

EL PODER DE LOS *DIGESTORUM LIBRI*

PATRICIA PANERO ORIA (*)

En sobradamente conocida la difundida distinción entre la tradición jurídica del *Common law* y la del *Civil law*, es decir, entre los ordenamientos jurídicos abiertos, y los “cerrados”. Son notables las diferencias entre unos y otros, y así mientras el primero comporta una serie de soluciones a problemas jurídicos (hoy, *Case law method*), y viene representado por el Derechos inglés y anglo americano, sus materias no están codificadas y pueden remontarse en el pasado al *Ius Romanum*, y también en el mundo clásico, al método de pensar problemático o tópico ciceroniano. Por el contrario, los sistemas cerrados de normas jurídicas, vienen representados por los derechos continentales europeos; sus materias están codificadas y puede remontarse, también en el mundo clásico, al método de pensar axiomático aristotélico ⁽¹⁾.

Sin embargo, como ya hemos tratado de demostrar en otro trabajo, consideramos que estas diferencias no son tan marcadas como *a priori* pueda parecer, y que por el contrario, es *communis opinio* que en los sistemas jurídicos se difumina la tradicional distinción entre jurisprudenciales o “abiertos” y codificados o “cerrados” al invertirse los factores en que venían operando. Por ello, cabe exponer respecto a unos y otros, tantas observaciones, como criterios diferenciales han sido señalados por la doctrina, lo que no sólo permite combatir la rigidez de aquellas notas distintivas sino que avala nuestra afirmación de que hoy se difuminan las citadas diferencias ⁽²⁾.

Así, algunos *argumentos a repugnantibus*, pueden ser, por vía de ejemplo, en cuanto a las materias, que en los sistemas cerrados están codificadas, y que su interpretación, complemento y reelaboración se realiza dentro de las categorías y los medios del derecho del caso. En cambio, las materias en los sistemas abiertos no estén codificadas, y en su *statute law* hay partes importantes de Derecho reglado. Otra observación o argumento en contra de la rigidez de

(*) Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona.

(1) Cfr. PANERO ORIA, P., *The methodological criteria of counterpropositions within the Roman social legal framework*, RIDROM [on line] 9 (2012), pp. 1-27. <http://www.ridrom.uclm.es>, p. 1.

(2) PANERO ORIA, *The methodological criteria...* cit., pp. 2 y 3.

ambos sistemas la encontramos respecto a la oposición que hemos apuntado entre pensamiento problemático — tópico — y deductivo — axiomático —, ya que no es del todo correcta, al ser conceptos de rango lógico diferente que operan en momentos distintos del proceso racional ⁽³⁾.

Como dice TORRENT ⁽⁴⁾ es frecuente afirmar que el *common law* reconoce la jurisprudencia *case law* como fuente primaria del derecho y que aquí, precisamente, estriba la gran diferencia con el *civil law*, que solo reconoce la *ley enacted law, statute* como fuente formal del derecho. Pero también es cierto, y en ello coincide con CANNATA, que nadie puede negar que también en los sistemas europeos del continente los precedentes jurisprudenciales revisten tal importancia y autoridad que, en muchos campos, no se “conoce” el derecho, sino se “conoce” la relativa jurisprudencia.

Argumentos que avalan esta posición intermedia que mantenemos, se encuentran en los *Digestorum libri* y en su legado, precisamente por su carácter de literatura jurídica intermedia entre nuestras normas jurídicas europeas continentales, y el complejo de soluciones que representan el llamado “derecho del caso” representado por el derecho inglés y angloamericano.

Los *Digestorum libri*, son auténticos tratados de *ius privatum* que siguen el orden expositivo del Edicto Pretorio. Nacen en la época preclásica, con los *veteres*. El primero en escribir una obra con este nombre (*Digesta* ⁽⁵⁾) es Alfenio Vano y su contenido son sus propios *responsa* y, sobre todo, las de su maestro ⁽⁶⁾. Posteriormente, en época clásica pasan a estructurarse en dos partes: la primera se hace con arreglo al *ius honorarium*, o sea, de acuerdo con el esquema del Edicto pretorio, y la segunda es propia del *ius civile*, y trata de *legibus, senatusconsultis et constitutionibus principum*. En cuanto a su naturaleza jurídica, no deben incluirse en la literatura de problemas a pesar de ser meramente casuísticos, y si bien es cierto que se componen de *responsa*, no lo es menos que en sustancia, los *Digestorum libri* eran algo más que una colección de casos porque contemplaban todo posible argumento del saber

⁽³⁾ Es decir, que como apunta PANERO ORIA, en *The methodological criteria...*, cit., p. 6, la tópica puede cumplir una función sintética además de analítica.

⁽⁴⁾ TORRENT, A. *Fundamentos del Derecho Europeo*, Ciencia del Derecho: derecho romano-*ius commune*-derecho europeo, Madrid, 2007, pp. 248-260; y pp. 343-345.

⁽⁵⁾ Significante que proviene de *digerere* = ordenar, y refleja, mejor que cualquier otro tipo de obra de la literatura jurídica — a excepción de los *libri institutionum* — la tendencia sistemática de los juristas clásicos, cfr. TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, v. *Digestorum libri*, p. 642.

⁽⁶⁾ Su maestro, Servio Sulpicio Rufo, es uno de los juristas más importantes de fines de la República, es el primero en llevar la actividad científica al campo del *ius honorarium*, cuya fuente de producción es, precisamente, el Edicto del Pretor.

jurídico privado ⁽⁷⁾. Se acercan más a los *libri ad edictum* con la diferencia de que no toman como punto de partida de cada unidad del discurso del *iuris prudens*, los *edicti verba*, que se limitaban a suministrar al autor sólo unas primeras notas del tema, sino que tratan, ampliamente, los casos a que puedan referirse.⁽⁸⁾ Dentro de la literatura jurídica, y partiendo de la distinción entre los diferentes grados de abstracción que sus distintos tipos logran, los *Responsorum libri* representarían el nivel más bajo, mientras que los *Digestorum libri*, junto a los *ad edicta*, el más elevado, con la diferencia de prevalecer en éstos últimos el estudio del *ius honorarium* y en los *digesta* el *ius civile* ⁽⁹⁾. Por la complejidad de este tipo de obras no se realizaron hasta el siglo II siendo sus máximos representantes Celso hijo, Salvio Juliano, Ulpio Marcelo y Quinto Cervidio Escévola ⁽¹⁰⁾.

En un trabajo anterior, ya realizamos algunas observaciones eminentemente casuísticas en *pro* de nuestro objetivo ⁽¹¹⁾. Así, por ejemplo, como ya pusimos de manifiesto, y siempre partiendo de los *digestorum libri* en cuanto a la manera de enunciar un caso observamos que en derecho preclásico y clásico, el *iurisprudens* conoce el caso por la narración de quien se lo plantea, hoy su cliente. Su exposición, suele ser rica en detalles intrascendentes, y, en definitiva no es otra cosa que la traducción de algo ocurrido en la realidad. Tras este necesario conocimiento por parte del jurista, su siguiente tarea es la de selección y síntesis; aislando los únicos elementos importantes del relato desde un prisma jurídico y coordinándolos, de forma que se pueda llegar a un enunciado de los hechos compuesto sólo por los datos que condicionan su decisión. En otras palabras, este aislamiento es el enunciado jurídicamente correcto de un hecho, *Sachverhalt*, a la vez que la base de su justa solución. Ahora bien, al reducir un caso (*species facti*) a sus únicos elementos jurídicamente relevantes pierde su carácter particular y se convierte en un esquema que será de aplicación a otros casos (*facti*) de las mismas características (*species*). Este proceso de elaboración que

⁽⁷⁾ Los *libri quaestionum, responsorum, disputationum similiumque* presentan un apéndice [*pars posterior*] que abarca leyes, senadoconsultos y, a veces, constituciones imperiales. lo que obviamente los acerca a los *Digestorum libri*.

⁽⁸⁾ Se contraponen un texto como tal. comentario temático, y una visión con clara base del *ius honorarium*, a otro con un carácter más bien de tratado y materias más propias del *ius civile*.

⁽⁹⁾ Vid. por todos, en cuanto a conceptos, analogías y diferencias de esta literatura casuística TORRENT. *Diccionario...*, cit., p. 319, v. *epistulae principis*, y pp. 642 y 643, v. sobre los diversos *libri*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. sobre los *Digestorum libri*, en general, PANERO ORIA. *The methodological criteria...*, cit., pp. 10-20, y sobre los *digesta* de cada uno de los jurisprudentes, en particular, sus notas 41 a 44.

⁽¹¹⁾ PANERO ORIA. *The methodological criteria...*, cit., pp. 1-27.

puede realizarse indefinidamente, es llamado por los romanistas alemanes *Tatbestand*. El *responsum* no propone así la solución de un único caso específico sino la de una situación reducida a un tipo de casos y provista de una situación típica. Aún cabría introducir entre el caso concreto y el caso norma un paso intermedio que vendría a representar un caso genérico, guía o caso tipo: *Verta-tbestandlichung des Sachverhaltes* ⁽¹²⁾.

1. Veamos ahora, algunos otros *argumenta* a favor de nuestro objetivo, y partiendo de la distinción que nos facilita CICERÓN en sus *Topica*, entre argumentos intrínsecos y extrínsecos ⁽¹³⁾ pasamos a centrarnos en uno de los primeros, en concreto en la *notatio* que arranca de la propia fuerza de la palabra ⁽¹⁴⁾. Así, aplicándola a los *Digestorum libri* observamos que ya su misma

⁽¹²⁾ Cfr. Sobre el tema y bibliografía recogida, PANERO ORIA, *The methodological criteria...*, cit., pp. 20-27. Claros ejemplos de esto los encontramos en los *digestorum libri*, concretamente en D. 9.2.52 pr (*II Digest.*), donde Alfeno Varo plantea el supuesto de un esclavo, herido por un tercero, y muerto como consecuencia de sus heridas. El problema consiste en dilucidar la relación causa-efecto entre el acto ilícito cometido (la muerte del esclavo) y el daño inicialmente causado (las heridas), y de una eventual interrupción de la obligada causalidad. Así, siguiendo a Alfeno cabe distinguir: Si existe esta causalidad: *plagae + dominus diligens + medicus sciens + mors*, procederá la *actio de mortuo eo*. Si no existe este nex: *plagae + dominus negligens + medicus insciens + mors*, procederá la *actio iniuriarum*. Otro ejemplo del mismo Alfeno, lo encontramos en D. 9.2.52.4 (*II Digest.*) donde se recoge un caso de varios que jugaban con una pelota y uno de ellos al intentar coger la pelota tropieza con un joven esclavo que cae y se rompe la pierna. Se preguntaba si el dueño del esclavo habría podido actuar sobre la base de la *Lex Aquilia* contra quien le había hecho caer. Responde el jurista que no puede, pues se trata del azar y no de culpa. Aquí no se trata de un problema de causalidad, sino de culpabilidad. Si media culpa puede ejercerse la *legis Aquilia de damno iniuria dato* y en su ausencia no existirá responsabilidad por parte del actor causante involuntario del daño. Si nos proyectáramos a nuestro derecho actual CC de 1902, regulador de la responsabilidad extra contractual o Aquiliana, se observa que: “El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño”, una norma genérica y abstracta, típica de los ordenamientos cerrados. Sin embargo, si mantenemos la vista en los dos textos de Alfeno nos encontramos con unos mismos elementos que se reiteran: la *iniuria*, la *culpa* y el *damnum* y, obviamente, una necesaria relación causa-efecto, entre la acción — u omisión — y el daño. En D. 9.2.52 pr., se pone especial acento en la relación de causalidad y las posibles causas que pudieran interrumpir la obligada secuencia. En D. 9.2.52.4, la exclusión de responsabilidad mediando *casus*, y en los dos, el correspondiente *damnum* y la *iniuria*. Para terminar, observamos que Alfeno nos cuenta un hecho real, la muerte de un esclavo, pero debemos destacar que ni aparece el nombre ni la descripción y circunstancias del esclavo, lo que nos aleja del caso en concreto. Tampoco se usa una referencia genérica, como podría ser el consabido supuesto del esclavo *Stichus*. Ambas cosas comportan un doble paso en cuanto a la abstracción, que nos acercaría a la norma jurídica.

⁽¹³⁾ Cic. *Topica*, II. 8 — *alii in eo ipso de quo agitar haerent* —, XIX. 72 y 73 a XXI. 79 — *alii assumuntur extrinsecus*.

⁽¹⁴⁾ Cic. *Topica*, III. 9 — *cum ex verbis vi argumentum-*; en VIII. 35 sustituye *verbi* por *nominis* y nos recuerda que los griegos la llaman *etimología... id est veriloquium* (habla de verdad).

denominación evoca la idea de orden ⁽¹⁵⁾ y cabe, incluso aplicarla al significante “sistema”, siempre que le otorguemos el significado de “conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente” ⁽¹⁶⁾. Abandonando, pues, de momento, estas referencias metodológicas histórico-críticas, resulta sencillo proyectarlas a la romanística moderna, donde es pacífica la afirmación formulada por BIONDI de que la primera dogmática jurídica se asienta en la palabra ⁽¹⁷⁾.

2. Siguiendo pues el sentir doctrinal, fue a través de los *Digestorum libri* cuando la jurisprudencia romana operó el máximo esfuerzo de “coordinación sistemático” del *ius civile* y del *ius honorarium* y que, por su conducto, llegó a comprender todo el derecho privado vigente ⁽¹⁸⁾. Proyectándonos a la romanística moderna, es nuestra mente, ahora, como apunta TORRENT ⁽¹⁹⁾, la que trata de contraponer de forma tajante las locuciones *ius civile* y *ius honorarium*, algo que requiere para el objetivo de nuestro trabajo, alguna matización. Este sentido puede clarificarse si partimos, como dice PANERO ⁽²⁰⁾, siguiendo a SAUSSURE, de la distinción propia de la lingüística estructural, entre el estado actual de una lengua y la descripción de su evolución histórica. En otras palabras, debemos tomar como objeto de estudio la lengua como un sistema en donde cada uno de sus elementos aislados no vale nada y son los que se oponen a él ⁽²¹⁾ los que precisan su significado concreto en el texto de cuya interpretación se trate. Según esto, y analizando *ad exemplum* los fragmentos de Papiniano D. 1.1.7 pr y 1 (*II Definitionum*), cabría argüir diciendo que el jurista, nos presenta el *ius praeorium* — al que denomina *honorarium* —, tomando como base el propio *ius civile*, y precisando, a continuación, una triple función respecto al mismo:

Pr. — *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

⁽¹⁵⁾ Lo que es tan consustancial al Derecho, como, siguiendo con CICERÓN, al hombre su carácter social *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius*.

⁽¹⁶⁾ GUZMÁN, A., *Historia de la interpretación de las normas en Derecho Romano*, Chile, 2000, p. 314.

⁽¹⁷⁾ Cfr. por todos las referencias bibliográficas de BIONDI; desarrollo de sus ideas; su crítica y matizaciones; el uso de un criterio filológico en la investigación y sus límites; valor de la dogmática como técnica que comporta función instrumental y su proyección a la civilística germana, PANERO, R., *Capitis deminutio y capite deminutus*, Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes, II, Burgos, 2000, pp. 178 y ss. y sus notas 4,7 y 9.

⁽¹⁸⁾ Cfr. por todos TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *Digestorum libri*, p. 642.

⁽¹⁹⁾ TORRENT, A. *Diccionario...*, cit., v. *Sistema edictal*, p. 1215.

⁽²⁰⁾ PANERO, R., *Capitis deminutio y capite deminutus*, Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes, II, Burgos, 2000, p. 179 y n. 21.

⁽²¹⁾ Estos son denominados “términos marcados”, según los estructuralistas.

1 — *Ius praetorium est quod praetores introduxerunt, adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi, iurius civilis gratia, proponer utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur ab honorem praetorum sic nominatim.*

Se podrá concluir diciendo que parecería como si de no existir el *ius civile* no pudiera hacerlo el *ius honorarium*. Detengámonos un momento, y sigamos la metodología propuesta. Es evidente que Papiniano contrapone en ambos fragmentos, *ius civile* ⁽²²⁾ y *ius praetorium [honorarium]* ⁽²³⁾. También está fuera de duda que el criterio que adopta es el de las fuentes de producción ⁽²⁴⁾. Sin embargo, no es menos cierto que, *ab initio*, en derecho preclásico y clásico, la contraposición no se daba entre el *ius civile* y el *ius praetorium* u *honorarium*, sino entre el *ius civile* y la aplicación del mismo por el *Praetor* ⁽²⁵⁾, o sea, el decir derecho (*ius dicit*, su *iurisdictio*) y que, con el paso del tiempo, igual que en la lingüística, se produce un *iter* similar en lo jurídico y un paralelismo destacado entre ambos campos. Así, en el primero se pasa del habla, a la lengua (cuando se consolida) y al sistema de la lengua (cuando se consagra) y en el segundo, se pasa también de forma sucesiva, de la práctica a la norma, y de ésta al sistema jurídico. En Roma y en su producción jurídica, o sea, en sus fuentes, se produce esta innovación del Pretor que otorga protección procesal a una situación antes huérfana (un *iudicium dabo*, en general, explicitado por el pretor en su *edictum* ⁽²⁶⁾). Esta protección, a fuerza de repetirse (edicto translaticio) pasa a ser *ius honorarium* y, por último, tras el *Edictum Perpetuum*, logrará su recepción por el *ius civile* integrándose en él ⁽²⁷⁾.

⁽²²⁾ ...*quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

⁽²³⁾ ...*quod praetores introduxerunt, adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi, iurius civilis gratia, propter utilitatem publicam.*

⁽²⁴⁾ Que cambiaría al contraponerse al *Ius Gentium*, donde adoptaría el ámbito de aplicación según Gayo Inst. 1.1: ...*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur...*

⁽²⁵⁾ MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992, p. 36. se detiene en la expresión que utilizan los romanos para designar la aplicación del derecho por parte del Pretor, que hemos consignado en el texto. Por su parte, también evoca la distinción estructuralista entre lengua y habla, que asimila al *ius civile*, como conservador, casi inmutable y al *ius honorarium* (proceso) como original y creador respectivamente y termina por fijar la polaridad dialéctica entre sistema y realización individual del sistema.

⁽²⁶⁾ Como en el caso de las acciones *in factum*, en donde el derecho será un *posterius* y no un *prius* de la *actio*, como ocurriría en el *ius civile*, [*dominium ex iure Quiritium*] y en la *rei vindicatio*, por ejemplo. PANERO, R., *Derecho Romano. Derecho Romano*, Valencia, 2008.

⁽²⁷⁾ Por ello no deber extrañarnos que Marciano en D. 1.1.8 (*primo Institut.*) diga: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

3. Al hilo de las actuales contraposiciones dogmáticas, sigamos ahora con otro *argumentum*, que tampoco es novedad pero creemos que también debe recordarse. Se suele contraponer “sistema civil y sistema edictal”, lo que desde MOMMSEN mueve a decir que este último “más que orden es un desorden”. También recuerda TORRENT⁽²⁸⁾, que es la mente moderna la que separa tajantemente derecho y proceso — reglas sustantivas y adjetivas o derecho material y derecho formal — y que esta separación no se dio entre los juristas romanos, que lejos de contraponer derecho y acción, conciben la acción como derecho, siendo el propio Celso quien así la define, al decir en D. 44.7.51 (*III Digestorum*) que:

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi deleatur, iudicio persequendi⁽²⁹⁾.

La concepción del derecho por los *iurisprudentes*, no es bajo la impronta estática de los derechos subjetivos, sino dinámica de la acción. Por ello, la moderna doctrina romanista no permanece ajena a la importantísima labor creadora e innovadora de la *iurisdictio* pretoria hasta el punto de que la acción ha sido calificada, por BELLOV como el “derecho en pie de guerra” a fines del s. XIX y el Derecho Romano por RABEL, como un “Sistema de Acciones”, a principios del XX, afirmación que hace suya D’ORS⁽³⁰⁾. Una vez más, hemos criticado el radicalismo de las contraposiciones e intentado defender la postura intermedia. Postura intermedia que, a nuestro juicio, se refleja, reiteramos, en los *digestorum libri* y en su legado.

4. Siguiendo con nuestro *iter* cronológico, y aproximándonos a la obra de Justiniano y, en particular, a la confección de su parte más significativa, la recopilación de los *iura*, vamos ahora a invocar otro argumento a favor de nuestro objetivo, que pretende poner de relieve la singularidad de los *Digestorum libri*, los cuales sin renunciar, como ya hemos visto, a su impronta casuística tampoco renuncian a unas aspiraciones de carácter más general y sistemático. Para ello debemos recordar que los datos fundamentales de la técnica compilatoria del Digesto, fueron descubiertos por BLUHME en un artículo publicado en

⁽²⁸⁾ TORRENT, *Diccionario...*, cit.. v. *sistema edictal*, p. 1215.

⁽²⁹⁾ Cfr. por todos, a nivel de manual, PANERO, R. *Derecho Romano*, Valencia, 2008, pp. 140 y 141.

⁽³⁰⁾ Cfr. por todos RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, München, 1915, cuyas primeras páginas, bajo el epígrafe *Actionensystem*, según refiere PANERO, R., en *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, “difícilmente podrán ser superadas”.

1820⁽³¹⁾: *La ordenación de los fragmentos en los títulos de las Pandectas* y que su teoría, en general, ha resistido, en el tiempo con éxito, todo género de críticas. Según BLUHME, la comisión se dividió en tres subcomisiones, cuyo trabajo simultáneo, procedió a agrupar toda la obra jurisprudencial en otros tantos grupos, logrando lo imposible: que la confección del Digesto se realizara en 3 años, en vez de los diez programados⁽³²⁾. A estos grupos de obras se les llamaron *massae*⁽³³⁾. La primera es la *sabiniana* (*pars sabiniana* = *Sab.*) cuyo núcleo básico está en los fragmentos extraídos de obras relativas al *ius civile*, en especial de los comentarios, *ad Sabinum*⁽³⁴⁾ y de ahí que BLUHME le diera este nombre. A ellos se agregaron algunas partes de los comentarios *ad edictum*⁽³⁵⁾ que, *ratione materiae*, podían asimilarse a aquellos y además de los *libri disputationum* de Ulpiano, los *digesta* de Juliano y Alfeno Varo⁽³⁶⁾. En definitiva, se recogen y consultan, según KRÜGER, un total de 94 obras⁽³⁷⁾. La

⁽³¹⁾ BLUHME, F., *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectiteln*, ZGR, 4 (1820), pp. 252 y ss., reimp. LABEO, 6 (1960), pp. 50 y ss.; 235 y ss.; y 368 y ss.

⁽³²⁾ Como es sabido, BLUHME observó que los fragmentos se incluyen en cada título siguiendo un orden determinado; orden que se corresponde a tres grupos de masas u obras. Esto se aprecia en especial en D. 50.16 (*De verborum significatione*) y 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*). Al principio se siguió el criterio de comenzar por la masa que fuera más extensa dentro del título, siguiendo, después, con las demás. Ello no impide que, con frecuencia, se produzcan desplazamientos de textos de una masa a otra, *ratione materiae* o por otras causas. También es notorio que no todas las masas están presentes en todos los títulos y que el orden descubierto por BLUHME se percibe, sobre todo, en los títulos más amplios.

⁽³³⁾ Estas *massae*, y su distinción, se asientan en tres hechos de indudable interés que han sido destacados por la moderna romanística. A saber: 1) los tres tipos de obras, sistemáticas, exegéticas y monográficas a que responden; 2) la contraposición histórica *ius civile* — *ius honorarium*, correspondiendo la tercera masa a obras de tipo práctico y 3) el plan de estudios jurídicos antes de su reforma justiniana.

⁽³⁴⁾ Ulpiano, Paulo, en menor medida Gayo y, en menor aún, Pomponio.

⁽³⁵⁾ Las partes centrales de los *commentaria ad Edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo.

⁽³⁶⁾ Completan esta *massa* una serie de obras de índole elemental o didáctico, del tipo *Institutiones* (Florentino, Marciano, Gayo, Paulo, Calistrato) y *Regulae* (Nerancio, Ulpiano, Esccevola, Paulo Marciano y Pomponio) para acabar con otras monográficas: de carácter especial (*De adulteriis*; *de sponsalibus*, *de dotis repetitione*; *de assignatione libertorum*; *de iure patronatus*; *de excussationibus tutelarum*; *ad legem Iuliam*; *Falcidiam*; *ad Fufiam Caniniam*, *ad Aeliam Sentiam*, *ex lege Rhodia*; *ad sc Velleianum*; *ad orationem Divi Antonini et Commodi*. En síntesis: la mayor parte de las obras de *adulteriis* y de derecho penal) o de particular relieve práctico (*Libri de officio*) y en materia de *cognitio extra ordinem*, en especial, *de appellationibus*.

⁽³⁷⁾ Como apunta TORRENT, *Diccionario...*, cit., p. 690, v. *massa sabiniana*, se extractaron según BLUHME, 576 *libri*, representando la materia principal de comentarios al *ius civile*. MONTOVANI, D., *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, pp. 91-93, recoge un total de 487 fragmentos y en KRÜGER en su *Corpus Iuris Civilis*, I, Berolini, MCMLIV, *Addimenta I ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus* figuran del 1 [*Ulpiani libri LI ad Sabinum*] al n.º 94 [*Iavoleni libri X ex posterioribus Labeobnis*].

segunda es la masa *edictal*, (*pars edictalis* = *Ed.*) y está compuesta sobre todo y en lugar prioritario, como su nombre indica, por los comentarios *ad edictum* ⁽³⁸⁾, salvo aquellas partes de los mismos que ya se habían incorporado a la masa *sabiniana* ⁽³⁹⁾; comprende, también, los *digesta* de Celso y Marcelo y se recogen y consultan, según KRÜGER, un total de 84 obras ⁽⁴⁰⁾. La tercera es la masa *papiniana* (*pars papiniana* = *Pap.*) y se integra por fragmentos extraídos de obras casuísticas donde no faltan los *Scaevolae libri XX quaestionum*, y al ser Papiniano el más caracterizado representante de este tipo de literatura de problemas — *quaestiones y responsa* — BLUHME le da su nombre ⁽⁴¹⁾. Se recogen, según KRÜGER, un total de 83 obras ⁽⁴²⁾. Por último, hay que referirse a la masa postpapiniana o *appendix*, (*App.*), una cuarta masa, más corta, de carácter residual, que de alguna forma sigue el orden de la masa papiniana y donde figuran, entre otras obras, los *Scaevolae libri XL digestorum*. Esta vez, serán 13 obras, las que se consultan y recogen en Digesto, según KRÜGER ⁽⁴³⁾.

Así, de lo hasta aquí apuntado, debemos matizar: 1.º) que los *digestorum libri* tienen cabida en las dos primeras masas [*ius civile-ius honorarium*] y en el mismo número de autores (dos y dos) ⁽⁴⁴⁾; 2.º) que, precisamente, es en la masa

⁽³⁸⁾ En especial: Ulpiano. Paulo y Gayo.

⁽³⁹⁾ Se excluyen pues los libros centrales *ad Edictum Ulpiani, Pauli et Gaii*, que pertenecen a la *massa Sab.* Completan esta masa edictal: los *libri ad Plautium* (Paulo, Javoleno, Pomponio); los *libri ad legem Iuliam et Papiam* de diversos autores (Ulpiano, Paulo, Terencio Clemente, Gayo, Mauriciano y Marcelo); todas las obras de Modestino; las *Proculii Epistulae*; varias obras de Javoleno y algunos otros escritos.

⁽⁴⁰⁾ Apunta TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *massa edictalis*, p. 690, que según BLUHME, se extractaron 576 *libri*, que constituían la materia principal del *ius honorarium*. Según MONTOVANI, *Digesto e masse...*, cit., pp. 94-97, está representada por un total de 198 fragmentos y en KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis Cit Additamenta I*, cit., figuran del n.º 95 [*Ulpiani libri I-XXV ad edictum*] al 179 inclusive [*Iulii Aquilae, liber responsorum*]

⁽⁴¹⁾ Abarca la literatura de problemas de Papiniano, Paulo y Escévola y, muy en segundo término, de Calistrato. Contiene bastantes monografías, en particular de *fideicommissis*, aunque no en forma exclusiva. Se trata: *Stipulationum*; *de cognitionibus*; *de concurrentibus actionis*; *de usuris*; *ad Sc Turpillianum*; *Sc Libonianum*; *Sc Claudianum*; *Sc Tertullianum*; *Sc Orphitianum*. También recoge las *Pauli Sententiae* atribuidas a Paulo; los *Iuris epitomarum libri* de Hermogeniano; el comentario a las XII Tablas de Gayo el *liber singularis enchiridii* de Pomponio y acaba con *libri de officio...* de diversos autores (*Pauli, Ulpiani, y Arcadii Charisii*).

⁽⁴²⁾ Como apunta TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *massa papiniana*, p. 690, según BLUHME, los compiladores tuvieron en cuenta para confeccionar esta parte 292 *libri*, representando, según MONTOVANI, *Digesto e masse...*, cit., pp. 98-101 un total de 326 fragmentos. En KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis Cit Additamenta I*, cit., figuran del 180 [*Papiniani libri XXVII quaestionum*] al 262 [*Ulpiani libro singularis de officio questorians*].

⁽⁴³⁾ Sobre la base de unos 177 *libri*, o quizá alguno menos, siempre según BLUHME, cita de TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *appendix*, p. 115. Según MONTOVANI, *Digesto e masse...*, cit., pp. 102-103 de 116 fragmentos.

⁽⁴⁴⁾ Los *digestorum libri* de Alfeno y Juliano jamás preceden las obras ulpinianas.

papiniana, en la que carece de representación este tipo de obra, cuando, incluso, algún romanista eminente ha incluido a los *digesta* en la literatura de problemas, (representada principalmente en la tercera masa) y 3.º que ello no impide, pese a seguirse el orden de aquella, que se incluya en el apéndice (o masa postpánica) la última producción jurídica de este género.

5. Tras la labor preparatoria y de confección del Digesto y una vez concluido, pasamos a unas mínimas observaciones, en concreto, sobre su libro y título final: *De diversis regulis iuris antiqui*, lo que metodológicamente, no comporta un salto al vacío sino que a nuestro juicio tiene plena coherencia, al constituir el Libro 50, título 17, precisamente, aquél en que con mayor claridad se refleja el orden y la secuencia de las distintas *inscripciones* que figuran en sus fragmentos, y que, junto a la prelación que aparece en D. 50.16 *De verborum significatione* y D. 45.1 *De verborum obligationibus* inspiró a BLUHME en la “Teoría de las masas” que acabamos de recordar ⁽⁴⁵⁾.

En síntesis estos son sus aspectos formales: a) 211 *fragmenta* — con un total de 264 párrafos —, que tratan de diversas cuestiones ⁽⁴⁶⁾ y tienen una variada extensión ⁽⁴⁷⁾. b) Autoría de 16 juristas, siendo Paulo con 93 fragmentos y Ulpiano, con 86, como es lógico ⁽⁴⁸⁾, los más ampliamente utilizados. c) Representación de los *Digestorum libri*, por 21 fragmentos, con ausencia de los de Alfenio Varo y de Cervidio Escévola ⁽⁴⁹⁾ y una distribución en 10 textos de Celso; 6 de Juliano y 3 de Marcelo ⁽⁵⁰⁾. d) Y finalmente, destacar que según la *Editio maior* del *Corpus Iuris* de MOMMSEN ⁽⁵¹⁾ los *Digestorum libri* de Juliano se incluyen en una primera masa Sabiniana = *Sab.* [2 a 72] y los de Celso y Marcelo, en una postrera Edictal = *Ed* [102 a 211] ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. con carácter elemental: IROGOYEN TUCONIS, MP., *Sobre el significado de las palabras* (Digesto 50.16), Universidad Nacional de México (UNAM), México 1997 y de la misma autora, *Sobre las diversas reglas de derecho antiguo* (D.50.17) (UNAM), México 2005.

⁽⁴⁶⁾ *Ad ex*: 77 de *acceptilatio*; 105 de *causa cognitio*; 293 de *culpa*; 23 de *dos*; 119 de *possessio*.

⁽⁴⁷⁾ *Ad ex*: 3 y 23 o 77 y 119.

⁽⁴⁸⁾ No puede olvidarse que de los 9.000 fragmentos que comprende el Diigesto, 1/3 = 3000 corresponden a Ulpiano y 1/5 = 1.800 a Paulo.

⁽⁴⁹⁾ Cervidio Escévola tiene dos fragmentos el 88 y el 92. pero no pertenecen a sus *digesta*, sino al libro 5 *responsorum* y *quaestionum*, respectivamente.

⁽⁵⁰⁾ El resto de juristas y número de fragmentos, de más a menos, sería: Gayo 18; Pomponio 16; Papiniano 10; Javoleno 6; Q.M Escévola 5; Modestino 4; Marciano 2; Hermogeniano 1; Licinio Rufino 1 y Venuleyo 1.

⁽⁵¹⁾ Publicada en 1870 y reeditada en 1962 y 1963. vol I, *Institutiones* de Justiniano KRÜGER y *Digesto*. MOMMSEN, desde la 13.ª Ed. la de 1954, revisada por el primero.

⁽⁵²⁾ IROGOYEN TUCONIS, *Sobre las diversas reglas...*, cit. y con relación a la teoría de las masas de BLUHME observa que tras un inicio con Paulo y un texto, conocido y del máximo interés,

En cuanto a su contenido, D.50.17 es el más claro exponente de lo que VIEHWEG, llamó Tópica de 2.º grado ⁽⁵³⁾. O sea, una serie de formulaciones abstractas de principios máximas y reglas que fueron especialmente, buscadas y aisladas por las escuelas postclásicas y por los propios compiladores a quien se debe. VIEHWEG, resume KASER ⁽⁵⁴⁾, mantiene que el *ius civile* tiene como meta primordial, precisamente, reunir este repertorio y que estas directrices que funcionan como *topoi*, son al mismo tiempo los frutos de ese quehacer. Por el contrario, coincidimos con KASER, en que no se emplea la casuística para llegar a unas reglas, sino que éstas tratan de decidir, acertadamente, el caso en cuestión.

Un argumento en favor de que las reglas son fruto secundario de esta tarea y no fin primordial al que se tienda, nos lo ofrece el fragmento de Paulo con el que se inicia el título *de diversis regulis iuris antiqui.*, D. 50.17.1 (16 ad *Plautium*):

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 cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Así, tras enunciar lo que se entiende por reglas — la que expone brevemente la cosa, tal cual es —, a continuación precisa el jurista que el derecho no se toma como regla, sino al revés: que la regla se hace con arreglo al derecho. Nada supone, por tanto, que las *regulae* ayuden a resolver o apoyar las resoluciones de un problema. En definitiva, prosigue KASER, las *regulae* de D. 50.17 proceden de época tardía y sin pretender ser el remate del Digesto ofrecen un mero sumario de utilidad práctica. Estas *regulae* son juicios sobre un conoci-

que define regla [1], se sigue con obras *ad Sabinum* = *ius civile*, masa sabiniana = *Sab* [del 2 al 40].; un segundo grupo *ad Edictum* = masa edictal = *Ed* [*fragmenta* 41 a 56]; un tercer grupo de obras casuísticas = masa papiniana = *Pap* [*fragmenta* 57 a 101]; un cuarto grupo que retoma los comentarios *ad edicta* [*fragmenta* 102 a 167]; un quinto grupo, que retorna a las obras de casuismo [*fragmenta* 168 al 210] +, para acabar, en fin, con un último fragmento aislado relativo a un comentario de Paulo *ad edictum* que, por su objeto debería constar en la masa edictal. En total, pues, suman 39 fragmentos pertenecen a la masa sabiniana; 81 a la edictal y 86 a la papiniana.

⁽⁵³⁾ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Traducción de Luis Díez Picazo, Madrid, 1963, pp. 52, 53 y 77, resume diciendo que la Tópica de primer grado, arranca del caso mismo; busca las premisas que pueden servir para resolverlo e intenta llegar a directrices generales o conceptos guía que permitan inducir la decisión. La observación demuestra que en la vida cotidiana casi siempre se suele proceder así. KASER M., *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de J. MIQUEL, Valladolid, 1964, pp. 12 y 13, completaría el contenido de ésta resumiendo: aquellos conceptos guía, son los *topoi* y la tónica, el arte de encontrarlos. Cfr. PANERO ORIA, en *The methodological criteria...*, cit., pp. 7 y 8.

⁽⁵⁴⁾ KASER, *En torno al método...*, cit., p. 30.

miento jurídico adquirido en la casuística: juicios abreviados de la experiencia ⁽⁵⁵⁾. No tienen de antemano valor dogmático, sino empírico y en el futuro su observancia descansará no en un precepto (hoy diríamos estatal, como norma vigente), sino vendrán recomendadas por su justicia y oportunidad.

Centrándonos exclusivamente en los *Digestorum libri* y, obviamente, en el título al que nos estamos refiriendo, se observa que: los *Iuliani fragmenta*, tratan, el 62 (*VI Digest.*): *De hereditate*; el 63, (*XVII Digest.*): *De mora*; el 64, (*XXIX Dig.*): *De his que raro accidunt*; el 65, (*LIV Digest.*): *De cavilatione seu sorite*; el 66, (*LX Digest.*): *De exceptione* (Marcellus ait) y el 67, (*LXXXVII Digest.*): *De sermone ambiguo*. En los de Marcelo, el 183, (*III Digest.*): *De solemnibus non facile mutandis. De aequitate* y el 192, (*XXIX Digest.*): *De heredibus et obligatione individua.-I de re dubia*. Y por último, Celso nos da noticia: en el 184, (*VII Digest.*): *De vano timore*; en el 185, (*VIII Digest.*): *De impossibilium*; en 186, (*XXI Digest.*): *Quando peti potest*; en 187 (*XVI Digest.*): *De eo qui uxorem praegnantem reliquit*; en 188, (*XVII Digest.*): pr.— *Si testator pugnantia iuberentur, I.— de rerum natura prohibentur*, en 189, (*XIII Digest.*): *De pupillo et auctoritate tutoris*; en 190, (*XXIV Digest.*) *De evictione* y en 191, (*XXXIII, Digest.*) *De beneficio principis*.

Sin pretender hacer una exégesis de todos y cada uno de estos fragmentos nos limitaremos a destacar, *ad exemplum* alguno de cada autor, a nuestro juicio, los más representativos, o si se prefiere, los que siendo más conocidos, incluso notorios, permitan, con mayor facilidad, cumplir nuestro propósito que no es otro que parangonar el fragmento romano precedente y el precepto de nuestro actual Código Civil al que ha podido inspirar para así poder apreciar las concomitancias entre lo que a fin de cuentas no es otra cosa que una versión latina de un sistema casuístico, abierto como es el romano y otro codificado, cerrado, el del CC., cuya rígida, dogmática e irreconciliable oposición negamos. Con ello, se considerará cumplido el objeto de este artículo, cuya finalidad, recordamos su inicio, ha sido matizar esta tradicional oposición entre los sistemas aludidos, de la mano de los *Digestorum libri*.

Empecemos por dos fragmentos de Juliano:

Respecto a D. 50.17.62 (6 *Digest.*):

Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁵⁾ KASER, *En torno al método...*, cit., pp. 48 y 49.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. D. 50.16.24 (*Gai 6 ad Ed Prov.*). *Nihil est aliud "hereditas" quam successio in universum ius quod defunctus habuit*. (La herencia no es más que la sucesión en todo derecho que tenía el difunto).

Basta apuntar los dos siguientes puntos: 1) su conexión con el art. 659 del CC. “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen con su muerte” y el art. 660 “Llamase heredero el que sucede a título universal...” y 2) su práctica identidad, casi literal con el art. 661: “Los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”. Como matiz, observamos que en el texto romano y castellano, faltaría la referencia aunque es sobreentendida a los derechos transmisibles o sea, que no se extingan por la muerte del causante = *is, de cuius hereditate agitur*.

Tampoco requiere mucha explicación D. 50.17.67 (87 *Digest.*):

Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiantur, quae rei gerendae aptior est.

Pues su traducción, si bien no es literal por aparecer las palabras contrato o testamento, se puede encontrar en el art. 1286 del CC.: “Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sean más conforme a la naturaleza y objeto del contrato” y en el art. 675: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras... En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento ⁽⁵⁷⁾”.

Sigamos con Celso:

A) En D. 50.17.185 (8 *Digest.*) y con un laconismo muy propio en él, aunque sin llegar a los límites de Cervidio Escévola, expone:

Impossibilium nulla obligatio est.

Su eco se encuentra en el art. 1272 del CC., que vincula esta afirmación a una de las fuentes de las obligaciones al decirnos que “No podrá ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles ⁽⁵⁸⁾”.

El segundo texto seleccionado de Celso es D. 50.17. 186 (12 *Digest.*):

Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo preterito, peti non potest.

⁽⁵⁷⁾ Parece oportuno recordar que no hay en el CC normas de interpretación con carácter general para todos los negocios jurídicos, pero sí para dos tipos negocios que pueden considerarse arquetipos de bilaterales: contratos (arts. 1281 a 1289) y unilaterales: testamentos (art. 675)

⁽⁵⁸⁾ Debemos destacar su relación con otros artículos del mismo cuerpo legal como el 1261 y el 1460.1.º

Su razón de ser tiene cabida, en general, en el CC, Libro IV, Capítulo III, Sección II, *De las obligaciones a plazo* y encuentra fiel reflejo, literal y concreto en el art. 1125, según el cual: “Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando este llegue”.

Finalicemos con Marcelo que dice en D. 50. 17.183 (3 *Digest.*):

Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens posci, subveniendum est.

y en D. 50. 17.192.1 (29 *Digest.*):

In re dubia benigniorem interpretatione sequi non minus iustius est quam tutius.

Creemos que ambos fragmentos pueden comentarse de forma conjunta, pues en los dos parece que subyace una llamada a la *aequitas*, (que también aparece en *De exceptione*, D.50.17.66) ⁽⁵⁹⁾ sobre la que como elemento constitutivo de derecho positivo, es tenida en cuenta por el propio legislador para suavizar una norma a tenor de las particulares circunstancias que concurren en el caso. El art. 1154 que permite al Juez modificar “equitativamente” la cláusula penal; el art. 1690 a favor de los socios contra la partición de un tercero cuando “haya faltado a la equidad” y el art. 1103 dejando a los jueces la libertad para atender las circunstancias de cada caso, son tres ejemplos destacados, y desde la reforma de 31 de mayo de 1974 en que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del CC, con carácter general, el art. 3.2 “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descasar de forma exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Creemos haber cumplido con nuestro objetivo, y haber puesto de manifiesto que estos fragmentos recogidos en D.50.17 pueden haber servido de base, o al menos haber podido inspirar los preceptos del Código Civil, es decir, un sistema cerrado y codificado como es nuestro derecho positivo. Esto no hace más que confirmar que Roma, su Derecho y sus *prudentes* tampoco abrazaron totalmente un sistema jurídico *abierto*, eludiéndose así radicalizaciones y contraposiciones a ultranza.

Así, y para terminar, puesto de manifiesto el carácter de literatura jurídica intermedia de los *Digestorum Libri*, entre nuestras normas jurídicas europeas

⁽⁵⁹⁾ *Marcellus ait: desint debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustan, ne ab aequitate naturali abhorrentem.*

continentales y el complejo de soluciones que representa el hoy llamado “derecho del caso”, creemos haber formulado suficientes *argumenta a repugnantibus* — por seguir a CICERÓN — para matizar esa tradicional oposición entre los diferentes sistemas jurídicos, y ser un camino a invocar en pro de una vía intermedia o, al menos de posturas más matizadas.

