

## HISTORIA O DOGMÁTICA: DICOTOMÍA QUE HA RESUELTO LA ROMANÍSTICA CONTEMPORÁNEA

Sara BIALOSTOSKY\*

**S**i bien es cierto que hoy en día, son pocas las voces que se alzan en contra del estudio del Derecho Romano y que su inclusión en los planes de estudio de las universidades europeas, latinoamericanas y en algunas de las más connotadas de la unión norteamericana, es ostensible; en el pasado no muy remoto, su rechazo fue tal, que sirvió de alerta para que autores como Koschaker<sup>1</sup> y Francisci,<sup>2</sup> entre otros, escribieran célebres tratados sobre la crisis, objeto y métodos de dicha disciplina.

Al respecto, es oportuno mencionar que la concepción política del nazismo, siguiendo las instrucciones del punto 10 del Programa del Partido Nacional Socialista del 24 de febrero de 1924, eliminó la enseñanza del Derecho Romano en las universidades alemanas. No fue casual, sino sintomático, que a la caída del régimen fascista, los estudios romanistas renacieran.

Una suerte similar, guardaba toda proporción, lo sufrieron las universidades cubanas a partir de la revolución castrista; cabe señalar sin embargo que a partir del último quinquenio, la enseñanza e investigación del Derecho Privado Romano, y sobre todo del Derecho Público Romano se reiniciaron con fuerza tal, que Cuba ha sido sede de congresos y seminarios internacionales,<sup>3</sup> además semillero de futuros romanistas cubanos.

Actualmente superados los temas sobre justificación, objeto, etcétera, de nuestra disciplina, resta en el tapete de la discusión el problema

\* Maestra en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM, directora del Seminario de Derecho Romano de la misma Facultad.

<sup>1</sup> KOSCHAKER, Paul, *Europa un des romiches Rechtr*, Weimar, 1939, traducción en español Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955.

<sup>2</sup> FRANCISCI DI PIETRO, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

<sup>3</sup> X Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, *El Derecho de Familia: de Roma a la actualidad*.

del método, requisito *sine qua non*, que debe cumplir toda ciencia que se considere como tal.

Si durante la Edad Media se consideró al Derecho Romano como la fuente dogmática del saber jurídico, se debió principalmente al hallazgo que hiciera Irnerio<sup>4</sup> del texto primitivo del Digesto<sup>5</sup> en Bolonia en el siglo XI. Sus discípulos los llamados “cuatro doctores”, Martín, Búlgaro, Jacobo y Hugo<sup>6</sup> aplicaron el método exegético<sup>7</sup> a través del cual penetraron en el detalle de las citas, mediante glosas explicativas, interpretando los diferentes pasajes, haciendo hincapié en los lugares concordantes o paralelos, allanando las contradicciones y desarrollando conceptos generales, tales como el de Derecho y sus diferentes acepciones, Derecho civil, pretorio, etcétera

Con la publicación de la Glosa de Acursio compuesta en el año de 1250, se resume y finaliza la labor de la Escuela de los glosadores.

Debe señalarse que la labor de dicha Escuela no sólo tuvo valor teórico; su objetivo fue además de sistematizar al Derecho Romano y convertirlo en un derecho vivo, con utilidad práctica, para que se usara en los tribunales.

A dicha Escuela boloñesa, sigue a mediados del siglo XIII la de los Posglosadores o Comentaristas, que con Bartolo y Baldo en el siglo XIV, llega a su máximo apogeo.<sup>8</sup>

A diferencia de sus predecesores cuyas observaciones exegéticas eran breves y concisas, los Comentaristas y de ahí su nombre, hacen glosas y largos comentarios. Lograron convertir al Derecho Romano glosado en un Derecho nuevo, en el Derecho común italiano, para lo cual utilizaron el Método escolástico<sup>9</sup> que se caracteriza como sabemos por el imperio del método deductivo, es decir, por el predominio de los conceptos; sobra decir, que este método era desconocido para los juristas romanos; sin embargo, hay que reconocer que los comentaristas al

---

<sup>4</sup> Sobre la personalidad y obra de Irnerio, fundador de la Escuela de los Glosadores, ver Besta, L'opera d' Irnerio, 2 vol., 1896 y V. Kantorowicz en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZST), t. 30 pp. 30, 196 y ss., 252 y ss. Volumen que tenemos en la Biblioteca “Antonio Caso” de nuestra Facultad.

<sup>5</sup> Antes de este descubrimiento el Digesto era casi desconocido y sólo se enseñaba en partes.

Koschaker *op.cit.*, entre otros autores considera que esos 50 libros que conforman el Digesto conocido también como Pandectas que son parte de la jurisprudencia romana fueron la base sobre la que se construyó la ciencia del Derecho en Europa y que junto con la Biblia fueron determinantes en la conformación de la historia del pensamiento occidental europeo.

<sup>6</sup> Gracias a la obra de Kantorowicz, *op. cit.*, t. 30, p. 270, t. 31 pp. 17 y ss., 37, 39, se puede asegurar que Irnerio fue en efecto el maestro de los “cuatro doctores”.

<sup>7</sup> Para la explicación de este método ver Método exegético en este artículo.

<sup>8</sup> V. KANTOROWICZ, ZSS, t. 30 p. 209 y ss.

<sup>9</sup> Ver “Método escolástico” en este artículo.

aplicar a los estudios del Derecho, los métodos escolásticos, pusieron los cimientos como ya se ha indicado para la moderna ciencia jurídica.

Los comentarios de Bartolo y Baldo se impusieron en la práctica con la fuerza de dogmas,<sup>10</sup> fueron fuente del Derecho común europeo, que posteriormente se conoció como *mos italicus*.<sup>11</sup> Hay que hacer notar que a diferencia de sus predecesores sus comentarios estaban alejados de todo espíritu crítico respecto a los textos jurídicos originales y faltas de visión histórica.

Este método dogmático fue superado en los siglos XVII y XVIII, por una fuerte corriente de reacción, el surgimiento de la “Escuela histórica francesa”, que estudia el *Corpus Iuris* en su dimensión histórica y crítica dedicando especial atención al Derecho clásico conocida como el *mos gallicus*<sup>12</sup> que exalta al Derecho Romano como la *ratio scripta*, cuyos brillantes exponentes fueron Cuyacio, Donelo, alejándose del método escolástico retomaron al Derecho Romano puro.

En el siglo XVIII aparece en el horizonte la Escuela del Derecho natural “racionalista” fundada por el holandés Hugo Grossio; su obra *de jure belli a pacis*, infunde al Derecho un sentido individualista completamente moderno, recaba para las actividades del individuo un régimen de libertad del pensamiento y de la religión.

El Derecho romano vigente en esa época no se escapa a los embates críticos; así las legislaciones nacionales se dispusieron a romper con el pasado. A esta Escuela del Derecho natural se debe en gran parte el movimiento codificador.

Esta corriente que promovía eliminar al Derecho romano; se frena gracias a la fuerza con que Savigny,<sup>13</sup> fundador de la Escuela histórica, lo defiende; convirtiéndose en ferviente seguidor del Derecho justinianeo. Jurista que debe la mayor parte de su fama, a la influencia que ha tenido en la práctica jurídica su Tratado sobre la Posesión, basado en el Derecho justinianeo; obra valiosa por dar nuevamente vigencia al Derecho Romano puro, por ser una exposición fidedigna de las fuentes romanas; como señala Sohm, fue un milagro al que todos los espíritus se rindieron (*sic*).<sup>14</sup>

Es oportuno señalar que la interpretación que dicho autor hiciera de las fuentes romanas y bizantinas que predominaron durante la primera

---

<sup>10</sup> Lo que no dice la glosa, no dice la curia.

<sup>11</sup> A partir del s. XVII ya germanizado se denominará “*Usus modens pandextanum*”

<sup>12</sup> Recibe este apelativo por la gran recepción que tuvo en Francia, en contraposición al *mos italicus*.

<sup>13</sup> SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano* (1849).

<sup>14</sup> SOHM R., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17 ed., trad. del alemán por W. Rocés, Madrid, 1928.

mitad del siglo antepasado e influyo en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que consideran a la posesión como un hecho.

Su postura fue criticada por Ihering<sup>15</sup> quien con su teoría subjetiva influyó en el Código de 1928, en el que se reconoce la posesión como un Derecho.

La polémica entre dogmatismo e historicismo se prolonga hasta el siglo XIX con la sistematización de la Pandectística Alemana, que a pesar de su visión ahistórica como señala Fernández Luján<sup>16</sup> debe considerársele como la promotora del último renacimiento del Derecho Romano y base del Derecho Civil moderno (*sic*).

Hay que reconocer que la separación entre Historia y Dogmática entre romanistas y civilistas a partir del siglo XX, con el ya mencionado movimiento codificador, se ha ido haciendo cada vez más ostensible.

No podemos negar que si bien los estudios histórico-jurídicos tuvieron y tienen sus detractores y los estudios romanistas en cierto momento sufrieron una crisis, tenemos que admitir como bien señala Torrent<sup>17</sup> que la Corriente Dogmática pasa actualmente por una gravísima crisis: la crisis del positivismo.

El método general propio de toda disciplina, tiene por finalidad guiar conforme las normas racionales, la obtención de la verdad; el cual debe especificarse en el caso de cada ciencia en particular, tanto, por su objeto como por la forma de acceso a cada una de ellas.

Para determinar o seleccionar cuál es el método idóneo para la investigación del Derecho Romano y aplicarlo también para la enseñanza del mismo; aceptando *a priori* que hay más de un método para dichas actividades; señalaremos en las subsecuentes líneas, los diferentes métodos que han empleado juristas, teólogos y romanistas, en el devenir histórico, así como el uso que hicieran de algunas ciencias auxiliares tales como la filología,<sup>18</sup> la paleografía,<sup>19</sup> papirología,<sup>20</sup> arqueología y la epigrafía.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> IHERING, *El Espíritu del Derecho romano*, 8º ed. Para completar datos sobre Von Savigny y Ihering ver: Gorostiaga, N., *Tres vidas Ilustres: Hugo, Savigny, Ihering.*, Resurgimiento del Derecho alemán, Edit. Depalma, Buenos Aires.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ DE LUJAN, *Derecho Público Romano*, Edit. Civitas, 5ª ed., Madrid, 2000.

<sup>17</sup> TORRENT A., *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Edisofer Zaragoza, 2002.

<sup>18</sup> Ciencia que nos permite entender el significado de las palabras utilizadas en tiempos pasados y que actualmente están consistentes de nuestro lenguaje. Importantísima para el estudio de los textos y fuentes romanas.

<sup>19</sup> Ciencia que permite entender las formas de escritura utilizadas antes de la invención de la imprenta y poder así acceder a las fuentes más antiguas.

<sup>20</sup> Ciencia que permite acceder a las formas y materiales de escrituras antiguas. El mejor papirologo de todos.

<sup>21</sup> Ciencia que estudia las inscripciones en los monumentos antiguos.

*Método exegético*

El método exegético se utiliza principalmente para dar a conocer la ley vigente y aplicarla correctamente; por lo tanto es un método práctico. Parte de una concepción positivista y formalista del Derecho; positivista porque considera al Derecho, sólo a través de las leyes emanadas del Estado y formalista porque las normas son comprendidas como principios lógicos, cuya finalidad es crear un sistema.

Este método fue utilizado por la Escuela longobarda<sup>22</sup> que no se resistió a la penetración del Derecho Romano al que consideraban como Derecho supletorio.

La crítica que se suele hacer al empleo puro de este método, sin el auxilio de otros métodos, dice que el mismo “produce abogados, no juristas”.

*Método escolástico*

El método escolástico presupone la autoridad absoluta de ciertos textos tanto en materia jurídica como teleológica, implica además la presencia de lagunas y contradicciones.<sup>23</sup>

La aplicación de este método en el área jurídica, se reflejó en el Digesto descubierto,<sup>24</sup> como un análisis doctrinario que consistió en revisar su texto, seleccionar los pasajes contrastantes, resolver las contradicciones y superar las mismas, labor esta última, que realizaron principalmente los juristas del siglo XII y los canonistas del siglo XIII y que fue el material básico para el desarrollo de las universidades medievales.<sup>25</sup>

La romanística moderna se sigue planteando el problema de determinar la metodología idónea para el estudio del Derecho Romano, los métodos que hoy día están sujetos a discusión son:

---

<sup>22</sup> Escuela que inicia en 499 y finaliza en 699 aproximadamente, es una mezcla de principios germánicos y tardorromanos, ver CALAOS F., *Medioevo del diritto*, Giufrè, 1954, Milán, pp. 309 y ss.

<sup>23</sup> Sugerimos al lector ampliar este tema en la magnífica síntesis que hace Rolando TAMAYO en su obra *La ciencia del Derecho y la formación del ideal político*, pp. 76 y Huber, 1999, México.

<sup>24</sup> Ver nota 3 de este artículo.

<sup>25</sup> Ver R. TAMAYO SALMORÁN, *La Universidad epopeya medieval*, Huber, 1998, México.

### *Método dogmático*

Método dogmático, cuyo principal promotor es Betty,<sup>26</sup> consiste en construir una serie de principios jurídicos elevados a la categoría de dogmas; en otras palabras dogmática vendría a ser la representación abstracta de las instituciones singulares en su estructura y función encuadrados en un sistema. El utilizar este método para el estudio del Derecho Romano, implica aplicar los conceptos actuales, con la mentalidad jurídica de los juristas de hoy a nuestra disciplina. Si bien es cierto que el romanista al interpretar el Derecho Romano, no puede prescindir de sus conocimientos jurídicos; debe tomar en consideración que no todos los dogmas actuales son aplicables a dicha disciplina, por lo que este método llevado a sus últimas consecuencias no es adecuado para los estudios romanísticos; Francisci<sup>27</sup> opositor a la teoría de Betty considera, que no debe hablarse de una investigación dogmática de un Derecho histórico, como él considera al Derecho Romano, por lo que, emplearlo en nuestra disciplina con exclusión de otros métodos, especialmente el histórico, no es aconsejable.

Si bien la aceptación de la sistemática pandectística cuna del método dogmático, es en la actualidad minoritaria entre los investigadores; si cuenta con numerosos adeptos en el ámbito docente, en el cual ha mostrado resultados, cuando va acompañado del Método histórico.

### *Método naturalístico u orgánico*

El exponente más importante del Método naturalístico u orgánico es Bonfante, quien trató de aplicar al mundo jurídico esquemas basados en la evolución de los organismos vivos; así partiendo de una institución conocida en un determinado momento histórico, rastrea sus orígenes y fases oscuras. Para confirmar su tesis, se apoyó principalmente en los ámbitos familiar y hereditario.

Bonfante considera a la *domus* primitiva, como un organismo político infra estatal y al *pater familias* como el único titular, sólo él puede obrar de Derecho propio es *sui iuris*, el resto de la familia lo componen los *alieni iuris*, con la característica de que los descendientes en primer grado, se les considera coherederos de sí mismos *heredes sui*, los que a la muerte del *pater familias* formarán, ajenos a su voluntad, un consor-

---

<sup>26</sup> BETTY, *Diritto romano e dogmatica odierna*, A.G., 1928.

<sup>27</sup> DE FRANCISCI, *op. cit.*