

DIALECTICA, CASUISTICA Y SISTEMATICA EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA*

ALEJANDRO GUZMÁN B.

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

I. Fuere cual fuere la posición que se adopte en torno a la figura enigmática de Gayo y, en especial, acerca del carácter de sus *Institutiones*, es un dato firme que esta última obra se aparta de todas y de cada una de las obras de jurisprudencia anteriores en la *natura* del sistema aplicado a la materia jurídica recogida en ella¹. Ese sistema consiste esencialmente en una clasificación de conceptos siguiendo el orden decreciente de su extensión o denotación, de modo que los conceptos inferiores representan clases contenidas en los superiores. El conjunto de conceptos así ordenados aparece como el resultado de una operación previa practicada sobre los conceptos superiores o de máxima extensión, que constituyen el punto de partida; operación esa consistente en la división de dichos conceptos en géneros y especies, en subgéneros y subespecies y así sucesivamente², lo cual también supone una definición de los conceptos que van surgiendo con el avance de la división.

Tal operación divisoria constituía un instrumento de la dialéctica³, pero en verdad, su función propia y original en el derecho

* Publico ahora, con notas, el texto de una conferencia pronunciada en enero de 1979 en las Facultades de Derecho de las Universidades de Valencia y Murcia, por gentil invitación de los profesores Emilio Valiño y Jesús Burillo, respectivamente.

¹ WIEACKER, F., *Ueber das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, en *IVRA* 20 (1969) 1.2, p. 466.

² Esto, sin embargo, sólo en la presentación del sistema, no en su construcción, ya que para esto último las operaciones son las contrarias: vid. *supra* VII.

³ NÖRR, D., *Divisio und partitio* (Berlin 1972). Ultimamente, el amplio estudio de TALAMANCA, M., *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, en *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese* (Roma 1977) 2, 319 págs. El tratamiento concerniente a la jurisprudencia va precedido de otro relativo a las concepciones de la filosofía griega sobre la dialéctica; en este trabajo se verá la literatura anterior.

no era la de servir a fines sistemáticos u ordenadores del material al cual se aplicaba, sino a fines que podríamos denominar problemáticos, esto es, consistentes en la solución de cuestiones casuísticas, como uno de los *topoi* desde los cuales enfocar el problema y resolverlo. Con este último fin las operaciones diairéticas eran conocidas y usadas por la jurisprudencia romana anterior a Gayo, debido a lo cual lo propio de las *Institutiones* de este último no estriba en p r e s e n t a r el uso de operaciones de este tipo en el derecho, sino en el f i n con que ellas son presentadas, a saber, el de la construcción de un s i s t e m a.

Por otro lado, la construcción de un sistema no va necesariamente ligada al uso de categorías dialécticas. La jurisprudencia romana anterior a Gayo había producido sistematizaciones u ordenaciones jurídicas, sólo que no de carácter dialéctico. Por ello también resulta que lo específico de las *Institutiones* de Gayo no radica en haber dicha obra presentado un sistema jurídico, sino en el tipo de sistema jurídico que presentó, a saber, el tipo dialéctico.

Utilización de la dialéctica con fines sistemáticos en las *Institutiones*, frente a su utilización anterior sólo con fines problemáticos y casuísticos, por un lado; construcción de un sistema, pero de tipo dialéctico frente a los sistemas de otro tipo anteriores, por otro: he ahí, pues, los puntos diferenciadores de esa obra respecto de todas las obras de jurisprudencia precedentes.

La importancia de esta caracterización estriba en esto: en que a ella pueden atribuirse varias de las especialidades y novedades que se encuentran en la exposición jurídica de las *Institutiones* respecto de las exposiciones de los demás juristas. Dichas especialidades y novedades, ya muchas veces observadas⁴, pueden explicarse como producto de las exigencias propias de la metodología adoptada por Gayo, pues el intento de imponer un sistema dialéctico a una materia no previamente sistematizada del mismo modo, como sucedía con el derecho romano al momento de emprender Gayo sus lecciones vertidas en su manual institucional, traía consigo la necesidad de recurrir a categorías sistemáticas aptas para acoger y aprehender ese material, las cuales, si no se encontraban ya formadas, tenían que ser creadas: estas creaciones constituyen precisamente las aludidas especialidades y novedades gayanas⁵.

⁴ Se reúnen en KASER, M., *Gaius und die Klassiker*, en ZSS. rom. Abt. 70 (1953), p. 127 ss.

⁵ El carácter sistemático-dialéctico de las *Institutiones* determina sus especialidades y novedades, que lo son en relación con el conjunto de conceptos de la jurisprudencia respondiente, pero nada dice ese carácter respecto de las imperfecciones que existen en esta obra, como quiere BONA, F., *Il coordinamen-*

La caracterización de este jurista como un jurista escolástico, como un maestro o enseñante y la caracterización de sus *Institutiones* como un manual de enseñanza, un libro elemental y didáctico, para explicar las especialidades y novedades patentes en esa obra, con ser exacta, es al mismo tiempo insuficiente para el fin que se propone, pues Gayo no ha sido el único maestro ni su obra el único manual elemental de derecho que ha producido la sociedad romana. Por otro lado, tampoco la calidad de maestro y la textura de un manual elemental están necesariamente ligadas con la generación de novedades y especialidades; más bien se diría lo contrario, pues no es precisamente en la enseñanza elemental en donde suelen exhibirse nuevas ideas, siendo su fin transmitir conocimientos corrientes. Si Gayo es, pues, especial, ello se debe, no a su oficio ni al destino de sus *Institutiones*, sino a la metodología que él utilizó para su confección.

En lo que sí su calidad de maestro ha influido fue en, por así decir, la decisión de adoptar el modelo dialéctico para la organización de este manual, ya que la dialéctica, aparte de su función científica pura, tenía en la cultura helenística una función pedagógica y servía de instrumento para la transmisión de conocimientos. Las *Institutiones* de Gayo se insertan, así, en la misma línea de otros manuales pedagógicos gestados en el seno de esa cultura o influidos por su espíritu⁶. Que este maestro haya emprendido la redacción de un manual así, explica que ese manual permanezca aislado en la historia de la literatura del derecho romano; ésta, desde luego antes de Gayo, pero también después, ha sido un muy fiel reflejo de los métodos casuísticos de ese derecho y de su transmisión docente; los cuales, aun cuando, como se subrayó, no han desdeñado el uso de la dialéctica, no la han aplicado con fines sistemáticos.

II. Ya hemos dicho que la división en géneros y especies como operación destinada a resolver problemas no fue desconocida por la jurisprudencia anterior a Gayo. Un ejemplo sencillo de este uso lo encontramos en D.13.6.1.pr.1 (Ulp., 28 ed.):

Ait praetor: Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.1. Huius edicti interpretatio non est difficilis. Unum

to delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res mancipi-res nec mancipi' nella sistematica gaiana, en *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Torino 1976), p. 413, 415; ellas, a lo más, podrían explicarse con la hipótesis de ser dicha obra apuntes de lecciones.

⁶ FUHRMANN, M., *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike* (Göttingen 1960).

solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: Commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli⁷.

Labeón consideraba que el *utendum dare* constituía un género mientras que el *commodatum* una especie de ese género; en tanto el primero consistía en proporcionar el uso de cosas tanto muebles como inmuebles, el segundo sólo en proporcionarlo de muebles. El objetivo de esta división labeoniana era únicamente el de resolver una cuestión concerniente a la extensión que debía darse a la rúbrica *Commodati* del edicto del pretor urbano, cuya cláusula aparece reproducida por Ulpiano en el pr. del texto transcrito y que empleaba precisamente la expresión *commodasse*. Si *commodare* denominaba un concepto más restringido que *utendum dare*, sólo referido al préstamo de muebles, entonces esa rúbrica, por hacer referencia al comodato, no era aplicable al préstamo de inmuebles y para que también se hubiese podido aplicar a éste, hubiera sido necesario que el edicto empleara la expresión *utendum dedisse*. Sólo que Labeón no decide la cuestión en términos de “restricción” o “ampliación”, sino recurriendo a una división, en el entendido de que la especie está contenida en el género: *commodare* es especie de *utendum dare*; con ello seguramente criticaba el restringido campo de aplicación de la rúbrica⁸.

En esto se agota la división labeoniana: en servir de instrumento interpretativo de la rúbrica para determinar su campo de aplicación; en otras palabras, en servir de vía para resolver un problema muy concreto.

⁷ [“Dice el pretor: Si alguno alegase haber dado algo en comodato, acerca de ello le otorgaré un juicio. 1. La interpretación de este edicto no es difícil. Tan sólo una cosa hay que notar, que quien concibió el edicto habló de comodato, en tanto Paconio hablaba de usar. Pues, Labeón dice que entre comodato y dar en uso hay tanta diferencia cuanta hay entre el género y una especie: ya que dar en comodato se refiere a las cosas muebles no a los bienes raíces, en tanto que dar en uso se refiere también a los raíces”].

⁸ Sobre esta interpretación del pensamiento de Labeón, que consideramos la correcta (cfr. HORAK, F., *Rationes decidendi*, Aalen 1969, p. 97, N° 18. en igual sentido y con la literatura disidente); vid. PASTORI, F., *Il comodato nel diritto romano. Contributi allo studio della responsabilità contrattuale* (Milano 1954), p. 23 ss. Sólo debemos agregar que la opinión de Labeón no podía perseguir por sí misma ampliar la rúbrica *Commodati* del edicto a los inmuebles, precisamente porque él mismo sostenía que *commodasse* (expresión usada en dicha rúbrica) sólo se aplicaba a los muebles; de este modo su interpretación debía de estar más bien encaminada a criticar el uso de *commodasse* en tal rúbrica, haciendo ver lo restringido de su significación.

III. Aunque la aplicación de la dialéctica como método sistemático tenía una gran tradición en la cultura helenística⁹, el primero que teorizó sobre su uso en el derecho en esa misma función fue Cicerón; dicha teoría aparece expuesta en pasajes célebres de sus diálogos *De oratore*¹⁰ y *Brutus*¹¹, a modo de camino conducente a

⁹ FUHRMANN (n. 6) describe y analiza los libros sistemáticos de origen helenístico (y también romano).

¹⁰ CIC. *De orat.* 1.41.186-1.42.191: *Posteaquam est editum expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent. Nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius qui illa tenet quorum artem instituere volt, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quorum ars nondum sit, artem efficere possit. Hoc video, dum breviter voluerim dicere, dictum a me esse paulo obscurius, sed experiar et dicam, si potero, planius. Omnia fere quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometria lineamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere ignota quondam omnibus et diffusa late videbantur. Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communiione quadam, specie autem differentis, duas aut plures complectitur partis. Partes autem sunt quae generibus iis ex quibus manant subiciuntur; omniaque quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus quam vin habeant est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio. Hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem, nunc complectar quod proposui brevi. Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra disperiat, tum propriam cuiusque vim definitione declarat, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.* [“Desde que por primera vez fueron publicadas por Cneo Flavio las fórmulas de las acciones, ninguno hubo que ordenase tal materia en un sistema de géneros. Pues, en efecto, nada hay que pueda reducirse a forma sistemática, si quien posee el saber que se quiere ordenar sistemáticamente no domina aquel conocimiento por medio del cual, de aquellas nociones aún no organizadas como sistema puede nacer el sistema. Pero me doy cuenta que en vez de haber expresado todo esto con brevedad, lo he expuesto oscuramente, por lo cual intentaré repetirlo con mayor claridad, si puedo. Casi todas las nociones que ahora se encuentran reducidas a un sistema, en otro tiempo se hallaban desconectadas y desarticuladas entre sí: tal sucedía con el ritmo, los tonos y la armonía en música; con las líneas, las figuras, los espacios, los volúmenes en geometría; con las revoluciones del cielo, el nacimiento, el ocaso y el movimiento de los cuerpos celestes en astronomía; con el tratamiento riguroso de los textos poéticos, la investigación histórica, el análisis de las palabras, la fonética en gramática; la invención, la alocución, la disposición, la memoria y el gesto en la retórica misma aparecían en otro tiempo poco conocidas y recíprocamente desconectadas. Debí, en consecuencia, venir en auxilio un conocimiento de otro género, extrínseco a aquellas ramas del saber y proveniente de un campo sobre el cual los filósofos se atribuyen un control total, el cual debía ser incapaz de entabrar un saber desperdigado y fragmentario y de introducirlo en un cierto esquema. Sea, por lo tanto, éste el objeto del derecho civil: la mantención de la igualdad, en los límites establecidos por las leyes y las costumbres, en los negocios y litigios de los ciudadanos. Enton-

la sistematización jurídica (*ars iuris*), consistente en reducir todo el derecho civil a pocos géneros; en distinguir luego sus especies y en establecer la definición de cada una. Con Cicerón la dialéctica vino a adquirir para el derecho una función que ahí le había sido extraña: la de servir de instrumento para la construcción de un sistema, función esta agregada a la tradicional, de servir de vía argumentativa en la solución de problemas.

Pero si en esta última función la dialéctica había sido conocida y usada por la jurisprudencia anterior a Gayo, no sucedió lo pro-

ces será necesario distinguir los géneros y reducirlos a un número pequeño y determinado. El género es aquello que comprende dos o más partes, poseedoras de ciertas características comunes entre sí, pero diferenciadas por su especie. Partes (especies) son aquellas comprendidas en los géneros de los cuales emanan; y será necesario expresar mediante definiciones el significado de todos los nombres de cada género y parte (especie). Pues la definición es una explicación breve y determinada de la esencia de la cosa que deseamos definir. Agregaría a estas palabras más algunos ejemplos, si no supiese a quien están ellas destinadas; por lo cual terminaré rápidamente mi exposición. Sea que me fuese dado hacer aquello que pienso desde hace tiempo, sea que le corresponda a otro, pero distraído por diversas cosas o muerto, de ser el primero en reducir todo el derecho civil a géneros, que no son muchos, y de distribuirlos como miembros de un cuerpo y de aclarar mediante definiciones la significación de cada uno, así tendríais un sistema perfecto de derecho civil, rico y fecundo y no difícil ni oscuro”].

¹¹ Cic., *Brut.* 41.152-42.153: *Hic Brutus: Aín tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum asum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicaretur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis. [“Intervino Bruto: ¿Hablas en serio? —dijo— ¿Realmente antepones nuestro Servio a Quinto Escévola? Así es, Bruto —dije—. Yo pienso que Escévola y muchos otros han poseído una gran práctica del derecho civil, pero sólo uno el conocimiento sistemático; al cual jamás hubiera llegado por medio del solo saber jurídico, si no hubiese aprendido aquella ciencia que enseña a dividir un todo en partes, a explicar los significados ocultos a través de definiciones, a aclarar lo oscuro mediante la interpretación, a percibir primeramente lo ambiguo, después a distinguir y finalmente a formar una regla con la cual discernir lo verdadero de lo falso y con la cual saber qué consecuencias se pueden extraer y cuáles no, de determinadas premisas. El, en efecto, aplicó esta ciencia, la más importante de todas, como una fuente de luz, a aquellas cosas sobre las cuales otros confusamente daban respuestas y consejos para los litigios. Me parece que te refieres a la dialéctica —dije. Exactamente— le respondi”].*

Sobre los textos anteriormente citados: LA PIRA, G., *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, en *St. Virgili* (Siena 1935), p. 159 ss.; *BIDR.* 42 (1934), p. 336 ss.; *SDHI.* 1 (1935) 2, p. 319 ss.; *BIDR.* 44 (1936-1937), p. 131 ss. Estos artículos, pese a su título, en realidad constituyen un estudio de las teorías sistemáticas de Cicerón y de sus conexiones helenísticas; la jurisprudencia romana está ausente en ellos. También puede verse: VILLEY, M., *Recherches sur la litterature didactique du droit romain* (Paris 1945); METTE, H. J., *Ius civile in artem redactum* (Cöttingen 1954), p. 50 ss.

pio con ella en la nueva función que para el derecho Cicerón había teorizado. Conocido es, empero, que se dice en algunas fuentes haber el propio Cicerón escrito una obra titulada *De iure civili in artem redigendo*¹², en que habría conseguido presentar el derecho bajo un sistema dialéctico. Lo cierto es, sin embargo, que ella no tuvo ninguna influencia en la jurisprudencia de su tiempo ni en la posterior¹³ y, lo que no deja de ser decisivo, Cicerón, como es sabido, no era propiamente un jurista, o sea, un individuo cuya mencionada obra debamos situarla en la misma línea que las obras jurisprudenciales estrictamente tales.

Cierto es también que un célebre pasaje del *Enchiridion* de Pomponio nos dice haber sido el jurista Quinto Mucio Escévola el primero que en su obra *Iuris civilis libri XVIII: ius civile constituit generatim*¹⁴, palabras estas que suelen interpretarse como significando que ese jurista habría sido el primero en exponer todo el derecho civil de acuerdo con un sistema de clasificación de conceptos en géneros (y especies)¹⁵.

Pero esta interpretación de los términos de Pomponio no es correcta. Que Mucio haya sistematizado el derecho civil de ese modo no se desprende de un análisis de la ordenación seguida por él en la mencionada obra ni tampoco de un estudio de las referencias a fragmentos suyos transmitidos por juristas posteriores, de que conservamos noticias¹⁶. Por lo demás, la frase de Pomponio en-

¹² A. GELL., *Noct. att.* 1.22.7; QUINTIL., *Inst. orat.* 12.3.10; CARIS., *Gramm.* 1. Sobre esta perdida obra de Cicerón: vid. DIRKSEN, H. E., *Ueber Cicero's untergegangene Schrift: De iure civili in artem redigendo*, en *Hinterlassene Schriften* (Leipzig 1871) 1, p. 1 ss.; BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli 1971), p. 183 ss.

¹³ NÖRR, D., *Cicero als Quelle und Autorität bei den römischen Juristen*, en *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festg. f. J. Sontis* (München 1977), p. 48 s.

¹⁴ D. 1.2.2.41 (Pomp., *Lib. sing. Enchir.*): ... *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo* ["Después de aquellos, Quinto Mucio, hijo de Publio, quien llegó a ser pontífice máximo, fue el primero en disponer *generatim* el derecho civil al redactar sus 18 libros" (sobre derecho civil)]

¹⁵ Así, p. ej., KRÜGER, P., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Recht*² (München-Leipzig 1912), p. 64; SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana* (trad. Nocera, Firenze 1968), p. 123. Vid. infra n. 16.

¹⁶ KRELLER, H., *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, en *ZSS. rom. Abt.* 66 (1948), p. 573 ss.; WIEACKER (n. 1), p. 463 ss.; SCHIAVONE, A., *Nascità della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana* (Bari 1976), p. 101 ss., todos sobre la ausencia de criterios sistemático-dialécticos en el diseño de los 18 libros de derecho civil de Mucio.

Algunos autores han querido salvar la noticia de Pomponio interpretando que el *generatim* se referiría únicamente al empleo de géneros menores (o subcategorías): así, p. ej., KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos* (trad. Miquel, Valladolid 1964), p. 41; algo similar parece pensar WIEAC-

cierra cierta ambigüedad, pues, como es sabido, *generatim*, aparte de significar "generalmente" en el sentido de "por géneros", significa también "generalmente" en el sentido de "según regla(s) general(es)" (*generaliter*)¹⁷. Si esa expresión no pudo significar que Mucio fue el primero en describir el derecho civil acudiendo a la técnica de encerrarlo en géneros, bien pudo entonces querer decir que fue el primero en describirlo de acuerdo con el método de las *regulae*. En verdad esto parece tener apoyo en las obras de Escévola, pues se nos conservan testimonios de que él ha sido autor de ciertas *regulae* y es ostensible su predisposición a la generalización y abstracción de la materia jurídica tratada en los *Iuris civilis libri XVIII*¹⁸. De lo que sí no debemos dudar es que ese jurista no ha intentado construir un sistema total de derecho civil basado en géneros; y así se explica el reproche que Cicerón le dirige junto a otros juristas, de que también él desconociera el *ars iuris*, esto es, la sistematización del derecho en géneros y especies¹⁹.

Verdad es, finalmente, que también Cicerón nos dice que el único que poseyó ese *ars iuris* fue Servio Sulpicio Rufo²⁰; pero en el pasaje pertinente no dice Cicerón que Servio haya escrito una obra sistemática, sino sólo que, habiendo poseído el arte dialéctico, lo utilizó *ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur*, lo cual parece significar que Servio se valió a estas técnicas de modo siempre casuístico y problemático²¹. En efecto, si nosotros examinamos los fragmentos de obras de este jurista que se nos conservan, lo que menos podemos pensar es que su construcción obedece al trazado de un sistema dialéctico²². Por último, mal se entiende que Cicerón haya manifestado su deseo de ser el primero en

KER (n. 1), p. 466; también CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*² (Torino 1976) 1, p. 46.

A mí me sigue pareciendo, sin embargo, que el *generatim* se refiere a la íntegra materia del derecho civil (*ius civile... constituit... generatim...*).

¹⁷ *Generatim* figura también en D. 31.66.3 (Papin., 17 *quaest.*): ... *cum duobus testamentis generatim homo legatur...*; y en D. 36.1.57. pr. (Papin., 20 *quaest.*): *Et generatim ita respondendum est...* El VIR. interpreta estos textos como *generaliter*, lo cual es claro para el segundo, pues ahí Papiniano, después de resolver un cierto caso, pasa a exponer *generatim (generaliter)* una regla (general) deducida de dicho caso; pero lo mismo no es tan claro para el primero, cuyo contexto muestra que él discurre sobre la base del legado de un esclavo genéricamente (*generatim*, esto es, no específicamente) designado.

¹⁸ Sobre este carácter del método muciano: SCHIAVONE (n. 16), p. 118 ss. Después de cuanto dice este autor en torno a ese método, es curioso que la mejor interpretación de la palabra *generatim* que ofrecemos en el texto no se haya presentado a su mente como más natural.

¹⁹ CIC., *Brut.* 41.152; vid. supra n. 11.

²⁰ CIC., *Brut.* 41.152; vid. supra n. 11.

²¹ VILLEY (n. 11), p. 25 n. 58, en ese sentido.

²² WIEACKER (n. 1), p. 467 ss.

reducir el derecho a arte²³, si una empresa así hubiera sido ya realizada por Servio.

En vano, pues, buscaremos en la jurisprudencia anterior a Gayo el uso de la dialéctica en función sistemática y la construcción de verdaderos sistemas dialécticos, sin embargo de encontrar ese uso en función casuística y problemática. Tanto es así, que en el ejemplo antes comentado de Labeón la división que él establece es en realidad incompleta. A ella, en efecto, puede criticarse que cuando se divide un concepto genérico (*utendum dare*) en especies, estas últimas deben resultar al menos dos; pero Labeón se limita a señalar una, el comodato, porque ello era suficiente para sus fines prácticos: a él, en efecto, no interesaba establecer e n a b s t r a c t o las especies del *utendum dare*, sino establecer si el *commodare* era o no especie del *utendum dare*.

IV. Que la jurisprudencia anterior a Gayo no hubiera usado de la dialéctica en función sistemática, no significa en ningún caso que haya carecido de intereses sistemáticos; sólo significa que esos intereses no estuvieron guiados por la dialéctica.

Esta observación depende naturalmente del concepto de sistema que manejamos. Aquí nos valemos de un concepto amplio que alcanza a toda ordenación de conocimientos que describen un cierto objeto según puntos de vista comprensivos²⁴; este concepto cubre, por supuesto, una ordenación de tipo dialéctico como también una de carácter axiomático o deductivo; pero, al mismo tiempo, las rebasa hasta llegar a ordenaciones tan elementales y rudimentarias como serían la alfabética o la cronológica.

En este sentido amplio del concepto de sistema no cabe negar a las ordenaciones dadas por los juristas anteriores a Gayo a sus exposiciones del derecho el calificativo de sistemáticas, aunque tengamos que negarles, por cierto, su carácter dialéctico (y con mayor razón, axiomático o deductivo).

El exacto carácter de los sistemas que ellos han construido es, empero, difícil de calificar con una palabra. El llamado sistema civilístico²⁵, que remonta a los *Iuris civilis libri XVIII* de Q. Mucio,

²³ En el *De orat.* 1.42.191: *Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito... ut primum omne ius civile in genera digerat...* ["Si me fuese dado hacer aquello que desde hace tiempo pienso... de ser el primero en reducir todo el derecho civil a géneros..."].

²⁴ Adoptamos la definición que de "sistema" propone COINC, H., *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia* (trad. Hartman-González, México 1959), p. 21.

²⁵ Sobre el sistema civilístico: SCHERILLO, G., *Il sistema civilistico*, en *St. Arangio-Ruiz* (Napoli 1953) 4, p. 445 ss.; EL MISMO, *Gaio e il sistema civi-*

seguía un orden que se ha querido ver, bien modelado sobre el orden de las XII Tablas²⁶, bien sobre la idea central de los poderes familiares, idea esta todavía enraizada en la realidad social del tiempo de su autor²⁷. En todo caso, resulta claro que, fuere cual hubiere sido el orden seguido por Mucio, él se desarrollaba mediante la técnica de las aproximaciones y atracciones temáticas, resultando así un orden de conexiones puramente materiales y no internas en el sentido dialéctico.

El llamado sistema edictal seguía el orden del edicto pretorio, del *tralatitium* hasta la fijación del Salvio Juliano y del *perpetuum* luego de ella. El edicto, a su vez, estaba construido desde un punto de vista procesal, con el cual también se entrecruzaban criterios de atracción temática, a veces puramente materiales o externos.

Con todo, al menos operando con nuestro concepto amplio de sistema, no vemos cómo sería posible negar la existencia de un sistema en las exposiciones de derecho civil y pretorio. Que él no satisfaga nuestros actuales ideales sistemáticos (que son los del sistema axiomático o deductivo) ni los ideales del siglo I antes de Cristo, como aquellos de Cicerón, que eran de tipo dialéctico, eso no quita que una cierta racionalidad ordenadora había sido impresa en dichas exposiciones, y ello basta para calificarlas como sistemáticas.

Todo lo anterior debe ser matizado de la siguiente manera: el uso de la dialéctica en función problemática conducía a la determinación de ciertos conceptos obtenidos por división, que si resultaban adquiridos y aceptados por la jurisprudencia, podían sucesivamente servir para fines sistemáticos, en el momento en que un jurista se abocara a la tarea de exponer el derecho. Algo así pudo en verdad suceder en la obra de Q. Mucio²⁸, en la de Servio²⁹ o en la de otros³⁰. En sus exposiciones de derecho civil (o pretorio), sin perjuicio de que siguieran el sistema material y temático antes señalado, bien pudieron adoptar algunas divisiones en géneros y especies, propias o ajenas, definitivamente adquiridas, de modo que

listico, en *Gaio nel suo tempo* (Napoli 1966), p. 145 ss.; EL MISMO, *Adnotationes gáiane*, I, *Gaio e il sistema civilistico*, en *Antología giuridica romanistica ed antiquaria* (Milano 1968) I, p. 68 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *La formation du système des commentaires de droit civil dans la science juridique romain*, ahora, en *Scritti di diritto romano* (Napoli 1977) 4, p. 211 ss.

²⁶ KRELLER (n. 16), p. 575 ss.; WIEACKER (n. 1), p. 466.

²⁷ SCHIAVONE (n. 16), p. 116 ss.

²⁸ Así, p. ej., sabemos que Mucio había distinguido algunos *genera possessionum* (D. 41.2.3.23) y cinco *genera tutelarum* (Gai. 1.188).

²⁹ Servio, por su parte, distinguía tres *genera tutelarum* (Gai. 1.188) y cuatro *genera furtorum* (Gai. 3.183).

³⁰ Labeón dividía la *tutela* en dos géneros (Gai. 1.188); M. Sabino el *furtum* en cuatro (Gai. 3.183) y Labeón en dos (Gai. 3.183).

la materia de que se tratase recibiese en esos comentarios una cierta sistematización³¹.

Esto hubiera sido un hecho normal que no debe extrañar; pero ello no significa que, por tal hecho, debamos reconocer a esos juristas el que hayan sido sistemáticos al modo en que lo fue Gayo al componer sus *Institutiones* ni a sus tratados el carácter de exposiciones dialécticas. Lo que ellos hacían era aprovechar divisiones previas, surgidas en función tópica; no formular divisiones nuevas en función sistemática. Como veremos, en ello hay una gran diferencia. Por otro lado, de haber procedido estos juristas del modo que hemos indicado, con ello resultaban sistematizaciones muy parciales y puntuales, que en ningún caso cubrían toda la materia jurídica.

V. El punto de vista de Gayo no es puramente dialéctico, como en alguna medida era el de sus antecesores, sino sistemático-dialéctico³². Esto es muy importante, porque determina muchas diferencias en relación con los juristas anteriores, que a lo sumo eran dialécticos pero no sistemático-dialécticos. Distinto es, en efecto, dividir un concepto para resolver un caso, que dividirlo para clasificar y sistematizar. Si para un jurista respondiente una determinada división carece de utilidad resolutoria, no procederá a ella; el jurista sistemático-dialéctico, en cambio, la hará, aunque ella resulte inútil para resolver un caso; lo cual él, por lo demás, no se preocupará de averiguar.

Un claro ejemplo de ello está dado en la división gayana de las *res* en *corporales* e *incorporales*³³. Su única función es permitir el juego sistemático de la *summa divisio* de todo el derecho en *personae*,

³¹ Así, p. ej., Gai. 3. 184 adopta la división labeoniana del *furtum* en *manifestum* y *nec manifestum*.

³² Sobre el uso de las categorías dialécticas del *genus* y la *species* por Gayo: VILLEY (n. 11), p. 31 ss.; 48 ss.; ORESTANO, R., *Obligaciones e dialettica*, en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*. Mél. H. Levy-Bruhl (Paris 1959), p. 445 ss.; FUHRMANN (n. 6), p. 104 ss.; MARTINI, R., *Genus e species nel linguaggio gaiano*, en *Syntelesia V. Arangio-Ruiz* (Napoli 1964), p. 462 ss.

³³ Gai. 2.12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales*. 13. *Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*. 14. *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae . . . Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum . . .* [12. "Por lo demás algunas cosas son corporales y otras incorporales. 13. Corporales son aquellas que pueden ser tocadas, como una finca, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y muchas otras cosas más. 14. Incorporales son aquellas que no pueden ser tocadas, las cuales reciben su consistencia del derecho, como la herencia, el usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo . . . Entre las mismas se cuentan las servidumbres sobre predios rústicos y urbanos"].

res y *acciones*³⁴. Que en las *res* entren los *corpora*³⁵ (*res corporales*), esto es, las cosas materiales, eso es claro; pero que las *servitutes*, el *ususfructus*, las *obligaciones* y la *hereditas (iura)*, no constituyendo obviamente clases ni entre las *personae* ni entre las *acciones*, puedan de inmediato quedar incluidas entre las *res*, eso no es tan claro. De este modo, Gayo se vio obligado a ampliar el concepto de *res* a fin de incluir en él a aquellas cuatro figuras, lo que hizo mediante la creación de la categoría de las *res incorporales*, como especie del género *res*, opuesta a la otra especie del mismo género, la de las *res corporales*. De este modo, las servidumbres, el usufructo, las obligaciones y la herencia encontraron su localización sistemática dentro de la parte *de rebus*.

Pero, ya que ambas especies pertenecen al género común *res*, ¿poseen ellas una disciplina común?; y las subespecies de cada especie, ¿la tienen entre sí? Esto es algo que podría interesar a un jurista respondiente, ya que si él se convenciera de la necesidad de sistematizar dialécticamente el derecho, eso tendría que ser bajo la condición de que un sistema así le sirviera para facilitar sus respuestas, p. ej., a causa de la unificación de reglas comunes para cada género o especie; de ese modo sus respuestas podrían resultar formuladas mediante el simple expediente de introducir la especie en el género y así obtener la disciplina aplicable; ello en virtud del principio sentado por Gayo en otra obra: *Semper specialia generalibus insunt*³⁶.

Sin embargo, no es así: ni las *res* en general ni las *res incorporales* entre sí tienen un régimen común en muchos aspectos; así, p. ej., las reglas de la usucapición se aplican a las *res corporales*, pero no a todas las *incorporales*, pues quedan excluidos los usufructos, las obligaciones y las servidumbres, sin contar con que se aplican a la mujer, que no es una *res*. La *in iure cessio* se aplica a las *res corporales* y a tres de las *incorporales*: las servidumbres, el usufructo y la herencia, pero no a la cuarta, las obligaciones; sin contar con

³⁴ KRELLER (n. 16), 584 ss.; WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, en ZSS. rom. Abt. 70 (1953), p. 106; KASER (n. 4), p. 142 ss.; BONA (n. 5), p. 431.

³⁵ Lo que Gayo llamó *res corporales*, los juristas respondientes solían llamarlo *corpora*: vid., p. ej., D. 5.3.18.2; 8.5.4.pr.; 18.6.8.2; 21.2.43; 30.41.pr.; 37.1.3.pr; 39.2.13.1; 39.3.8; 39.5.9.pr; 43.26.2.3; 44.2.7.pr, concepto ese que contraponían al de *iura* (que Gayo, a su vez, denominó *res incorporales*). La distinción gayana tiene raíces en la gramática y la retórica.

Lit.: en KASER, M., *Das römische Privatrecht*² (München 1971) 1, p. 376 n. 3, con el agregado de BONA, F., *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res mancipi-res nec mancipi' nella sistematica gaiana*, en *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Torino 1976), p. 407 ss.

³⁶ D. 50.17.147 (Gai., 24 ed. prov.).

que también se aplican a la *legítima tutela mulierum*, que tampoco es una *res*³⁷. De esta manera, a un jurista respondiente un sistema dialéctico inspiraría nada más que desconfianza ya que, si bien es cierto que lógicamente lo especial está contenido en lo general, como dice el mismo Gayo, no es verdadero que las reglas establecidas para la categoría general valgan siempre para la categoría especial, como el mismo Gayo pudo también reconocerlo³⁸.

VI. Pero nada de esto nos debe inducir a engaño. Si una división gayana de conceptos carece de valor práctico, ello se debe a que lo buscado con esa división no era su valor práctico, sino una ordenación sistemática de los mismos. Esto, por cierto, no significa que necesariamente toda división carezca de un valor así; más bien significa lo contrario, que no necesariamente la división con fines sistemáticos la tiene.

Mas este punto de vista posee suma importancia para juzgar el origen de las divisiones gayanas. Gayo, sin duda, debió de aprovechar varias divisiones ya previamente aceptadas por la jurisprudencia, formuladas por los juristas prácticos o respondientes en clave tópica y problemática y no sistemática, como antes hemos visto³⁹. Pero se vio también obligado a hacer divisiones antes inéditas, para ajustar la trabazón sistemática del material jurídico que trataba. El derecho que él tenía ante su vista estaba constituido por respuestas, edictos, leyes o senadoconsultos, rescriptos imperiales; en suma, por una masa de criterios empíricos, originados en el caso, flexibles, heterogéneos, cambiantes, todo lo cual es propio de un derecho de juristas como era el romano. Si Gayo no encontraba en esa masa sectores previamente sistematizados de modo dialéctico, como sabemos que no podía suceder sino en punto precisos, he allí que se veía obligado a intentar sistematizaciones novedosas por medio de divisiones y subdivisiones originales. Como Gayo, sabemos, no era un jurista respondiente y práctico, carecía él del sentido necesario para al menos intuir la virtualidad tópica y práctica de sus novedades y, lo más importante, por último ello era algo que no le interesaba, porque su finalidad era sistemática y no casuística o problemática.

³⁷ KASER (n. 4), p. 143.

³⁸ D. 2.14.28.2 (Gai., 1 ed. prov.): . . . *nam cum verus est quod Iuliano placet, etiamsi maxime quid administrationem peculii habeat concessam, donandi ius eum non habere* . . . [" . . . pues es verdad lo que dice Juliano, de que, aunque tenga alguno concedida la amplia administración del peculio, no tiene el derecho de donar . . ."]: según este texto, pues, lo especial no está contenido en lo general.

³⁹ Un ejemplo: supra n. 31.

De este modo nosotros podemos estar en condiciones de atribuir en principio a Gayo toda división o clasificación que se nos presente carente de virtualidad práctica al ponerla en relación con el resto del derecho romano con seguridad o verosimilitud clásico.

VII. Es necesario tener en cuenta que un sistema de géneros y especies, una vez confeccionado, se nos presenta a la mente desde lo general a lo particular, en donde la división aparece efectivamente operante. Pero distinta y casi la contraria es la labor del constructor del sistema: él no aprehende conceptos generales y luego los divide, sino que, al revés, aprehende los conceptos particulares que unifica bajo conceptos más generales y es sólo después, en la presentación del sistema, que esos conceptos generales aparecen divididos en los especiales.

La dialéctica en función sistemática, si no cuenta previamente con un amplio material de resultados producidos por la dialéctica en función problemática que pueda servir después a efectos de la construcción de un sistema, opera, pues, al revés. Dados dos conceptos, si antes no han sido conjugados bajo un mismo género, resulta necesario, por así decir, improvisar la operación y buscar el género común. Gayo se encuentra, p. ej., con dos conceptos radicalmente distintos: el *dominium ex iure Quiritium*, el verdadero dominio civil, por un lado; y el *in bonis habere*, que no es otra cosa que la posesión civil protegida por la acción Publiciana y por los interdictos, por otro. Su necesidad de ordenar estos conceptos le hace inventar el género común *dominium*⁴⁰, unificando bajo él los dos conceptos anteriores, aunque en las *Institutiones* la operación aparece a la inversa, como división del concepto de *dominium* en dos clases: *ex iure Quiritium* e *in bonis habere*, que es aquello que el lector percibe directamente. Pero que entre ambos conceptos haya diferencias radicales, eso es algo que a Gayo no interesa, habiendo logrado su objetivo sistemático.

Este verdadero forzamiento de los conceptos que implica la construcción de un sistema dialéctico, en el que la dialéctica de hecho es usada inversamente a como debe usarse, pues en vez de dividirse conceptos lo que en realidad se hace es unificarlos, constituye, pues, la clave para juzgar las especialidades y novedades que aparecen en las *Institutiones* de Gayo, respecto del aparato de conceptos comunes al resto de la jurisprudencia. Y, en conclusión, ello cons-

⁴⁰ Gai. 2.40. Vid. KASER (n. 4), p. 167; EL MISMO, *La classicità di Gaio*, en *Gaio n.s.t.* (n. 25), p. 48

tituye un punto de vista muy útil de ser tenido en cuenta en el estudio de esa obra, el cual permitirá aceptar que Gayo es peculiar respecto de sus colegas juristas, en razón de la peculiaridad de la metodología aplicada en las *Institutiones*.