

LA DOGMÁTICA DE HOY ANTE EL DERECHO DE ROMA

SUMARIO: Planteamiento.—1 La dogmática jurídica: concepto y utilidad para la investigación. Orientación dada por el profesor BETTI.—2. Actitud de la doctrina ante su método. Nuestro sistema crítico. Aplicación real de la gnoseología al problema: Objeto y sujeto a considerar.—3. La relación de conocimiento en Derecho Romano: a) Determinación del sujeto por el objeto (la dogmática romana); b) La imagen del objeto (utilización de las categorías jurídicas constitutivas y reflexivas).—4. CONCLUSION (*).

(*) Para las Revistas, citadas más de una vez, utilizamos las siguientes abreviaturas:

- A. G. = *Archivio Giuridico.*
- A. H. D. E. = *Anuario de Historia del Derecho Español.*
- B. I. D. R. = *Bulletino dell' Instituto di Diritto romano.*
- R. I. F. D. = *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto.*
- R. I. S. G. = *Rivista italiana per le scienze giuriche.*
- S. D. H. I. = *Studia et Documenta historiae et iuris.*

La magnífica obra de U. Alvarez: *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, de constante apoyo para cualquier tema de la problemática general de nuestra disciplina, va citada con el solo nombre del autor, seguido de la página.

De nuestro insigne maestro DE PELSMAEKER, catedrático en la Universidad de Sevilla, no hacemos referencias porque su obra permanece inédita, pero recordemos las recientes palabras del Dr. MARAÑÓN "El hombre superior, escribiendo o sin escribir, hablando o actuando en silencio, irradia acaso sin saberlo, una mágica influencia creadora en la humanidad que le rodea" (Prólogo a *Leopoldo Atlas "Clarín"*, de Marino Gómez-Santos, Oviedo, 1952, p. 9).

Las relaciones entre la dogmática jurídica moderna y el Derecho Romano, interrumpidas con la publicación del Código civil alemán (1), volvieron a cobrar transcendental importancia, como una de las esperanzas de revitalización jurídica capaz de alejar las amenazas de una crisis en los estudios romanísticos, y aun en la propia ciencia del Derecho actual.

Del primer lado, se afirmó que aquella herencia—cuya repudiación entrañaría «sustituir el derecho por la violencia y la arbitrariedad» (2)—está en trance de caer en el olvido si no se

(1) La consiguiente desaparición de la vigencia del Derecho Romano en Alemania, último gran Estado que le hacía permanecer en el grupo mundial de las legislaciones positivas (vid. sobre su subsistencia en pequeños territorios, ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del Diritto Romano Giustiniano*, Milán, 1935, p. I, n. 1), fué factor desolante para reforzar y reducir sus estudios a la línea de las disciplinas históricas, en cuya orientación, se termina por ocasionar la crisis aparente o real de los estudios romanísticos, ya inútiles para las construcciones dogmáticas de los juristas actuales. Nuestra meta de hoy nos excusa de otras referencias que las de las notas 3 y 6, puede verse el completo estudio del problema en U. ALVAREZ, p. 99 y ss. Ha realizado, últimamente, una clara síntesis de la cuestión, A. LATORRE, en el *Estudio preliminar* de su traducción a B. BIONDI, *Arte y ciencia del derecho*, Barcelona, 1953, p. 9 y ss.

(2) LAPRAT, *La notion du depot romain dans la commende catholique*, en *Mélanges a la mémoire de Paul Huvelin*, París, 1938, p. 189.

«actualiza» para informar los dogmas del derecho vigente (3). Del segundo—en momentos en que solo la Justicia puede resolver los acuciantes problemas mundiales—se ha llegado a hablar de «existencialismo jurídico», factible de resolver con las viejas enseñanzas romanas (4) en fundamental misión que han de cumplir los romanistas del presente (5). Finalmente, recordemos que el sector romanista de estricta orientación histórica, no implica, en manera alguna, aislamiento de la vida jurídica circundante (6).

A pesar de tan general interés, no encontramos suficientemente resuelta la premisa básica de la cuestión.

Hace 25 años que una nueva directriz metodológica del eminente profesor E. BETTI (7), vino a presentar la imposibilidad

(3) Esta conocida tendencia de KOSCHAKER, iniciada en su resonante folleto, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft* (Berlín, 1938), tuvo últimamente una fundamental reiteración en parte de su magnífica obra, *Europa und das römische Recht* (Munich, 1947). Creer, por el contrario, inconciliable el compromiso entre historia y dogmática, DE FRÁNCI, vid. su recensión a esta última obra en *R. I. S. G.* 1948, p. 417 y ss.; desarrolla más amplia y sistemáticamente las razones de su oposición, en *Puntos de orientación para el estudio del derecho*, (trad. J. IGLESIAS), Barcelona, 1951, p. 11 y ss.

(4) Vid. B. BIONDI, *Existencialismo jurídico e giurisprudenza romana*, en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti* I, Padua, 1950, p. 97 y ss. (recoge su traducción, *Arte y ciencia...*, p. 161 y ss.).

(5) «Toca a los romanistas, por encima de todo, poner en claro la razón y medida en que el Derecho Romano puede servir para aliviar las congojas actuales» J. IGLESIAS, *Del Derecho romano al Derecho moderno*, en *Estudios romanos de derecho e historia*, Barcelona, 1952, p. 54; *Instituciones de Derecho Romano* I, Barcelona, 1950, p. 7.

(6) Precisamente, la reafirmación del estudio histórico del Derecho Romano, corregidas sus anteriores desviaciones, se funda en que únicamente así puede seguir conservando un interés actual; baste recordar, CARRELLI, *A proposito di crisi del Diritto Romano*, en *S. D. H.*, I, 1943, p. 5 y ss.

(7) En su *Prolesión* al curso de Instituciones de Derecho Romano en la Universidad de Milán, el 14 de Noviembre de 1927; fue publicada, bajo el título de *Diritto romano e dogmatica odierna*, en *A. G.* XCIX-1928, p. 129 y ss., y *A. G.* C-1928, p. 26 y ss. Ya había expresado su idea fundamental al comentar la primera edición del manual de *Instituciones* de ARÁNGIO-RUIZ, en *B. I. D. R.* 1925, p. 237 y ss. (vid. en dicha p. 237 y n. 1, la referencia a otros lugares en que apuntó la misma idea). Las críticas de su doctrina le hacen volver sobre el mismo tema en: *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto Romano*, *B. I. D. R.* 1931, p. 35 y ss.; Prefacio a su *Diritto Romano*, I Parte Generale, Padua, 1935, p. XII y ss.; *Methodo und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1937, p. 139 y ss. Con posterioridad ya no hace sino alusiones incidentales (vid. nuestra n. 18, in fine).

mental del jurista para proceder en sus investigaciones con independencia de la dogmática moderna; la crítica, incidiendo en algunos importantes equívocos (vid. luego, nota 18), no dijo la palabra decisiva, terminando hoy por derivar hacia el valor de los conceptos jurídicos (8). Es incuestionable, pues, la necesidad de revisar hasta qué punto resulta ineludible ese presupuesto mental (9), precisando, con prioridad a cualquier alcance y contenido que quiera darse a sus relaciones, qué plano ocupa la dogmática de hoy ante ese Derecho de ayer... y de siempre.

1.—La dogmática del Derecho no tiene el mismo contenido en todos los autores (10): unos la atribuyen el análisis de los preceptos de la norma jurídica, mientras otros la dedican a discriminar los principios abstractos que en ésta se contengan; por último, hay quienes creen centrada su misión en la exposición de los dogmas del Derecho que puedan entenderse como verdades jurídicas axiomáticas (11). La posición acertada puede hallarse, partiendo de la unidad práctica del fenómeno jurídico y distinguiendo, con DE FRANCISCI (12), una esfera para el estudio concreto de la norma, y otra para la indagación de los principios jurídicos de valor universal, esfera del Derecho Natural o de la Filosofía del Derecho; porque así se delimita para la dogmática un terreno intermedio propio, en que se realiza la exégesis de las disposiciones jurídicas para determinar sus principios gene-

(8) Cfr. A. CHECCINI, *Vecchie e nuovi metodi della storiografia giuridica*, en *Scritti Carnelutti* I, p. 407, n. 3.

(9) De él y de sus límites depende el importante aspecto de la utilidad del estudio del Derecho Romano para la formación del jurista; vid. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1913, p. 37-38.

(10) Cfr. PISAPLA, *Appunti in tema di scienza del Diritto*, en A. G. CXXIII-1940, p. 189-191, con notas sobre la bibliografía. Tal impresión sobre el concepto de dogmática es el origen de las discusiones en torno a su aplicación. cfr. U. ALVAREZ, p. 297; últimamente, FUENTESSECA, rec. a PASTORI, *Profilo storico dell'obbligazione romana*, en A. H. D. E., 1952, p. 1374.

(11) Para el concepto del «dogma del Derecho» y su evolución histórica. vid. D'ORS, *Prelección del Programa de las lecciones de Derecho Romano*, curso 1950-1951, Universidad de Santiago, p. 3 y ss.

(12) Cfr. DE FRANCISCI, *Dogmatica e Storia nella educazione giuridica*, en *R. I. F. D.* 1923, p. 377-378.

rales (13), y en que se procede a un conocimiento sistemático de éstos reagrupándolos como miembros o partes de un todo único.

En virtud de estas consideraciones adoptaremos para nuestra indagación, la dogmática concebida en los siguientes términos debidos a U. ALVAREZ (p. 297): «los conceptos y principios fundamentales que permiten construir unitaria y sistemáticamente un orden jurídico dado, como resultado de una abstracción realizada sobre sus instituciones jurídicas»; junto a ésta, dogmática positiva, peculiar de cada ordenamiento, existe la dogmática abstracta o moderna, fruto último al que ha llegado la técnica jurídica actual (14).

La dogmática positiva de los derechos históricos era uno de los medios que usaba la investigación para obviar las inevitables lagunas de las fuentes; por deducción de los principios conocidos, se llegaba a averiguar o a presuponer los ignorados, lo que servía, por lo menos, para orientar nuestras indagaciones con el valor de una hipótesis (15). En abierta contradicción con tal método se alza la opinión de BETTI, presentando la dogmática moderna como elemento imprescindible y más apto para utilizar en nuestras investigaciones y en nuestro conocimiento de todos esos derechos históricos.

El programa metodológico del insigne romanista no se reduce a esta proposición—aunque puede parecerlo, al leer algunas de las críticas que se le formulan—sino que en ella culmina, como medular consecuencia de todo un elaborado proceso mental. Para enjuiciar aquélla no se puede prescindir de éste. Por ello, a continuación, lo reproducimos en síntesis, y con apartados numerados que facilitarán las referencias posteriores (16):

(13) La exégesis procede, aún en los casos en que el legislador formula principios generales. Vid. DE FRANCISCI, *Dogmatica e Storia...*, p. 378, n. 2.

(14) Sobre la relación entre la dogmática y la Teoría general del Derecho, vid. ahora, N. BOBBIO, *Filosofía del Diritto e teoria generale del Diritto*, en *Scritti Carnelutti* I, p. 53 y ss.

(15) Cf. U. ALVAREZ, p. 291; TORRES LOPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho español*. Salamanca, 1933, t. I, p. 90.

(16) Para confeccionar esa síntesis nos hemos servido, lógicamente, del primer artículo en que BETTI desarrolló totalmente su doctrina, inserto en *A. G.* XCIX-1928 (vid. antes, n. 7), pero debemos añadir que, aun sin tal prioridad, sería el más importante de todos, pues, los posteriores, útiles para sus respuestas a las críticas, son menos complejos y nada añaden a la doctrina. La correspondencia entre los apartados del texto y dicho artículo, es la siguiente: 1) p. 130-133; 2) p. 133; 3) p. 135-138; 4) p. 135-136; 5) p. 136-138; 6) p. 138-140; 7) p. 141-145.

1) El conocimiento de un derecho del pasado plantea problemas análogos al de la asimilación de las antiguas obras de arte. En esta última actividad, el sujeto no recibe impresiones inmutables—dimanadas de la fuerza expresiva de la obra y superiores a las individualidades personales—sino variables, por depender de su preparación cultural y de su época; pudiéndose decir con ANATOLE FRANCE (17): «cada generación imagina de nuevo las obras maestras antiguas y las comunica de esta suerte una inmortalidad móvil». La contemplación artística, pues, está «condicionada históricamente» por el observador. Otro tanto ha de suceder en el conocimiento de los derechos de épocas pasadas afines a la obra artística por ser ambos producto del pensamiento humano; en mayor precisión, puede excluirse el conjunto de normas técnicas legales, para hacer la asimilación únicamente con la actuación del ser que las aplica, y referirnos al arte de la jurisprudencia, fruto de la utilización de un criterio jurídico.

2) Esta transcendencia de la intervención del sujeto en la formación del conocimiento artístico y jurídico, se limita a reproducir y aplicar una afirmación elemental de la gnosología, la de que el conocimiento es reconstrucción asimilativa y valoración crítica del objeto, y no el reflejo pasivo de éste en el cognoscente.

3) Pasando ahora a considerar la dogmática de un Derecho, advertimos que, para su conocimiento, prestan utilidad muy distinta las construcciones del jurista contemporáneo frente a las del jurista posterior. Aquél, que puede completar los principios formulados con la intuición de la vida diaria, silencia lo que a los ojos de sus conciudadanos hubiera resultado superfluo y, lógicamente, no puede realizar ni los análisis profundos ni las distinciones sutiles que exceden de la cultura jurídica de su tiempo; ante esto, su lejano colega, tendrá que completar aquellos silencios «con ayuda de otras fuentes históricas», siempre escasas, pero, en cambio, bien situado para contemplar el devenir de los dogmas jurídicos, podrá integrarlos con su más refinada dogmática e incluso exponerlos en un sistema más complejo y completo. En consecuencia, debemos defender, que el conocimiento de los Derechos históricos será más perfecto si en lugar de apoyarnos en

(17) La cita textual en BETTI, *Problemi e criteri...*, p. 240, n. 2.

sus dogmas, utilizamos la dogmática abstracta de un jurista, de nuestros días.

4) La precedente consideración tiene relevante importancia para el estudio del Derecho Romano. Sus juristas, maestros insuperables de la práctica jurídica, huyeron de las construcciones abstractas y del replegarse sobre su actividad, dejándonos sin exponer su sistemática y directrices: aunque esto no presuponga, ni que carecieren de preparación teórica y filosófica, ni que les faltase «una dogmática latente», lo cierto es que no fué expresada. Es más, en los casos en que excepcionalmente se adentran en ese terreno, sus construcciones resultan o exiguas o amplias en demasía, lo que, de todo punto, nos impide identificar el Derecho Romano con la rudimentaria dogmática que los «prudentes» produjeron.

5) Ahora bien, la superestructura conceptual y sistemática de un Derecho, puede ser una valiosa señal de él pero no se le liga con ningún nexo lógico y necesario, pudiéndose separar en cualquier ordenamiento las normas—destinadas a regular las relaciones jurídicas—y los dogmas—fruto de abstracciones sobre aquellas, que en los juristas contemporáneos «miran a influir sobre el proceso de producción del Derecho e indirectamente a modificarlo»; en Roma, esta distinción ha de realizarse incluso sobre la labor de sus juristas, porque tanto crearon derecho como produjeron formulaciones doctrinales. El contenido de estos dos grupos escindirá el legado jurídico romano, y hará que adoptemos dos actitudes distintas: frente al primero, de Derecho positivo, será de estricta sujeción a lo que percibamos en las fuentes depuradas por la crítica (a diferencia de las elucubraciones realizadas por los pandectistas germánicos); ante el segundo, de completa libertad, y sin constreñirnos a los esbozos dogmáticos romanos debemos corregirlos y aumentarlos con nuestra dogmática.

6) El reputar ilegítima esta utilización para el conocimiento de los Derechos antiguos y el abogar porque se emplee su dogmática contemporánea, tiene por base, un equívoco sentido de dogmática, y es entenderla como un cuerpo rígido, cristalizado, tan sólo aplicable en bloque. La dogmática jurídica tiene dos acepciones principales: es una, «conjunto de principios y conceptos adoptados por los cultivadores del Derecho moderno para su estudio», dogmática, que puede y debe ser aplicada de manera flexible en consonancia con la ductilidad de la vida jurídica; y es la otra

«mentalidad moderna», es decir, «aquella preparación que un jurista de nuestro tiempo lleva al conocimiento del fenómeno jurídico en general».

7) Analizando esta segunda acepción es forzoso reconocer como consecuencias inevitables: que un jurista no podrá prescindir a su antojo de dicha mentalidad, que es la suya propia, en el curso de la actividad cognoscitiva sobre temas de su especialidad; y que, esa «mentalidad moderna», tiene su fuente nutriz en la dogmática actual con la que forma una unidad imposible de escindir. Cuestión distinta y factible ya, es la de separar en esa dogmática, fruto del trabajo de muchas generaciones, el momento de aparición de los dogmas que la forman (momento denominado por IHERING, «su punto de emersión histórica»); así se evita el anacronismo de transportarlos a todos para enfrentarnos con los Derechos pasados, permitiéndonos conseguir un verdadero «alfabeto jurídico» (en frase también de IHERING) aplicable al conocimiento de cualquier Derecho. Es más, que no podremos decir que hemos asimilado y valorado en toda su extensión un ordenamiento jurídico, mientras no hayamos encontrado en él un terreno propicio para aplicar nuestras categorías jurídicas.

Estas bases concretan la postura metodológica que vamos a enjuiciar, porque otras aportaciones—oportunidad de la directriz, respuestas a las censuras que motivó, aplicación práctica de la tendencia—sólo vienen a complementarla, y hallarán mejor lugar para aclarar nuestra consideración crítica.

2.—El nuevo método produjo en algunos autores no poca desorientación (18). Un contradictor, llegó a acusar a BETTI (19) «de dar sabor de novedad metodológica a las tendencias constructivas de la Pandectística, situando la cuestión sobre el terreno de la gnoseología», aunque aquél ya había señalado expresamente su fundamental diferencia (cfr. a. apartado 5); y

(18) Vid. BETTI, *Educazione giuridica...*, p. 35 y ss.; DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze della moderna scienza del Diritto Romano*, en A. G. CXI-1934, p. 100 y ss., p. 116. Sobre otros malentendidos posteriores, vid. BETTI, *La categoria civilistiche dell'interpretazione*, en R. I. S. G. 1948 (fasc. 1-4), p. 79, n. 123; el mismo, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, p. 14-15.

(19) B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milán, 1933, p. 10 y n. 1; rectifica este error, aunque sin utilizar el apoyo tan directo que nosotros presentamos en el texto, DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze...*, p. 100-101.

aun entre sus adictos, mientras LEVI (20) lo calificaba de nueva escuela en los estudios de Derecho Romano, DE SARLO (21) lo reducía a la simple formulación teórica de un procedimiento práctico usado por otros investigadores. En la generalidad de la doctrina la tentativa tuvo un ambiente poco favorable, con reductos de fuerte oposición (22).

Nosotros no vamos a recoger, de entrada y por menudo, las adhesiones recibidas y las objeciones suscitadas, añadiendo después unas cuantas observaciones propias; ello sería una simple mediación en la polémica y pretendemos bastante más. Es nuestra meta, presentar un sistema basado en la aportación de BETTI, en que destaque su exacto valor y el justo alcance de los argumentos contrarios, adjuntándole los complementos precisos para dotarle de totalidad orgánica. Este sistema será el resultado de replantear la cuestión en el plano gnoseológico; y no puede ser otro, porque allí encontró la directriz a examinar su origen y fundamento, con lo que, incidentalmente, anotamos nuestra extrañeza de que en las críticas venga siendo admitido tal presupuesto sin la más mínima discusión ni revisión (23). Por último, únicamente enfocando así el empleo de la dogmática moderna en las investigaciones histórico-jurídicas podrá llegarse a conclusiones firmes, no sólo sobre en qué medida puede y aun debe ser utilizada, sino, sobre todo, en si es o no ineludible cuando el jurista actual estudia el Derecho de Roma; crucial problema que anotábamos como razón inicial de nuestro trabajo.

(20) LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del Diritto*, en *E. I. F. D.* 1930, p. 268.

(21) DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze...*, p. 116; el propio BETTI también lo había afirmado al final de su *Prolesión* milanese: «No he tenido la pretensión de decir nada nuevo. He querido solamente recordar verdades elementales en cuestión de método», *A. G.* C-1928, p. 65.

(22) Vid. BETTI, *Diritto Romano*, p. XIII, notas 13, 14 y 15; la completa referencia de la polémica en U. ALVAREZ, p. 292 y ss. No estimamos que se haya dado posteriormente ninguna aportación importante a la misma (cfr. J. MARTÍN, *Guía bibliográfica sobre metodología del Derecho Romano*, en *A. H. D. E.* 1948-1949. Y reseñas bibliográficas de *I. R. A.*, I-1950: p. 656 y ss., II-1951 p. 461 y ss., III-1952 p. 479 y ss.) reanudándose la discusión tan sólo incidentalmente (p. ej., al continuar GROSSO adicto a la doctrina de BETTI en la 2.ª edición de sus *Premesse generali al corso di Diritto Romano*, Turín, 1946, p. 28 y ss., motiva la oposición de GUARINO en su rec. de la obra, *A. G.* 1946 (fasc. 1), p. 69-70).

(23) Cfr. B. BLONDI, *Prospettive...*, p. 15; DE FRANCISCI, *Questioni di metodo ed Studi in onore S. Riccobono* I, Palermo, 1936, p. 8.

La postura metodológica expuesta, es elemental incluirla, dentro de la «Teoría del conocimiento», en la sección relativa a la «esencia del acto gnoseológico». De tan elemental constatación surge una importante consecuencia: que no estamos ante un método de investigación; porque se investiga para llegar delante de una realidad y entonces surge el deseo de aprehenderla; es decir, que «la revelación de la realidad por conocer» es lo que impele el proceso gnoseológico. Releyendo a BETTI con atención se verá que siempre da por supuesta «la realidad», meditando sobre el papel del sujeto ante ella o forzándole a hacer divisiones en ella; en una palabra, que se parte de como conoce el sujeto y se llega a las categorías a aplicar para conocer mejor, pero todo presente el objeto. En su consonancia, nosotros daremos también a éste por hallado, con las oportunas utilizaciones de los métodos crítico, comparativo y orgánico, ante los que hoy no tomamos postura, remitiéndonos a U. ALVAREZ (p. 280 y ss., p. 297 y ss.)

Sus postulados de la esencia del acto gnoseológico (cfr. a. apartados 1, 2 y 7), no permiten la aplicación de las críticas habituales, porque no se identifican plenamente con ninguna de las doctrinas tradicionales que se han disputado la explicación de esa parte del fenómeno del conocer: alejada del «realismo» (al negar la actitud inerte del sujeto) y del «idealismo» (al admitir la realidad del objeto), coincide con el «fenomenalismo» de KANT (24) pero discrepa en que sus «categorías jurídicas», son empíricas y no «a priori» (25). Se impone, pues, comenzar especificando con apoyo en los datos más seguros (26) el problema gnoseológico de nuestra Ciencia. Surgen así los siguientes puntos de estudio: A) El objeto; B) El sujeto; C) La relación de conocimiento—punto importantísimo que BETTI no separa de la actividad del sujeto cognoscente—integrada por dos corrientes: a) una que va del objeto al sujeto, en que éste es determinado por

(24) «La filosofía kantiana ha tenido también repercusión en la metodología de los estudios romanísticos: ésta ha sido, en cierto modo, la del método dogmático defendido por BETTI»: D'ORS, *Presupuestos...*, p. 35; vid. también, LEVL, *Pandettistica, dogmatica odierna...*, p. 264.

(25) BETTI, conforme con el concepto kantiano de la categoría, le señala esa diferencia de las jurídicas, vid. A. G. XCLX-1928, p. 111, n. 1; p. 146.

(26) Vid. HESSEN, *Teoría del conocimiento*, Madrid, 1929, p. 35 y ss.

aquél; b) y otra que parte del sujeto, elaboración reconstructiva tendiente a presentar «la imagen del objeto».

Pero antes de entrar en estas materias hemos de fijarnos un instante en el exordio a la exposición metodológica analizada (vid. a. apartado 1). Se trata de un sugestivo preámbulo oratorio cuya supresión no entrañaría una merma de la tesis, pero debemos hacer observar que, sus afirmaciones son inadmisibles tomadas al pie de la letra. Entendemos que al lado de las impresiones «variables» que reciban los distintos observadores, siempre habrá un núcleo de percepciones inmutables impuestas por la genuina expresividad de la obra de arte contemplada; éstas encauzarán la «recreación artística» impidiéndola ser absoluta; caso contrario, terminaríamos por citar—mejor que a ANATOLE FRANCE— a WHISTLER (27), contestando con él: «¿Qué representa el cuadro? Eso depende de quien lo mire». La cuestión no requiere más amplio comentario al poderse prescindir de sus conclusiones para el terreno del derecho por obra del propio BETTI, cuando dice al reaccionar contra la equiparación de CROCE entre dogmática artística y jurídica (28): «la diversa eficacia de la dogmática en los campos del Derecho y de la historia literaria, depende de la *diversa naturaleza* del fenómeno jurídico y del fenómeno artístico. El fenómeno artístico se agota totalmente en la *concreta intuición de lo individual*. Sólo a la acertada expresión de lo individual se reconoce valor estético: no a las clases, géneros o tipos de expresión. Al contrario, en el fenómeno jurídico el hecho en concreto, en su individualidad, no interesa: lo que interesa en él y lo que determina su valor jurídico es únicamente su conformidad con el *tipo abstracto* previsto y valorado en la norma que le determina efectos jurídicos».

Esta rectificación o, mejor aun, puntualización, bastante a fines críticos, no colma los constructivos propuestos y debemos extraerle una consecuencia. Confrontando el párrafo transcrito con el preámbulo comentado, surge la apreciación de dos actividades distintas en la esfera del Derecho: la de utilización de un criterio jurídico o «arte» de aplicar la norma al caso concreto, y la de valoración de hechos con arreglo a principios o normas

(27) Tomamos la cita de A. Maurois, *Las paradojas del doctor O'Grady*, que la inserta al principio de su cap. XVI.

(28) BETTI, *Educazione giuridica...*, p. 69.

jurídicas; la primera, de carácter concreto, es equiparable a la artística, la segunda, de tipo abstracto, resulta la propia y genuína. En conclusión, consonante con las ideas del autor (29), la dogmática moderna será útil para este segundo campo y habremos de rechazarla en el primero, es decir, cuando se trate de juzgar el método propio de los jurisperitos romanos.

Una vez esto anotado, pasamos ya a estudiar la cuestión dentro de los términos propuestos:

A) «El objeto» del conocimiento romanístico.

Procediendo a identificarlo previamente con el Derecho de Roma en toda su evolución histórica desde los orígenes a Justiniano, para evitarnos entrar en discusiones ajenas a la preocupación de nuestro tema de hoy, tropezamos con el punto principal de discrepancia entre BETTI y sus contradictores (30): si es o no lícito, complementar con la dogmática moderna la producida por los juristas romanos vista su insuficiencia. Aunque el problema es más amplio para el primero, puesto que defiende la necesidad de utilizar dicha dogmática cualesquiera que hubiere sido la perfección alcanzada en la obra jurisprudencial (vid. a. apartado 3) ateniéndonos estrictamente al Derecho positivo separado de su superestructura conceptual (vid. a. apartado 5), igualmente podemos presentar el disenso del objeto de nuestra Ciencia. Para BETTI, la «realidad que tenemos que aprehender» es el Derecho positivo romano, prescindiendo de su dogmática propia; para sus oponentes principales—con nitidez en B. BIONDI (31), y menos claramente en DE FRANCISCI (32)—los dogmas romanos deben ser también objeto de nuestro conocimiento.

Nosotros, que reservamos otro lugar a la dogmática romana, coincidimos con BETTI en que, nuestro objeto sólo lo forman las normas positivas y las decisiones de los «prudentes» integrantes de aquel ordenamiento jurídico. Porque concebida la dogmá-

(29) BETTI, *Educazione giuridica...*, p. 68 y ss.

(30) Cfr. DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze...*, p. 103.

(31) B. BIONDI, *Prospettive...*, p. 16. «Tiene carácter positivo no sólo el derecho, como prescripción de conducta, sino también la dogmática, es decir, la posición del jurista respecto al derecho».

(32) DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, p. 17: «Toda reconstrucción de un derecho histórico, está estrechamente vinculada a las concepciones y sistematizaciones doctrinales que de él han dado los juristas contemporáneos».

tica como una forma de conocer, que procede por abstracción y sistematización, es indudable que no puede formar parte del objeto conocido. Esto mismo viene a reconocerse indirectamente por los mismos autores mencionados (33) cuando ligan dichos dogmas a las actividades netamente subjetivas, de «adecuación» de nuestra mente y de «reconstrucción» de ordenamientos pasados.

B) El sujeto del conocimiento del Derecho romano positivo.

La aportación del sujeto cognoscente es el alma de la doctrina de BETTI; la formación de su mente, su papel gnoseológico, el desarrollo de su actividad: son los presupuestos de partida e informan las conclusiones a donde llega. Nosotros, no vamos a negar la influencia del sujeto en el acto del conocer, ni podemos discutir la transcendencia de que actúe con «mente jurídica»; pero si debemos desmenuzar tan importante proceso para fijar su exacto alcance.

Es incontrovertible la necesidad de que el Derecho sea estudiado sólo por los juristas (34), únicos capaces de profundizar en las instituciones jurídicas sin confundirlas y de exponerlas con precisión inalcanzable para el profesional de otros terrenos científicos colindantes (35); pero esa misma aptitud le obliga a dar valor histórico a los ordenamientos del pasado y le impide aplicarle las categorías modernas. El jurista, pues, puede dejar de utilizar por inadecuados algunos de los principios que informan su mente; y esto hasta la medida de su substrato jurídico imprescindible que lo cualifica como tal jurista. Tal substrato imprescindible del conocer es el que debe ser determinado.

La primera parte de la precedente consideración es reconocida por BETTI, tachando de funesto error metodológico el aplicar rígidamente y en bloque la dogmática moderna (36), y aconsejando realizar antes diferenciaciones históricas dentro de su contenido (cfr. a. apartado 7^o); mas no entra en la segunda, limitándose a aconsejar al jurista «que conserve las categorías con tal grado de elasticidad y fuerza dinámica, que resulten aptas

(33) Vid. B. BIONDI, *B. I. D. R.* 1930, p. 246; *Prospettive...*, p. 16. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, p. 17-18.

(34) Cfr. BETTI, *A. G.* XCIX, p. 140-141.

(35) Vid. los ejemplos que cita CARRELLI, *A proposito di crisi...*, p. 10.

(36) Vid. BETTI, *A. G.* XCIX, p. 138; *Diritto Romano*, p. XXI y n. 28.

para aprehender los instintos estudiados y tomarlos en su peculiaridad histórica» (37). Aquí estimamos que radica el fallo fundamental de la tesis: en prescindir de la naturaleza de esas categorías por bastarle que estén en la «mente moderna»: (38); y en no precisar dentro de ellas las imprescindibles para comprender un ordenamiento jurídico, pasando a demostrar que, las ineludibles, se originaron en la dogmática actual. En su lugar, enumera varias ad exemplum (39) afirmando que ningún jurista puede prescindir de ellas y dándoles el valor de instrumentos de orientación (40) punto en que recibe la adhesión de CROCE (41) e incluso la de B. BIONDI (42).

En realidad, debemos concluir ahora—sin perjuicio de que más adelante abordemos de lleno la determinación de las «categorías constitutivas» del jurista—que la demostración pedida es imposible. Esos imprescindibles instrumentos de trabajo y orientación, no pueden proceder de la dogmática moderna, que se integra de construcciones empíricas, porque ellos (vid. después p. 32-3) no son fruto de ninguna experiencia (43), no es suficiente, pues, que estén en la «mente moderna», necesitaban que allí los hubiera llevado la dogmática. Por lo tanto, la aplicación de la dogmática moderna es voluntaria para el jurista, que no la necesita para «reproducir» el ordenamiento jurídico romano. Que tal tarea no terminará en «hacer hablar como discos fragmentarios a Labeón, Paulo, Gayo,...» (44), es lo que vamos a mostrar a continuación.

3.—C) La relación de conocimiento romanístico.

Su conformación, según dijimos, requiere separar los dos elementos que en ella sucesivamente se conjugan:

a) Determinación del sujeto por el objetivo. Es decir, situación meramente pasiva del jurista, recolectando los datos pre-

(37) BETTI, *A. G.* XCIX, p. 145; cfr. el mismo, *A. G.* C-1928, p. 30-31

(38) BETTI, *Diritto Romano*, n. XVII, n. 22.

(39) Vid. BETTI, *A. G.* XCIX, p. 143, n. 2.

(40) BETTI, *A. G.* XCIX, p. 113-144, p. 146; *Diritto Romano*, p. XVI y ss.

(41) CROCE, *La Critica*, julio 1930, cit. por BETTI, *B. I. D. R.* 1931, p. 65, n. 2.

(42) B. BIONDI, *Prospettive...*, p. 15.

(43) Cfr. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (trad. y notas de RECASENS SICHES) I, Barcelona, 1929, p. 39, p. 57 y ss.

(44) DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze...*, p. 102.

sentados por el ordenamiento jurídico romano, objeto de su conocimiento. Pero esta situación receptora, como consciente punto de partida para una construcción posterior, no prescindirá de las circunstancias adyacentes al objeto, desde las que operaron directamente en su formación hasta las que sirven de simple claro-oscuro para destacar sus perfiles; máxime, porque nuestro objeto se inserta en una normación social (45), vecino a otras regulaciones éticas y religiosas, impregnado de un ambiente político y económico. Aunque se tome el Derecho Romano como paradigma jurídico, siempre tienen lugar las restantes percepciones.

De todos los elementos ajenos al objeto, más coadyudantes a su comprensión, el interés primordial corresponde a sus autores, aquellos geniales juristas que con sus «decisiones» lo producen directamente en parte y con sus sistematizaciones tienden a intervenir en el proceso de su producción futura (cfr. a. apartado 5). Este es el puesto que corresponde a la dogmática romana, el de elemento informador primero y principal de la esencia de aquel Derecho. Tal puesto principal, nos impedirá ponerla en el mismo plano que otras construcciones dogmáticas (46); pero al ser primer dato y no exclusivo, nos relevará de vincularnos a ella estrechamente.

Percibido el objeto y las noticias complementarias, el sujeto pasa a la culminación del acto cognoscitivo.

b) Presentar «la imagen del objeto». En esta etapa de manifiesta elaboración constructiva, de estricta actividad del sujeto sobre los datos recibidos, la base y el desarrollo de toda la operación está en las categorías. Frente a la escasa atención prestada por BETTI y sus oponentes, vamos a hacer de este extremo la médula de nuestra exposición.

Comencemos recordando brevemente que las categorías son los conceptos básicos para la definición de los objetos y se reagrupan según aportaciones de HARTMANN y, sobre todo, de WIDELBRAND, reputadas como definitivas (47)—«en reflexivas y cons-

(45) Vid. DE FRANCISCI, *Puntos de orientación...*, p. 13 y ss.

(46) BETTI, aunque censura que se rechace «a priori» los dogmas clásicos y bizantinos (*A. G.* C-1928, p. 60, n. 2) y los utiliza en sus indagaciones (vid. *A. G.* C-1928, p. 35 v. ss.), les niega este valor primordial (cfr. a. apartados 3 y 5).

(47) Vid. HESSEN, *Teoría del conocimiento*, p. 104 y ss., p. 200.

titutivas. Estas últimas son relaciones que convienen a los contenidos en su ser, independientemente de la conciencia, y que, por ende, ésta se limita a recoger y repetir; las primeras, por el contrario, son relaciones en que los contenidos se prestan porque y en tanto que, la conciencia relacionante los pone entre sí en una conexión, que no les conviene en sí e independientemente de ésta» (48). Estas nociones vamos a trasladarlas al terreno del Derecho, y sin ánimo de novedad sino de claridad en la exposición, identificarlas con los conceptos jurídicos habituales en aquél, para encontrarnos con dos grupos de igual valor y función gnoseológica que las precitadas categorías.

En las esferas de estudio del fenómeno jurídico (vid. a. 1 pr.) calificaremos de «categorías jurídicas constitutivas», las correspondientes a la esfera filosófica, nuestra reflexión las revela pero no las crea; y de «categorías jurídicas reflexivas», las pertenecientes a la dogmática abstracta o moderna, resultado de abstracciones y sistematizaciones. Ambas forman los cimientos de la mente jurídica propia; pero sólo las primeras son imprescindibles de nuestro conocer. Cuando BETTI enumera las categorías necesarias para toda indagación del Derecho (vid. a. nota 39); no pretende dotarlas del valor «apriorístico» y universal de las kantianas, en cuanto fruto de una dogmática históricamente condicionada (vid. a. n. 25), pero yerra si piensa que ésta las produjo a todas. Porque existen una serie de conceptos jurídicos básicos—nuestras precitadas categorías constitutivas—verdaderas «estructuras lógicas, que están en todos y cada uno de los regímenes jurídicos, y en todas y cada una de sus partes» (49) que son universalmente válidos, y que por ser inherentes a la noción de Derecho participan de su carácter de construcción «a priori»; recordemos entre estos conceptos los de precepto jurídico, sujeto y objeto del mismo, sanción, relación jurídica, legalidad, ilegalidad, deber jurídico, derecho subjetivo, vigencia, etc. en los que puede incluirse hecho, acto y negocio jurídico (50); y sin

(48) HESSEN, *Teoría del conocimiento*, p. 197.

(49) DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, I, p. 32 (nota de RECASSENS SICHES).

(50) Cfr. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, I, p. 3, p. 212 y ss., y las correspondientes notas de RECASSENS SICHES, sobre acto y negocio jurídico, p. 31, p. 243 y ss.

embargo, como antes apuntamos vienen también incluidos por BETTI en su relación.

Estos conceptos universales y ajenos a la dogmática, categorías jurídicas constitutivas, pueden presentar cualquier ordenamiento jurídico presente o pasado, con sólo rellenar esas «formas» o utilizar esos conceptos con sus normas específicas; labor que de por sí no es ni fragmentaria ni estrictamente erudita, pues, depende del estado de las fuentes. La «imagen del Derecho Romano» será en nuestro caso el resultado, entrando en su composición:

1.º) Principios del ordenamiento jurídico positivo en los varios momentos de su desenvolvimiento histórico.

2.º) Dogmática producida por los juristas romanos.

3.º) Dogmática latente del ordenamiento, obtenida por abstracciones de las normas recogidas en primer lugar o con la ayuda de otras fuentes históricas, lo que al propio BETTI parece factible (cfr. a. apartado 3).

Distinta es la cuestión de la conveniencia o necesidad de completar la anterior imagen. Ya entonces habremos de utilizar nuestra actual dogmática con valor de categoría reflexiva, es decir, recordamos, como algo que sólo procede en función de la conciencia relacionante. Nosotros, estimamos tal utilización dependiente de las tres posibles situaciones a que pueden abocar los anteriores resultados, una vez salvada la intangibilidad de los principios positivos, siempre sujetos a la expresión de la fuente depurada por la crítica:

1.º) Disposiciones jurídicas plenamente explicadas por la «dogmática romana», bien en su expresión por los juristas, o bien en nuestra investigación encaminada a poner de relieve los supuestos en que se encuentra en estado latente (51). En este caso no se debe intervenir por ningún concepto con nuevas construcciones (52).

2.º) Principios cuya dogmática nos resulta incomprendible o inalcanzable, por su alejamiento mental de nuestras actuales concepciones. Aquí cabe—y el pensamiento nos recuerda, a pesar

(51) BETTI, admite la explicación de los institutos jurídicos por medio de esas ideas latentes, *A. G.* C-1928, p. 58 y ss.

(52) Porque las construcciones resultantes serían innecesarias, vid. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, p. 18, n. 16.

de las discusiones, la estructura familiar romana genialmente iluminada por BONFANTE—utilizar algún dogma actual para su explicación, como «traducción» para adecuar nuestra mente a la de Roma (53).

3.º) Principios cuya dogmática, bien por insuficiencia de las fuentes (acojamos entre numerosos ejemplos, el del indistinto perfil de algunas instituciones antes del descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo (54)), bien por corresponder al instante en que la Compilación de Justiniano cerceno su desarrollo (vale al caso, el del documento citado por DE SARLO (55)), no bastan a dar satisfacción a nuestro deseo de saber. En esta situación procede el complemento con dogmas medioevales o modernos.

4.—EN CONCLUSION

La dogmática actual no sirve de método de investigación sino de conocimiento de los derechos históricos. En primer lugar, porque presupone ya revelados sus normas y principios (vid. a. p. 26); así resulta aclarado que no buscará en aquéllos lo que fuera bastante a satisfacer los dogmas actuales (56). En segundo, porque las categorías jurídicas necesarias y bastantes a orientar nuestras indagaciones, no proceden de dicha dogmática moderna (vid. a. p. 30, 32-3).

Como tal método de conocimiento—inaplicable, no obstante, para juzgar la actividad de los juristas romanos (vid. a. p. 27-8)—requiere para ser comprendido, destacar junto al objeto y el sujeto, los elementos de la relación que los una (vid. a. p. 26). Por parte del objeto, señalamos como la dogmática producida por los juristas romanos, no se inserta en él (vid. a. p. 28-9), siendo su lugar, el de precioso elemento informativo pero no

(53) No quiere esto decir, repitámoslo, sino que estamos reconociendo una necesidad científica. Queda siempre abierto el camino para encontrar explicaciones «romanas» a sus instituciones propias, por ejemplo las preciosas consideraciones de B. BIONDI, *Objeto y método de la jurisprudencia romana*, en *Arte y Ciencia...*, p. 32 y ss.; sin embargo la brillante aportación de dicho autor sobre el proceso (vid. *Diritto e processo nella legislazione Giustiniana*, en *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, 1931, p. 141), es en realidad «traducir» un dogma romano, invirtiendo el actual que da la prioridad al derecho subjetivo sobre la acción.

(54) Vid. U. ALVAREZ, p. 340-341 y notas.

(55) DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze...*, p. 110 ss.

(56) Cfr. U. ALVAREZ, p. 296. GUARINO, *A. G.* 1946 (fase. 1) p. 69-70.

necesariamente vinculante (vid. a. p. 31). En cuanto al sujeto, destacamos que la dogmática actual, es un superpuesto a su constitución mental, cuya base la forman unas categorías jurídicas posibles de revelar pero no de «crear» por la ciencia, universales y eternas (vid. a. p. 29-30); puédesse pues, juzgar «desde fuera» la dogmática presente y prescindir de ella en la investigación histórico-jurídica. Problema inicial de nuestra indagación.

Finalmente, en orden al segundo problema que nos planteábamos, papel de la dogmática ante nuestro derecho, pusimos de relieve «la relación de conocimiento» (vid. a. p. 31 ss.): Interpretando que junto a las categorías jurídicas constitutivas—que convienen a la esencia de todo Derecho—existen otras reflexivas—nacidas de la dogmática actual y que a Derechos pasados sólo les convienen en conexiones creadas por nuestro intelecto.—Utilizadas las primeras para aprehender el Derecho Romano, se podía llegar a principios insuficientemente explicados por su dogmática revelada o latente; esta situación la remedia emplear las categorías reflexivas, «traduciendo» a nuestra mente lo inaprehensible por lejanía mental, y complementando los dogmas cercenados en su evolución o en sus datos.

No veremos, todo esto presente, perjuicio en la utilización de dogmas modernos que eviten lagunas e incompreensiones. Sobre todo, si la tarea va acompañada de la conciencia de que aplicámos una dogmática fruto de años y a ellos vinculada, sobre un Derecho que resistió victorioso el transcurso de los siglos.

JOSÉ APARICI DÍAZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
EN LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO