2. DERECHO ROMANO

SOBRE EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO ROMANO

Por el Dr. FRANCISCO JOSÉ CUENA BOY
Catedrático de Derecho Romano.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. UNIVERSIDAD E INVESTIGACIÓN
- II. EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN EN GENERAL
- III. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS MÉTODOS EN PARTICULAR

I. UNIVERSIDAD E INVESTIGACIÓN

Por vocación y conveniencia, la investigación constituye uno de los componentes fundamentales del trabajo universitario. Por una parte, el digno cumplimiento de su misión docente obliga al profesor a la renovación y actualización constante de sus conocimientos, lo que no es posible conseguir sin la apertura y la inquietud intelectual, sin la curiosidad que caracteriza al talante investigador en sentido muy amplio. Por otra, la Universidad se ha encargado tradicionalmente de la formación de investigadores. Así pues, la investigación se configura como uno de los deberes profesionales del profesor universitario y, al propio tiempo, como uno de sus indeclinables derechos en íntima conexión con la libertad de cátedra¹. En su crítica de la Universidad española del primer tercio de siglo, Ortega se quejaba de la tendencia a orientar la entera institución en el sentido del trabajo de investigación y de la labor educadora de científicos y se sorprendía de que la enseñanza profesional, que es para todos, apareciera fundida con la investigación, que es para poquísimos². En su ideal, la Universidad debería tener por centro la cultura y no la ciencia, a cuyo predominio considera Ortega responsable del descuido de la educación de profesionales *ad hoc*³.

De las tesis de Ortega se puede extraer, con valor para el presente, la idea de una cierta medida necesaria en la organización y el desarrollo de la docencia y la prevención contra el excesivo especialismo que se aleja de la imagen genuinamente universitaria⁴. Por el contrario, la separación de la enseñanza y la investigación parece en sí misma indeseable si la Universidad ha de perseguir la formación de buenos y cultos profesionales y de científicos cultos y competentes⁵.

En estas páginas voy a ocuparme de la investigación como tema específico. Y puesto que no es éste un asunto que sometido a un tratamiento demasiado abstracto o general pueda dar frutos apreciables por su utilidad, ni teórica ni práctica, ceñiré mi reflexión a algunos aspectos relativos al método (más bien a los métodos) de investigación en el campo del Derecho romano, que es el que profesio-

¹ Vid. A. Latorre, *Universidad y sociedad*, Barcelona, 1964, págs. 182 y ss., sobre investigación y Universidad.

² J. Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad*, Madrid, 1982, pág. 33.

³ Ortega y Gasset (*supra* nt. 2), pág. 58.

⁴ Ortega llama «paletos de la ciencia» a los especialistas y dice que juzgados desde un punto de vista ampliamente vital suelen producir la impresión de unos idiotas; «el profesionalismo y el especialismo, al no ser debidamente compensados, han roto en pedazos al hombre europeo»: Ortega y Gasset (*supra* nt. 2), págs. 37, 40, 125; sobre «La barbarie del “especialismo”», *vid.* también ID., *La rebelión de las masas*³, Madrid, 1990, págs. 127 y ss.

⁵ En este mismo sentido, recientemente, F. F. De Buján, *La reforma de los estudios de Derecho. El nuevo plan de estudios: su valoración y análisis histórico comparado*, Madrid, 1992, págs. 27 y ss.

nalmente me corresponde. Pero antes no estará de más detenerse un momento en el verdadero alcance del debate en torno al método de investigación en general.

II. EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN EN GENERAL

Según una afirmación muy repetida en los escritos de carácter metodológico, la definición que adopta cada uno de su propio campo u objeto de estudio influye en la elección del método o los métodos de investigación más adecuados⁶. No cabe ninguna duda de que efectivamente es así. Advirtamos, sin embargo, para mayor precisión de lo que con esto queremos decir, que no es tanto el objeto lo que determina el método de estudio⁷ cuanto la percepción del sujeto la que crea o perfila su propio objeto y el propósito o la finalidad lo que decide el método a seguir: «el método no es separable de la filosofía efectiva a que por él se llega»⁸.

En cualquier caso, esta relación indudable que guarda la cuestión del método con el objeto de estudio ayuda a descubrir una de las raíces de la engañosa endeblez conceptual que invalida todo planteamiento metodológico monista o de carácter reductivo, pues, como muy bien dice Ortega, «los métodos de investigación no son más que resultados del sistema doctrinal de la ciencia y sólo dentro de ésta tienen sentido», de modo tal que «al variar los principios de la doctrina,

⁶ Por todos, A. Torrent, *Introducción metodológica al estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1973, pág. 9; ID., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, pág. 33. J. A. García Amado, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, 1988, pág. 291, dice en este mismo sentido: «Las doctrinas sobre el método nunca pueden entenderse desvinculadas del concepto de Derecho, tácito o expreso, sobre el que se asientan».

⁷ Así, Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 17 y ss.

⁸ J. Marías, *Introducción a la Filosofía*³, Madrid, 1985, pág. 135. Si no me equivoco, ésta es también la idea que desarrolla A. Mantello, *Per la storia della giurisprudenza romana. Il problema dei miscelliones*, Milano, 1985, págs. 243 y ss., quien, de todos modos, afirma en determinado momento que los métodos no se ven afectados por los fines de la investigación (pág. 251). Aunque algunas de las observaciones concretas de Mantello me parezcan convincentes, me acojo a la libertad que él mismo reivindica (a la subjetividad) para disentar de su planteamiento de conjunto y de los objetivos que propone. *Vid.* también U. Álvarez Suárez, *Conjetura y verdad histórica. Sobre algunos defectos y excesos de la investigación científica*, en *Homenaje al Prof. Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, reimpr. en S.C.D.R., supl. 1992-93, págs. 31 y ss., para quien la subjetividad insoslayable del investigador («no hay investigación sin investigador») acaso dificulta, pero no impide «el conocimiento verdadero de la realidad histórica»; R. Orestano, *Verso l'unità della "conoscenza giuridica"*, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico* (1984), pág. 643: «la "metodologia" non si esaurisce nei suoi aspetti strumentali (...) Essa consta essenzialmente nel modo in cui i giuristi di ogni età e di ogni esperienza -nel costruire il proprio "oggetto"- si pongono di fronte ad esso, onde i problemi sono già impostati e resolti nella visione che si abbia dell'oggetto stesso»; García Amado (*supra* nt. 6), pág. 291: «si el método, y también el método jurídico, es señalamiento del camino hacia una meta, lo decisivo y la principal y primera fuente de desacuerdo vendrá dado por la indicación de la meta que con el manejo práctico del instrumento jurídico se trata de alcanzar». Giaro, T., *Die Illusion der Wissenschaftlichkeit*, en *INDEX*, 22 (1994), pág. 112, en sentido crítico sobre la anticuada y cada vez menos presentable concepción que identifica la ciencia apoyándose en la idoneidad de su objeto y en la separación de éste respecto del sujeto cognoscente. Por lo que se refiere en general a la historia, E. H. Carr, *¿Qué es la Historia?*, Barcelona, 1993, págs. 49 y ss., espec. págs. 53 y ss., donde se pregunta, «¿qué es un hecho histórico?».

varían los métodos de investigación»⁹. Debemos asumir, por tanto, que los métodos de investigación no se distinguen por su neutralidad, por su objetividad ni por su separación respecto del asunto al cual se deben aplicar, y en tal sentido me parece importante llamar la atención sobre el hecho, por ejemplo, de que la curiosidad y el esfuerzo investigador de los romanistas se dirijan en tan notable proporción hacia las cuestiones de método, en cuyo análisis y tratamiento no es costumbre desdeñar la utilización de materiales provenientes de aquello que, al menos en principio, se nos muestra como el campo o el objeto de investigación.

Otra de las raíces de la endeblez conceptual que he señalado en los planteamientos metodológicos de carácter reductivo —una raíz, en este caso, interesada porque apunta a la excelencia incuestionable de la ciencia y amenaza con convertir a ésta, si es que no lo ha conseguido ya hace tiempo, en una nueva ideología dominadora— se encuentra en la creencia de que existe una «racionalidad científica» independiente de la experiencia histórica y de las condiciones subjetivas del investigador. Semejante concepción, transplantada al campo de las ciencias sociales desde su solar primitivo de las ciencias empíricas o de la naturaleza (en donde ya su validez resulta discutible y es de hecho discutida¹⁰), ha motivado que alguno se cuestione el carácter de cientificidad del saber jurídico por mor de su esencial alejamiento de la asepsia valorativa que se presume propia de toda ciencia¹¹. En verdad, una actitud tan escrupulosa ante la (¿falsa?)¹² cuestión del posible estatuto científico del saber acerca del derecho me parece superflua por completo, pues, si alguna ciencia existe, es seguro que no se reconoce en aquella sedante imagen de la pura racionalidad científica y la pura neutralidad valorativa¹³. Si nos fijamos

⁹ Ortega y Gasset (*supra* nt. 2), pág. 89.

¹⁰ Por ejemplo, por P. Feyerabend, *Diálogos sobre el conocimiento*, Madrid, 1987, pág. 54, que recuerda que «los juicios personales que sustentan la física se encuentran a menudo tan ocultos y son tan automáticos que todo parece cálculo y experimento», y que esta equivocación es la causante de la impresión de objetividad; o por J. R. Oppenheimer, *La ciencia y el conocimiento común*, Madrid, 1955, pág. 50, quien nos recuerda que «los modos de pensar sobre las cosas, que parecen naturales e inevitables y que aparentemente no descansan sobre la experiencia tanto como sobre las cualidades inherentes del pensamiento y de la naturaleza, descansan de hecho en la experiencia». Sobre las «creencias» que dan origen a la racionalidad conceptual y siempre subyacen en ella, *vid.* J. de Lorenzo, *Experiencias de la razón*, Valladolid, 1992, págs. 190 y ss.

¹¹ Por todos, A. Hernández Gil, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Madrid, 1981, pág. 61: «La aporía (o mejor, la paradoja) de las ciencias sociales radica en que el saber es definido como científico en tanto no valora, estima o enjuicia, sino que sólo muestra, describe y formaliza», y pág. 93: «Para saberes tan directamente proyectados sobre el hombre, como el saber jurídico, las reivindicaciones de la rigurosa cientificidad suelen ser pecados contra el humanismo».

¹² U. Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, en A. Kaufmann-W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1989, pág. 376 y nt. 4 (hay ed. esp. a cargo de G. Robles: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992); Giaro (*supra* nt. 8), pág. 109 con nota 19.

¹³ Dejemos de lado otras razones y conformémonos con citar a Feyerabend (*supra* nt. 10), pág. 16: la buena ciencia necesita argumentos metafísicos para funcionar correctamente, sin esta dimensión filosófica no habría llegado donde ha llegado; y a Hernández Gil (*supra* nt. 11), pág. 58: «El conocimiento reposa siempre sobre un contexto histórico que le traspasa más allá de donde el sujeto cognoscente está en condiciones de prevenir o corregir con sus cautelas». Para la *scientia iuris*, recuér-

en lo que sucede de verdad cuando practicamos esa inconcreta actividad que llamamos investigación, sin duda tendremos que admitir que «la ciencia es mucho más “cenagosa” e “irracional” que su imagen metodológica»¹⁴. Esto por sí solo debería hacernos dudar ya de la existencia de aquella racionalidad científica: idéntica a sí misma, insensible a las variaciones del cuadro histórico y situada tan por encima de la individualidad del investigador concreto que en nada le afecta la subjetividad (y el subjetivismo) de éste. Pero es que, además, la ciencia no es una entidad atemporal ni de valor constante, sino un proceso histórico complejo¹⁵ en cuyo seno coexisten en cada momento elementos heterogéneos: intuiciones aún no racionalizadas, sistemas teóricos muy sofisticados, formas petrificadas de pensamiento¹⁶. Es incierto, por otra parte, que se pueda distinguir entre observación y teoría; como dice Feyerabend, «la experiencia surge siempre *junto con* las suposiciones teóricas, *no* antes que ellas», y es incomprensible sin la teoría que a su vez la condiciona¹⁷. Finalmente, es sencillamente innegable que la investigación

dese la posición central que en ella ocupa el valor de la justicia: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1.1.10.2 = I. 1.1.1); *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D. 1.1.10 pr. = I. 1.1 pr.). Vid. B. Biondi, *Scienza giurídica come arte del gusto*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1965, págs. 170 y ss.; H. Coing, *El sentido del derecho*, México, 1959 (original: *Vom Sinngehalt des Rechtes*, en *Forum der Rechtsphilosophie*, Köln, 1950), pág. 11: «Muchas reglas jurídicas no pueden comprenderse sin el punto de vista de la justicia, hecho éste que se puede lamentar o celebrar».

¹⁴ P. Feyerabend, *Tratado contra el método*, Madrid, 1986, pág. 166.

¹⁵ Feyerabend (*supra* nt. 10), págs. 65 y ss.; Hernández Gil (*supra* nt. 11), pág. 59: «Por más que la naturaleza sea igual a sí misma, su inteligibilidad es histórica, y la inteligibilidad ha influido en lo que es para nosotros y, en algún sentido, hasta en lo que es en sí».

¹⁶ Feyerabend (*supra* nt. 14), págs. 132 y ss.

¹⁷ Feyerabend (*supra* nt. 14), págs. 152 y ss., donde somete a crítica la distinción de Popágsér entre contexto de descubrimiento y contexto de fundamentación; para Feyerabend la razón científica no puede separarse de la práctica de la ciencia, es «inmanente a la investigación» (pág. XVI). Carr (*supra* nt. 8), pág. 55, rechaza como una «falacia absurda» la creencia en la separación de los hechos históricos, dotados de existencia objetiva, respecto de la interpretación del historiador. Sobre el conocimiento de los hechos mediado por la teoría y sobre el soporte *psicológico y cultural* de las hipótesis fácticas, vid. M. Bunge, *La ciencia, su método, su filosofía*², México, 1990, págs. 39, 44 y ss., 55. Recientemente S. Weyand, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde: Systemdenken und Problemdenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989, págs. 6 y ss., y F. Wieacker, *Vom Umgang des Romanisten mit den Nachbarwissenschaften der Altertumwissenschaft. Notwendigkeit, Anwendungsbedingungen und Grenzen*, en *INDEX*, 22 (1994), págs. 8 y ss., insisten de nuevo en la separación entre contexto de descubrimiento («Entdeckungszusammenhang») y contexto de fundamentación («Begründungszusammenhang» o «verfahren») y en la necesidad de aplicar procedimientos diferentes en cada uno de ellos (sobre el tema, vid. ya F. Horak, *Rationes decidendi*, Aalen, 1969, págs. 17 y ss.). En particular, para Wieacker toda posibilidad de colaboración entre investigadores de diferente orientación ideológica, religiosa o cultural se basa en esta distinción; por otra parte, las dificultades que pueden surgir en relación con la selección de los datos considerados relevantes por el investigador –al ser tal selección inevitablemente dirigida por el interés de éste– se pueden neutralizar, según Wieacker, con el respeto al deber de veracidad, que obliga al investigador a integrar en su argumentación también los datos desfavorables a su interés, y con el control de la comunidad científica. Sin embargo, todo esto no nos impide pensar que las poderosas herramientas de la argumentación y de la teoría son como vehículos que siempre transportan, en mayor o menor medida, el interés del investigador hasta el interior del llamado contexto de fundamentación. Por lo demás, Wieacker advertía ya hace tiempo (vid. *Rationes decidendi*, rec. de F. Horak, *Rationes decidendi*, cit., en *ZSS*, 88 [1971], pág. 342) de lo insegura que resulta la mencionada distinción en la «römische Rechtsfindung».

y el conocimiento no avanzan de modo rectilíneamente racional ni se producen totalmente de espaldas a las ideologías, a los intereses y a las idiosincrasias particulares de los investigadores.

Reflexionando sobre su propia actividad, cualquiera puede darse cuenta de que la investigación es un proceso sometido en su desarrollo a condicionantes psicológicos e intelectuales (por no hablar de los condicionantes físicos o de los morales) no del todo controlables; de que el orden no se encuentra, muchas veces, en el origen de los nuevos descubrimientos e incluso de que no faltan los casos en los que el puro ejercicio de la razón es un obstáculo que se opone al logro de nuevo conocimiento¹⁸. Feyerabend niega la posibilidad de encerrar el mensaje de las ciencias en una teoría o en un sistema metodológico cualquiera: «la ciencia, dice, es el resultado de investigar», y por eso no podemos juzgarla «a la luz de unas reglas epistemológicas abstractas»¹⁹. No otra cosa nos dice, en el fondo, Hernández Gil cuando se queja de la escasa repercusión que los nuevos métodos y corrientes metodológicas tienen sobre la ciencia jurídica y la actividad de los juristas²⁰; y significativa de lo mismo es también la constatación de Gibert y Sánchez de la Vega de que las discusiones sobre la índole científica y la posibilidad misma del conocimiento histórico no han frenado nunca el desarrollo de una gran tradición historiográfica que ha sabido discurrir al margen de ellas²¹.

¿Puede decirse, entonces, que el carácter científico de una investigación depende de la utilización de un método determinado y que es esto fundamentalmente lo que garantiza su cientificidad? Parece claro que no, sobre todo si tenemos en cuenta que las prescripciones del método —esas que nos dicen *lo que debería hacerse*— necesitan demostrar su utilidad y adecuación en contacto con la realidad concreta a investigar²². Y si es cierto todo lo anterior, parece claro también que el único principio metodológico del que en una forma u otra nunca se prescinde, el único de aplicación universal y el único que no inhibe el avance del conocimiento es el de que «todo sirve»²³.

¹⁸ Feyerabend (*supra* nt. 14), págs. 142 y ss.; ID., *La ciencia en una sociedad libre*, Madrid, 1982, págs. 114 y ss.; ID., *Adiós a la razón*, Madrid, 1987, pág. 180: «Los éxitos no se consiguen por haber[se] sujetado a la razón, tal como ésta se presenta en las abstracciones conseguidas previamente, *sino porque se es suficientemente razonable como para proceder irracionalmente* (...) esta irracionalidad... siempre vuelve a salvar el racionalismo». El punto de vista heliocéntrico, pone Feyerabend como ejemplo, era al principio irracional y disconforme con los datos de la observación (de la experiencia). En cuanto a la influencia de la personalidad del investigador sobre su trabajo, cabe recordar las consideraciones de A. Guarino, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989, pág. 68, sobre ciertos «complejos» psicológicos que pueden influir en la valoración de las fuentes jurídicas romanas y, más en general, sobre el «calor» que acompaña siempre a la investigación e influye sobre ella.

¹⁹ Feyerabend (*supra* nt. 10), págs. 61 y ss., 96 y ss., 120.

²⁰ Hernández Gil (*supra* nt. 11), págs. 26 y ss.

²¹ R. Gibert y Sánchez de la Vega, *Concepto de la Historia del Derecho Español*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 4 (1986), pág. 326.

²² Feyerabend (*supra* nt. 14), p. 155.

²³ Este es el fundamento del «anarquismo epistemológico» defendido por Feyerabend en su famoso *Tratado contra el método* (cuyo subtítulo es precisamente «Esquema de una teoría anarquista del conocimiento») y que él mismo ha precisado al advertir (*supra* nt. 10), pág. 96, que «no elimina las

El conjunto de mis observaciones –me importa subrayarlo– tiene por único objetivo mostrar la torpeza de cualquier reduccionismo metodológico: ésta y no otra sería la postura anticientífica por antonomasia, negadora de la libertad que dignifica la actividad intelectual e ignorante –culpablemente ignorante– de su propia limitación e insuficiencia. Por el contrario, mis palabras no deben entenderse en ningún caso como una minusvaloración o un rechazo de las cualidades de honestidad, rigor y seriedad que deben presidir la actividad investigadora, ni como defensa del irracionalismo y de la pura espontaneidad que borrarían toda diferencia entre el trabajo científico y la arbitrariedad carente de crítica y sentido. Pero, puesto que «todo sirve»²⁴, la exclusión apriorística de cualquier procedimiento es ilegítima y puede esconder tras de sí un prejuicio ideológico, tanto más peligroso y anticientífico cuanto más encubierto y menos consciente²⁵. Pongamos como ejemplo el llamado método marxista²⁶: en cuanto al método yo no me declaro marxista ni tampoco antimarxista (cualquiera de las dos cosas me exigiría largo estudio y una preparación que hasta la fecha no me he preocupado de adquirir), pero acepto la validez de la metodología marxista en un plano de igualdad con cualquier otra. Luego decidiré si me convencen o no los resultados a los que conduce, pero no le niego de antemano reconocimiento como uno más de los métodos practicables y así me guardo de cometer la ligereza en la que incurren aquellos que, partiendo de supuestos tan crudamente ideológicos como puedan serlo los de la teoría política marxista, pero con frecuencia de menor riqueza intelectual y más escasa elaboración teórica y doctrinal, lanzan gruesos anatemas contra el método del materialismo histórico por tratarse, como acostumbra a decir con palabras las más de las veces prestadas, de un prejuicio ideológico deformante de la realidad histórica²⁷. En consecuencia, no creo que se pueda

metodologías sino que las reforma, sustituyendo los “principios”, “suposiciones” y “condiciones necesarias para ser científico” por reglas empíricas»; *vid.* también ID. (*supra* nt. 18), págs. 40 y ss. Bacon consideraba un error «la perentoria reducción del conocimiento a las artes y a los métodos, a partir de cuyo momento las ciencias raramente avanzan; pues así como los jóvenes crecen poco en estatura después que su figura y sus miembros están completamente formados, así el conocimiento, mientras se apoya en aforismos y observaciones, permanece en estado de desarrollo; pero una vez se amolda dentro de métodos, aunque pueda ser pulido posteriormente, ilustrado y acomodado para el uso, ya no aumenta más en volumen y substancia» (F. Bacon, *Advancement of learning* [ed. 1605], New York, 1944, pág. 21; cit. por Feyerabend [*supra* nt. 14], pág. 144). La historia de nuestra ciencia romanística ofrece también ejemplos suficientes de que el progreso y la innovación se producen en ocasiones a costa, en contra o a pesar de los procedimientos establecidos.

²⁴ La aceptación de este principio implica la aceptación también de su contrario: puede darse el caso de que, frente a problemas o necesidades nuevos, no sirva ninguno de los métodos existentes.

²⁵ Con acierto señala Hernández Gil (*supra* nt. 11), pág. 58, que «muchas pretensiones de abstención valorativa implican a su vez otras valoraciones. Es grande el riesgo que se corre de incidir en ideologías, en otras ideologías, cuando se intenta desenmascarar las identificadas como tales»; en el mismo sentido, pág. 127.

²⁶ Sobre el método marxista, *vid.* Torrent, *Derecho público*, cit., págs. 39 y ss., con lit.

²⁷ M. Bartosek, *Metodo tradizionale e materialismo storico nella metodologia del diritto romano*, en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, págs. 95 y ss., se queja con razón sobrada de «aquellos estudiosos que, proclamando de una parte la plena libertad de investigación sin excluir ningún método, de otra –hablando de prejuicios esquemáticos– excluyen de hecho el método del materialismo histórico como un método científico» (...) «Esos romanistas, aquello que reclaman para

reprochar a la metodología marxista, como si fuera algo exclusivo de ella, su dependencia de prejuicios ideológicos²⁸, sean o no de tipo político, y tampoco me parece que se pueda subrayar su validez argumentando que no afecta esencialmente a los resultados a los que llega²⁹. En último término, quizá no sea hoy inoportuno insistir y recordar que la razón no ha caído con el comunismo político ni la *Storia della Costituzione Romana* de Francesco de Martino con el Muro de Berlín.

En conclusión, todos los métodos son válidos a condición de que sepamos extraer de ellos el necesario rendimiento³⁰. De ninguno, en cambio, puede decirse especialmente que por su carácter apriorístico o reductivo deba cumplir una función meramente instrumental³¹, pues ésta debiera ser la función característica *de todos los métodos* (al menos, si nos atenemos a la noción de método como modo

sus propios estudios como una exigencia obvia, se lo niegan a los romanistas marxistas como una pretensión inadmisibles. Con todo, Bartosek no se libra de la falta de reduccionismo metodológico que aquí se critica en general. Así cuando propugna «una metodología justa y útil» que impida el desperdicio de tiempo y energía en trabajos inútiles y desemboque en «un programa de trabajo científico progresista, concreto y real» (vid. M. Bartosek, *Diritto romano e teoria dello Stato e del diritto*, en *Estudios Sánchez del Río y Peguero* [Temis 21, Zaragoza, 1967], pág. 56, nt. 1) o cuando sostiene, bien que como opinión propia, que la teoría marxista del Estado y el derecho, como ciencia coherentemente marxista que parte *exclusivamente y en todas direcciones* del materialismo histórico (*ibid.*, pág. 58), es la *única* que refleja justa y objetivamente la realidad y explica de forma atendible problemas fundamentales del derecho como fenómeno social. Uno de los defectos definitivos del planteamiento marxista —que para sus más encarnizados enemigos (aquí no se justifica hablar de críticos) no es más que un cúmulo de errores y defectos esenciales— es, suele decirse, que disuelve el orden jurídico en el concepto de superestructura ideológica condicionada por la infraestructura económica y las relaciones de producción; en realidad, sin embargo, el marxismo reconoce que la superestructura, una vez formada, mantiene cierta autonomía frente a la infraestructura económica, lo que le permite influir sobre ésta: vid. L. Rodríguez-Arias Bustamante, *Marxismo y derecho*, en *Estudios Vallet de Coytiso*, III, Madrid, 1989, págs. 711 y ss.

²⁸ Nada como las cuestiones de método se resiente, en cada *scientia iuris*, de sus componentes ideológicos: R. Orestano, *Ideologia, parola da non far più paura*, en *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, pág. 290. El intento más serio en los tiempos modernos de conferir autonomía a la ciencia jurídica y liberarla de toda atadura ideológica —la doctrina pura del derecho— terminó por convertirse en la perfecta vestidura formal para cualquier ideología, incluida aquella que persiguió a Kelsen: así lo advierte B. Albanese, *Verba tenere, res sequuntur*, en *Quaderni del diritto e del processo civile*, 2 (1969), pág. 59.

²⁹ Ambas posturas pueden verse en Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 40 y ss., 105. Torrent reconoce (pág. 41) que el método marxista «no deja de ser una metodología tan válida como cualquier otra para dar una interpretación científica de los hechos históricos», pero luego (pág. 105) concreta la diferencia que existe entre la interpretación marxista y la interpretación romanista «propriamente dicha» en que la primera toma los datos económicos, políticos y jurídicos de la Historia de Roma en el cuadro general de la marcha dialéctica de la Historia, y en cambio la segunda los toma «dentro de las coordenadas de la estricta historia jurídica y política de Roma, *sin preconceptos ideológicos de tipo político*» (cursiva mía); en su opinión, el método marxista entraña el riesgo de simplificación al explicar la constitución romana principalmente por la lucha de clases.

³⁰ Como dice S. Soler, *Las palabras de la ley*, México, 1969, pág. 133, «siempre es posible saber algo más de las cosas que conocemos; basta con dirigirles nuevas preguntas. En realidad, todo el progreso de la ciencia se funda en la perpetua sospecha de que ignoramos algo».

³¹ No es infundada la sospecha de que esta cautela o advertencia se dirige, más que contra el uso de un método en particular, sea éste el que sea, contra el planteamiento de conjunto del que acaso parte el estudioso: contra su percepción y su propósito que son los que le inclinan por un método concreto en función de los objetivos de su estudio. Pero si es así, esa advertencia es inaceptable: ¿cómo marcar ningún límite de esa especie?

o procedimiento de la actividad que se intenta desarrollar, como «conjunto de prescripciones relativas al desarrollo óptimo de una actividad»³²).

III. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS MÉTODOS EN PARTICULAR

Habiendo defendido la validez, en principio, de todos los métodos y la necesidad de no desdeñar ninguno cuyo uso pueda parecernos útil y productivo ante una determinada investigación, nada se nos podría reprochar ahora si prescindiéramos de cualquier otra consideración sobre esta materia y omitiéramos incluso el enunciado o la reseña de los principales métodos de los que se sirve la moderna ciencia romanística. Nada se nos podría reprochar excepto, quizás, el habernos mantenido en el plano de aquel discurso demasiado abstracto y general cuya escasa productividad indicábamos en la apertura de este trabajo. De ahí la necesidad de concretar.

El neto predominio que desde hace décadas viene ejerciendo un método en particular —el llamado método histórico-crítico con todas sus variantes— en el campo de la investigación romanística nos obliga a preguntarnos por una posible mayor pertinencia o adecuación del mismo que lo haga superior a los demás, acaso más eficaz que ellos, y que explique la preferencia que muestran por él los estudiosos. Torrent lo afirma de modo expreso: «por la índole misma de la ciencia a investigar, el método se pone fundamentalmente como método histórico-crítico»³³. Y el autor de estas páginas, como romanista ejerciente que se reconoce discípulo de Torrent, y que además comparte la concepción del Derecho romano como derecho histórico y como experiencia jurídica que ha dado la base para la extensión del método señalado, no deja de sentirse inclinado a hacer suyas estas palabras. Y así lo haría si no fuera porque también ha sostenido, y de ello hace sólo un momento, el principio metodológico de que «todo sirve», dependiendo la elección de un camino o de otro, y de unas u otras herramientas, de la meta a que se aspira y del tipo de actividad que se pretende llevar a cabo.

Así pues, considero que el método histórico-crítico viene impuesto tan sólo por una determinada concepción del Derecho romano y de su significado para el tiempo presente³⁴ que es la que ha dominado el campo en las últimas décadas. Pero así mismo considero que, se siga el método que se siga y sean cuales sean los objetivos que por medio de él se intentan, antes de emprender cualquier estudio de materia romanística que aspire a ser reconocido por su valía y seriedad

³² *Enciclopedia de la Filosofía Garzanti*, ed. española, Barcelona, 1992, pág. 655, s.v. «método».

³³ Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 17, 121 y ss.

³⁴ Vid. la reflexión de R. Orestano, «Diritto», *incontri e scontri*, Bologna, 1981, págs. 145 y ss., sobre «metodología y derecho», espec., las págs. 151 y ss. y la afirmación de pág. 155: la variación de los procedimientos está conectada funcional y solidariamente con una variación explícita de las concepciones; ID. (*supra* nt. 8), pág. 650: «La "metodologia" si risolve compiutamente nella concezione che si ha del diritto, quale essa sia, essendone un corollario»; Orestano dedica el & 4 de este último escrito (págs. 645 y ss.) precisamente a «metodología y concepciones del derecho».

es de importancia capital tener bien clara la noción del ser histórico del Derecho romano y la naturaleza y el estado de sus fuentes de conocimiento. Aquí, sin embargo, es conveniente precisar: la consciencia del ser histórico del Derecho romano y la necesidad de dar a sus fuentes la valoración específica que ellas reclaman no nos fuerzan a orientar nuestros estudios según una determinada dirección ni tampoco a practicarlos en una forma determinada con exclusión de otras posibles. Dejando siempre a salvo la exigencia de que toda investigación romanística concreta se proponga alcanzar resultados relevantes para el derecho³⁵ (pues lo contrario significaría hacer dejación de nuestra condición de juristas y abandonar el ámbito de interés propio de los estudios jurídicos), parece incontestable que el hecho de conducirla por unas u otras vías es cosa que depende de una opción (o mejor, de una serie de opciones sucesivas de alcance parcial o limitado) y que esta opción (estas opciones) son siempre en medida no despreciable el resultado de una decisión de carácter práctico.

Como digo, toda investigación romanística debe proponerse la consecución de resultados relevantes para el derecho, pero la pregunta es, ¿para qué derecho? Torrent es partidario de un estudio del Derecho romano practicado *in se y per se*: cualquier estudio pragmático del mismo o en sentido instrumental debe ser rechazado, e incluso la visión más cabal que podría obtenerse del derecho privado actual mediante el más perfecto conocimiento del Derecho romano vendría a representar para él una «vertiente utilitaria del estudio del Derecho romano» que, con ser de notable valor, no debe desviarnos de nuestro objetivo fundamental, a saber, el estudio del «Derecho romano puro, tal como se aplicó en Roma» (es decir, para este autor, el derecho clásico)³⁶.

Yo sospecho que llevada hasta su extremo esta postura sólo puede conducir a la irrelevancia jurídica del trabajo de los romanistas, que se verían, de ese modo, reducidos a un tristísimo ostracismo³⁷ al alejarse cada vez más de las necesidades

³⁵ Para ello, el análisis de los aspectos jurídicos de los fenómenos que se indagan se impone no sólo como fin, sino también como método: G. Pugliese, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, en *Annali di Storia del diritto*, 5-6 (1961-62), págs. 110 y ss.

³⁶ Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 25 y ss.; X. D'Ors, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1979, págs. 54 y ss. Recientemente A. Torrent, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Zaragoza, 1993, págs. 15 y ss., no insiste ya en el énfasis de antaño en el estudio del Derecho romano clásico —que quedaba antes convertido en una especie de derecho «positivizado» o en un modelo ideal perenne— y tiende más bien a ver en el conjunto de la experiencia jurídica romana un factor más de la experiencia jurídica europea (en realidad, su factor más importante).

³⁷ Esta es la amenaza implícita en las siguientes palabras de G. Van Den Bergh, *Ius commune, a History with Future?*, en el vol. *The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* (edited by/sous la direction de Bruno de Witter et Caroline Forda), Deventer, 1992, pág. 606: «Romanist, still fascinated by the splendour of classical Roman law, do not seem able to offer anything useful in this respect. The links they construe between modern private law and classical Roman law usually are totally ahistoric. They simply ignore all that hapágsened between Justinian and modern codifications». No es éste el lugar apropiado para mostrar la injusticia de esta crítica, que entre otras cosas ignora simplemente el plural panorama de la investigación romanística actual. Sobre los peligros de una completa «Historisierung», *vid.* Wieacker (*supra*

e inquietudes de la hora presente para encerrarse en un estudio aislado del Derecho romano clásico, lo cual, dicho sea de paso, entraña una inconsecuencia garrafal respecto de aquel mismo sentido histórico del que esta postura o actitud metodológica se reclama seguidora fiel. El estudio del Derecho romano debe, pues, ser planteado y conducido de manera que tenga sentido para el presente, un sentido actual por «actuante» en la esfera jurídica de nuestro tiempo. Esto no significa en absoluto subordinar dicho estudio a las necesidades interpretativas y de aplicación del derecho vigente³⁸, sino, simplemente, hacer honor a nuestras propias afirmaciones de comprensión histórica de los fenómenos jurídicos y, siendo consecuentes con ellas, aspirar al estudio del Derecho romano en la integridad de su desarrollo histórico y desde todos los puntos de vista imaginables que puedan tener significación para el derecho³⁹.

Como es bien sabido, tradicionalmente la tensión o distancia extrema por lo que se refiere al método de estudio del Derecho romano se ha identificado con

nt. 17), págs. 6 y ss., aunque, por su parte (nt. 15), no se muestra convencido de que haya una relación necesaria entre la completa historicización y la decadencia del estudio del Derecho romano en la formación jurídica general en muchos países.

³⁸ En contra de la «Aktualisierung» defendida por Koschaker señala G. Pugliese, *Diritto romano e scienza del diritto*, en *Annali Macerata*, 15 (1941), págs. 8 y ss., que si el estudio del Derecho romano se propusiera verdaderamente servir a la interpretación de las leyes vigentes, se satisfaría ciertamente la exigencia imperante en la actualidad, según la cual, todo estudio debería tener una utilidad práctica inmediata, pero con ello la doctrina romanística sería irremediablemente degradada y condenada finalmente a la desaparición en un porvenir más o menos lejano.

³⁹ Por si fuera preciso aclaro aquí que, dentro de esta perspectiva más amplia, los estudios dedicados a la reconstrucción del Derecho romano clásico tienen desde luego la misma legitimidad que otros cualesquiera. En cambio, por talante personal, quizá también por formación y por mi propia concepción del Derecho romano como «derecho», no me satisfacen especialmente aquellas investigaciones en las que los datos jurídicos son colocados al servicio del mejor conocimiento, muchas veces meramente conjetural o hipotético, de personalidades, ideologías y (¿por qué no?) hasta gustos estéticos de los juristas; también A. Guarino, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, en *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del Principato*, Napoli, 1983, pág. 500, nt. 1, declara su escepticismo sobre la posibilidad de reconstruir de forma detallada la fisonomía y la «Weltanschauung» de cada jurista. En cuanto al método comparativista, me limito a recordar la opinión de F. Schulz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 6: «El carácter especial del Derecho clásico hace inútil este parangón [con los derechos de otros pueblos], cuando no perjudicial, para el estudio del Derecho romano»; *vid.* también Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 108 y ss., y recientemente G. Hamza, *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991, págs. 60 y ss., sobre el desarrollo de las relaciones entre la tendencia comparativista y el estudio de los derechos de la Antigüedad. En todo caso, el estudio del Derecho romano, como sustrato común, puede contribuir a la comparación y el acercamiento de los modernos derechos privados. Por otra parte, en relación con la multiplicidad de los puntos de vista y con el respeto de la historicidad del Derecho romano no está de más recoger la advertencia de M. Talamanca, *Le «Istituzioni» fra diacronia e sistema*, en *INDEX*, 18 (1990), pág. 31, de que el sentido histórico del estudio no puede ser garantizado ni estimulado por expedientes como la colocación de los romanistas en un genérico departamento de «antiquística» o de historia, apelando a una interdiscipliniedad que quedaría asegurada por el lugar en el que de modo contingente vendría a asentarse; F. Hernández Tejero, *El latín y los juristas*, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, I, Madrid, 1988, pág. 358, muestra también su enérgico rechazo a la inclusión del Derecho romano en amplias áreas de conocimiento por el riesgo que ello implica de debilitación de la especialización y pérdida de la identidad de la investigación.

la conocida separación entre interés histórico e interés dogmático de estudio⁴⁰. La cuestión fundamental que en este sentido se plantea es la de si podemos legítimamente servirnos de nuestros conceptos jurídicos modernos en el estudio de un derecho del pasado como es el Derecho romano.

Se trata de una vieja polémica en la que el acuerdo se ha ido abriendo paso sobre algunos puntos importantes. Acuerdo, ante todo, sobre la necesidad inevitable de partir en el estudio del derecho histórico de nuestra propia experiencia jurídica y de la dogmática que constituye su manifestación conceptual⁴¹: porque no puede haber representación de la vida y de la historia que no se sirva de conceptos y esos conceptos no pueden ser más que los nuestros⁴². En efecto, no

⁴⁰ Así lo señala, por ejemplo, Torrent, *Introducción metodológica*, cit., pág. 76; sobre esta problemática vid. en general P. Fuenteseca, *Historia y dogmática en la jurisprudencia europea*, en RDN, 11 (1956), págs. 183 y ss. La «Dogmengeschichte» vendría a superar esta dicotomía al participar de ambas vertientes, la histórica-crítica y la dogmática; en este sentido —dice Torrent, *ibid.*, págs. 142 y ss.— es un método que «reanuda la antigua simbiosis entre Historia y Dogmática».

⁴¹ Se trata de un camino en cierto modo inverso al recorrido en el siglo pasado por la Escuela Histórica alemana, que buscaba descubrir en el estudio histórico del derecho el desarrollo de las ideas jurídicas, por donde la Historia del derecho vino a convertirse en el fundamento de la formación dogmática de los conceptos: vid. H. Coing, *System, Geschichte und Interesse*, en *Gesammelte Aufsätze für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, I, Frankfurt a.M., 1982, pág. 109; Th. Viehweg, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1991, pág. 111: Savigny «comenzó con la investigación histórica e hizo que de ella surgiera, como resultado, la dogmática. Por consiguiente la dogmática fue entendida, en primer lugar, como una continuación de la historia» (vid. también pág. 147). La dogmática jurídica tiene un primer sentido como ciencia del derecho vigente, dirigida a la aplicación práctica de éste, que no es el que aquí nos interesa, sino más bien como instrumento representativo y hermenéutico de un derecho del pasado; vid. sobre esta distinción E. Betti, *Storia e dogmatica del diritto*, en *La storia del diritto* (cit. *supra*, nt. 27), págs. 106 y ss.

⁴² E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, en AG, 99 (1928), pág. 7 (del extracto); Orestano (*supra* nt. 34), pág. 50. Por el contrario, D'Ors, A., *Los romanistas ante la crisis de la ley*, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, pág. 14, considera que el romanista debe interesarse por el derecho moderno no sólo ni principalmente para explicarlo, sino para depurarlo y superarlo; y puesto que la «falsa dogmática moderna» no sirve para ese fin, el romanista debe desembarazarse de ella para ahondar cada vez más en la sustancia propia del Derecho romano, en su desarrollo histórico. Entre muchos otros, se oponen a la utilización de la moderna dogmática en el estudio de un derecho del pasado: B. Biondi, *Dommatica e storia*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1965, págs. 216 y ss.; ID., *Prospettive romanistiche*, *ibid.*, págs. 236 y ss.; P. de Francisci, *Questioni di metodo*, en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, págs. 1 y ss.; Bartosek, *Diritto romano e teoria dello Stato*, cit., pág. 63, nt. 26; entre nosotros, Hernández Gil (*supra* nt. 11), pág. 98: «Un conocimiento conforme al troquel dogmático de un Derecho del pasado no es propiamente conocimiento histórico, que precisa inquirir la dimensión real y social de las instituciones». Una posición particular es la de A. Schiavone, *Historiografía y crítica del derecho*, Madrid, 1982, págs. 133 y ss., que critica el método dogmático subrayando que, para Betti, lo que impide prescindir de las categorías modernas en la reconstrucción del Derecho romano es la continuidad milenaria que existe entre la «cosa» romana y su inteligencia moderna, de donde Betti deduce el primado de la dogmática y de donde resulta la reducción de la «concepción dinámica» del fenómeno jurídico a una especie de historia menor de carácter puramente externo respecto de la dogmática de los ordenamientos del pasado; vid., sin embargo, J. Burillo, *Cuatro métodos romanísticos*, en *Estudios Sánchez del Río y Peguero*, cit., pág. 110: «Betti no parte de la dogmática como quintaesencia de la antihistoricidad». H. G. Cadamer, *Verdad y método*³, Salamanca, 1988, págs. 396 y ss., se ocupa con cierto detalle de la hermenéutica jurídica y, en este contexto, de la posible diferencia entre interés dogmático e interés histórico: dejando de lado su discutible afirmación (pág. 400) de que el historiador del

podemos despojarnos de nuestra experiencia y nuestra formación –jurídica y no jurídica– para afrontar el estudio de un derecho del pasado; esa renuncia, que de hecho es imposible, nos situaría en el inicio de un proceso de aprendizaje más que en la vía correcta para entender la experiencia jurídica pretérita sin deformarla por superposición de la nuestra actual. Y por otro lado, los conceptos jurídicos antiguos, elaborados en el seno de la experiencia que nos proponemos estudiar, son, por las razones conocidas de todo romanista, claramente insuficientes y forman parte, además, del objeto de investigación histórica, de manera que no nos sirven para investigar sobre ellos mismos⁴³. La utilización de la terminología y los conceptos jurídicos actuales nos permite, en conclusión, no arrancar de cero en la interpretación del derecho del pasado y expresarnos en un lenguaje comprensible y con sentido para el presente. Además, como señala Betti, entre los conceptos con los que opera la dogmática actual se encuentran algunos (ordenamiento jurídico, fuente del derecho, norma jurídica, derecho subjetivo, acción, acto ilícito, etc.) que aunque fueron elaborados en vista de instituciones sustancialmente diferentes de las romanas, resultan ser expresión de categorías jurídicas generales, perfectamente aplicables a la comprensión y representación del fenómeno jurídico en general y útiles, por tanto, también para el estudio del Derecho romano en cuanto derecho del pasado⁴⁴.

Acuerdo, por otra parte, sobre la cautela indispensable para evitar los varios peligros que acompañan al empleo indiscriminado del moderno instrumental jurí-

derecho «no tiene ante sí ninguna tarea jurídica» porque únicamente intenta «elucidar el significado histórico de la ley» (la tarea propiamente jurídica consistiría en la aplicación de las normas: poner en consonancia el contenido de la fórmula legal con la actualidad presente de la vida: pág. 387), Gadamer subraya con fuerza la idea de que no hay acceso inmediato al objeto histórico: «En toda comprensión histórica está implicado que la tradición que nos llega habla siempre al presente y tiene que ser comprendida en esta mediación, más aún, como esta mediación» (pág. 401); Gadamer coincide con Betti en considerar que «la vinculación del intérprete a su propia posición es un momento integrante de la verdad hermenéutica» (pág. 605). I. Berlin, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Barcelona, 1992, pág. 78, recoge la idea de U. von Wilamowitz-Moellendorf: los muertos no pueden hablar hasta que han bebido sangre, nuestra sangre, por lo que nos hablan con nuestras voces y nuestras palabras, no con las suyas.

⁴³ Betti (*supra* nt. 42), págs. 7 y ss.; Horak (*supra* nt. 17), pág. 77; A. Torrent, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Salamanca, 1973, págs. 10, 13; ID., *Introducción metodológica*, cit., pág. 99; Orestano (*supra* nt. 34), págs. 98 y ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pág. 407.

⁴⁴ Betti (*supra* nt. 42), págs. 16 y ss.; Betti considera (págs. 18 y ss.) que «un derecho distinto del nuestro, como el romano, no puede decirse verdaderamente conocido, sino en la medida en que nuestras categorías jurídicas hayan encontrado en el terreno propicio a su aplicación, un terreno predisposto por su íntima exigencia, y que por ello se muestran immanentes a él», idea que me parece un tanto excesiva porque tiende a limitar nuestras posibilidades de conocimiento a lo que del pasado coincide con nuestro presente (*vid.* Burillo [*supra* nt. 42], págs. 110 y ss.). B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, pág. 19, nt. 14, entiende, por su parte, que en el estudio del Derecho romano los conceptos jurídicos modernos sólo pueden utilizarse con fruto y sin peligro de error si han sido construidos con explícita referencia a la experiencia jurídica romana; el propio autor modera, sin embargo, la aparente radicalidad de esta postura al subrayar la relación de buena parte de la reflexión jurídica occidental en materia de derecho privado con la compilación de Justiniano.

dico⁴⁵: el riesgo de deformar la realidad histórica aplicando a su estudio categorías que entrañan realidades ajenas a ella misma y el riesgo de atribuir a los conceptos jurídicos modernos el valor de puntos de referencia lógicos desprovistos de historicidad, elevándolos así a la condición de elementos de una hermenéutica jurídica de validez universal⁴⁶. La manera de prevenir estos peligros es limitar el uso de los modernos dogmas jurídicos a aquellos casos en que sean apropiados para captar la problemática jurídica objetivamente presente en las fuentes que se estudian, siendo siempre conscientes de que esos dogmas tienen muchas veces valor instrumental y significado funcional en relación con un determinado ordenamiento jurídico, razón por la que están inevitablemente sujetos a continua revisión.

En último término, el debate en torno a la corrección metodológica del uso de la moderna dogmática en el estudio del Derecho romano podría resultar relativamente intrascendente si, como dice Pastori, al final todo depende de la sensibilidad subjetiva del estudioso que sepa proceder a un tiempo como historiador y como jurista⁴⁷.

En todo caso, aun admitiendo como cosa inevitable y metodológicamente correcta (con las precauciones señaladas) la utilización de la moderna dogmática jurídica en el estudio –incluso histórico– del Derecho romano, aquí tenemos que observar que la mencionada separación entre Historia y Dogmática no siempre es expresiva de una simple contraposición entre dos métodos o procedimientos cuya mayor o menor adecuación y pertinencia (en particular la del método dogmático) se pueda discutir, sino que se refiere con alguna frecuencia a la cuestión previa de la que depende toda elección metodológica, esto es, al interés del estudioso y a los fines perseguidos por él. Así es como se habla en ocasiones de construir la genuina dogmática romana⁴⁸ –con o sin el auxilio de la dogmática moderna–

⁴⁵ La expresión («instrumental jurídico») es deliberada: T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, en BIDR, 90 (1987), pág. 44, observa con razón que la dogmática es para el historiador del derecho un simple medio y no un fin, igual que la historia para el jurista dogmático.

⁴⁶ Las llamadas de atención sobre este peligro son muy frecuentes en la literatura: *vid.* entre otros, Álvarez Suárez (*supra* nt. 8), págs. 40 y ss.; Torrent, *Introducción metodológica*, cit., págs. 97 y ss., advirtiendo que «no cabe olvidar que [el] sistema dogmático es a su vez un producto histórico y afectado por la relatividad valorativa que todo lo histórico tiene» (C. A. Maschi, *Il diritto romano*, 1². *Prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, pág. 10, nt. 13, destaca la transitoriedad de la dogmática, correlativa a los cambios que se producen en la historia del derecho); R. Orestano, *Edificazione e conoscenza del giuridico nel «Sistema» di Savigny*, en *Edificazione del giuridico*, cit. *supra*, nt. 28, págs. 217 y ss.; ID. (*supra* nt. 34), págs. 100 y ss.; ID. (*supra* nt. 43), pág. 408.

⁴⁷ F. Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951, pág. 13. Para A. Torrent, *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus*, Salamanca, 1971, pág. 3, todo estudio romanístico es, en el fondo, estudio dogmático e histórico a la vez; B. Aguilera Barchet, *Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 9 (1991), págs. 373 y ss., concluye afirmando también la unidad, histórica y dogmática, de la ciencia jurídica. Por lo demás, la utilización de los modernos esquemas conceptuales en el estudio de un derecho del pasado no es característica exclusiva del llamado método dogmático, también el método histórico necesita inexcusablemente de ellos: Orestano (*supra* nt. 34), págs. 98 y ss.

⁴⁸ Entendiendo por tal «la representación abstracta de los institutos singulares del ordenamiento romano en su estructura y función, pretendiendo extraer principios generales que... permitan su encuadramiento en un sistema jurídico»: Torrent, *Introducción metodológica*, cit., pág. 99.

como la tarea que debe proponerse la dirección dogmática en la investigación romanística, mientras que otras veces se rechaza toda preocupación de signo dogmático como algo impropio del estudio histórico del Derecho romano y que puede deformar su específica realidad, o bien se entiende el método dogmático en el sentido principal de que la investigación romanística debe servir a la más perfecta construcción y fundamentación de la dogmática del derecho vigente.

Evidentemente ésta no es una discusión de puro método cuyo alcance pueda reducirse a la determinación del mejor modo de perseguir un objetivo en el que todos coinciden, pues falta, ya de entrada, tal conformidad en cuanto al objetivo.

De todos modos, así como hemos reconocido la imposibilidad de prescindir de los conceptos jurídicos modernos (porque son nuestros conceptos) en el estudio en general del Derecho romano, así también creemos estar en condiciones de afirmar una cierta validez o aplicabilidad general del método histórico-crítico apoyada sobre un dato que se impone hoy al estudioso con independencia de su previa orientación ideológica, de la meta que persigue con su estudio y de su personal inclinación por unos u otros medios de investigación. Ese dato no es otro que las fuentes (por lo menos las de índole jurídica) que constituyen el material básico y el inexcusable punto de partida de toda indagación⁴⁹. En efecto, advertidos como estamos de que tomadas por sí mismas, sin encuadre histórico adecuado ni examen crítico del texto, esas fuentes son incomprensibles y sólo siembran confusión y desconcierto, no es difícil convenir en la necesidad de integrar o acompañar al menos cualquier metodología con el llamado método histórico-crítico como único medio de valorar debidamente los datos históricos, depurar las fuentes de sus posibles alteraciones y situarlas en el marco histórico que les corresponde. Sólo después de realizada esta labor, o mejor, sólo realizando ésta labor podrá el estudioso preocupado por la construcción o la reconstrucción dogmática abordar este su específico interés⁵⁰, el investigador del derecho clásico, postclásico o justiniano discernir qué dicen los textos de cada una de esas etapas, el marxista desplegar su propia explicación de la superestructura jurídica en función de las relaciones económicas y de producción⁵¹.

Por lo demás, contando con las advertencias del propio emperador Justiniano (const. *Deo Auctore*, 4 y 7; const. *Tanta*, 10; const. *Haec quae necessario*, 2; const. *Cordi*, 3), es evidente que el problema de las interpolaciones (por comodidad prescindo

⁴⁹ Dice A. Mantello, rec. a A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari, 1987, en IURA, 38 (1987), pág. 233, quizá con un exceso de radicalismo, que toda solución historiográfica es en sí misma correcta y buena siempre que guarde un mínimo de coherencia con los datos textuales; simplemente, una de ellas alcanza cada vez mayor o menor relieve por su mayor o menor idoneidad para «representar» en términos técnico-científicos las necesidades «existenciales» del sujeto cognoscente.

⁵⁰ G. Crifo', *Emilio Betti. Note per una ricerca*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), págs. 267 y ss.

⁵¹ Como dice Torrent, *Introducción metodológica*, cit., el método histórico-crítico engloba la «Textenforschung» de Wieacker (págs. 137 y ss.) y está presente también en el método de la «Dogmengeschichte» (págs. 142 y ss.).

de las alteraciones de las fuentes anteriores a la Compilación) no puede ser eludido por el romanista cualquiera que sea su orientación. Los excesos del pasado en la crítica de interpolaciones tuvieron sin duda su parte de responsabilidad en la crisis del Derecho romano; otro peligro, acaso más sutil, presente también en este método es el de caer en un esfuerzo de reconstrucción dogmática del derecho clásico como sistema jurídico ideal al margen de la realidad y la evolución histórica⁵². En todo caso, los excesos de los usuarios no son imputables en principio a la herramienta que utilizan, y desde el momento en que nos consta que las interpolaciones no sólo existen, sino que son muchas e importantes (*multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*: const. *Tanta*, 10)⁵³, sería muy poco serio prescindir de su búsqueda, valoración y estudio intentando acallar nuestra mala conciencia con argumentaciones genéricas a propósito de la supuesta habitual irrelevancia sustancial de las alteraciones presentes en los textos.

La crítica textual debe hacerse con cautela, evitando los apriorismos que la pueden convertir en un auténtico artificio sólo útil para la confirmación de un resultado concebido de antemano y para el diagnóstico simplista y unilateral que se aviene a descubrir alteraciones en las fuentes –o por el contrario a declarar su inexistencia– en función no más que de la comodidad del estudioso enamorado de su tesis; de igual modo es necesario mantener bien clara la distinción entre lo que es la dicción de un texto, tal y como ha llegado hasta nosotros, y las varias restituciones que de su presunto tenor original hayan podido proponer los autores: estas reconstrucciones no son fuentes, la única fuente, alterada o no, es el texto de época romana o romano-bizantina.

Así pues, la crítica textual debe hacerse con cautela, con mucha cautela, pero no puede dejar de hacerse. Por ello, encuentro totalmente justificada, oportuna y merecedora en consecuencia de la máxima atención la vindicación emprendida por Guarino⁵⁴ del examen crítico de las fuentes frente al exceso del «oltranzismo antinterpolazionístico» que, como un fruto no deseado, se ha ido difundiendo entre algunos romanistas desde que Kaser adoptara una posición conservadora en materia de análisis crítico de las fuentes⁵⁵: tal y como dice Guarino, si se abandona la lectura y la interpretación crítica de las fuentes es inútil seguir con los estudios de historia del Derecho romano⁵⁶.

⁵² G. Broggin, *Rapágsorto sull'Index Interpolationum*, en *La crítica del testo*, 1, Firenze, 1971 = *Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, pág. 130; Torrent, *Introducción metodológica*, cit., pág. 133.

⁵³ Vid. Guarino (*supra* nt. 18), págs. 159 y ss., sobre los poderes conferidos por Justiniano a los compiladores, tanto de las *leges* como de los *iura*.

⁵⁴ Guarino (*supra* nt. 39), págs. 355 y ss., 389 y ss.; ID. (*supra* nt. 18), págs. 31 y ss., 159 y ss.; ID., *La Ferrari Testarossa*, en *INDEX*, 18 (1989), págs. 71 y ss.

⁵⁵ M. Kaser, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, en *La crítica del testo*, 1 (cit. *supra*, nt. 52), págs. 219 y ss.; ID., *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*, en *Anzeiger der Österr. Akademie der Wissenschaften*, phil.-hist. Kl. 116 (1979), mit Anhang aus *SZ*, 96 (1979) = *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, págs. 112 y ss.

⁵⁶ Guarino (*supra* nt. 18), pág. 37.