

DERECHO ROMANO

(Max KASER: *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964)

El pensar axiomático, sirviéndose de la deducción lógica, hace derivar todas las máximas y conceptos de un sistema de normas y conceptos raíces, que por ser axiomas no son susceptibles ni necesitan de ulterior fundamentación. Tanto los axiomas que se encuentran en la cúspide de este ordenamiento, como los conceptos básicos deben ser de tal naturaleza, que no excluyan mutuamente, ni tampoco sean deducibles de otros ni del conjunto del sistema; y, sin embargo, todas las demás normas del sistema han de poder deducirse de él. Sólo un ordenamiento de tal tipo es un "sistema" en sentido aristotélico.

Frente al método axiomático se encuentra la tópica, es decir, la técnica del pensar, que se orienta hacia el problema. La tópica no parte del sistema como totalidad, de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo. Busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión. Son éstos los *topoi*. De este modo la tópica es el arte de encontrar tales *topoi*. Pero estas ideas guía no son, ya de antemano, verdades válidas y unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos. Por eso, se discute su aplicación al caso controvertido y su significado para la solución del mismo, hasta que quede clara la decisión final del litigio.

Se comprende que la tópica sea por excelencia el modo de razonar las controversias jurídicas, y se comprende también que agradara a Cicerón para la lucha procesal por el Derecho. Pues en los litigios jurídicos la decisión con frecuencia no se deduce de una verdad única y segura. Más bien se encuentran aquí frente a frente diversas ideas guía que hay que sopesar en pro y en contra. En esta controversia, que puede resolverse tanto ante un tribunal como por medio de un intercambio de opiniones, se trata de determinar si las premisas que aduce cada una de las partes, son o no relevantes, aceptables, defendibles, y la decisión hay que encontrarla sopesando comparativamente las premisas.

La manera que tenían los romanos de ver su Derecho casuística mente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los períodos de la historia de su Derecho. Es de presumir que este enfoque en una época primitiva fuera común a todos los pueblos y culturas. En los comienzos de cualquier pensamiento jurídico existe el tribunal, en que se encuentra el Derecho para cada caso concreto, no la ley. Pues la ley, al ser norma abstracta, presupone ya la facultad de abstraer del caso concreto. Claro es, que esta aptitud pudo ya adquirirse en época temprana. Una vez superados estadios preliminares tan irracionales como el juicio de Dios, se impone necesariamente la consecuencia de que deba repetirse el fallo que se ha encontrado justo cuando se de otro caso igual, y luego, que todos los casos iguales deban fallarse del mismo modo.

Sin embargo, el Derecho romano mantuvo siempre ese carácter de casuística jurídica, o mejor, de problemática jurídica. Y esto sigue siendo cierto aunque haya habido actos de codificación, en tiempos primitivos con las XII Tablas y luego al final de la Edad Antigua con el Corpus Juris. Estos no excluyen que el carácter total del Derecho romano, y concretamente del clásico, venga determinado por el hecho de que el conjunto de las ideas jurídicas se encarna en los problemas casuísticos que los juristas resuelven y exponen. El Derecho legal representa únicamente un marco muy elástico en la elaboración creadora del Derecho por parte de los juristas.

Al preguntar por los caminos que condujeron a los romanos a elaborar su Derecho dentro de este estilo casuístico, no hay que responder indicando inmediatamente los métodos racionales de la inducción y de la deducción. A juzgar por las impresiones que pueden recogerse fidedignamente de la tradición, lo que se encuentra en primer plano es más bien la intuición, esto es, se llega a la decisión mediante una comprensión inmediata, que no necesita de una argumentación racional. Este ver espontáneamente la solución exacta se basa en dos tipos de fundamentos que se compenetran íntimamente; a saber, el sentimiento jurídico material, y la enorme experiencia adquirida en esmerada labor.

DERECHO ROMANO (continuación)

Esto no significa que ellos creyeran imposible una motivación racional. Les bastaba apoyar la decisión en su autoridad, concientes de sus seguras facultades cognoscitivas; en todo caso era para ellos suficiente apoyarse en la autoridad de sus predecesores, citándolos. Pues a los clásicos les parecía más importante aducir antiguos juristas que argumentos de fondo [...]. Precisamente a fines del siglo 1 a.C., en el momento en que la jurisprudencia romana camina hacia su más alto esplendor, se puede observar una tendencia a postergar las motivaciones racionales y a confiar del modo más decidido en la percepción inmediata. Hay que enlazar este hecho con que al avanzar la época clásica se superan las últimas influencias del choque precedente con la filosofía griega, choque, que favoreció mucho las preocupaciones teóricas; y por otra parte, se refuerza la vinculación de los juristas con la práctica viva de su época.

El jurista se distancia algo más del caso, cuando se basa en una norma jurídica abstracta. Esto se manifiesta especialmente en los comentarios y otros escritos. Sin embargo, tales juicios, al no tener un contenido bien delimitado, se sustraen al peligro de inexactitud, que amenaza a la regla [ley].

Lo que hace el jurista en estos juicios es más bien resumir la idea común de una casuística unitaria y bien delimitada. Estas normas son al propio tiempo meras formas abreviadas de la suma de resultados de una serie de soluciones sueltas. El hecho de que procedan de la casuística tiene consecuencias importantes para su valoración. Estas normas no se presentan con la pretensión de tener vigencia como normas vinculantes, un mandato de obediencia futura. Lo que encierran es más bien un mero juicio de la experiencia sobre el pasado, es decir, indican que hasta ese momento la casuística está de acuerdo en cuanto al contenido de esa norma, que éste no constituye materia controvertida. La validez de este juicio obtenido empíricamente no será otra que la que corresponda tanto a la prudencia y justicia de su contenido, como a la autoridad del jurista y de sus predecesores del mismo parecer.

En lo que se refiere a la importancia de la regla como medio de conocer el Derecho es significativa la célebre sentencia de Paulo: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* [no de la ley se extrae el Derecho, sino que del Derecho se hace la ley].

MÉTODO HERMENÉUTICO EN EL DERECHO ROMANO

RAÚL SOTO VILLAFLOR

Universidad Finis Terrae y de Talca

1. INTRODUCCIÓN

El título de nuestro trabajo nos sugiere un análisis histórico sobre la actividad interpretativa y fijadora de sentido de las leyes que los juristas romanos hicieron especialmente en la época clásica¹. En el desarrollo de nuestras ideas intentaremos analizar el método hermenéutico que aplicaban fundamentalmente jurisprudentes y jueces en el Derecho Romano.

Para acercarnos al concepto diremos que la palabra *interpretatio* se encuentra referida en las fuentes romanas de dos maneras distintas, aunque de contenido unívoco como vemos a continuación; *interpretatio iuris* o su equivalente *interpretatio prudentium*². Así se expresan en el célebre texto de Gayo. En derecho clásico romano la *interpretatio iuris* es la doctrina de los juristas quienes creaban autónomamente del contenido legislativo, lo que pretendían era comprender. Intentando una traducción de esta *interpretatio* decimos que es la comprensión de los jurisprudentes. Además se empleó una segunda acepción del concepto expresado con la denominación; “*interpretatio legis*”. Los juristas creaban un nuevo Derecho con la *interpretatio prudentium* mientras que con la *interpretatio legis* o interpretación de la ley tomaban como objeto de operación el texto normativo, como antecedente para determinar su sentido. Esta es la expresión que nos interesa abordar: la *interpretatio legis*. Entre ambas *interpretationes* existe una relación dinámica, de manera que si hacemos distingo es solo para efectos conceptuales; la *interpretatio iuris*, en efecto, suele suponer y tener como presupuesto una *interpretatio legis* entendida como hermenéutica sin más (en época arcaica, especialmente a las XII Tablas); mientras que, por otro lado, los resultados de la *interpretatio legis* también así entendida, terminan por hacerse parte de la *interpretatio iuris*, en cuanto doctrina y *ius civile*³.

Nuestro propósito en este trabajo es analizar el método hermenéutico seguido por los juristas romanos y distinguirlo por su objeto fijador de sentido diferente al emanado del tenor literal de las leyes.

¹ Cf. BIONDI, Biondo, “Interpretatio prudentium e legislazione”, en *BIDRA*, 3, 1935, p.139 y ss; BETTI, Emilio, “Forma e sostanza della interpretatio prudentium” (1948), ahora en él mismo, *Diritto, método, ermementica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 367 y ss.; FREZZA, Paolo, “La interpretazione del diritto nella storia della giurisprudenza romana”, en *Atti del colloquio romanístico-canonístico*, Roma, Univ. Lateranense, 1979, p. 41 y ss.

² Gai. III, 15; D. 50.16.246.1.

³ Cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, 2000, p. 21.

2. MÉTODO INTERPRETATIVO DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA

El Derecho Romano es un derecho de juristas es decir sus autores son los juristas quienes a través de sus actividades crean el Derecho. Estas actividades jurisprudenciales se resumen en tres expresiones que son: *agere*, actividad de asesoramiento a los litigantes en un juicio para indicarles la precisa fórmula a ser presentada; *cavere*, actividad de adaptación de los viejos negocios del antiguo *ius* a los nuevos negocios habidos a partir de fines de la República; y finalmente *respondere*, actividad que consiste en las respuestas que entregaban los *iurisprudentes* a aquellos que le preguntaban sobre materias de interés jurídico⁴.

Presupuesto para comprender el significado y contenido de la obra del jurista es determinar en qué sentido es autor y creador del Derecho: *iuris autor*. Para ello hemos de desprendernos, ante todo, de nuestras concepciones actuales sobre la creación del Derecho y su elaboración realizada por el legislador. El jurista romano no elabora leyes, sino práctica jurídica, dando exteriorización a la costumbre y a los usos sociales, que dirige y encausa por la senda del *bonum et aequum*. La función creadora del Derecho por la jurisprudencia romana reviste caracteres propios y peculiares, que es importante destacar, diferenciándolos de las otras fuentes del Derecho.

La principal fuente integradora del Derecho está constituida por las decisiones y respuestas de los jurisconsultos que son denominados por ello, *iuris auctores* y *iuris conditores*; llega incluso a afirmarse que no puede subsistir el Derecho sin la labor del jurisperito⁵. La actividad de los juristas, fuera de toda intervención del poder, se desenvuelve mediante un continuo proceso de elaboración, que se denomina *interpretatio*. Esta labor de *interpretatio* entraña una verdadera creación del Derecho, hasta el punto que integra y crea el *ius civile*, pudiendo llegar a decirse que el Derecho Civil consiste en la sola interpretación de los prudentes⁶, e igualmente que es el Derecho compuesto por los prudentes⁷, y que los jurisconsultos son el fundamento del Derecho Civil⁸. En este sentido comprende la gran labor desarrollada durante siglos por los prudentes, tanto en la creación propiamente dicha del Derecho, en la fundación de instituciones y formulación de reglas y principios, a través de una fecundísima casuística, como en la integración y adecuación a las relaciones y contingencias humanas de todo el Derecho establecido, en su más amplio sentido. Interpretación del Derecho, hasta tal punto que no existe una diferencia precisa entre interpretación creadora e interpretación legal, tal como lo entendemos en la actualidad. Los límites entre interpretación creadora e interpretación meramente declarativa no eran precisos, e, incluso, su determinación debía parecer ociosa ante la misión del jurista: la distinción entre interpretación y creación del Derecho era vana para el jurista romano porque estas entidades, que nosotros separamos agudamente, se concentran en la persona del jurista⁹. Es, pues, necesario, como presupuesto inicial, que distingamos y separemos la interpretación moderna del Derecho y la *interpretatio* romana.

El concepto de *interpretatio* de los juristas romanos explicado en el párrafo anterior se corresponde con lo que nos señala Betti en cuanto al objeto de la interpretación que muchos juristas confunden; "...en los comportamientos prácticos, no menos que en las declaraciones, el objeto de interpretación no es la voluntad como tal, sino más bien la forma en la que aquella

⁴ Cf. D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, 7ª ed., Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1989, p. 58 y ss.

⁵ *Quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quam possit quotidie in melius produci* (Pomponio, D 1.2.2.13.).

⁶ *Ius civile... in solaprudentium interpretatione consistit.* (D. 1.2.2.12.).

⁷ *Ius compositum a prudentibus* (D. 1.1.1.29.).

⁸ *...fimdaverunt ius civile* (D.1.1.1.29.).

⁹ BIONDI, Biondo, *Prospettive romanistiche*, Milán, 1933, p.24 y ss.

viene expresada, lo que se ha hecho o lo que se ha dicho”¹⁰. La opinión de Betti se refiere al mismo Derecho¹¹, es decir al resultado práctico de la actividad jurisprudencial, extendiendo su opinión al derecho romano. Asimismo Gadamer determina ese objeto de la interpretación en el lenguaje, es decir, “lo que se ha hecho o lo dicho”¹² para Gadamer no puede ser más que lenguaje y la forma de la comprensión es la interpretación¹³. Siguiendo estas opiniones es plenamente consecuente con ellas que los romanistas vinculen directamente el Derecho Romano con los escritos de los prudentes, pues éstos son la expresión más propia del lenguaje en el Derecho. Así D’ors define el Derecho Romano de la siguiente manera; “concepto de derecho romano; se entiende por derecho romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto...”¹⁴.

La hermenéutica es una disciplina que se ocupa del arte de comprender textos¹⁵. Este concepto no se puede confundir con el de interpretación. La hermenéutica se basa en la acción del intérprete quien comprende el significado de los textos desde la perspectiva de su conciencia histórica¹⁶. Por ello los significados textuales pudieran no corresponderse con los existentes al tiempo de su creación. Otro concepto de hermenéutica nos ha sido dado por Madrid quien señala que se caracteriza principalmente, por la idea que “la verdad es el fruto de una interpretación”¹⁷. La palabra “hermenéutica” que significa expresar o interpretar originalmente tenía el sentido de ser una teoría o arte de la interpretación. Por eso es que en el lenguaje vulgar se suele identificar hermenéutica con interpretación, como un sinónimo más culto. Hermenéutica en su sentido contemporáneo, no quiere decir simplemente interpretación, sino que, en la actualidad se denomina con el nombre de hermenéutica según lo expuesto por Osuna, a la experiencia de comprensión suscitada en lo profundo del ser humano. En contra del historicismo objetivista y romántico que soñaba con reconstruir fielmente el pasado, lo que ahora se proyecta es describir la actividad jurídica de interpretar y aplicar, como una experiencia personal que genera la verdad del aquí y el ahora y que no se confunde, sin más, con la verdad del texto histórico archivado ni con la del legislador y creador originario¹⁹. Para Gadamer en la hermenéutica el sentido que se trata de comprender solo se concreta y se completa en la interpretación, pero al mismo tiempo esta acción interpretadora se mantiene enteramente atada al sentido del texto²⁰. Este pensamiento de Gadamer se entiende en cuanto que aquel que interpreta para comprender ha de realizar la transformación que les acontece a los conceptos del pasado cuando se intenta

¹⁰ BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoría genérale e dogmática)* Milano, Dott. A, Giufré Editor, (2ª Edizione riveduta e ampliata a cura di Giuliano Grifó.), 1971. Existe versión castellana; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos.* (José Luis de los Mozos) Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, p. 28.

¹¹ Cf. D’ORS, *op. cit.*, p. 27. El Derecho Romano consiste en una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto. Se identifica al Derecho en Roma con la manifestación del saber de la autoridad jurisprudencial expresada en textos.

¹² *Vid. Supra*, p. 3.

¹³ Cf. GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*. 1975. Existe versión castellana; *Verdad*

y *Método I Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed. (Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993, pp. 467-468.

¹⁴ D’ORS, *Ibid.*

¹⁵ GADAMER, *Ibid.*, p. 217.

¹⁶ Cf. GADAMER, *Ibid.*, pp. 225, 461-475. *Vid.* 21.

¹⁷ Raúl Madrid Ramírez, Concepto ofrecido durante el desarrollo del curso monográfico de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en el año 2002. Curso Historia del Pensamiento Hermenéutico.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ OSUNA HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Hermenéutica Jurídica, en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992, pp. 12-13.

²⁰ GADAMER, *op. cit.*, p. 405.

pensar en ellos. Esto es pensar históricamente importa una mediación entre dichos conceptos y el propio pensar²¹.

La *interpretatio* romana es un concepto que comprende toda la actividad del prudente²²; opera tanto en la revelación del *im*, cuyas raíces hondas están en la propia realidad y en el desenvolvimiento de los estrictos y rígidos principios del primitivo *ius quiritorium*, con lo que se realiza por la antigua Jurisprudencia una verdadera creación jurídica, como junto a las otras fuentes integradoras (leyes, senadoconsultos, edictos y constituciones imperiales), en las que realiza una función de inspiración y complemento y, al mismo tiempo, de interpretación lógica y extensa.

Más que diversidad de funciones en la *interpretatio prudentium*, han de distinguirse los distintos cuerpos o complejos jurídicos sobre los que actúa. Como destaca Biondi, el que la *interpretatio* sea creadora de Derecho, es del todo exacto sólo en orden al *ius civile*, hasta el punto que se establece una precisa equivalencia entre *im civile* e *interpretatio*, pero en cuanto a las leyes, los senadoconsultos, el edicto de los pretores y las constituciones imperiales no ocurre lo mismo, pues en ellos los juristas están ligados al texto y al espíritu de las leyes²⁴; pero ni siquiera respecto de estas formaciones autónomas y autoritarias del Derecho, puede decirse que la *interpretatio* sea meramente declarativa: existe una influencia en las distintas estratificaciones de los ordenamientos o complejos jurídicos, y precisamente la Jurisprudencia, a través de agrupamientos de instituciones afines y de extensión de principios de unos a otros sistemas, construyó las bases y proporcionó los elementos para la fusión de los varios ordenamientos jurídicos (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius novurri*) en un sistema unitario²⁵.

La *interpretatio* no es, pues, solo método sino sobre todo sustancia jurídica y en ello reside precisamente la dificultad de la cuestión. En cuanto a la distinción de la función del jurista y la del pretor, entre *interpretatio* y *ius honorarium*, se destaca acertadamente²⁶ que la actividad del pretor fundada en su *imperium*, comienza donde no puede llegar el jurista. En el ámbito del *ius civile*, el pretor opera a la sombra de los juristas y en el Derecho pretorio son los juristas los que operan a la sombra del pretor²⁷. De todos modos, no parece que pueda llegarse al extremo de contraponer tajantemente el *ius civile*, integrado por la *interpretatio*, y el *ius honorarium*, mediante el criterio de la rigurosa y extrema movilidad de éste, de que uno sea *ratio* y el otro oportunidad; no puede perderse de vista que la *interpretatio*, por encima de rigor lógico y de *ratio* es utilidad, y también oportunidad, y que ambos derechos sirven al mismo fin; a lo justo y equitativo; ambas funciones, la del jurista y la del pretor, están encaminadas a atender con nuevos remedios las mudables necesidades humanas, que en definitiva determinan la creación o transformación del Derecho.

3. MÉTODO HERMENÉUTICO DE DERECHO ROMANO

Los juristas romanos usaron de un método hermenéutico²⁸, que nunca presentaron sistemáticamente²⁹, tal cual como se desprende de los escritos que de ellos conservamos en los cuales

²¹ Cf. GADAMER, p. 477.

²² Vid. Lo dicho sobre la actividad de los prudentes.

²³ BIONDI, *op. cit.*, p. 42.

²⁴ La palabra 'espíritu' en el sentido que lo usa Ihering. Cf. VON IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, p. 24.

²⁵ BIONDI, *op. cit.*, p. 67.

²⁶ *Ibid.*, p. 41.

²⁷ *Ibid.*, p. 50.

²⁸ GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Casulsmo y jurisprudencia romana. Casos famosos del Digesto*, Madrid, Editorial de la UNED, 1971, p. 20.

²⁹ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 45.