

JAVIER PARICIO

EL LEGADO JURÍDICO
DE ROMA

Nueva edición ampliada

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	11
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	13
ABREVIATURAS ESPECIALES EMPLEADAS	15
EL LEGADO JURÍDICO DE ROMA	19
PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ROMANO	49
SOBRE EL MODELO ROMANO DE DEMOCRACIA	67
NOTAS SOBRE EL <i>IUS CONTROVERSUM</i> EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA	81
CELSO CONTRA NERACIO	93
Controversia entre jefes de la escuela proculiana sobre protección de las convenciones sinalagmáticas atípicas	93
<i>ARS IURIS</i> . JUAN IGLESIAS, EN EL RECUERDO	103
ÍNDICE ANALÍTICO	115
ÍNDICE DE FUENTES	118

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

En noviembre de 2006 entregué para su impresión a El Faro Ediciones dos ensayos reunidos bajo el título del primero de ellos: El legado jurídico de Roma. El pequeño libro aparecería publicado con suma celeridad y en elegante formato a comienzos de 2007. Agotada aquella edición, Juan José Pons me ofreció lanzar en la editorial que dirige una nueva donde he incorporado cuatro breves escritos recientes que, por razón de la materia, podían agregarse a los anteriores. Con ellos, esta edición viene casi a doblar en dimensiones a la precedente.

Así como los textos de la edición anterior, que se reimprimen en ésta sin modificación alguna, eran inéditos [aunque el titulado «Presente y futuro del derecho romano» se publicara luego en los Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija, 9 (2006, pero editado en 2007), pp. 387 ss.], los cuatro añadidos ahora acaban de ver la luz, o están a punto de verla, en sedes de muy distinta naturaleza.

El primero [publicado en España en la revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (mayo de 2009), y en Italia en la revista Index, 37 (2009)] lleva por título «Sobre el modelo romano de democracia» y reúne un conjunto de reflexiones surgidas tras la lectura del, tan original como valiente, libro de José María Ribas Alba, Democracia en Roma (Comares, Granada, 2008). En el momento de redactar este prólogo ve la luz la segunda edición de

ese libro (2009), lo que viene a confirmar el éxito que ya me había permitido vaticinarle.

El segundo [que aparece ahora en la revista Seminarios Complutenses de derecho romano, 22 (2009)] se titula «Notas sobre el “ius controversum” en la jurisprudencia romana» y ha sido escrito después de leer la última monografía de Mario Bretone, sin disputa uno de los más relevantes romanistas europeos de la segunda mitad del siglo xx; esa monografía, «Ius controversum» nella giurisprudenza romana (Bardi Editore, Roma, 2008, pero editada en 2009), se centra en las opiniones contradictorias de los juristas, lo que constituye uno de los rasgos más característicos, y a la vez más sorprendentes desde el punto de vista moderno, de la jurisprudencia romana.

El tercero puede ser contemplado como complementario del anterior, aunque fuera escrito antes y sin conocer aún el libro de Bretone; en él se muestra un ejemplo —que descubrí al revisar un amplio número de textos del Digesto relativos al ámbito contractual— de controversia jurisprudencial muy importante, tanto por la materia (la protección procesal de las llamadas convenciones sinalagmáticas atípicas), como por los protagonistas de la misma, pues la discrepancia se plantea entre dos (¿los últimos?) jefes de la escuela proculiana: Neracio y Celso, que, además, según parece lo más probable, la codirigieron durante un cierto espacio de tiempo. Ese artículo, escrito en 2008 y titulado «Celso contra Neracio», aparecerá en Festschrift für Rolf Knütel (München, 2010).

El cuarto y último ensayo ahora incorporado lleva por título «“Ars iuris”. Juan Iglesias en el recuerdo»; fue redactado, por encargo editorial, para servir de prólogo a la tercera edición de la novela del romanista Juan Iglesias, Don Magín, profesor y mártir (Reus, Madrid, 2008). Luego se me solicitó desde Italia una nueva edición del texto [publicada en la revista Studia et documenta historiae et iuris, 75 (2009)], que es la que aquí se incluye. El que entre Iglesias y quien esto escribe mediaran dos generaciones no impidió que existiera entre nosotros una profunda vinculación personal, como también compartíamos una concepción básicamente coincidente sobre el derecho, que, me temo, se encuentra a punto de descansar, si es que no yace ya, en una de las tantas estanterías de la historia.

Madrid, 17 de septiembre de 2009

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

En este volumen se reúnen dos ensayos redactados por encargo para su presentación en sendas exposiciones orales recientes. El titulado «El legado jurídico de Roma», que sirve también de título al libro, fue propiciado por una invitación de la Fundación Juan March y de su director Javier Gomá, y se enmarca dentro del ciclo de conferencias Las fuentes de la conciencia europea organizado por esa Fundación, en su sede de Madrid, en enero de 2007; las otras tres conferencias estaban centradas en el legado griego (Carlos García Gual), en el legado cristiano (Ángel Cordovilla) y en el proyecto ilustrado (Gabriel Tortella). El que lleva por título «Presente y futuro del derecho romano» responde a una invitación de Manuel Abellán, decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, y reproduce mi intervención en un congreso internacional de romanistas e historiadores del derecho sobre Las materias históricas y la formación del jurista, celebrado en dicha Universidad los días 22 y 23 de junio de 2006; las otras ponencias dentro del ámbito del derecho romano corrieron a cargo de Dario Mantovani (Universidad de Pavía) y de Francisco Cuenca (Universidad de Cantabria).

Se trata, pues, de dos escritos que fueron concebidos y redactados para su exposición oral, lo que unido al tipo de auditorio al que iban dirigidos marcan las características de los mismos. Al entregarlos para la publicación he preferido no modificar la factura ini-

cial de los textos por otra más estricta, por lo que, como el lector comprobará, el estilo y la medida siguen siendo los propios de escritos nacidos para la exposición pública. El que la extensión de uno y otro sea muy diferente obedece a que también eran distintos los límites de tiempo señalados por los organizadores. Las notas al pie, con referencias bibliográficas siempre muy selectivas, tampoco han sido agregadas para la publicación, pues figuraban ya en los textos originales.

La publicación conjunta de ambos escritos se debe no sólo a que sus temáticas presentan numerosos puntos en común, sino a que en cierto sentido, y aunque no fueran pensados como tales, pueden incluso contemplarse como complementarios. Me ha parecido necesario, sin embargo, invertir en esta edición el orden cronológico de ejecución y exposición de los trabajos, y anteponer, por su carácter más abierto y general, el texto procedente de la conferencia pronunciada en la Fundación Juan March; el de la intervención en la Universidad Carlos III viene a ser, partiendo de una conocida obra de Goya, una especie de reflexión sobre la situación actual del derecho romano expuesta en voz alta ante colegas romanistas e historiadores del derecho.

(...)

Este pequeño volumen, que tan lejos queda de la brillantez y profundidad de su ingente obra escrita, está dedicado a Eduardo García de Enterría. Quienes tenemos la fortuna de conocerle de cerca sabemos que se trata no sólo del que quizá sea el mayor jurista que la vida nos ha puesto delante, sino de una figura humana de calidad tan excepcional que sería reductor tratar de adjetivarla.

«Yo entiendo por suelo científico [y creo haberlo encontrado en Austria] la libertad de investigación y la crítica inseparablemente unida a ella, la libertad acerca de las consideraciones políticas y religiosas, la protección de todo esfuerzo encauzado por sí mismo, en especial cuando sea y donde sea incómodo, lo cual es una exigencia de la ciencia».

«En ningún lugar crece la mala hierba con la paradigmática velocidad que lo hace en el campo del derecho, y en ninguna parte se encuentra la oposición entre alta ciencia y baja decadencia, una tan cerca de la otra, como en el ámbito jurídico».

RUDOLF VON IHERING, fragmentos de *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* (*¿Es la Jurisprudencia una ciencia?*), conferencia pronunciada en Viena el 16 de octubre de 1868, reconstruida y publicada por Okko BEHRENDTS (Göttingen, 1998); existe una trad. esp., *¿Es el derecho una ciencia?* (Granada, 2002).

EL LEGADO JURÍDICO DE ROMA

RESUMEN: *En esta exposición, que por su naturaleza debe ofrecer unos contenidos muy selectivos y ser sintética hasta el extremo, se procura poner de manifiesto, del modo más claro e inteligible que ha sido posible, la importancia del derecho romano para la cultura europea, cuya aportación principal se encuentra fundamentalmente vinculada a la ciencia creada por los juristas romanos, donde radica la génesis de nuestra cultura jurídica.*

Tras un breve esbozo (I) del derecho romano como fenómeno histórico, se muestra (II) cómo ha constituido la base de la moderna ciencia jurídica europea y (III) cuál puede ser su papel en la formación de los juristas y ciudadanos europeos del siglo XXI.

Al dar comienzo a esta intervención¹ quiero manifestar de manera expresa mi más sincera gratitud a la Fundación Juan March y a su director, Javier Gomá, por la invitación que me cursaron para participar en este ciclo de conferencias sobre «Las fuentes de la conciencia europea» en una sede que es no sólo una de las más emblemáticas en el ámbito cultural de habla española, sino que también lo es en el europeo.

El tema sobre el que se me invitaba a hablar versaba acerca del legado jurídico romano contemplado desde nuestra perspecti-

¹ Texto de la conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, el día 25 de enero de 2007, dentro del ciclo *Las fuentes de la conciencia europea*.

va europea actual, y debo confesar que, aunque ya lo intuía, sólo cuando me puse frente al ordenador, con toda la pantalla en blanco, fui consciente de lo comprometido que resultaba tratar de un asunto como ese, que, además, podía ser abordado de maneras muy diferentes. Espero que la perspectiva por la que he optado, que se mantiene en la línea de algunos escritos personales recientes, no se aleje mucho de las expectativas de los organizadores, y aunque la materia tratada pueda no resultar en principio sencilla para quienes sean ajenos al mundo del derecho, o al de la historia del derecho, confío en haber sabido encontrar un tono que, sin trivializar las cosas, me permita ser entendido por todos ustedes y suscitar su atención.

I

En varios de sus escritos más recientes, el último de los cuales —o, al menos, el último que yo conozco a este respecto— es *La idea de Europa*, George Steiner ha insistido en una idea tomada de Alfred North Whitehead, que éste formulaba de manera ligeramente distinta, y que puede sintetizarse del siguiente modo: toda la filosofía occidental no es más que una nota a pie de página al milagro de la filosofía griega². La idea, en su literalidad sólo a primera vista provocadora, podríamos trasladarla³ nosotros con igual legitimidad al ámbito del derecho: toda la ciencia jurídica occidental no es más que una nota a pie de página al milagro de la jurisprudencia romana⁴. Y del mismo modo que, como dice Steiner, el ideal socrático del examen de la vida, de la búsqueda de certidumbres trascendentes, o las investigaciones aristotélicas de las problemáticas relaciones entre palabra y mundo, marcaron el camino que mucho tiempo después anduvieron Tomás de Aquino, Descartes, Kant o Heidegger,

² Vid. G. STEINER, *La idea de Europa*, trad. esp. de M. Tabuyo y A. López, con prólogo de M. VARGAS LLOSA (Madrid, 2005), pp. 56 s.

³ Ya el propio Steiner la traslada al ámbito religioso con el judaísmo y a las, en su opinión, sus dos principales notas a pie de página: el cristianismo y el socialismo utópico, pero no la traslada al jurídico.

⁴ La jurisprudencia es «el corazón y el cerebro del derecho romano». Tomo la expresión de M. BRETONE, *La storia del diritto romano e la romanistica come storia*, ahora en *Diritto e tempo nella tradizione europea*, nueva edición puesta al día (Roma-Bari, 2004), p. 265.

podemos decir que los juristas romanos, que fueron capaces de crear la ciencia del derecho y su método, marcan la senda que luego transitarían los más grandes juristas europeos, no sólo los iusprivatistas⁵.

I.1⁶. Acabo de mencionar a los juristas y a la ciencia del derecho: unos y otra nacen en Roma, pues tanto la figura del jurista, como la ciencia del derecho surgida de su actividad profesional, fueron desconocidos como tales en otras culturas anteriores, incluso por la griega, que tan alto grado de desarrollo alcanzaría en otros ámbitos. Y aunque la cultura política occidental tenga en el mundo griego un referente fundamental en la idea de la organización de la vida comunitaria en forma de sociedad civil basada en un orden jurídico socialmente legitimado, sólo en Roma aparece una concepción técnico-científica del derecho y una posición autónoma del mismo en la ordenación político-social, garantizada por juristas libres, que constituye el modelo que la cultura política latina aportó a la organización del Estado en la sociedad moderna.

Frente a la fisonomía que presentan otras culturas, tanto antiguas como modernas, en las que derecho y religión constituyen esferas no diferenciadas, o no completamente diferenciadas, la cultura jurídica romana, merced a la elaboración racionalizadora de los juristas, tiende a aportar desde muy pronto (ya desde la antigua jurisprudencia pontifical) una concepción civil y laica del derecho. Por otra parte, el derecho es percibido por los juristas con una gran componente ética, pero ello no se traduce en una confusión entre derecho y moral, sino en la elaboración de una ética jurídica autónoma, que opera como fundamento de las relaciones jurídicas y sirve también de criterio en la aplicación del derecho. Gracias, pues, a la actividad de los juristas, el derecho se separa muy pronto de otros ámbitos normativos, logrando así una autonomía que, con distintas vicisitudes históricas, sería típica de la cultura europea y occidental.

⁵ Calco este párrafo de mi escrito «Presente y futuro del derecho romano», que se reproduce *infra* pp. 49 ss.

⁶ Aunque a veces se manifiesta incluso de modo explícito en nota al pie, tanto en este capítulo como en el siguiente me sirvo a menudo de ideas ya expuestas en J. PARICIO y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 7.^a ed. (Madrid, 2005), pp. 23 ss. Por lo demás, dada la naturaleza de este texto, la bibliografía citada es enormemente selectiva.

I.2. La aportación del derecho romano a la cultura jurídica europea se encuentra, pues, fundamentalmente vinculada a su tradición jurisprudencial, que sitúa al derecho en una dimensión cultural de naturaleza técnico-jurídica y, por tanto, no identificable con una concepción del mismo reducida al formulado por vía legislativa o al originado por cauces consuetudinarios. Pero aquí me van a permitir dos advertencias.

La primera, tal vez innecesaria, viene exigida por el carácter abierto de esta conferencia, que no está limitada a los especialistas y ni siquiera a los profesionales del derecho. El término jurisprudencia no lo estoy utilizando en este momento en el sentido más ordinario en que lo empleamos hoy día, es decir, como doctrina que resulta de las decisiones de los tribunales de justicia, sino como el conjunto de las opiniones de los juristas, y, en consecuencia, vendría a coincidir más o menos con la doctrina en sentido moderno.

La segunda es más importante. Decía que la aportación cultural del derecho romano se encuentra principalmente vinculada a su tradición jurisprudencial, que sitúa al derecho en una dimensión cultural de naturaleza técnico-científica, y, en consecuencia, no identificable con una concepción del mismo reducida al formulado por vía legal. Pero eso no quiere decir, como temo que muy a menudo tienda a interpretarse, que la ley en Roma tuviera escasa importancia o un papel secundario. En este sentido, quizá haya pesado como una losa en la doctrina moderna el no haber entendido en el exacto contexto de su pensamiento una famosa frase de un romanista genial como era Fritz Schulz, según la cual *Roma, que es «el pueblo del derecho, no es el pueblo de la ley»*⁷. Esta frase es necesario reconducirla a sus precisos límites para evitar equívocos, pues para el romano (como para nosotros hoy) la ley es fuente primordial del derecho, y para persuadirnos de ello, sin entrar en explicaciones más profundas, en las que no es posible detenerse aquí y ahora, basta con acudir a los principales «elencos de fuentes» de que disponemos en los textos jurídicos: los de Pomponio (D. 1.2.2.5 y 12), Gayo (*Gai.* 1.2 ss.)

⁷ «Das Volk des Rechts ist nicht das Volk des Gesetzes», F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (München, 1934; existe una reimp. de 2003), p. 4 = trad. esp. de M. ABELLÁN, *Principios del derecho romano* (Madrid, 1990), p. 28.

y Papiniano (D. 1.1.7), todos ellos procedentes históricamente de juristas del atardecer de la que solemos denominar «época clásica del derecho romano». Si tomamos, por ejemplo, la exposición de Gayo, se observa que entre los *iura populi romani* menciona ante todo la ley, y todos los demás (plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos magistratuales y opiniones de los juristas) tienen fuerza precisamente por su equiparación o aproximación a la ley⁸. Es decir, la ley funciona como referente. De todos modos, como la solución de los problemas jurídicos concretos no depende con suma frecuencia de una simple subsunción de los mismos a lo dispuesto en una ley, o en un senadoconsulto (y eso en el supuesto de que existan para el caso), o en el edicto, se hace necesario acudir al jurista, cuyo pronunciamiento se realiza a la luz de su saber jurídico, teniendo en cuenta los principios y las *rationes decidendi* precedentes, pero sin perder nunca de vista las peculiaridades del caso y buscando ante todo la solución justa del mismo. Por lo demás, es de suma evidencia que la jurisprudencia no es una más entre las fuentes del derecho, sino una bien diferente a las otras y la que proporciona unidad a todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, de modo muy preciso se manifiesta Pomponio cuando afirma (D. 1.2.2.13) que no puede existir el *ius* si no existe el jurista gracias a cuya actividad puede perfeccionarse cotidianamente.

I.3. Tras un largo camino histórico, siempre vinculado a la práctica, de desarrollo y consolidación del saber jurídico, en cuyos detalles no es posible detenerse aquí, la jurisprudencia alcanza en el siglo II y comienzos del III d. C. la formulación de que el derecho no es sino el arte de lo justo. Estamos, así, ante la más famosa definición de derecho enunciada nunca: *ius est ars boni et aequi* (D. 1.1.1.pr), que procede del jurista Celso (*ca.* 70-*ca.* 135 d. C.) —uno de los más grandes dictaminadores que Roma tuvo— y que conocemos a través de una cita de Ulpiano, aunque éste nada diga sobre el contexto en que Celso la expresó.

⁸ En el caso de los plebiscitos (*Gai.* 1.3), senadoconsultos (*Gai.* 1.4), constituciones imperiales (*Gai.* 1.5) y *responsa prudentium* (*Gai.* 1.7) ello resulta evidente de una simple lectura de los pasajes de Gayo. Respecto al edicto, ya Cicerón lo llamaba *lex annua* (Cicerón, *II Verr.* 1.42.109).