

LA HERENCIA DE ROMA EN EL DERECHO

MARIO TALAMANCA*

Excelentísimo Señor Rector, Ilustres Autoridades, queridos colegas, estudiantes, señoras y señores.

Ante todo, debo expresar mi sincera gratitud a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y a su Rector, y a la Facultad de Derecho y a su Decano, y no sólo lo hago en atención al tradicional ritual de la investidura sino en aras de un profundo sentido de reconocimiento. Debo mencionar a mi padrino, y promotor de esta ceremonia, el colega Manuel García Garrido, con el que me unen cuarenta años de estrecha amistad, iniciada, en nuestra juventud, en la escuela romana de nuestros grandes maestros: Emilio Betti, Pietro de Francisci, Edoardo Volterra, y sobre todo, Vincenzo Arangio-Ruiz, que me inició con

* El Profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad La Sapienza de Roma, y Decano de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad, es una de las personalidades más destacadas y relevantes del actual romanismo italiano.

Nació en Roma el 24 de febrero de 1928, hijo de Notario.

— Se doctoró en la Universidad de Roma en 1951, con la máxima calificación. Fué ayudante de los más ilustres maestros de esa Universidad: Betti, Arangio Ruiz y Volterra. Alcanzó el título de *libero docente* en 1956.

— Después fue Magistrado de 1955 a 1958.

— Ganó por concurso la plaza de profesor extraordinario de la Universidad de Cagliari, en 1958, y profesor ordinario en 1961.

— Por concurso pasó a la Universidad de Siena, como Catedrático de Instituciones de Derecho Romano, de 1965 a 1973.

— Profesor ordinario di Historia del Derecho Romano de la Universidad La Sapienza de Roma de 1973 a 1985, y de Instituciones de Derecho Romano desde ese año a la actualidad.

— Ha enseñado también Derecho Comparado en la Universidad de Roma y encargado de Derecho griego en la Escuela de perfeccionamiento en Derecho Romano. También enseña Sucesiones testamentarias en el Colegio de Notarios de Roma, desde 1566 hasta hoy.

segura mano en mi carrera de estudioso, y hacia el que profeso el más afectuoso y devoto recuerdo, que se hace siempre más profundo en el transcurso de los años. Creo que el altísimo reconocimiento que hoy se me ofrece se debe más que a los méritos de mi modesta persona, sobrevalorados por la antigua amistad de Don Manuel, a lo mucho que he recibido y a lo poco que he sabido transmitir de tanta sabiduría y tan esclarecida escuela, y es por ello que yo transfiero a estos maestros, de imborrable memoria, el elogio y el honor conferidos.

Me parece particularmente significativo que una Universidad, a cuyo Claustro me honra incorporarme, que para la difusión de sus enseñanzas se sirve de las más modernas metodologías, basadas en la tecnología más avanzada, se otorgue este alto e inmerecido honor precisamente a un romanista. Porque,

— Ha sido Director del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Cagliari. Miembro del Consejo de administración de las universidades de Cagliari, Siena y Roma. También miembro del Comité directivo del CATTID, Organismo para los problemas de aplicaciones televisivas y de la enseñanza a distancia.

— Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad La Sapienza de Roma, desde hace más de diez años. También Presidente de la Conferencia de Decanos de Jurisprudencia desde hace cinco años.

— Miembro de la comisión ministerial (Comisión Elia) para la reforma de los estudios de Derecho en Italia. También miembro de la Comisión para la selección de magistrados y abogados desde 1991.

— Codirector general de la Enciclopedia del Diritto.

— Director del «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», de Roma, sucediendo al gran romanista Edoardo Volterra. Miembro del Comité científico internacional de la revista Iura.

— Miembro en sucesivas y numerosas comisiones para los distintos grados de la carrera universitaria y también de magistrados y abogados.

— Ha dado cursos y pronunciado conferencias en las más importantes universidades de Europa y del mundo.

PRINCIPALES PUBLICACIONES

L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano, Milano, 1953.

Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico, Roma, 1954 (Mem. Lincei, VIII S., VI.2).

Studi sulla legittimazione passiva all'«hereditatis petitio», Milano, 1956.

Ricerche in tema di «compromissum», Milano, 1958.

Revoca testamentaria e «translatio legati», in *Studi E. Betti*, IV, Milano, 1962, 181 ss.

Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca, in *Riv. dir. civ.*, 10, 1964, 150 ss.

Successioni testamentarie (art. 679-712), Bologna-Roma, 1965 (nel *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*), rist. riveduta 1978.

Sul concorso fra legato e manomissione, in *Studi B. Biondi*, II, Milano, 1965, 313 ss.

L'unità della «venditio» in *I. 3. 23 pr.*, in *Scritti A. Giuffrè*, I, 1967, 805 ss.

«Alia causa» e «durior condicio» come limite dell'obbligazione dell'«adpromissor», in *Studi G. Grosso*, III, Torino, 1970, 117 ss.

Poteri e funzioni dell'esecutore testamentario, in *Riv. notar.*, 23, 1970, 972 ss.

aunque ha dedicado una marginal atención al derecho positivo, ha consagrado todo su esfuerzo, en la medida que le ha sido posible, al estudio de la experiencia jurídica romana, en el amplio marco que ofrecen los derechos de la antigüedad clásica. Esto constituye un claro e importante reconocimiento del valor de esta experiencia para el jurista que, como inmediato campo de observación, estudie el derecho vigente.

En la atención, que también con esta ceremonia, se demuestra al estudio del derecho romano (y en general, a la historia del Derecho) en la formación del jurista que actúa en el presente, se deduce la confirmación del principio básico de toda nuestra civilización del derecho: la consideración unitaria del saber jurídico, aunque esté fraccionado en sectores o contemplado desde distintos puntos de vista. Esta concepción unitaria está íntimamente ligada a la fundamentación cultural del jurista, basado en su posición en la historia, fundamento que lo distingue del que sólo capta el significado externo de las leyes; del que sabe encontrar —o espera hacerlo— el sentido de una proposición normativa y, quizá, llega a situarla en la tupida jungla de disposiciones normativas que forma el ordenamiento jurídico de una cualquiera entre las naciones avanzadas de nuestro tiempo. Sin duda se trata también en este caso de un saber específico, casi siempre inaccesible para el hombre de la calle por los tecnicismos verbales que son, en el lenguaje del derecho, cada vez más imprescindibles por la desmesurada ampliación de las materias objeto de la legislación.

La diferencia entre quien conoce de este modo las leyes y el verdadero jurista es importante. Aquí debo citar la fundada intuición del jurista Pomponio, que yo prefiero leer en la iluminadora versión de Vittorio Scialoja, el estudioso a cuya obra e ingenio debe la romanística italiana la posición de indudable prestigio que hoy ocupa: *constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit cottidie in medium produci*. El derecho consiste más que en otra cosa en la obra del jurista que realiza el trámite necesario para que los preceptos jurídicos puedan individualizarse y aplicarse en la vida de cada día. Y esta obra del jurista no puede realizarse si no está sólidamente basada en la reflexión científica sobre los datos de la práctica y de la legislación.

Precisamente es en la experiencia jurídica romana donde surge por primera vez en el mundo occidental (puede decirse incluso en la experiencia humana en general) la ciencia del derecho positivo en cuanto tal. En la civilización griega, se contempla la formación de todas las ciencias, y sobre todo de los «*tecnai*», los sistemas de conocimiento dirigidos a un fin práctico, entre los cuales con toda legitimidad habría podido encontrarse el derecho. Cualquiera que haya sido la razón de ello, los griegos no llegaron a tanto; sin embargo, en el nivel de aquella retórica que representaba en el mundo antiguo también una especie de teoría general de la ciencia, proporcionaron a la naciente jurisprudencia romana los modelos de la argumentación científica. Solamente en Roma, con el progreso en las técnicas ya usadas, en un nivel más o menos consciente, se da el surgir de esta nueva «*tecné*», en una evolución jurisprudencial que desde los

pontífices lleva a los *prudentes* laicos. En expresión latina, se trata de un *ars*, del *ars boni et aequi*, como lo definía Celso (y ello no sin que la ideología no influiese en su discurso).

La herencia que Roma nos ha dejado está precisamente en la jurisprudencia, en el modo de vivir el derecho especialmente característico del actuar de los *prudentes*. Es un patrimonio de método, no de concretas normaciones. Este es un equívoco muy difundido (a veces conscientemente), que deriva del hecho de que nos referimos a la experiencia jurídica romana con el término –no unívoco– de «derecho romano», entre cuyos significados se elige el «objetivo»: así el «derecho romano» mismo viene comprendido como un conjunto coherente de decisiones, e incluso, desde un punto de vista legislativo, como un conjunto de principios normativos que pueden descubrirse como precedentes de nuestras normas de los Códigos civiles.

Sin embargo, esto no corresponde al modo en el que se vivía el derecho en la época clásica, en la que la *iurisprudentia* alcanzó su apogeo, al menos en cuanto se refiere a la experiencia metropolitana. En esta época el *ius* era esencialmente *controversum*: si poseyésemos el *corpus* completo de las obras de los *prudentes*, sería el intérprete el que debería crear el ente normativo unitario con el que generalmente se identifica al derecho romano, escogiendo –¿en que nivel histórico?– entre las discrepantes *sententiae* de los *prudentes*.

Pero incluso en la compilación justiniana el *ius controversum* ha dejado su huella profunda en los *Digesta*, con la complicidad, más o menos consciente, de los profesores presentes en la comisión encargada de su redacción pese a las intervenciones del Emperador. En el Digesto se encuentra el origen de la ciencia jurídica occidental: en la lección de método, hecha posible por la contraposición de las diversas *sententiae*, está el patrimonio imperecedero de la *iurisprudentia* romana transmitido por Justiniano, el emperador bizantino que tenía el culto de la «romanidad».

El rasgo característico que proveniente de la experiencia romana asume nuestra cultura jurídica es, por tanto, la racionalidad en el decidir, el argumentar razonado sobre la solución de cualquier problema, tanto práctico como teórico, en el ámbito del derecho: la racionalidad que –en términos más o menos amplios o elásticos– es también previsibilidad, en sustitución a la imprevisibilidad de la ignorancia o de lo arbitrario. De esta racionalidad la experiencia jurídica no puede prescindir: No obstante la interesada parodia de los juristas que hace Cicerón en el Pro Murena, pese a las ilusiones de los legisladores, desde Justiniano hasta Napoleón, y especialmente en sociedades de relaciones ramificadas y complejas, la obra del jurista, como sabía Pomponio, es indispensable. No existe en el enfrentamiento con lo real de la existencia una normativa autoevidente que cualquiera puede aplicar, sin ser perito, *iuris peritus*: la abstracción de las leyes cada día más articuladas y complejas (en el vano intento de regular específicamente cada acontecimiento) unida, en conexión inevitable, a la aplicación mecánica de

las mismas sería, de otra parte, enemiga de la justicia, entendida no como la actuación sobre la tierra de un criterio ontológicamente inmutable, sino como el equilibrado valorar de los intereses confluyentes en una sociedad, según las reglas de valoración generalmente admitidas en ella.

Precisamente aquí se nos muestra, en la continuidad, una diferencia entre los *prudentes* que laboraban en la antigua Roma y la tarea de nuestros juristas, por lo menos de aquellos que actúan en el ámbito de las experiencias jurídicas de tipo continental, como se le acostumbra a llamar. En un sistema que se define de ordinario, al menos para el *ius civile*, como consuetudinario (sin embargo, también el *ius praetorium* presenta principios de normación positiva tan generales que deja a la *interpretatio* un vasto campo), el intérprete no mediaba solamente entre los juicios de valor asumidos en el ordenamiento y el caso concreto, operando –aunque fuera en un proceso formativo del todo independiente– en el mismo modo de la «*epieikeia*» aristotélica (en el sentido en que el término se utiliza en la «*Ethica ad Nichomachum*»). En cambio, en un sistema como se le denomina ahora, abierto, sus elecciones se colocaban –ante la ausencia de un continuo y forzoso comparar con un dato normativo obligatorio– en el ámbito de los juicios de valor, que actualmente están en línea de principio reservados –en la terminología del sistema «cerrado»– al legislador. Tarea privilegiada del historiador es averiguar, en un contexto tan característico, las formas y los trámites del ordenamiento creado por los *prudentes*.

Como herencia de los equilibrios sociales de la edad republicana la corporación de los *iuris periti* goza de una oligarquica igualdad, que permanece todavía en el principado hasta extinguirse en la época severiana. Esta igualdad que –por razones históricas estrechamente ligadas a su origen y evolución– ya caracterizaba el sistema de la jurisprudencia laica de los *veteres* y la distinguía claramente de la uniformidad –en la sincronía– de los *responsa pontificum*. No obstante, que el *ius respondendi* parezca demostrar lo contrario, sobre el *ius controversum* no ha intervenido decisivamente ni siquiera el poder imperial, que no ha evitado las controversias entre las escuelas, indudablemente más numerosas de cuanto podemos imaginar, ni a impuesto a juristas como Ulpiano y Paulo, *praefecti praetorio*, una concordancia de pareceres de las que ellos mismos creemos que huían por cuestiones de carácter.

En el período clásico todo ello lleva inevitablemente a debilitar un principio que, en la ideología actual, aparece con valor absoluto: la certeza del derecho, principio por lo demás estrechamente enlazado con la ideología legalística y con la prevalencia de los sistemas cerrados. En efecto, en la Roma del Principado no se puede decir que este sistema permaneciese: ni el mismo Príncipe, que con mayor o menor rapidez asumía todos los poderes del Estado, parecía atribuir una importancia decisiva a una certeza del derecho en la que él mismo intervenía. En el ámbito del derecho privado, o como se decía en el siglo pasado del «*Pandektenrecht*», el emperador actuaba con pleno respeto a las formas heredadas de la jurisprudencia republicana y se limitaba –en las discusiones

que se suscitaban en su *consilium* donde los juristas, por lo demás, tenían una eminente posición— a vigilar desde lo alto la evolución del sistema jurídico que en general continuaba a desarrollarse hasta la época de los Severos (cuando se extingue una jurisprudencia literariamente activa), según modelos ensayados.

Todo lo demás era dejado a los *prudentes*. Prescindiendo de la función desempeñada por el Pretor (reducido después a la relación entre jurisprudencia y emperador), los jueces no peritos del *ordo* tenían que depender de las opiniones de los juristas, sobre las que marginalmente influía el *ius respondendi ex auctoritate principis*, nunca utilizado por el emperador para imponer la uniformidad del derecho. Cuando, accidentalmente, el juzgador no fuese un *iusconsultus* que pudiese —en cuanto jurista y no en cuanto juez— encontrar una solución propia a las cuestiones de derecho que se le sometían, el *iudex privatus* sólo podía seguir, si no quería vulnerar el propio *officium*, las *sententiae prudentium*, las decisiones de los juristas sobre el caso concreto o abstractamente formulados sobre los puntos discutidos. Y estas decisiones eran, *naturaliter*, discrepantes y formaban el *ius controversum*.

Indudablemente existen en el seno de la sociedad, directrices con carácter general que progresivamente marginan las soluciones menos adecuadas y consiguen individualizar —sobre una más amplia perspectiva— las sistematizaciones más satisfactorias y por ello generalmente admitidas. Piénsese sólo en la disputa entre la escuelas sobre el *pretium* y la *pecunia numerata*, en la que la interpretación extensiva de los sabinianos viene definitivamente superada cuando, al mismo tiempo, con la aplicación de la *actio civilis incerti*, se llega a encontrar una tutela, más o menos completa, para la *permutatio* y, en general, para los contratos innominados.

En los límites, sin embargo, de que esto no hubiese todavía ocurrido, y para las nuevas controversias que incesantemente sucedían a las viejas disputas, era difícil que el juez no profesional supiese elegir entre las varias opiniones basándose en argumentaciones precisas de contenido técnico-jurídico. Aquí intervenía, quizá, con más fuerza la *auctoritas* —no solamente técnica— de los juristas individuales y de las escuelas. Pero también y antes que nada la configuración del caso concreto. Las características del *ius controversum* en las que cualquier discordante *sententia* era, en abstracto, *ius* (y lo habría llegado a ser, en cuanto elegida por el juez) permitían fácilmente al mismo juez encontrar —en el ámbito de las opiniones abstractamente aplicables al caso concreto— aquella que mejor se adaptase a la cuestión. Podría decirse se trataba de una astucia de la razón.

Por tanto, no se trataba de certeza de la máxima o principio de decisión aplicada, sino certeza sobre el método con el que aquella máxima habría sido encontrada, en el delimitarse las respectivas funciones entre *prudentes* y *iudices*. Aquí es, sin embargo, necesaria una observación que mira a subrayar las concretas referencias históricas del sistema romano y que por tanto ilumina sobre la particularidad del modelo. La justicia que encontramos actúa en los fragmentos de los «Pandektenjuristen» era una «justicia de clase»; pero no en el sentido que

esta expresión se utiliza comúnmente, y según la cual se trata de la aplicación del derecho en relación con las clases subordinadas y en favor de la clase dominante, si no la usamos para indicar que los conflictos de intereses de los que se ocupaban generalmente los juristas ocurrían principalmente en el interior de la misma clase dominante y estaban condicionados por el complejo equilibrio de los mismos intereses además del juego de las ideologías en ellas imperante. Es en la, más o menos fuerte, cohesión de la clase dominante romana, concentrada ante todo en Roma y en Italia (pero que después viene a diseminarse en las «élites» locales de gobierno, mediante la política de concesión de la ciudadanía romana por parte de los emperadores), lo que puede explicar el funcionamiento de la administración de la justicia en la dialéctica entre jueces no profesionales y *ius controversum* de los juristas, cuyas diversas *sententiae* eran, sin embargo, obligatorias para los mismos jueces. Y ello, más allá de la elección, por las razones, que incluso en los miles condicionamientos históricos diferentes, los *prudentes* han llegado a encontrar, más que a buscarlas, las soluciones objetivamente más adecuadas, que se han manifestado históricamente como extensibles –para idénticos o análogos problemas– en diversas situaciones socio-culturales.

Un sistema, por tanto, historicamente condicionado. Se ve ya en el período tardío postclásico, donde los acontecimientos referentes al derecho y a su aplicación están necesariamente condicionados por la regresión económica que lleva, entre otras cosas, al inmovilismo social. Agotada la jurisprudencia, cuya fuerza impulsiva –manifestada en la *varietas sententia () rum*– permitía la continua adecuación del ordenamiento a la práctica más allá de los mecanismos legislativos. Apagado más gradualmente el tecnicismo de la cancillería imperial, a la cual falta el interés por la directa reglamentación del caso concreto, se fueron –más o menos rápidamente– dando los presupuestos para la ley de citas. A la vigencia, ahora abstracta, de las *sententiae prudentium* que representaban un precipitado histórico de máximas de decisión (en los que difícilmente llegaba a situarse un juez, que no gozaba ya de la confianza de las partes o de la sociedad sino de la autoridad institucional derivada de su puesto en la jerarquía burocrática, y que era muchas veces ignorante y otras tantas parcial). A esta vigencia abstracta sólo podía adaptarse entonces el criterio mecánico de la mayoría de las *sententiae* sobre una totalidad que estaba sólo casualmente buscada por la diligencia de las partes. Es el preludio del Digesto, donde el caso se debería sustituir por la voluntad del emperador, pero en el que varios factores han felizmente conservado el *ius controversum*, cuya permanencia en la compilación ha abierto el camino a la moderna ciencia jurídica a través del renovarse de las *dissensiones dominorum*: «*pólemos pánton pater*».

Se precisan así los límites del modelo: el período de los *prudentes*, a quienes *permissum est iura condere*, y que han creado el *ius controversum* es seguramente irrepetible. Incluso en el «common law», sobre el que ahora influye –y podemos ver fácilmente los resultados– una masa de «statutes» que en otro tiempo eran inimaginables, y que en la apertura del sistema se acerca –en su estructura clásica– al modelo romano más que a las experiencias continentales.

En este sistema abierto el *ius controversum* no se repite; se tiende a la uniformidad del sistema, atemperada por su continua perfeccionabilidad por medio de la jurisprudencia de las Cortes, que procura prescindir de la intervención artificiosa y, a veces inadecuada, del legislador. Diverso es en la historia el modelo continental, sobre todo en los países de mayor influencia de la tradición romanística. De la completa experiencia romana sólo parece haber quedado el método de la ciencia, además de las líneas directrices de soluciones que pueden ser adoptadas en la analogía de los problemas. Como decía antes, es el método lo que importa, ya que la solución es inerte y en su límite puede ser incluso dañosa, si el empeño de la inteligencia humana no la vivifica en su aplicación.

Sin embargo, no es esto todo. Sin duda es verdad que por la diversa amplitud y los diferentes presupuestos y condicionamientos de la aplicación del derecho, ahora ya no puede seguirse el modelo del *ius controversum*, en el que el jurista libre en la extrema potencialidad del sistema de cualquier patrimonio legislativamente preconstituido de soluciones— se confía al *ius quod sine scripto in sola interpretatione prudentium consistit*, en aquel conjunto de juicios de valor formados en una tradición ininterrumpida de *respondere de iure*, el cual —en una dialéctica continua con los elementos nuevos, desde los socioeconómicos y políticos a los culturales e ideológicos— condiciona la admisión de los juicios ulteriores dirigidos a integrar el sistema. Pero contra el acumularse desordenado e incontrolable de las normas, contra el deseo vano —y lo sabía Aristoteles— de querer encerrar todo en las proposiciones normativas de una ley, que por ello se hacen difícilmente interpretables y aplicables, y representan —con el instintivo aferrarse al exclusivismo legislativo (*incluso unius, exclusio alterius*)— la causa primera de soluciones inadecuadas (y por ello injustas) de los conflictos de intereses particulares y generales. El sistema romano nos envía una solemne advertencia, más allá de las circunstancias contingentes en que se ha probado: que —por encima de las situaciones en las que la más o menos efectiva certeza del derecho aparece hoy irrenunciable (piénsese en las normas incriminadoras)— el legislador, figura ahora indispensable, sepa fijar los criterios generales de solución de los conflictos sociales, pero confíe al intérprete la adaptación —para el legislador ello es imposible además de inoportuno— a la infinita variedad de los casos concretos. Este es un modelo de solución que impone a todos, desde las partes contendientes y sus defensores hasta los jueces, de los teóricos a los prácticos del derecho, un acusado sentido de responsabilidad en el ámbito de la ética social. Frente al aparentemente cómodo confiarse a una ley, cuya minuciosidad descriptiva debería ilusoriamente eliminar las incertidumbres de su aplicación, se trata de un modelo sin duda más difícil porque obliga en el terreno personal. Sin embargo, es en este empeño en el que existe una esperanza para el futuro, y no en la vigencia de buenas leyes (ninguna ley buena ha podido hacer nunca a un hombre honesto si ya no lo era) y en el incoherente convencimiento que de ello se deriva de la efectividad de las normas escritas en ella. El derecho es la expresión social y suprema de la ética personal. Sin esta ética todo está en peligro.

He dicho.