jurídica que retrata la literatura latina muestra claramente, a mi juicio, la primerísima importancia que la jurisprudencia alcanzó en Roma.

En cuanto el uso de métodos similares a los de la ciencia paradigmática, ya he explicado lo suficiente y no habré de insistir. Resta sólo referirme a la trascendencia de la jurisprudencia, a sus efectos en cuanto al incremento de conocimientos, cultura, concepción del mundo.

En otro lugar⁵⁴ he mencionado que bastaría una sola palabra para señalar la importancia de Roma en la historia universal: *iurisprudentia*. Al origen —dice Rudolf von Ihering— simple gramática jurídica, devino después, la regla de nuestro pensamiento jurídico.⁵⁵ Más adelante Iher-

⁵⁰ Cfr. Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, cit., p. 8.

⁵¹ *Satirae*, 8, 79. Las cursivas son mías.

⁵² *Epistles*, 1, 16, 42: "*qui consulta patrum, qui leges iuraque servat quo multae magnaequae secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causa teste tenentur*". En la traducción de este pasaje me he atenido a la versión de Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, cit. Sobre el mismo pasaje véase: Kelly, J.M., *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 132-133.

⁵³ *Ep.*, 1, 12, 20.

⁵⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., p. 32.

⁵⁵ Cfr. *L'Espirít du droit romain (Geist des römischen Recht)*, cit., t. I, p. 3 y ss.

ing agrega: "por ella nuestro pensamiento jurídico, nuestro método ... toda nuestra intuición jurídica ha llegado a ser romana".⁵⁶

Si la cultura occidental es como es, en gran medida lo debe a Roma y a su derecho. Sin lugar a dudas, sus normas, sus instituciones y su jurisprudencia se convirtieron en el derecho y en la jurisprudencia modernos. La jurisprudencia moderna, no obstante grandes diferencias, usa, en gran medida, los mismos conceptos, los cuales surgieron en base a normas e instituciones romanas; conceptos explicables sólo con referencia a ellas.⁵⁷

Después de Roma, de su administración, de su Imperio, quedó su derecho: "*elle légua au monde un corps de droit et jurisprudence sur lequel... l'humanité a vécu, un corps... de doctrines et de cadres rationnels pour presque tous les moments et pour beaucoup d'aspects de la vie sociale*".⁵⁸ Esas doctrinas no se hubieran producido si el derecho y el estudio del derecho no hubieran alcanzado la relevancia que el genio romano le otorgó.

En cuanto a sus orígenes, en realidad el derecho romano no fue muy diferente del de las civilizaciones que le procedieron. La gran diferencia, el punto de partida hacia una nueva concepción de las cosas, fue el surgimiento de lo que el profesor Peter Stein llama "el derecho de los juristas y la revolución científica".⁵⁹ La manera como se llevó a cabo tal "revolución" ya la he comentado, me limitaré simplemente a resaltar ciertos "cambios" producidos por ella para tratar de satisfacer este último requerimiento.

Los *iurisconsulti* desarrollaron un sistema: (i.e. la *iurisprudentia*) por el cual el cambio del derecho, y el cambio social en general, fue relativamente fácil y en el que la posibilidad de llevarlo a cabo estaba en manos de las mejores cabezas ante experiencias concretas. Este sistema habría de impedir la petrificación de las instituciones. El sistema de la jurisprudencia, logró la permeabilidad de las instituciones jurídicas, permitiendo la incorporación de las ideologías imperantes. Es así como la jurisprudencia romana vendría a positivizar el ideal ético de la doctrina estoica.⁶⁰

⁵⁶ *L'Esprit du droit romain, cit.*, t. I, p. 14.

⁵⁷ Cfr. Jolowicz, H.F., *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. iii.

⁵⁸ Declarcuil, J., *Rome et l'organisation du droit, cit.*, p. 3.

⁵⁹ "*Regulae iuris*" *From Juristic, Rules to legal Maxims, cit.*, p. 26.

⁶⁰ Para una explicación más amplia sobre el tema véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución, cit.*, pp. 94-106.

La racionalización de la jurisprudencia permitió la superación del ritual jurídico primitivo. Introduce el negocio consensual —contratos reales y convenios pretorianos—; obra de los jurisconsultos. Pero, en este orden de ideas, nada más significativo en cuanto a innovación jurídica y política que la aparición de los edictos tanto de ediles y pretores. No cabe la menor duda que sus reales autores fueron los jurisconsultos.⁶¹

De esta manera la sistematización y racionalización no únicamente subordinaron los fenómenos jurídicos en géneros y especies, sino que permitieron la formulación de los principios o “dogmas” de la jurisprudencia. El sistema de la jurisprudencia se convirtió en un instrumento de “descubrimiento” detectando y previendo problemas que no habían ocurrido en la práctica. La inmediata consecuencia de esto es que se amplió la protección judicial y se produjo un más fácil y mayor acceso a la justicia. El derecho más que formas es entendido como mecanismos de protección: *ubi remedium, ibi ius*.

Al convertirse la jurisprudencia en una ciencia profesional de tipo helénico, su alta especialización produjo una clara separación de la demás reflexión social y filosófica. Desde entonces, existe una nítida división entre el derecho y la religión, por un lado, y entre el derecho y la moral, por el otro. El derecho, antes de la jurisprudencia, tenía una configuración y un trato indiferenciados. La nueva sistematización de la jurisprudencia —*ius civile*— la alejó del derecho sacro. Esta diversificación introdujo una clara distinción entre las esferas religiosa y civil.⁶² Para saber qué hacer no se necesitaba consultar a los dioses, se interrogaba a los jurisconsultos. Este cambio de concepción que alejaba a Roma de los rituales primitivos del derecho puede evidenciarse por el hecho de que “el fundador de la jurisprudencia”, Q. Mucio Scaevola, *pontifex maximus*, escribe un tratado que hace época sobre el *ius civile*, pero ninguno sobre el *ius sacrum*.⁶³

Por todo lo que acabo de referir, pienso que, ‘derecho’ ocurre propiamente en el campo del operador ‘ciencia’ para ‘ciencia del derecho’, tanto como ocurren en él, los nombres de las ciencias paradigmáticas (*i.e.* aritmética, geometría, gramática).

⁶¹ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 53 y 83.

⁶² Nocera, G., “*Jurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 70. Sobre la relación entre *ius sacrum* y el *ius civile*. Véase: Noailles, P., *Du droit sacré au droit civil*, París, Sirey, 1949.

⁶³ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 81.