

DERECHO ROMANO Y COMMON LAW: ARS IURIS Y RAZÓN ARTIFICIAL

Milagro Terán Pimentel*

«Sajones y latinos, tomemos uno y otro: de aquellos, los hábitos corporales; de estos, las obras del intelecto maravilloso; el sajón para los campos, el latino para los liceos. Para las artes prácticas, el hombre del norte; para las excelencias artísticas y literarias el del mediodía.

Así reuniendo las dos civilizaciones aprovechamos sus ventajas, nos ingeriremos de las dos savias y sobre ellas encumbriremos nuestra nueva identidad americana» José Martí.

Resumen

En este estudio se analiza comparativamente la concepción del Derecho inglés o anglosajón (*common law*) y del Derecho romano clásico (*ius*), con el fin de comprender la esencia, el espíritu jurídico, el método utilizado tanto para la elaboración, e interpretación, como para la aplicación o realización del Derecho, así como también el genio jurídico de sus juristas, partiendo de aquellos principios en los que coinciden, o por el contrario divergen, procurando siempre ver, no sólo el genio jurídico a ellos comunes, sino la diversidad histórica en la que estuvieron inmersos. El objetivo, lejos de demostrar influencias recíprocas, o pretender agotar los puntos de encuentro entre estos ordenamientos jurídicos, estará circunscrito a exponer brevemente un elemento a ellos intrínseco y común: el arte jurídico, que los romanos llamaron *ius* y los ingleses, razón artificial.

Palabras clave: Derecho Romano. Common Law, *ius*, semejanzas.

* Abogada ULA, *Cum Laude*. Profesora Agregado de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes. Especialista en el área del Derecho Procesal Romano (Acciones Populares e Interdictos) USAL, Salamanca, España. Diplomado de Estudios Avanzados (DEA) título propio otorgado por la USAL, Salamanca, España. Premio de Suficiencia en la Investigación (Grado Salamanca) otorgado por la USAL, Salamanca, España. Candidata a Doctora en Derecho Privado, USAL, Salamanca, España. Miembro de la Cátedra de Derecho Romano de la ULA. Miembro de la Asociación Venezolana de Profesores para el estudio y difusión del Derecho Romano. Miembro del grupo de investigaciones “Sociedad, Filosofía y Derecho” (G-SOFID) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes. Conferencista- Ponente en diversos eventos Nacionales e Internacionales en el área del Derecho Romano. El presente artículo ha sido realizado gracias al financiamiento y apoyo institucional que el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico, Tecnológico y de las Artes (CDCHTA), de la ilustre Universidad de los Andes, ha otorgado al proyecto de investigación titulado “Common Law: Diálogos y semejanzas con el Derecho Romano”, signado con el código: D-434-12-09-B.

ROMAN LAW AND COMMON LAW: ARS IURIS AND ARTIFICIAL REASON

Abstract

This study comparatively analyzes the conception of the English or common law and classical Roman law (*ius*) in order to understand the essence the legal spirit the method used both for processing, and interpretation, as for the implementation or execution of the law, as well as the legal genius of its jurists, based on those principles which coincide, or otherwise diverge, always trying to see, not only the common legal genius to them, but the historical diversity in which they were immersed. The goal, far from demonstrating reciprocal influences or pretending to exhaust the points of contact between these legal systems, shall be limited to them briefly expose an intrinsic and common element: the legal art, which the Romans called *ius* and Englishmen artificial reason.

Key words: Roman law. Common Law, *ius*, similarities.

1. Consideraciones Previas

A menudo se dice que el Derecho romano ha dejado pocas huellas en el sistema legal inglés¹, bien porque la incidencia de la romanización de la Isla Britania fue escasa²,

¹ Son de esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, J., “*La Equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*”, Reus, Madrid, 1950, pág., 82; RABASA, O., “*El derecho angloamericano*”, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982., pág., 28; CAVANNA, A., “*Storia del diritto moderno in Europa*”, Vol. I, Le fonti e il pensiero giuridico, A. Giuffrè, Milano, 1979cit., págs, 482 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*”, Décima edición, Thompson Civitas, Madrid, 2007, pág., 284 y ROSCOE POUND, “*El espíritu del common law*”, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1921, pág., 30. Este último autor subraya expresamente que pocos eran, en todo caso, los que tenían algún conocimiento del Derecho romano cuando empezaba a formarse el sistema que se desarrolló en los tribunales de los reyes normandos. Las nociones que de aquél Derecho se tenía en Inglaterra eran, ciertamente bastantes superficiales, por lo que antes y, con la conquista normanda, según el citado autor, la influencia del Derecho romano sobre el *common law* fue prácticamente nula. La conquista normanda, continúa ROSCOE, introdujo en su lenguaje un elemento románico, pero en cambio, aportó a nuestro Derecho muy poca cosa que fuera romano.

² A pesar de que Inglaterra constituyó una provincia del Imperio romano, y las principales ciudades de la actual Inglaterra fueron fundadas por Roma, sus leyes se aplicaron principalmente a los ciudadanos romanos que vivían en el territorio. Por lo que Roma, habiendo dominado la mayor parte de Inglaterra cerca de cuatro siglos, no logró imponer su sofisticado sistema jurídico sobre los celtas. Posteriormente,

o bien porque la recepción del Derecho Romano operó en Inglaterra de manera distinta a como lo hizo dentro del continente europeo. Por lo que, en la Inglaterra altomedieval, la presencia de una cultura directamente inspirada por el Derecho romano puede ser más conjeturada que constatada, y ciertamente hasta el siglo XI muy poco se agrega a los relatos atrofiados de un ordenamiento desaparecido con la evacuación de la isla por parte de las legiones romanas.

Por otra parte, es común convicción que el ordenamiento inglés, cuya tradición vincula a la gran familia del *common law*³, presenta características propias que lo distinguen de los ordenamientos jurídicos continentales, o *civil law*⁴, tanto por su estructura como por la forma de sus construcciones jurídicas pues, diferentes son

la invasión de Bretaña por los anglosajones, pueblo germánico no romanizado, supuso un alejamiento progresivo de la cultura y Derecho romano.

³ Se entiende por *common law* el régimen jurídico, o cuerpo de reglas jurídicamente obligatorias, que rige en Inglaterra y en los países a cuyo Derecho se ha extendido ésta tradición jurídica, como Estados Unidos, su principal exponente americano, y los Derechos de los territorios de habla inglesa como: Gales, (excluyendo Escocia), Irlanda, y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Australia, Nueva Zelanda, Canadá (con excepción de Quebec, provincia en la cual se utiliza el sistema de Derecho continental en el Derecho civil, y el Derecho anglosajón en el Derecho penal), y todos aquellos ordenamientos jurídicos a los que se ha extendido la experiencia y tradición jurídica de Inglaterra: Sudán, Israel, y Pakistán y con menor poder absorbente Sudáfrica e India. *Vid.* CARAVALLE, M., “*Alle origini del diritto europeo. Ius comune, Droit Commun, Common Law nella dottrina giuridica della prima età moderna*”, Monduzzi Editore, Bologna, 2005, pág., 181; RABASA, O., “*El derecho angloamericano*”, *op. cit.*, pág., 25; HERRERA BRAVO, R., “*Fundamentos romanísticos del derecho comunitario europeo*”, en Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, Vol. I, Asociación Iberoamericana de derecho Romano, Salamanca, 2002, págs., 534-535; DAVID, R., “*I grandi sistemi giuridici contemporanei*”, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1973, pág., 279; CASTÁN TOBEÑAS, J., “*La Equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*”, *op. cit.*, pág. 280; POUND, R., “*What is the common law*”, en *The future of the common law*, Harvard Univ. Press. Cambridge, Massachusetts, 1937, págs, 3-23 y del mismo autor, “*El espíritu del common law*”, *op. cit.*, págs., 17, 21 y 211.

⁴ La expresión *civil law*, designa por un lado el Derecho romano y la tradición romanística del *ius commune*, y por otro lado, y desde un sentido más amplio, el conjunto de todos los ordenamientos jurídicos del mundo que reconocen, en la tradición romanística y en la ley escrita, los elementos fundamentales de su formación y estructura. Se agrupan dentro del *civil law* todos los ordenamientos de origen no inglés, particularmente aquellos de la Europa Continental, y Latinoamérica que en virtud de su origen, al menos su parte romana, han sido aglutinados por los mismos juristas ingleses bajo este término. Si bien el Derecho francés, (y es en éste particularmente en el que piensa el jurista inglés cuando se refiere a Derecho continental), no sea todo de origen romano y haya tenido también por siglos su Derecho consuetudinario, su *droit commun*, los juristas franceses del *Ancien Régime* adoptaron la expresión Derecho civil para indicar tanto el Derecho romano, como el *ius commune* derivado de la obra de los glosadores y comentaristas, en contraposición al Derecho consuetudinario como Derecho nacional. *Vid.* RAVA, T., “*Esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura*

en la terminología jurídica, las divisiones tradicionales de la materia jurídica, y los métodos y técnicas habituales de interpretación de las normas⁵.

No obstante, estas diferencias⁶ no pueden hacernos olvidar que ambas tradiciones constituyen las dos grandes corrientes jurídico-culturales nacidas en el Medievo y configuran las dos diversas formas en que se presenta todavía hoy la cultura jurídica occidental⁷. Hablar de *common* y *civil law*, es hablar de sistemas jurídicos cuya unidad esencial se encuentra no sólo en su común historia, sino también en las semejanzas de la idea de Justicia que ponen en obra y las ideologías en que se inspiran: la supremacía de los valores morales y espirituales humanos, el reconocimiento de un Derecho de naturaleza civil y político (distinto de aquel tinte religioso y sacerdotal de la cultura Oriental), y un pensamiento jurídico imbuido en la tradición clásica-cristiana del Derecho natural.

Sin embargo, podemos constatar con increíble admiración, que las diferencias que subsisten entre *common* y *civil law* se acortan cuando la confrontación la hacemos entre el primero y el Derecho romano, son muchos los puntos en los que

delle fonti nella common law inglese”, en *Rivista di Diritto Civile*, volumen XX, anno 1974, Parte Prima, pág. 202.

⁵ HERRERA BRAVO, R., *op. cit.*, pág., 534.

⁶ Aun cuando sean muchas las diferencias, es mayor el número de puntos en común y cada vez estos serán mayores. Esto tiene dos motivos. Por un lado el Derecho que rige en el mundo en sus fundamentos, salvo algunas pocas excepciones, proviene de raíces europeas y tiene una historia en común. Y en segundo lugar, la uniformidad mundial de la civilización humana nos conduce a una armonización del pensamiento jurídico y de sus formas procesales. De allí que la división de los ordenamientos jurídicos actuales en culturas jurídicas puede ser apenas considerada como válida, según lo reconoce STURNER, R., *Derecho procesal y culturas jurídicas. Ius et Praxis*. [online]. 2007, vol.13, no.1 [citado 06 Mayo 2013], págs., 435-462. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122007000100015&lng=pt&nrm=iso. ISSN 0718-0012

⁷ Habitualmente, los juristas continentales y angloamericanos se han mostrados más preocupados por subrayar las particularidades y caracteres distintivos de sus respectivas tradiciones, y han subestimado este hecho: ambas tradiciones pertenecen al mismo mundo cultural y jurídico, el occidental (como también sucede con la mucha más reciente tradición socialista, hoy en profunda transformación), y comparten una misma historia: La historia de la civilización occidental, lo que les ha permitido elaborar instituciones jurídicas, valores y conceptos autónomos que fueron transmitidos de generación en generación hasta constituir una tradición, la jurídica occidental, razón por la cual no sólo es frecuente la utilización de idéntica terminología y técnicas, sino también de un importante núcleo de conceptos, principios y valores comunes. *Vid.* MARTÍNEZ TORRÓN, J., “*Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*”, Civitas, Madrid, 1991, pág., 26, DAVID, R., “*I grandi sistemi giuridici...*” *op. cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, “*Los sistemas jurídicos...*”, *op. cit.*, págs. 20-21; BERMAN, H. J., “*La Formación de la tradición jurídica de occidente*”, Fondo de cultura económica, México, 1996, págs. 19-22.

coinciden, tanto de forma como de ideología, hasta el punto de llevar a RENÉ DAVID a expresar “que el Derecho inglés es, bajo varios aspectos, más vecino a Roma que el derecho de los países romanistas que han reproducido al Derecho romano en líneas generales, pero cuya evolución ha seguido de modo autónoma”⁸. Sin que pueda sorprendernos, como escribe CAVANNA: “que Frederic William Maitland, el gran historiador del Derecho inglés, haya dicho que los juristas anglosajones son más romanos que los mismos romanistas”⁹

En virtud de lo antes expuesto, el estudio del *common law* será más fructífero si lo hacemos a través del Derecho romano; es decir, partiendo de aquellos principios en los que coinciden, o por el contrario divergen, procurando siempre ver no sólo el genio jurídico a ellos comunes, sino la diversidad histórica en la que estuvieron inmersos, las causas que dieron origen a una u otra institución jurídica, y las consecuencias que de ellas se derivaron, entendiendo que, como expresaba GORLA:

“La comparación entre Derecho romano clásico y *common law*, puede ciertamente iluminar nuevos aspectos del uno y del otro y explicar históricamente ciertos comportamientos a ellos peculiares. Más sobre este terreno es necesario proceder con extrema cautela, considerando la diversidad de las épocas históricas y esperando ver, aparte de ese genio común en ambos grupos de abogados, como unas veces con métodos y técnicas diferentes, se resolvían problemas históricos en parte similares, y otras veces en cambio, métodos y técnicas análogas solventaban problemas históricamente diferentes. En realidad esta comparación presenta un interés que va más allá de todo aquello, limitado a un diálogo entre romanistas y estudiosos de historia del *common law* con el fin de iluminarse recíprocamente.”¹⁰

⁸ En su obra, “*I grandi sistemi giuridici contemporanei*”, *op. cit.*, pág. 29.

⁹ CAVANNA, A., “*Storia del diritto moderno in Europa...*”, *op. cit.*, pág., 481. La contribución de MAITLAND no se limita al nacimiento del moderno pensamiento jurídico inglés y a la clásica sistematización y orientaciones fundamentales, teóricas y prácticas, sino también al hecho de que deliberadamente abandona los esquemas de una *perverse insularity* e introduce la historiografía jurídica anglosajona en el rico filón continental. *Vid.* GERACI, C., en su presentación a la obra “*L’equità*”, de MAITLAND, Giuffrè Editore, Milano, 1979, pág., 5.

¹⁰ GORLA, G., “*Studio comparativo della common law y scienza del diritto. Le forme d’azione*”, A. Giuffrè Editore, Milano, 1962”, pág., 64. El mismo cuidado aconseja IGLESIAS, J., “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, Estudios Jurídicos *in memoriam* del profesor Alfredo Calonge, Vol. I, Asociación iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pág., 138: Hay figuras o instituciones jurídicas que guardan entre sí cierto parecido. Pero eso, el parecido, no debe llevar a confusión. Determinados

Siguiendo las orientaciones del inminente comparatista, nuestro objetivo lejos de demostrar influencias recíprocas, o pretender agotar los puntos de encuentro entre estos ordenamientos jurídicos, estará circunscrito a exponer brevemente un elemento a ellos intrínseco y común: el arte jurídico, que los romanos llamaron *ius* y los ingleses, razón artificial.

Análisis que nos permitirá comprender la esencia, el espíritu jurídico, el método utilizado tanto para la elaboración, interpretación, aplicación o realización del Derecho, y el genio jurídico de los juristas del *common law* en paralelo con aquellos datos que nos llegan del Derecho romano, y que nos cuentan de un *ius* similar a un *common law*, más por la vocación jurídica de sus artistas, que por las circunstancias históricas que los separan.

Para ello, confrontaremos específicamente el Derecho anglosajón con el Derecho romano clásico¹¹ pues, como lo señala VAN CAENEGEM: “el *common law* inglés es, (al menos en los aspectos que serán desarrollados en breve), bastante similar al Derecho romano clásico”¹²; su espíritu práctico y utilitarista si bien difiere de la romanística de Europa, es por el contrario un punto de encuentro con el Derecho romano. El carácter no codificado de su Derecho, judicialista, casuístico, en el que priman los principios de publicidad, inmediatez y oralidad lo asemejan considerablemente al Derecho de la República y el Principado romano, que si bien no fue judicial, sí fue un Derecho jurisprudencial¹³.

aspectos prácticos o de razón económica pueden mover al empleo de una misma vara para medir cosas que, en puridad jurídica, son de suyo diferentes”

¹¹ Esta época que llamamos clásica, por la perfección singular de su estilo, coincide con el auge del poderío romano, y se extiende desde la etapa última de la República, época de la llamada crisis republicana, hasta el Principado, pudiendo limitarse convencionalmente entre el 130 a. de C. y el 230 d. C. Es la edad del Derecho Romano universal, un derecho transformado respecto de la tradición anterior, que de local, personal y exclusivo, pasó a ser derecho común, que de derecho civil pasa a derecho supra ciudadano, y que de formal se convierte en producto de la argumentación. *Vid.*, TERÁN P., M., “Una aproximación a la concepción romana del derecho”, en *DIKAIOSYNE, Revista semestral de filosofía práctica*, año X, Nº 18, Enero-Junio de 2007, págs., 171-198, específicamente en la pág., 181.

¹² “*I sistemi giuridici europei*”, *op. cit.*, pág., 49. Incluso mucho más que los propios sistemas de tradición romanística. Si bien este autor hace referencia sólo al Derecho inglés, considero que muchas características de este ordenamiento jurídico fueron absorbidas por el Derecho de los Estados Unidos, de allí que también éste participe de estos caracteres comunes al Derecho romano clásico.

¹³ En virtud de su fuente de producción jurídica: la jurisprudencia, entendida, ya no como decisiones judiciales (como ocurre en el *common law*), sino como opiniones de eminentes juristas. *Vid.* D’ORS, A., “*Derecho Privado Romano*”, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, España, 1991, pág., 32, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Derecho público romano...*”, *op. cit.*, pág., 288; PIZZORUSSO, A., “*Curso de derecho comparado*”, Ariel, Barcelona, España, 1987, pág., 57. Sobre el método de

Adicionalmente, tanto el Derecho romano clásico, como el *common law* alcanzaron su desarrollo y evolución jurídica a través de idénticos medios. De un lado, la interpretación; es decir, las opiniones y los debates entre expertos ocasionados por determinadas controversias jurídicas y no a través de reglas generales creadas por el legislador, o teorías producidas por eruditos profesores, lo que les permitirá distinguir entre Derecho y voluntad soberana¹⁴ para realizar lo justo. Y por el otro, a través de un número limitado, pero suficiente y desde el principio disponible de acciones judiciales o procesales: las fórmulas pretorias romanas y los *writs*¹⁵ del canciller inglés¹⁶. En el camino recorrido por estos sistemas jurídicos se podrían encontrar otras similitudes, pero por ahora nos limitaremos a explicar, como se ha dicho, sólo una de ellas:

2. *Ars iuris* y Razón Artificial

La comprensión de cualquier ordenamiento jurídico sólo es posible cuando entendemos en toda su largueza la concepción que sus juristas, artífices de la obra, tuvieron del Derecho: “porque la razón jurídica, -y el Derecho lo es- no es un simple método, sino una actitud cultural: algo así como un código genético que permite

los juristas romanos, *vid.* KASER, M., “*En torno al método de los juristas romanos*”, Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1964. *Passim*.

¹⁴ Idea contra la que tanto luchó el *common law*, siempre presente en la intención de la Iglesia y la Monarquía y a la cual contribuyó, considerablemente, la autoridad del *Corpus iuris* como el único Derecho de un único imperio: “*Unum esse ius, cum unum sit imperium*”.

¹⁵ Son formas de acción, consistentes fundamentalmente en documentos que posibilitan la actuación de los tribunales reales, lo que ha motivado muchas veces a calificar el procedimiento inglés como un procedimiento formulario. En sus inicios más que órdenes encaminadas a la apertura de un proceso judicial ante los tribunales de la corona, eran instrucciones transmitidas a la autoridad local correspondiente para que actuara de una forma determinada ante una situación de injusticia que había llegado al conocimiento del rey, generalmente por recurso del mismo interesado. Estos *writs*, cuyo nombre proviene del término latino *breve*, fueron unos de los principales instrumentos utilizados por la corona para absorber la jurisdicción de los tribunales locales. Los “*writs*” se desarrollan a partir de la “*brevia originalia*” de los cancilleres reales y se vinculan muy fuerte con las “*lettres de justice*” como escritos introductorios propios del proceso del parlamento parisino y ambos se desarrollaron, en sus formas, en base al modelo histórico del procedimiento formulario romano con sus formulas y reglas para la demanda. *Vid.* MAITLAND, F., “*Las formas de acción en el common law*”, Marcial Pons, Barcelona, España, 2005, pág., 55; STURNER, R., *op. cit.*, págs 435 ss.

¹⁶ *Vid.* VAN CAENEGEM, R., *op. cit.*, pág., 50.

la comprensión de aquél y que además programa su desarrollo y condiciona su operatividad”¹⁷.

Y ello es particularmente cierto tratándose del *ius romanum* o del *common law*¹⁸, desde cuya concepción del Derecho ya es posible apreciar su esencia, el espíritu jurídico de cada época histórica en que estuvieron inmersos, el método utilizado, tanto para su elaboración, interpretación, como para su aplicación o realización y el genio jurídico de sus juristas.

Y aún cuando se trata de dos ordenamientos jurídicos elaborados en espacios de tiempo y lugares distantes, con intermitentes diálogos, y por supuesto, condicionados por realidades históricas y políticas diversas¹⁹, es singular, más allá

¹⁷ NIETO, A., “*Crítica de la razón jurídica*”, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pág., 22.

¹⁸ El mismo POUND definió así su Derecho: “...constituye en lo esencial, una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos, que concibe la creación del Derecho a través de la resolución de los casos”. También el Derecho romano se define “por lo que tiene de más brillante, hondo y sostenido, y esto es, por la forma espiritual, por la luz briosa y pronta que le da su ser, en respuesta a una forma de cultura pronunciadamente romana”, como lo expresara, con verbo poético, el egregio romanista español JUAN IGLESIAS en su gran obra, a la que prefirió llamar “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, Editorial Ariel, Barcelona, España, 2003, pág., 121.

¹⁹ Las razones históricas que condicionaron la concepción del *common law* y la creación de sus Cortes, son sustancialmente diferentes a aquellas razones históricas que modelaron la concepción del *ius* y tribunales romanos. El *common law* nació como bandera y barrera de contención ante el poder regio, (lo que generó la Doctrina de la Supremacía del Derecho que se configuró a través de las luchas entre los tribunales y la Corona), para salvaguardar a los individuos frente al Estado y la sociedad, y a la vez asegurar la independencia del poder judicial. Situación que fue modelando la concepción del Derecho y la configuración de sus tribunales y su proceso, de allí la necesidad de imponer el *common law* como razón jurídica, y no como producto de la voluntad de un hombre, un puñado de ellos, o una mayoría aplastante. En Roma, por el contrario, no ocurrió lo mismo. A pesar de que también los romanos reconocieron en el *ius* un orden superior ajeno a la voluntad de cualquier autoridad, éste fue la obra exclusiva de la reflexión de los juristas y sus escuelas, sin que tuviere por origen ni la lucha de los tribunales para organizarse, ni la lucha de un proceso judicial que quiere imponerse frente a otros. *Vid.*, HAZARD, JR. y TARUFFO, M., “*La justicia civil en los Estados Unidos*”, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006, pág., 25; JOSÉ PUIG BRUTAU, en el estudio preliminar que hace a la obra de POUND, R., “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*”, Ariel, Barcelona, España, 1950, pág., XXXVIII. Sobre las diferencias históricas que originaron *common law* y el Derecho romano clásico, *vid.*, GORLA, G., “*Studio comparativo della common law...*”, *op. cit.*, págs. 64 y 65; Sobre el *ius* y el método de los romanos, *vid.*, KASER, MAX, “*En torno al método de los juristas*

de un espíritu jurídico propio y a la vez común, y de ese genio también común en ambos grupos de juristas, la afinidad que existe a la hora de concebir su Derecho porque, si para los romanos el *Ius* consistió en un “ars boni et aequi”²⁰, para los ingleses el common law fue la razón misma²¹.

2.1. El Derecho como arte

Romanos e ingleses concibieron el Derecho como un arte. Así, en la definición de *ius* que encontramos en las fuentes romanas CELSO define el Derecho como *ars*; y si bien no es pacífica la doctrina romanística en cuanto al carácter del *ius romanus* como ciencia, arte o sistema²², romanistas como GUZMÁN BRITO, y BIONDI²³ señalan que la misma traduce el término griego *téchne* (técnica) con un significado de destreza operativa.

Es decir, actividad intelectual destinada a conseguir lo justo y oportuno en la convivencia social (*utilitas*)²⁴. De modo que en esta definición de *ius*, CELSO no define el Derecho como fenómeno, ni como ciencia, en el sentido de búsqueda de una verdad objetiva, sino como conocimiento de las cosas que se deben hacer y de las que deben evitarse para la consecución de un fin: la justicia.

romano”, *op. cit.*, pág. 16; D’ORS, ÁLVARO, “Derecho Privado Romano”, *op. cit.*, págs. 68-73, PUIG BRUTAU, J., “La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial” Bosch, Barcelona, España, 2006, pág., 148; VON IHERING, R., “El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo”, Comares, Granada, España, 1998, págs. 169- 171, y 330.

²⁰ ULPIANO, D.1, 1, 1.

²¹ *Vid*, POUND, R., “El espíritu del common law”, *op. cit.*, págs. 74, 211.

²² Sobre el particular, *vid*, CUENA BOY, F., “Sistema Jurídico y Derecho Romano. La idea de Sistema Jurídico y su Proyección en la experiencia Jurídica Romana”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, España, 1998, *Passim*.

²³ *Vid*, GUZMÁN BRITO, A., “Derecho Privado Romano”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pág., 99; BIONDI, B., “Arte y Ciencia del Derecho”, Ariel, Barcelona, 1953, pág., 104. Cfr. GUTIÉRREZ PANERO, R., “Derecho Romano”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, pág., 33.

²⁴ En este sentido arte se emplea para designar una habilidad mediante la cual se hace algo, es propio del arte crear y producir, por eso se dijo “*artis proprium est creare et gignere*” y se habla del “arte” de vivir, del “arte” de escribir, del “arte” de pensar, y de las bellas “artes”. *Vid*, FERRATER MORA, J., Diccionario de Filosofía, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 246 y 3450;

Los ingleses, por su parte, consideraban que la razón es la vida misma del Derecho y que el *common law* no es más que pura razón, pero esta razón no era sólo lógica deductiva, ni la actividad de una mente en aislamiento, sino fruto del permanente diálogo colaborativo, del estudio y la experiencia; es decir, razón artificial.

Al respecto LORD EDWARD COKE señalaba: “El *common law* es un grupo de estudio, es la perfección de la razón obtenida a través del estudio, la observación y la experiencia pulida y purificada por el aporte, a lo largo de años, de hombres graves y educados. El Derecho consiste en un *arte* (subrayado nuestro) que requiere mucho estudio y experiencia antes de que un hombre pueda alcanzar a conocerlo”²⁵.

“La vida del Derecho -agrega HOLMES- no ha estado en la lógica sino en la experiencia. El Derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos y no puede ser manejado como si se tratase solamente de axiomas y de corolarios de un tratado de matemáticas”²⁶, no es lógica abstracta, sino Justicia concreta que busca deducir el problema del problema mismo, en vez de pretender referirlo todo a premisas universales.

La supremacía del Derecho, la insistencia en que el Derecho es algo racional que ha de ser desarrollado a través de la experiencia judicial con la resolución de los casos, y la negativa de transformar en un juicio abstracto lo que hay de justo en cada caso concreto, son rasgos característicos del *common law* que nos permiten concluir que el jurista anglosajón, al igual que el romano, no busca una verdad objetiva, sino realizar la misión que el Derecho está destinado a cumplir, porque el Derecho, como todo arte, también tiene un fin: crear, producir, realizar la justicia.

2.2. El Arte de lo justo:

En la definición romana, “*ius est ars boni et aequi*”, CELSO ha resumido con lapidaria expresión el espíritu del Derecho romano, la esencia del Derecho positivo y línea directriz de todo su movimiento jurídico: la Justicia. Porque en efecto el *bonum*²⁷

²⁵ POUND, ROSCOE., “El espíritu del *common law*”, *op. cit.*, pág., 74.

²⁶ Reflexión sobre la esencia del *common law* que nos proporciona, en su famosa obra “*The common law*”, 1881, el juez HOLMES, citado por MARÍN CASTÁN, M., “Significado y alcance...”, *op. cit.*, pág., 36, que también nos proporciona POUND, R., “What is the common law”, en *The future of the common law*, *op. cit.*, págs. 3-23.

²⁷ El término latino *bonum*, significaba tanto lo bueno y el bien, como lo que ofrecía alguna ventaja, utilidad o interés, e incluso se empleó con el sentido de bien público. De esta forma se pone en evidencia el doble significado moral y jurídico del término. Tomado en su estricto sentido jurídico, el término latino “*bonum*” (que los griegos traducían por *kalón*: lo bello, lo bien dispuesto, lo proporcionado, lo

*et aequun*²⁸, fórmula genuinamente romana, es una endíadis que indica lo que nosotros llamamos justicia. En este sentido el *ius* es justicia.

Siguiendo la misma orientación de CELSO, ULPIANO expresaba: “Conviene que el que haya de estudiar el Derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra *ius*. Llámese así por derivar de *iustitia*”²⁹, haciendo derivar *ius* de *iustitia*, que aunque no es correcto filológicamente hablando, refleja exactamente según BIONDI³⁰, el concepto jurídico. Así, *ius* no es más que *iustitia*, con un significado que se identifica

apto) debe entenderse no como provecho personal o bienestar social (según BIONDI), ni como bondad (moralmente entendida, en opinión de ALBERTARIO), sino más bien en el mismo sentido que la palabra tiene en la expresión *bonus pater familias*, *bonus dominus*, *boni viri arbitratus*, o *vir bonus*, de apto, de útil. *Bonum* es todo aquello que ofrece alguna ventaja o utilidad para el hombre (*hominum utilitate*). Tampoco debe entenderse como ventaja propia en perjuicio ajeno, pues el *bonum* es contrario a la simulación o a la disimulación, y se relaciona con la *fides*. El propio Cicerón opone a la *bona fides* el dolo malo, y meditando sobre los negocios que se basan en la primera: mandato, gestión de negocios, sociedad, tutela, fiducia, compraventa, arrendamiento, se lamenta de lo difícil que es saber cuando un hombre es *vir bonus*, y en consecuencia, aún cuando procura utilidad, provecho o ventaja en el negocio, no actúa con dolo, ni se aprovecha de la ignorancia de otros. *Vid.* Cicerón *De office* III 17,70, BIONDI B., “Arte y Ciencia del derecho”, *op. cit.*, págs. 30-35; ALBERTARIO, E., “Ética y Derecho en el mundo clásico”, en *Studi di Diritto Romano Storia, Metodología, Esegesi, Esegesi*, Vol. V, Antonino Giuffrè, Milano, 1937, págs. 107-109, LAPIEZA ELLI, A., “Historia del Derecho Romano”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1981, pág., 15.

²⁸ Las *aequitas* romanas no es una noción antitética de la de Derecho, sino por el contrario sustancia y meta a la cual se tiende, por cuanto mira a realizar la más viva adecuación de la norma a la mutable vida social que el aquel debe regular, descubriendo y potenciando en el *ius* su congénita *aequitas*, su aptitud esencial de corresponder a la vida, y su virtud de conmensurarse al hecho, tendiente a realizar el *suum cuique tribuere*, la justicia. Es por ello que la máxima ciceroniana “*summum ius summa inuria*”, no significa contraste entre *ius* y *aequitas*, sino que vino a ser una protesta contra la interpretación literal del Derecho que mata su espíritu, pues el *ius* debe satisfacer las exigencias sentidas en la conciencia social y no servir a ideologías que pueden tener vida efímera. *Vid.* ALBERTARIO, E., “Ética y Derecho en el mundo clásico”, *op. cit.*, págs. 107-109. Comparten la misma opinión de ALBERTARIO, de que *ius* y *aequitas* constituyen unidad inescindible: PINNA PARPAGLIA, P., “*Aequitas in libera republica*”, Milano: Editorial Mori, 1973, pág., 122, y BIONDI, “Arte y ciencia del derecho”, *op. cit.*, págs. 30-35.

²⁹ ULPIANO, D. 1, 1, 1, “...*ius est autem a iustitia appellatum*”

³⁰ Para BIONDI, en el pensamiento romano, el lenguaje refleja siempre el concepto jurídico, no siendo pretensión del jurista romano presentar ninguna conclusión científica, ni penetrar en la ciencia filológica, sino precisar el concepto jurídico a través de una derivación de la palabra. Sobre este punto *vid.* BIONDI, B., “Arte y Ciencia del Derecho”, *op. cit.*, págs. 84-118.

con lo justo, bien en el sentido de la misma cosa justa, o bien del orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo³¹.

A los ojos de los juristas romanos, refiere KASER³², las normas concretas que formulan no son otra cosa que juicios abreviados de la experiencia adquirida en la casuística, cuya vinculación jurídica no nace de su valor dogmático, sino de su valor empírico. De allí que no será un precepto Estatal el que prescriba estas leyes como vigentes, sino que vendrán recomendadas por su justeza interna, esto es por su justicia y oportunidad, que refrendará la autoridad unánime de los juristas. En consecuencia, lo justo romano estaba condicionado por lo bueno, (lo útil y beneficioso) y por lo equitativo (en correspondencia con la vida, con las circunstancias de cada época), y no porque una norma así lo establecía. La máxima del jurisconsulto *JULIUS PAULUS* explica mejor este argumento:

“Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al Derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia”³³.

Este pasaje, que también da luces sobre la concepción clásica de *Lex*, explica el sentimiento del romano respecto del *ius*: El jurista romano nada cuida tanto como aquello que, referido a la realidad (*aequum*) y considerado útil (*bonum*) para cada caso concreto, reclama urgencia. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustancia del Derecho. Para los romanos *ius* es sólo el medio

³¹ D’ORS, A., “Derecho privado romano”, *op. cit.*, pág., 43; MEGIAS, J., “El Derecho Subjetivo en el Derecho Romano. Un Estado de la Cuestión”, en *Revista de Estudios. Históricos-jurídicos. [Online]*, n° 25. <http://www.scielo.cl/scielo.php>. (último acceso: 18 de Enero de 2014), págs, 35-54.

³² KASER, MAX, “En torno al método de los juristas romano”, *op. cit.*, pág. 48. Lo que a los ojos de D’ORS, A., “Derecho privado romano”, *op. cit.*, pág., 31, constituye la virtud ejemplar del Derecho romano y por la cual debe seguir siendo estudiado en la actualidad: el haber sido fundamentalmente un Derecho científico, es decir jurisprudencial (científico, como también lo describe ALBERTARIO, porque atiende al conocimiento de las cosas divinas y humanas, a la doctrina de lo justo e injusto), y no un orden impuesto por el legislador. Sobre el carácter del *ius* como ciencia y arte, *vid.* ALBERTARIO, E., “Ética y Derecho en el mundo clásico”, en “*Studi di Diritto Romano Storia, Metodologia, Esegesi*”, *op. cit.*, pág., 4.

³³ PAULO, D. 50, 17, 1: “*regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae, simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*”

para realizar la justicia, y se valen de todo lo necesario para lograrlo: hábitos, moral, religión, Derecho natural³⁴.

Sin ser *iusnaturalistas* a ultranza, reconocieron la existencia de un orden superior de valores de cuyos preceptos el *ius* no debía apartarse, pero tampoco conformarse totalmente a él, como lo expresó el mismo ULPIANO³⁵. Y sin ser positivistas, admitieron la ley como fuente del *ius*. En esencia, lo justo no lo era por ser ley natural, ni siquiera lo era por ser Ley³⁶, lo justo era lo bueno, lo equitativo y lo útil para la vida misma del hombre.

De allí que, escudriñar en el alma, descubrir lo oculto, ver lo que no se ve, para descifrar lo bueno y equitativo (*bonum et aequum*) es la primera tarea del jurista, fuera de esto no queda sino la frialdad de la ciencia, nos recuerda IGLESIAS³⁷, y todo cuanto se diga, se haga en torno al Derecho, no será más que papeles sin valor. Sólo una cosa puede ser el Derecho: arte de lo bueno y de lo justo; Y sólo a un fin puede apuntar: a la realización de la justicia. Lo que queda al margen, por fuera de la justicia, sobra y, lo que es peor daña. He allí la grandeza de este concepto romano, he allí el secreto del jurista romano.

³⁴ Tal es la opinión de CICERÓN: “No hay más justicia que la que lo es por naturaleza, aquella otra que se funda en el interés queda aniquilada en el mismo interés, hasta el extremo de que si la naturaleza no viene a reforzar el Derecho desaparecen todas las virtudes. Si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación si estas tuvieran a su favor los votos de los placeres de una masa popular, y si el poder de la opinión y voluntad de los necios fuera tal que con sus votos pudieran pervertir la naturaleza de las cosas”, *vid*, D’ORS, A., “*M.T. Cicerón. De legibus*”, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág., 91.

³⁵ D. 1, 1, 6: “Derecho civil es aquel que ni se aparta del todo del natural ó del de gentes, ni en absoluto se conforma con él...”

³⁶ Como si lo fue para CICERÓN, o para SANTO TOMÁS DE AQUINO, quienes entendieron que la *lex* verdadera (*naturae*) era la Ley natural y que la *lex* pública (positiva) era justa cuando se conformaba a aquella ley natural, excluyendo toda discusión de justicia o injusticia respecto a la ley positiva que gozara de ese atributo. Así para CICERÓN, la ley positiva debe fundarse en la natural, mientras que para SANTO TOMÁS la ley positiva es ley en cuanto se funda en la natural sin que puedan haber leyes injustas. El positivismo, con un argumento tan radical, como opuesto, al pensamiento de CICERÓN y de SANTO TOMÁS, considera que lo que es ley positiva es necesariamente justo y no hay más criterio de lo justo que la ley. Como podemos observar el pensamiento del jurista romano, no participa en exclusiva de ninguno de esos extremos, por el contrario solo es justo lo bueno y equitativo, la ley natural o la ley positiva serán Derecho en la medida en que cumplan esos requisitos. *vid*, D’ORS, A., “*M.T. Cicerón. De Legibus*”, *op. cit.*, pág., 91.

³⁷ IGLESIAS, J., “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, *op. cit.*, págs, 21- 23.

Estas enseñanzas que nos llegan del Derecho romano se perciben también en el jurista anglosajón, para quién la justicia debe ser alcanzada hasta el límite del sacrificio, la administración de justicia, dijo DANIEL WEBSTER, citado por POUND³⁸, es la gran finalidad de la sociedad humana, es el sentido del fin que persigue el orden jurídico, es el mayor interés del hombre en la tierra. Una resolución decidida y constante de asegurar a cada cual lo que es debido, es requisito previo de todo sistema jurídico eficaz.

Volviendo a POUND, “una teoría del Derecho jamás puede olvidar la orientación y los ideales de justicia y seguridad jurídica, y toda observación de los hechos debe estar puesta al servicio de ellos, pues la entraña de toda ciencia del Derecho debe consistir en proporcionar orientación al juez y al legislador hacia lo que es justo”³⁹.

Y son precisamente estas ideas de lo que naturalmente es recto y justo, razonable o útil, las que han proveído a los jueces anglosajones de los medios necesarios para comprobar la justeza de las reglas o de los principios, en lugar de las ideas de fuerza o de mando, o de la idea de que la voluntad del soberano es la fuente decisiva de autoridad; confiriendo además al *common law* la flexibilidad necesaria para cambiar y adaptarse a las nuevas exigencias sociales.

De allí que sea en esta concepción clásica del Derecho romano, que resume, como ya se ha dicho, el verdadero fundamento y autoridad de las normas jurídicas, los procesos, las sanciones y todas las demás manifestaciones de la juridicidad, (cuya aplicabilidad debe obedecer a su justeza y oportunidad y no al mero hecho de estar positivadas), donde podemos apreciar, con mayor claridad, la identidad del *ius* con aquel *common law* que proclamaba la supremacía de su Derecho por encima de

³⁸ POUND, R., “*El espíritu del common law*”, *op. cit.*, págs. 94, 116, 117, 118. La realización de la justicia civil en los Estados Unidos es un ideal político fascinante, la igualdad de todos ante la ley, la autonomía individual, la libertad frente a las burocracias del Estado y de las empresas comerciales e industriales y la transparencia de las relaciones que inciden en el Derecho, son manifestaciones de ese ideal de justicia que se encuentra en la base de su sistema. La moderna evolución del Derecho procesal civil en los Estados Unidos a partir de la entrada en vigor en 1938 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, ha transformado la justicia civil en un importante instrumento de justicia social y política, así como de participación de los ciudadanos en el funcionamiento del Estado, *vid.* HAZARD, JR. Y TARUFFO, M., “*La justicia civil...*”, *op. cit.*, págs. 231-233.

³⁹ *Vid.* JOSÉ PUIG BRUTAU, en el estudio preliminar que hace a la obra de POUND, R., “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*”, *op. cit.*, pág., XXI.

cualquier poder o voluntad soberana y que esgrimía la justicia como la medida y el fin de su Derecho⁴⁰.

2.3. El método casuístico inductivo

Todo arte reclama que se sigan ciertas reglas, por cuanto es una actividad desarrollada de un modo particular que exige de quien la realiza destreza y talento. Por lo tanto el arte es habilidad y método. Tanto el término latino *ars*, o la razón artificial inglesa, significan un método o conjunto de reglas.

El Derecho, señala POUND⁴¹, es el conjunto de conocimientos y experiencia. Es algo más que un cuerpo de reglas. Consiste en reglas, principios, conceptos y *standards*, para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesionales que permiten el desarrollo y la aplicación efectiva de los preceptos de conducta y decisión.

Vemos pues, como en la definición de CELSO *—ius est ars boni et aequi—* así como también en la definición de *common law* que hemos señalado de POUND, COKE o HOLMES, antes citadas, se describe la actividad propia de sus juristas, realizada con mayor o menor destreza y talento, pero siempre aplicando el mismo método al mismo objeto y, hasta cierto punto, empleando el mismo lenguaje y estilo intelectual.

El carácter empírico, casuístico, inductivo, realista y de escasa elaboración teórica de ambos sistemas, el hecho de que sus categorías jurídicas o sus principios están ligados a las circunstancias concretas que le han hecho nacer⁴², y en consecuencia,

⁴⁰ No se puede pensar en el Derecho, como si se tratara simplemente de un cuerpo de normas dotadas de autoridad, opinaba POUND, R., “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*” *op. cit.*, pág., 41, el Derecho es más, “representa -según IHERING- la forma de las garantías de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado. El Derecho no expresa la verdad absoluta, su verdad no es más que relativa y su medida con arreglo a un fin”. IHERING concibe al Derecho como un medio al servicio de estas condiciones de vida, intereses individuales y sociales, y no exclusivamente como el espíritu del pueblo, y plantea una nueva concepción del derecho subjetivo, cuyo elemento esencial será el interés, y no la voluntad, que motivará al ordenamiento para otorgar tutela y protección, por lo que el centro al que deben estar orientadas las normas jurídicas debe ser el conjunto de intereses de una sociedad, teniendo el Derecho un fin utilitarista y práctico. *Vid.* VON IHERING, R., “*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*”, *op. cit.*, pág., 1032; VON IHERING, “*3 Estudios Jurídicos: del interés en los contratos, la posesión, la lucha por el Derecho*”, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág., 31-36.

⁴¹ POUND, R., “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*”, *op. cit.*, pág., 206.

⁴² RAVA, T., “*Esperienza di interpretazione comparativa...*”, *op. cit.*, pág., 199. El conjunto de ideas jurídicas se encarna en los problemas casuísticos que los juristas resuelven y exponen, *vid.* KASER,

instituciones o reglas se alcanzan por inducción a base de la experiencia, y no deducidos de principios generales y abstractos, la solución del caso a partir del caso mismo y no del sistema y, su poca inclinación hacia la *definitio*⁴³ son manifestaciones de un mismo espíritu práctico y utilitarista, que han llevado a expresar, con toda razón, que el *common law* resulta más fiel al modo operativo de los juristas romanos que nuestro *civil law*, o Derecho continental⁴⁴. Y si bien el método utilizado por romanos, ingleses, y estadounidenses es ampliamente conocido, es importante destacar las cualidades que el mismo confirió tanto al *ius*, como al *common law*:

2.3.1. Ciencia-realidad: La elaboración de un Derecho desde la realidad, adaptado a la realidad y no a la inversa, donde el Derecho se moldea a la vida y no la vida al Derecho, es la idea central del pensamiento romano y anglosajón.

El Derecho romano tiene todo que ver con la vida, está impregnado de savia de alma común, de espíritu, de caridades íntimas, nace y echa raíces en el escenario mismo de la vida, en la cantera inagotable y vigorosa de las creencias, de los sentimientos, y de todo cuanto gobierna al hombre: el clima, la religión, las leyes, las máximas de Gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los

M., “En torno al método de los juristas romanos, *op. cit.*, pág., 16.

⁴³ La *definitio*, que fue entendida por los juristas romanos, según SCHULZ, como una delimitación conceptual, y con mayor frecuencia terminológica, fue bastante rara. Hacia ella el jurisprudente romano sintió aversión por cuanto la consideraba peligrosa, tal como lo expresara JAVOLENO, D. 50, 17, 202: “En el Derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada”. La definición lleva consigo el peligro de perder su valor por encerrar demasiado o demasiadas pocas cosas, o de carecer de sentido cuando no están formuladas de modo preciso. Pese a ello, las reglas eran creadas como ingredientes fijos de su ordenamiento jurídico, no como el fin primario de la casuística, sino, como fruto secundario de la misma. El jurista inglés temperamentalmente experimenta la misma aversión hacia las formulas rígidas de las definiciones. No sin razón se ha dicho que el jurista continental define, mientras que el jurista inglés enumera. El inglés tiene el mismo temor a la “dogmacracia” que a cualquier otra tiranía. Sobre la *definitio* romana, *vid.* KASER, M., “En torno al método de los juristas romanos, *op. cit.*, págs., 27-31; SCHULZ, F., “*I principii del Diritto romano*”, Ed. Leonardo, Italia, 1949, pág., 26. Sobre el *common law*, *vid.* MARÍN CASTÁN, M., “Significado y alcance...”, *op. cit.*, pág., 63.

⁴⁴ En cuestión de contenido, los Derechos romanizados; es decir, los que llaman *civil law* los anglosajones, son efectivamente los herederos y continuadores del Derecho romano; pero en cuanto a su método y su fuerza creadora, el Derecho romano es el anglosajón. *Vid.* D’ORS, A., “Derecho Privado Romano”, *op. cit.*, pág., 32, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, pág., 288; PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pág., 57; JOSÉ PUIG BRUTAU, en el estudio preliminar que hace a la obra de POUND, R., “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, *op. cit.*, pág., XXXI y XXXVI. Sobre el método de los juristas romanos, *vid.* KASER, M., “En torno al método de los juristas romanos”, *op. cit.*, *Passim*.

hábitos, de todo lo cual resulta el espíritu general, que no es otro que el verdadero espíritu del Derecho.

Y en lo que al Derecho anglosajón se refiere, ese mismo espíritu le orienta. Todo el desarrollo del *common law*, desde la formación de abogados y jueces, y la creación, desarrollo y evolución del precedente jurisprudencial, comparte con el quehacer jurídico romano un mismo fenómeno: su íntima relación con los hechos y la particular dedicación a descubrir el Derecho en su labor práctica y de paciente observación de la realidad.

HOLMES señalaba:

“Sólo las costumbres, creencias o necesidades de una época dejan establecida una regla o fórmula. En el decurso de los siglos desaparece la costumbre, creencia o necesidad pero la regla permanece. Ha sido olvidada la razón que dio lugar a la regla y mentes ingeniosas se ponen a indagar como puede quedar explicada. Se piensa en algún fundamento de política jurídica que parece justificarla y hacerla compatible con el presente estado de cosas; y seguidamente la regla se adapta a las nuevas razones y comienza una nueva carrera...”⁴⁵.

Más tarde POUND, conduciendo al Derecho fuera del mundo de lo puramente normativo, el mundo de las palabras y los significados, afirmaba que “no debemos considerar que algo tenga valor científico solo porque se manifiesta como un esquema rígido de deducciones derivadas de conceptos *a priori*”⁴⁶, ya que para este autor el Derecho está en el mundo de la acción, de la conducta humana, de las reglas y medios que permiten la efectiva realización de las cosas, y, lo que significa todavía más, de la gente que lo realiza⁴⁷.

⁴⁵ Citado por FRANK, J., “*La influencia del Derecho europeo continental en el common law. Algunas reflexiones sobre el Derecho comparado y contrastado*”, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, págs. 16-19.

⁴⁶ POUND, R., “Mechanical jurisprudence”, en la *Columbia Law Review*, vol. VIII, 1908, págs. 65 y ss.

⁴⁷ La labor científica de POUND que ha orientado la doctrina jurídica norteamericana desde hace más de cuarenta años, permitió dotar al Derecho de un contenido sociológico con un sentido pragmático, pero sin desdeñar el elemento del ideal en el Derecho presente en la idea de justicia, ética, o Derecho natural, toda vez que, toma como punto de partida la consideración de que tener por enteramente válido, inmutable y definitivo cualquier sistema, implica destruir su valor como instrumento; es decir, como medio para alcanzar finalidades adecuadas al humano vivir. De modo que, toda observación de los hechos debe estar puesta al servicio de la justicia, considerando tanto las necesidades sociales y culturales que aparecen en un momento y lugar determinado, como también los materiales que

Así, dotados de este carácter eminentemente práctico, el Derecho romano y el *common law* son más próximos a la realidad que pretenden regular, ajustándose con rapidez y seguridad a la justicia y a la *utilitas*, a la realidad social y jurídica existente. El estudio del Derecho, para estos juristas, su *ratio iuris*, no se limita a la interpretación de la norma, o a desentrañar su raíz histórica, sino a descifrar su propia misión en la lectura objetiva de la realidad sobre la que pretenden reinar.

2.3.2. Flexibilidad: por otro lado este método, que con similar maestría adoptaron romanos e ingleses, también les permitió la construcción de un sistema legal flexible, que evoluciona con el tiempo y que se adapta a las diferentes circunstancias sociales y políticas. KASER expresaba, refiriéndose al jurista romano: “una mirada a la práctica muestra como sacrificaban sin titubeos los brocardos, cuando comprendían que su empleo iba a conducir a resultados injustos. El mencionado enfoque casuístico les salvo de sacrificar su elástica elaboración jurídica frente a la rigidez de las reglas”⁴⁸ Y respecto al Derecho anglosajón, HOLMES señalaba:

“Y como el Derecho lo administran hombres competentes y experimentados que saben demasiado como para sacrificar el buen sentido al silogismo, resulta que, cuando nuevas razones más adecuadas a la época han sido halladas para fundamentar viejas normas que permanecen establecidas, estas reciben gradualmente un nuevo contenido y finalmente una nueva forma”⁴⁹

Como puede observarse de los textos citados, en el conflicto, humano, muy humano, entre el sentido común, atento a la real realidad, y la razón especulativa, el triunfo, en Roma, Inglaterra, (y EEUU), lo tiene asegurado el primero. El jurista romano y el juez angloamericano, se ajustan lo mejor posible a las circunstancias propias de cada caso en particular y tienen muy en cuenta las razones que existen para distinguir la situación actual de las presentadas en el pasado.⁵⁰

nos han sido transmitidos por el pasado (historia y tradición). Partiendo de todos estos elementos el jurista debe trabajar para lograr satisfacer las necesidades del momento presente. Entendida así la labor jurídica, cuya compleja descripción la proporciona la psicología y la sociología, POUND dio vida a su llamada “jurisprudencia sociológica”. *Vid.*, POUND, R., “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*”, *op. cit.*, págs. 30 y ss. JOSÉ PUIG BRUTAU, en el estudio preliminar que hace a esta obra de POUND, “*Las grandes...*”, *op. cit.*, págs. XVIII y XIX.

⁴⁸ KASER, M., “*En torno al método de los juristas romanos*”, *op. cit.*, pág., 28.

⁴⁹ Reflexión sobre la esencia del *common law* que nos proporciona, en su famosa obra “*The common law*”, 1881, el juez HOLMES, citado por MARÍN CASTÁN, M., “*Significado y alcance...*”, *op. cit.*, pág., 36, que también nos proporciona POUND, R., “*What is the common law*”, en *The future of the common law*, *op. cit.*, págs. 3-23.

⁵⁰ DAVID, R., “*I grandi sistemi giuridici...*”, *op. cit.*, págs. 353, 354.

Lo que cuenta por encima de todo es la virtud de la norma para actuarse, para venir en resolución de tal o cual caso, de tal o cual situación. Antes que el buen diseño de la norma, antes que su preventiva consistencia lógica, lo que importa es su aptitud para el desarrollo, para la aplicación a lo que hoy se vive y a lo que se vivirá mañana. La potencia de una norma, y más aún, su justicia misma, se juzga por su idoneidad para la batalladora y hasta conmovedora obra de ajuste con la vida⁵¹.

Es por ello que el Derecho siendo estable, en atención a su certeza jurídica no puede permanecer inalterable, sino que debe necesariamente ser flexible, pues la incesante transformación de las condiciones de la vida social siempre exigirá nuevas adaptaciones, que requerirán someter al orden jurídico a revisión continua para readaptarlo a las alteraciones que experimenta la vida efectiva que habrá de regir. Al respecto LORD REID señalaba: “La gente quiere dos cosas contradictorias; que el derecho sea cierto, y que sea justo cambiando con los tiempos. Es nuestra tarea mantener ambos objetivos al alcance”⁵²

De allí que, tanto el *ius*, como el *common law*, concibiendo las normas y los principios jurídicos como reglas de la experiencia, y no como valores eternos o verdades absolutas, estuvieran en perpetuo estado de adaptación, y a menudo sus creaciones jurídicas fueron (y son, por lo que al *common law* se refiere) de duración relativamente corta. Por consiguiente, ni las normas romanas tenían la vigencia dogmática ilimitada que hoy le atribuimos, ni la regla del *stare decisis*⁵³ es inflexible.

⁵¹ IGLESIAS, J., “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, *op. cit.*, págs, 133 y134. El Derecho sólo cumple su función cuando está adaptado a la forma de vida de un pueblo. No existe más Derecho ideal que el ajustado a las circunstancias sociales para las que pretende ser una norma. Sobre este punto, *vid*, PUIG BRUTAU, J., “*La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*”, *op. cit.*, pág., 95.

⁵² REID, LORD, “The judge as Law maker”, *Society of Public Teachers of law*, Vol., 12, 1972, N° 1, págs, 22-29.

⁵³ El principio del valor obligatorio del precedente judicial (*rule of precedent*), o doctrina del *stare decisis* impone al juez fundar sus decisiones sobre casos resueltos por los Tribunales siguiendo la regla del precedente, sobre el principio de que, consultando las sentencias dictadas por los tribunales ingleses encontrará siempre una regla de Derecho con ayuda de la cual podrá resolver la discusión que se le plantea y somete. *Vid*. SERIO, M. “Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?”, en *Rivista di Diritto Civile. Suplemento Annuale di Studi e Ricerche*, año 2008, págs, 109-132, especialmente págs, 109-132 e ITURRALDE, S., V., “*El precedente en el common law*”, *op. cit.*, pág., 14.

Toda vez que de acuerdo al common law, la regla del *stare decisis* no consiste, salvo poquísimas excepciones, en un mandato inexorable, sino que el deber de seguir el precedente siempre está calificado por el derecho de revocarlo, como se evidencia de la existencia de la regla que autoriza romper una regla (*the rule for breaking a rule*).

El jurista anglosajón, si bien ha pretendido que se limita a seguir y a someterse a las reglas sentadas en los casos ya decididos, siempre se ha movido con una gran libertad en la interpretación de resoluciones anteriores, pues la regla de Derecho, más que una verdad definitiva, es considerada una hipótesis de trabajo sometida a una permanente comprobación en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia

Quien desconozca como actúa en la realidad la regla que ordena al juez anglosajón “estar a lo decidido y no alterar lo que tiene firmeza” (*stare decisis et quia non movere*), llegará fácilmente a la errónea conclusión de que el juez anglosajón goza de menos arbitrio discrecional que el continental, o de que las operaciones destinadas a una correcta y eficaz aplicación del precedente constituyen una acción meramente mecánica y de resultados preestablecidos. Nada más lejos de la realidad.

Si bien la aplicación del precedente lleva consigo un estancamiento del Derecho, implica al mismo tiempo, una correlativa adecuación del mismo a la evolución de la sociedad. Toda vez, que si la doctrina del *stare decisis* evoca una atmósfera y una decisión a plegarse a antiguas decisiones y sugiere una condición de quietud de un sistema jurídico cuyo contenido está más o menos establecido, la necesidad de que el Derecho evolucione y se adecúe a la realidad social que pretende regular ha impulsado la creación de medios idóneos que flexibilicen la doctrina del precedente, que en algunos casos supone verdaderas excepciones a la misma: el *distinguishing* y la *overruling*⁵⁴.

Mediante el *distinguishing* se busca remover el precedente del perímetro de las posibles fuentes o directrices del caso concreto, en virtud de que las diferencias fácticas o de hecho entre el caso que se decide y el que ya ha sido decidido suponen una ausencia del presupuesto sobre el que se erige el *stare decisis* (*due acts o facts* análogos).

⁵⁴ Vid, MARÍN CASTÁN, M., *op. cit.*, págs. 69-73, ITURRALDE S., V., “El precedente en el common law”, *op. cit.*, págs. 68 y 69; SERIO, M., *op. cit.*, págs. 120 y 121.

De modo que, el juicio de la diversidad de unos y otros sobre la base de un razonado diagnóstico, juega como cláusula liberatoria de la obligación de aplicar el precedente en el nuevo juicio. No se trata de desconocer su valor como tal, sino de impedir su actuación en el caso concreto por defecto del elemento de la homogeneidad, permaneciendo a salvo la eficacia futura del precedente respecto de casos similares.

De forma tal que la aplicación del *distinguishing*, más que una excepción al principio del *stare decisis quieta non moveré*, es entendida como cualidad inherente a la vida misma del precedente, de allí la frecuencia y la importancia de su aplicación. Lo que se comprende mejor a la luz de la característica más distintiva del Derecho inglés: su esencia casuística.

El otro instrumento que “flexibiliza” el principio del *stare decisis* es el *overruling*⁵⁵, que consiste en la posibilidad de cambiar de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual (lo que justificaría un *distinguishing*), sino porque habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, el Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado. Esta técnica puede ser utilizada por la Cámara de los Lores, o Cámara alta del Parlamento (*House of Lords*), sólo respecto de sus propios precedentes todas las veces que lo consideren justo⁵⁶.

Como se puede observar es mucho más complejo, en el sentido de comprender su diámetro de aplicabilidad, el criterio que puede inducir a una Corte al *overruling* del precedente, esto es, a su desaplicación como *regulae iuris*. No obstante se ha admitido, en términos generales, que el abandono de un precedente, (que también puede ser mitigado, como ocurre con mayor frecuencia en la *common law* estadounidense, en su eficacia respecto de los casos futuros, o *prospective overruling*⁵⁷, de cara a salvaguardar la certeza del Derecho de los casos pasados), encuentra su génesis en los cambios sociales intensos y relevantes; es decir, cuando la necesidad y prioridad así lo establecen, pues se ha sostenido que cualquier salida de la doctrina de *stare decisis* demanda una especial justificación.

⁵⁵ El término *overruling* designa tanto el procedimiento por el cual se decide la abrogación del precedente, como el resultado mismo, esto es, la eliminación del precedente.

⁵⁶ SERIO, M., *op. cit.*, pág., 121.

⁵⁷ En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su “núcleo normativo” aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

Queda claro que estas técnicas previenen de una adherencia demasiado rígida al precedente que puede, en ciertos casos, conducir a la injusticia y restringir indebidamente el concreto desarrollo del Derecho. Es por ello que, tal y como lo afirma PETER STEIN⁵⁸, la teoría del precedente constituye un ejemplo del alto valor que el *common law* atribuye a la seguridad y a la certeza jurídica.

Por lo que, al lado de su función tranquilizadora de garantizar la certeza jurídica, el *case law* constituye un importante instrumento de desarrollo del Derecho de un alto nivel científico, que impone al intérprete inglés, y en particular al juez, una laboriosa actividad encaminada a distinguir o individualizar los precedentes que tienen aplicabilidad en el caso por decidir.

Bien, en lo que al Derecho romano se refiere, sus juristas manejaron el concepto (ya esencialmente jurídico o meta jurídico) como lo exigieron las finalidades concretas de su época, esto es, en perpetua trabazón con el examen del caso, trasluciendo una cierta elasticidad de forma tal, que la proximidad de sus creaciones jurídicas a la vida no sufriera quebranto alguno. Hoy en día tendemos a sobreestimar el grado de vigencia de las normas jurídicas romanas, cuando en realidad éstas, al menos teóricamente, pudieron ponerse en entredicho, e incluso fueron puestas en tela de juicio, tal y como señala KASER:

“El romano sabe conjugar tradición y progreso, de suerte que la esencia de lo radical, adaptándose a las nuevas circunstancias permanezcan, pero nada de revoluciones, lo nuevo debe descansar en lo viejo y conocido. El alma del *ius civile*, pervive como piedra roqueña, luego de servir a las instancias del progreso, y la jurisprudencia y la pretura obran en consecuencia, sobre este punto⁵⁹”

Esta coincidencia respecto de la “vigencia” de la norma que hemos señalado, además de derivar del método casuístico empleado por los ordenamientos jurídicos que analizamos, es consecuencia también de su concepción del Derecho y de la

⁵⁸ PETER STEIN, J., “*I valori giuridici della civiltà occidentale*”, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág., 63. *Vid.*, SERIO, M., *op. cit.*, págs. 112-115.

⁵⁹ KASER, M., “*En torno al método de los juristas romanos*”, *op. cit.*, pág., 31., *vid.*, IGLESIAS J., “*Miniaturas...*”, *op. cit.*, págs. 128 y 132.

ley: el Derecho no lo hace la Ley, sino que esta sólo merece ser llamada tal cuando contiene Derecho⁶⁰.

2.4. El artista

Sólo nos resta, para concluir el análisis del *ars iuris romanum* y la razón artificial de los anglosajones, hacer unas breves consideraciones acerca de los artistas; es decir de aquellos que tienen el conocimiento del método y las reglas, además de la habilidad y destreza para desarrollar el arte del Derecho, que en Roma e Inglaterra, fue conferido exclusivamente a los juristas. Veamos pues en este acápite, qué necesita un jurista romano y anglosajón para serlo, y cuál la misión de su actividad.

De acuerdo a las fuentes romanas, el jurista debía tener una mirada capaz de escrutar en los más mínimos detalles un horizonte sin límites: el conocimiento de las cosas

⁶⁰ Aparece aquí la distinción fecunda entre *ius* y *lex*, paralela a la que media en Derecho inglés entre *common law* y *statute law* y a la que existe entre el Derecho de juristas y la legislación. El *ius* representa una formación creada, hallada tras el análisis de la realidad social. Lo mismo puede decirse del *common law*, en el que no es una voluntad que impone una norma, sino una inteligencia que la indaga y la dirige hacia diversas finalidades. La *lex*, en cambio, es una disposición normativa que viene puesta, que está establecida, y esto es lo que significa literalmente la palabra *statute*. Por eso en el Derecho inglés, y por la misma razón en el Derecho romano, es tan marcada la separación que existe entre *common law* y *statute*, *lex* e *ius*; es decir, entre el Derecho común creado por quien puede saber que es Derecho, y la legislación establecida por el poder político. El dualismo *ius* y *lex* desaparecerá en la época imperial de Roma; y respecto al *common law*, hoy está sometido completamente a la actividad político-legislativa (británica y europea), recortándose progresivamente su ámbito de influencia, (no obstante, existen esferas, como en el Derecho penal, en las que el *common law* sigue imperando). Este fenómeno se repite en todos los países donde impera el sistema jurídico inglés. Sobre la distinción *common law*- *statute law* vid, CAVANNA, A., “*Storia del diritto moderno in Europa*”, Vol. I, Le fonti e il pensiero giuridico, A. Giuffrè, Milano, 1979, pág., 489; RABASA, O., *op. cit.*, pág., 26. Sobre la dualidad *ius*-*lex* en Roma véase: ADAME G, J., “*Ius y Lex en la tradición romana y en la perspectiva actual*” en *Supplementum y Nova Tellus. Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México, D.F., 2013, págs., 89-95 D’ORS, ÁLVARO, “*Derecho Privado Romano*”, *op. cit.*, págs, 68-73, PUIG BRUTAU, J., “*La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*” Bosch, 2006, pág., 148; VON IHERING, R., “*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*”, *op. cit.*, págs, 169- 171, y 330 *supra* nota 233, sobre el paralelismo entre *ius*-*lex* y *common law*-*statute*, vid, PUIG BRUTAU, J., “*La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*”, *op. cit.*, págs, 148-150.

divinas y humanas (la *divinarum humanarumque rerum notitia*) y el discernimiento de lo justo e injusto; Y según los propios juristas anglosajones, al intérprete del Derecho le corresponde indagar en pos de la justicia y sobre la base de una teoría filosófica de lo justo. Por lo tanto el jurista, siguiendo las orientaciones romanas y anglosajonas, debe poseer un conocimiento que es particular del fenómeno jurídico. ¿Y cuál es este conocimiento? ULPIANO y ADAMS nos dan la respuesta.

El jurista romano, ULPIANO, lo hace de la siguiente manera: “Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito... buscando con ansia, sino me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”⁶¹ y agrega, “Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y lo injusto”⁶²

Por su parte nos explica el jurista anglosajón: “El Derecho consiste a la vez en una filosofía, una ciencia y un arte. Como filosofía aspira a comprender la justicia; como ciencia se propone explicar la evolución de la justicia y como arte su objetivo consiste en formular aquellas reglas de conducta que son esenciales para que la justicia pueda realizarse”⁶³

De las citadas opiniones se desprende que, “el jurista ha de frecuentar el trato con variadas disciplinas, advirtiendo que el Derecho no sólo vive de sí, que el Derecho es todo uno con la vida humana, y ésta carece de fronteras”⁶⁴. El jurista necesita conocer las cosas divinas y humanas, lo espiritual y material, lo individual y colectivo del hombre, y poseer una intuición natural hacia lo jurídico (vocación y discernimiento)⁶⁵. Debe, finalmente, dar un uso efectivo a todos aquellos materiales

⁶¹ ULPIANO, D. 1, 1, 1, 1 *pr.*

⁶² ULPIANO, D. 1, 2, 10, 2 *pr.* Esta función de la jurisprudencia, que también fue precisada por ULPIANO en el pasaje del Digesto que precedentemente hemos citado, se adapta muy bien a la definición de CELSO. Ya que si el Derecho es el arte de lo bueno y equitativo, es al jurista a quien corresponde desarrollar ese arte, en consecuencia es quien tiene el conocimiento tanto de las cosas divinas y humanas, como de lo que es bueno y equitativo. Para el jurista romano la justicia no fue un concepto abstracto, o simple aspiración más o menos utópica, sino que comprendió todo aquello que es posible y oportuno realizar pues, en la concepción romana del Derecho tiene prioridad la sustancia jurídica: *aequitas-iustitia*; las normas, conceptos o reglas son sólo instrumentos para realizarla, *vid.* TERÁN PIMENTEL, M., “Una aproximación a la concepción romana del derecho”, *op. cit.*, pág., 180.

⁶³ Citado por POUND, R., “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, *op. cit.*, pág., 34.

⁶⁴ IGLESIAS, J., “Miniaturas...”, *op. cit.*, pág., 23.

⁶⁵ El método romano incluía, como uno de sus pasos, la intuición. KASER explica que se llegaba a la decisión mediante una comprensión inmediata intuitiva, *sensus iudicis*, y luego racional del

de que dispone y que le han sido transmitidos, ya por la tradición, ya por la realidad de su presente histórico.

De esta manera, lo que son ideas abstractas en manos de filósofos obtienen un contenido concreto en manos de juristas⁶⁶, el dogmatismo científico le pone un nombre y el arte finalmente crea la obra concretada en *ius*. En el proceso, el jurista debe pensar y sentir el Derecho como filósofo y científico, pero por sobre todo debe ser un artista y realizar la justicia, que es a la postre su sólo, su único problema⁶⁷.

En consecuencia, la actividad del jurista no es ortodoxia científica, intelectualismo huero, retórica o simple utopía, sino que comprende todo aquello que es necesario y oportuno realizar, *jutilis et urgens*! Por esta razón, en Inglaterra y Estados Unidos, el Derecho ha vivido y crecido a través de la actividad judicial, que al mismo tiempo le ha dotado de flexibilidad al precisar o detectar lo que es naturalmente recto o justo, razonable o útil. Y en Roma, sin la mediación autorizada de un saber especializado como el de los pontífices en primer lugar y luego, el de los juristas laicos⁶⁸, no habría podido comprenderse, ni alcanzarse el *bonum et aequum*.

problema. La intuición consistía en la espontaneidad de los juristas para ver la solución exacta basada en el sentimiento jurídico material y la enorme experiencia adquirida en esmerada labor. Prefiriendo verdaderamente, los juristas romanos, confiar en esta visión creadora, conscientes de sus seguras facultades cognoscitivas. *Vid.* KASER, M., “En torno al método de los juristas romanos”, *op. cit.*, págs., 15-17. De la misma forma, POUND argumentaba que la actividad jurisprudencial basada en el estudio y conjunción de elementos del pasado, espíritu y realidades presentes, creencias, normas “da lugar al instinto de seguir las deducciones impuestas por la lógica y los dictados de la autoridad, cuya compleja descripción sólo puede ser proporcionada por la psicología y la sociología en lugar de los esquemas simplistas del pasado”, POUND, R., “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, *op. cit.*, pág., 30.

⁶⁶ De la misma manera que los juristas romanos dieron un contenido jurídico a las concepciones filosóficas griegas, y los juristas americanos a los derechos naturales del hombre, a base de los derechos inmemoriales de los ingleses.

⁶⁷ Puede que los romanos hayan tomado de la filosofía griega no sólo métodos comunes del razonamiento lógico y dialéctico, sino palabras o conceptos como: *iustitia*, *utilitas*, *humanitas* y muchas otras, pero ni el jurista romano se confunde con el filósofo, ni el *ius* es idealizado bajo formas utópicas. *Vid.* TERÁN PIMENTEL, M., “Una aproximación a la concepción romana del derecho”, *op. cit.*, pág., 185.

⁶⁸ Desde la jurisprudencia pontifical ya existía una elaboración racional del Derecho al interpretar los *mores* primitivos y las reglas decenvirales. La primera operación conducida por los pontífices, nos señala CANNATA, fue aislar las reglas del comportamiento social jurídicamente relevante en función de efectos determinados para la comunidad, la *civitas*. No cabe duda, como expresa TORRENT, que las XII Tablas significaron el primer paso del largo camino que emprendieron los juristas para distinguir el *ius* (normas humanas) del *fas* (normas divinas) comportamientos sujetos a distintas sanciones (humanas y divinas), que los pontífices supieron profundizar sentando las bases de una ciencia del

La jurisprudencia fue el medio, la vía más acertada y expedita por la que el *ius* y *common law* se desarrollarían y serían reconducidos con una metodología experimentada en la propia realidad conflictiva, librando a la Norma de su torpeza fija, madre de sequedades, y acompasándola a nuevos alientos de justicia purificadora⁶⁹.

El estudio de la experiencia del pasado, junto a la comprensión científica de los problemas presentes, produciría uno y otro ordenamiento jurídico. Resultando, como resalta POUND⁷⁰, un sistema de conocimiento que sólo puede ser dominado con el esfuerzo y el estudio especializado, y que sólo podrá vivir y crecer a través de la actividad jurisprudencial.

3. Consideraciones finales

El *ius* y el *common law*, alcanzada su mayor perfección, constituyen un punto de llegada (como si de una obra de arte se tratara), y el resultado final del perito, del artista, después de una laboriosa tarea de interpretación aplicada sobre criterios de política legislativa y criterios trascendentales en cada momento histórico, (lo que constituye la materia prima de su obra) Este resultado, esta obra inacabada es valorada como lo que es: principios utilizados en la solución del caso, perfectamente superables o sustituibles, según las condiciones o exigencias de los tiempos. Porque para estos juristas, la razón práctica fue más útil que la razón pura, la experiencia más que las reglas abstractas, y el arte más que la ciencia.

Si el Derecho romano nos sorprende por el alto grado de madurez y elaboración que alcanzó, debemos admitir que también sorprende que el Derecho inglés, de raigambre germánica, apenas va a la zaga del *ius romanum*, por lo que no podemos silenciar dos coincidencias entre ambos: la especial vocación y aptitud de estos pueblos frente al Derecho (manifestada en un alto sentido y espíritu de justicia), y sus inigualables, e insuperables dotes para el Derecho privado.

Derecho racional suministrando los primeros pasos de un lenguaje exquisitamente técnico en posesión exclusiva de la clase de juristas, haciendo emerger un saber eminentemente científico con todas las ventajas que ello comporta. Vid, CANNATA, C., “*Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. La giurisprudenza romana e il passaggio dall’antichità al medioevo*”, Tomo I, Giappichelli, Torino, 1976, págs. 85; TORRENT, A., *op. cit.*, pág. 73.

⁶⁹ Vid, IGLESIAS, J., “*Miniaturas...*”, *op. cit.*, págs. 136 y 137.

⁷⁰ ROSCOE POUND, “*El espíritu del common law*”, *op. cit.*, pág., 74

De estos sistemas jurídicos mucho se podría aprender: la misión de sus juristas fue la de enseñorear la realidad, en cuyo seno se anidaron, consciente o inconscientemente, las normas fijadas por aquellos. No hay otro camino que adaptar el sistema jurídico a la realidad y no a la inversa, como lo intentó el *iuspositivismo*. La recuperación de la unidad perdida exige por tanto, una rectificación del sistema: una nueva idea del Derecho, elaborada desde la realidad.

Todo sistema de normas ha de ser relativo a las circunstancias en que se produce, y su exactitud debe ser incesantemente verificada; es decir, comprobada en contraste con las necesidades a que trata de subvenir, lo que constituye, indudablemente, uno de los rasgos más característicos del *Common law* y del *Derecho romano*: su creación gradual a medida que las necesidades lo han exigido, con las inevitables y continuas rectificaciones que nuevas circunstancias podían en cualquier momento exigir, empleando el sistema de ensayo y error (*trial and error*).

Porque, tal y como nos enseñan “latinos y sajones”, el Derecho no es algo abstracto, dirigido a hombres abstractos. Ni puede, como tampoco debe ser el producto de una mente en aislamiento divorciada de la realidad del hombre, por el contrario, referido al hombre exige su conocimiento. El Derecho no es cosa de un día, o de la improvisación, antes bien, precisa estudio, cultivo, discernimiento. En fin, el Derecho no es cosa de políticos, poderosos, masas o mayorías, ¡no!, el Derecho, el arte del Derecho, es cosa de juristas.

4. Bibliografía

ADAME G, J. (2013). “Ius y Lex en la tradición romana y en la perspectiva actual”. *Supplementvm y Nova Tellvs. Anuario del Centro de Estudios Clásicos, Universidad Nacional Autónoma de México*, 89-110.

ALBERTARIO, E. (1937). “Ética y Derecho en el mundo clásico”. En *Studi di Diritto Romano Storia, Metodologia, Esegesi, Esegesi, Vol. V*. Milano: Antonino Giuffrè.

BERMAN, H. J. (1996). “*La Formación de la tradición jurídica de occidente*”. México: Fondo de cultura económica.

BIONDI, B. (1953). “*Arte y Ciencia del Derecho*”. Barcelona, España: Ariel.

CANNATA, C. (1976). “*Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. La giurisprudencia romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*”. Torino: Giappichelli.

CARAVALLE, M. (2005). “*Alle origini del diritto europeo. Ius comune, Droit Commun. Common Law nella dottrina giuridica della prima età moderna*”. Bologna: Monduzzi Editore.

CASTÁN MARÍN, M. (1985). “*Significado y alcance de la equity inglesa*”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1950). *“La Equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea”*. Madrid: Reus.
- CAVANNA, A. (1979). *“Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico”*. Milano: A. Giuffrè.
- CUENA BOY, F. (1998). *“Sistema Jurídico y Derecho Romano. La idea de Sistema Jurídico y su Proyección en la experiencia Jurídica Romana”*. Cantabria: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.
- D’ORS, A. (1991). *“Derecho Privado Romano”*. Pamplona, España: Ediciones de la Universidad de Navarra S. A. (EUNSA).
- D’ORS, A. (1953). *“M.T. Cicerón. De legibus”*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos.
- DAVID, R. (1973). *“I grandi sistemi giuridici contemporanei”*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2007). *“Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje”*. Madrid: Thomson Civitas.
- FRANK, J. *“La influencia del Derecho europeo continental en el common law. Algunas reflexiones sobre el Derecho comparado y contrastado”*. Barcelona, España: Casa Editorial Bosch.
- GORLA, G. (1962). *Studio comparativo della common law y scienza del diritto. Le forma d’azione*. Milano: A. Giuffrè Editore.
- GUTIÉRREZ PANERO, R. (1997). *“Derecho Romano”*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- GUZMÁN BRITO, A. (1996). *“Derecho Privado Romano”*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HAZARD, J. y. (2006). *“La justicia civil en los Estados Unidos”*. Navarra, España: Aranzadi.
- HERRERA BRAVO, R. (2002). “Fundamentos romanísticos del derecho comunitario europeo”. En *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, Vol. I*. Salamanca, España: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.
- IGLESIAS, J. (2003). *“Miniaturas histórico-jurídicas”*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- LAPIEZAELLI, A. (1981). *“Historia del Derecho Romano”*. Buenos Aires, Argentina,; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- MAITLAND, F. (1979). *“L’equità”*. Milano: Giuffrè Editore.
- MAITLAND, F. (2005). *“Las formas de acción en el common law”*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. (1991). *“Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law”*. Madrid: Civitas.
- MEGIAS, J. (2014). “El Derecho Subjetivo en el Derecho Romano. Un Estado de la Cuestión”. *Revista de Estudios. Históricos-jurídicos. [Online], nº 25.* <http://www.scielo.cl/scielo.php> ., 35-54.
- NIETO, A. (2007). *“Crítica de la razón jurídica”*. Madrid: Editorial Trotta.

- PINNA PARPAGLIA, P. (1973). "*Aequitas in libera republica*". Milano: Editorial Mori.
- PIZZORUSSO, A. (1987). "*Curso de derecho comparado*". Barcelona, España: Ariel.
- POUND, R. (1921). "*El espíritu del common law*". Barcelona, España: Casa Editorial Bosch.
- POUND, R. (1950). "*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*". Barcelona, España: Ariel.
- POUND, R. (1908). "Mechanical jurisprudence", *Columbia Law Review*, vol. VIII, 65-99
- POUND, R. (1937). "What is the common law". *The future of the common law*. Harvard Univ. Press. Cambridge, Massachusetts, 3-23.
- PUIG BRUTAU, J. (2006). "*La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*". Barcelona, España: Bosch.
- RABASA, O. (1982). "*El derecho angloamericano*". México: Editorial Porrúa, S. A.
- RAVA, T. (1974). "Esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella common law inglese". *Rivista di Diritto Civile, volumen XX*.
- REID, LORD. (1972). "The judge as Law maker". *Society of Public Teachers of law*. 22-29.
- SCHULZ, F. (1949). "*I principii del Diritto romano*". Italia: Leonardo.
- SERIO, M. (2008). "Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti? *Rivista di Diritto Civile. Supplemento Annuale di Studi e Ricerche*, 109-132.
- STURNER, R. (2007). Derecho procesal y culturas jurídicas. *Ius et Praxis*. [online] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122007000100015&lng=pt&nrm=iso. 435-462.
- TERÁN P, M. (2007). "Una aproximación a la concepción romana del derecho". *DIKAIOSYNE, Revista semestral de filosofía práctica*, N° 18, 171-198.
- VON IHERING, R. (1947). "*3 Estudios Jurídicos: del interés en los contratos, la posesión, la lucha por el Derecho*". Buenos Aires: Editorial Atalaya.
- VON IHERING, R. (1998). "*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*". Granada: Comares.

