

Como se puede observar, el trabajo ofrece un riquísimo material, que, como era de esperarse en el gran jurista que es su autor, ha de servir cumplidamente a quien se interese por el tema.

En este momento tan solo quisiera proponer una grave cuestión moderna: Como es sabido, las legislaciones suelen distinguir los árbitros de derecho, que han de fallar y tramitar la causa conforme con la legislación, de los arbitradores, que deben fallar según la equidad y su prudencia, y tramitar la causa según las reglas que les prescriban las partes o, en su defecto, según las pocas reglas señaladas en la ley. Suele añadirse la categoría de los árbitros mixtos, que son de derecho en cuanto al fallo y arbitradores en cuanto al procedimiento. Dejemos de lado a estos últimos. El problema planteado por la dicotomía es que resulta demasiado estrecha, porque la equidad que sustituye al derecho, cuando de arbitradores se trata, no funciona sino como sucedáneo de la misma naturaleza, atendido que no hay oposición, más que en contadas ocasiones, entre equidad y derecho. Pero resulta que a veces el asunto no entra en el binomio equidad/derecho y escapa a ambas categorías. Eso sobre todo en la vida moderna, en que las normas formales han invadido progresivamente esferas de la vida que tradicionalmente escapaban al binomio equidad/derecho. Este, por ejemplo, nada tiene que hacer en las relaciones entre padres e hijos, aunque haya normas, que nada tengan que ver con el derecho ni la equidad, pero que igual las intervienen. Lo más escandaloso de todo es que los conflictos que se susciten son entregados a jueces; pero es claro que, si se les quiere dar solución por la intervención de terceros, no deberían ser jueces ordinarios ni arbitrales los llamados a intervenir. No en vano se impone el recurso a la mediación, que no es un arbitraje. Por lo mismo, queda huérfana de las garantías que otorgan la judicatura y los árbitros. Así que, en definitiva, en esferas como la indicada, pero también en muchas otras, algunas de carácter técnico, se podría pensar en configurar una suerte de combinación del arbitraje de arbitradores en cuanto al procedimiento y de mediadores en cuanto al fallo. De esta manera, el árbitro interviniente no estaría constreñido a aplicar la ley ni la equidad, en ámbitos en donde no deben o no pueden tener lugar, pero sí otros criterios, a veces muy aptos para poner fin a un conflicto.

A.G.

GOKEL, JULIA MARIA, *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola* (Berlin, Duncker & Humblot, 2014), 424 págs.

Como expresó Kaser hace ya más de medio siglo, los elementos sistemáticos que pueden encontrarse en un ordenamiento jurídico de naturaleza eminentemente casuística, como es el caso del romano, se refieren más a un sistema interno que a uno externo, puesto que auch in diesen Ordnungen müssen die Sätze und Begriffe, die der Kasuistik zugrunde liegen, wenn sie einer sinnvollen Einheit der Rechtsordnung genügen sollen, aufeinander abgestimmt sein (*Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, en *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen* I, Philologisch-historische Klasse, Jahrgang 1962 Nr. 2, Göttingen 1962, pp. 47-78, 53). Si la jurisprudencia romana —la cual estaba predominantemente orientada a resolver el caso concreto— no produjo soluciones arbitrarias, sino que, muy por el contrario, se hizo acreedora de una aceptación generalizada, ello se debe en parte importante a que se desarrolló sobre la

base de directrices internas, un sistema inmanente, comunmente denominado “sistema interno”. Esta clase de sistema es el que, en palabras de von Lübtow (*De iustitia et iure*, en ZSS., 66, 1948, pp. 458-565, 519), hace posible la unidad de la idea del derecho (*Rechtsidee*) ante la variedad de la realidad concreta, la armonía de la totalidad a pesar de la casuística del método. Se trata, en definitiva, de la existencia de un plan de construcción (“Bauplan”) interno (WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, p. 639), el cual se manifiesta en la estructuración de la argumentación jurídica.

Esta obra, cuya base es la tesis doctoral defendida por la autora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, Alemania, en el año 2012, se plantea la cuestión de cómo pueden encontrarse rastros de sistema interno en las decisiones de un jurista romano clásico, a partir de los datos que entregan las fuentes –siempre fragmentarias– que han llegado hasta nosotros. El jurista escogido en esta investigación es el alto-clásico (antoniniano) Quintus Cervidius Scaevola, conocido por un acentuado laconismo en la fundamentación de sus *responsa*. La Dra. Gokel se impone, pues, la difícil tarea de determinar si es posible encontrar una argumentación sistemática consciente en los textos del Digesto atribuidos a Scaevola, mediante el análisis jurídico-filológico de determinadas palabras y expresiones contenidas en el Corpus del jurista. Dicho en otros términos, se trata de buscar en las decisiones de Scaevola rastros de la construcción de un sistema interno que sirva de base a su modelo argumentativo.

Es este punto de vista y el método empleado –el análisis exhaustivo de palabras y expresiones a primera vista insignificantes en la obra de un jurista en particular– lo que representa una verdadera novedad entre la abundante literatura relativa al problema de la existencia de un sistema interno en el derecho romano. En efecto, como la misma autora señala, ella se ocupa de las “pequeñas palabras”, aquellas que pueden permitir descifrar el “camino del razonamiento” (“Gedankengang”) de Q. Cervidius Scaevola, tales como “*cui consequens est, huius modi, vel alio, aliove, nec... nec, generaliter o in omnibus his*” (pp. 31 ss.). Scaevola se presta especialmente a una investigación de esta naturaleza, puesto que el mencionado laconismo del jurista trae consigo que se pueda esperar una considerable precisión y exactitud en el modo de emplear las pocas palabras que se nos han transmitido del mismo (p. 34). Lo dicho significa, por consiguiente, seguir un método de trabajo inductivo: a partir de vocablos y expresiones concretas se espera llegar a vislumbrar la forma de razonamiento jurídico del jurista antoniniano (p. 33). Para estos fines es que la autora se limita a la exégesis detallada de unas pocas fuentes escogidas del Corpus scaevoliano (de un total de 344; vid. Lenel, *Pal.*, II, c. 215-322) que eventualmente –el *caveat* debe ser destacado– serían capaces de hacer visibles posibles elementos sistemáticos en la obra del jurista. En definitiva, se busca determinar a través de estos textos y, por tanto, a través de restos muy fragmentarios de su obra, “cuán sistemática” era la argumentación jurídica de Scaevola y, en virtud de ello, cuán sistemáticas eran las decisiones contenidas en sus *responsa*.

La exposición se articula sobre la base de diez párrafos, el último de los cuales consiste en un resumen de los nueve anteriores y una visión de conjunto de la problemática planteada en el libro. En el § 1 introductorio (“Einleitung”), la autora presenta el tema de su investigación y el fin de la misma (p. 21 ss., 40 ss.), esto es, descubrir –o no– una construcción sistemática interna en la obra de Q. Cervidius Scaevola. Asimismo, expone sintéticamente el estado de la cuestión en doctrina sobre la existencia de un sistema interno en el derecho romano clásico y, en particular, en la obra de los juristas romanos (p. 24 ss.), lo que la lleva a preguntarse sobre la individualidad lingüística de los mismos (p. 28 ss.); lo anterior, teniendo como punto de partida o, para

ser más exactos, como contrapunto, la célebre opinión de Savigny (*Vom Berufsunserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1840, reimp. Hildesheim 1967, p. 157) sobre la así llamada “fungibilidad” de los juristas romanos, secundaria –con ciertos matices– por Schulz (*Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, reimp. 2003, p. 73; EL MISMO, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 147). Es por ello que el trabajo de la Dra. Gokel bien puede ser enmarcado dentro del actualmente vigoroso ámbito de estudios sobre la individualidad (“infungibilidad”) de los juristas romanos (sobre esto vid. el volumen colectivo editado por Baldus - Miglietta - Santucci - Stolfi, *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario Internazionale*, Montepulciano 14-17 giugno 2011, Trento 2012, en el cual la autora publicó un trabajo preliminar sobre el mismo jurista: Gokel, “*Arrae vel alio nomine*”, un responso di Quinto Cervidio Scaevola tra considerazione filologica e dogmatica-sistemática, pp. 635-661). Asimismo, la Dra. Gokel explica la razón de la elección de Q. Cervidius Scaevola para su investigación (p. 34 ss.), la cual dice relación con la acentuada parquedad del jurista antes indicada, que torna especialmente promisorio el estudio de las palabras y expresiones por él utilizadas, así como de las fuentes concretas que serán objeto de su exégesis en los párrafos siguientes (p. 36 ss.).

El § 2 de la obra (pp. 43 ss.) tiene por objeto estudiar la noción de sistema y los sentidos en los que éste puede –o no– ser aplicado a la experiencia jurídica romana, para lo cual la autora distingue entre la ordenación exterior de las materias o sistema externo (“*äußeres System*”), modelo al que pertenecen los así llamados “sistema de (Masurio) Sabino” y “sistema edictal”, y un plan interno de construcción argumentativa (“*inneres System*”). De esto derivan, en opinión de la autora, una serie de relaciones de tensión (“*Spannungsverhältnis*”): entre método casuístico y sistema, entre *ius controversum* y sistema, entre tópica y sistema y entre *regulae iuris* y sistema. Ahora bien, causa cierta perplejidad el hecho de que la Dra. Gokel se refiera a las Instituciones de Gayo sólo a propósito de la construcción de un sistema interno (pp. 64 ss.) y no, en cambio, con relación al sistema externo, si se tiene presente que el manual gayano constituye la base fundamental de la estructuración sistemática (¡externa!) de los ordenamientos jurídico-privados que forman parte de la así llamada tradición romanística. Esta circunstancia es reconocida por la propia autora, al calificar las célebres *summae divisiones* de Gayo y el empleo del método dialéctico de la división en género (*genus*) y especie (*species*) como una ordenación externa de las materias (“*äußere Anordnung*”), de la cual es dudoso que pueda afirmarse que en su base se encuentra un sistema interno (p. 66: “*Inwiefern dieser stark gegliederten äußeren Anordnung jedoch ein dogmatisch fruchtbares inneres System zugrunde liegt, ist fraglich*”; p. 67: “*Aufgrund der genannten Mängel konnten die Institutiones des Gaius trotz ihrer systematischen Anordnung des Rechtsstoffes nicht zu einem begriffsproduktiven inneren System gelangen*”). De ahí que no se entienda bien el papel que la autora pretende otorgar a las Instituciones de Gayo en apoyo de su propia tesis.

En el § 3 (pp. 68 ss.) la Dra. Gokel presenta una breve prosopografía de Q. Cervidius Scaevola, jurista que desplegó su actividad en la capital del imperio en la segunda mitad del siglo II. d. C. Los datos biográficos no son de gran importancia para la autora (les dedica poco más de dos páginas), para los cuales cabe remitirse al detallado estudio de Parma (*Per la prosopografia di Q. Cervidius Scaevola*, en “*Fides humanitas ius*”. *Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, VI, pp. 4019-4028). En el centro de la atención está, en cambio, el Q. Cervidius Scaevola jurisprudente,

para lo cual hay que distinguir entre dos aspectos fundamentales de su carrera, a saber: la enseñanza del derecho a sus discípulos (Scaevola fue seguramente maestro de Paulo y Trifonino, quizá también de Papiniano), por una parte, y su intensísima actividad práctica, como autor de *responsa*, por la otra. Aproximadamente un tercio de los fragmentos scaevolianos conservados fueron extraídos de sus *libri digestorum* (131, de los cuales 22 corresponden a *notae* de Trifonino) y, por consiguiente, constituyen textos orientados eminentemente a la práctica. Lo mismo puede decirse de los 101 fragmentos (con una nota de Trifonino) correspondientes a sus *libri responsorum*, también de naturaleza práctica. El respetable número de fragmentos en los que Scaevola se enfrenta a instituciones jurídicas de origen griego es una prueba del enorme prestigio del que debió gozar en su época a lo largo y ancho del imperio y lo convierte en un objeto ideal de estudio, si lo que se quiere es analizar los vínculos entre el derecho romano de la metrópolis y la realidad jurídica en territorios de cultura helenística. La presencia en el Corpus de Scaevola de textos orientados a la docencia (principalmente los *libri quaestionum* y *regularum*) es sustancialmente menor.

Las respuestas de Scaevola se caracterizan por su brevedad y precisión, evitando caer en la exposición de detalles superfluos; con frecuencia se encuentran textos en los que el jurista utiliza una sola palabra, como por ejemplo un simple “*respondit posse*”, “*respondit non posse*” o “*respondit debere*” (ejemplos con fuentes en p. 37 n. 78). Esta circunstancia hace imposible la búsqueda en dichos textos de rastros de un sistema interno.

Los §§ 4 a 9 constituyen el núcleo del libro, puesto que en ellos la autora lleva a cabo una detallada exégesis de una serie de fragmentos que contienen determinadas palabras y expresiones que —esta es la premisa principal de la investigación— podrían dejar entrever una construcción sistemática de la argumentación jurídica en Q. Cervidius Scaevola. Para ello la Dra. Gokel divide las fuentes escogidas en 6 grupos, teniendo como criterio clasificatorio la función gramatical y potencialmente argumentativa desempeñada por el vocablo o expresión a analizar en cada uno de ellos, a saber:

(i) § 4: limitación o conjunción de negación (*nec* [...] *nec*), a lo que la autora denomina *argumentum per duplicem exceptionem* (pp. 126 ss.).

(ii) § 5: Expresión de un modo (*huiusmodi*, *eiusmodi*), lo que recibe el nombre de *argumentum ad modum* (pp. 173 pp.).

(iii) § 6: Distinción de géneros (*vel alio*, *aliove*), lo que constituye el *argumentum ex genere* (p. 207 ss.).

(iv) § 7: Indicación de una consecuencia (*cui consequens est*, *alioquin*), por lo que la autora habla de *argumentum per consequentiam* (pp. 242 ss.).

(v) § 8: Las mismas expresiones indicadas en el § 7 podrían dar lugar, según el caso, a un *argumentum ad absurdum* (pp. 277 ss.).

(vi) § 9: Finalmente, generalizaciones como *generaliter* o *in omnibus his speciebus* sirven para construir, según la autora, el *argumentum per generalem modum* (pp. 297 pp.).

Una descripción detallada de cada una de las estructuras argumentales analizadas por la autora excedería los límites de esta recensión. Sí debemos, en cambio, hacernos cargo de los resultados generales de la obra. La minuciosa exégesis llevada a cabo por la autora respecto de diversos fragmentos del Corpus de Scaevola da cuenta de una “extrema reserva” del jurista respecto de la abstracción (p. 344); la construcción de un plan sistemático interno es apenas visible. En muchos casos no es posible extraer consecuencia dogmática alguna del empleo de las palabras o conjunciones estudiadas,

y donde la hay, por regla general ésta dice relación con el caso concreto resuelto por el jurista, sin que su utilización pueda remitirse a una elaboración sistemática de alcance general. Así ocurre, por ejemplo, con la conjunción de negación *nec* [...] *nec* en D. 5,2,20 (Scaev., 2 *quaest.*), donde ésta se refiere simplemente a una enumeración; en D. 18,3,6 (Scaev., 2 *resp.*), donde las palabras *vel alio nomine* se aplican a una diferenciación terminológica entre nociones jurídicas romanas y griegas; o en D. 21,2,69,4 (Scaev., 2 *quaest.*), fuente en la que la expresión *cui consequens est* tiene una función más bien didáctica. Igualmente, el uso de *alioquin* en D. 40,9,6 (Scaev., 16 *quaest.*) no permite construir una argumentación *ad absurdum*, toda vez que el empleo de la palabra no aparece orientado más que a la solución del caso concreto. Finalmente, en D. 22,2,5 (Scaev., 6 *resp.*) se usa la construcción *in his autem omnibus* para expresar una conclusión derivada de los ejemplos precedentemente indicados en la misma fuente y, por tanto, limitada al caso concreto, de modo tal que no es posible extraer de ella una generalización.

Un cierto grado de argumentación sistemática en el Corpus de Scaevola se deja entrever, en cambio, en D. 14,3,20 (Scaev., 5 *dig.*), donde el jurista utiliza la conjunción de negación *nec...nec* para fijar un límite entre el *ius civile* y el *ius honorarium* a propósito de la responsabilidad en el marco de la *aequitas*, la que iría más allá de aquello que se debe por derecho estricto. Similar es el caso de D. 50,1,24 (Scaev., 2 *dig.*), donde el jurista emplea la expresión *consequens esse* para remitirse a una decisión del príncipe y, de esta manera, insertar su propia opinión dentro de la tradición del antiguo derecho.

Llegados a este punto, es legítimo para el lector plantearse la pregunta sobre el sentido de una investigación de estas características, si el resultado de la misma es más bien negativo, como la propia autora reconoce (p. 347: “Bezüglich des Nachweises von innerer Systembildung im Werk des Scaevola hat die Untersuchung ein mageres und in weiten Teilen negatives Ergebnis zu Tage gefördert. Insbesondere ließen sich anhand der exegetisch behandelten Quellen keine Systemtendenzen nach bestimmten Rechtsgebieten feststellen”). Tanto es así que los resultados a los que llega la Dra. Gokel con su exégesis parecieran poner en entredicho el título mismo del libro, toda vez que los indicios lingüísticos de un sistema interno en la obra de Q. Cervidius Scaevola son extremadamente escasos. Ahora bien, que el jurista no hable *expressis verbis* de sistema, o que de las palabras por él utilizadas no pueda deducirse con claridad la construcción de un plan interno de alcance más general, no significa que no lo haya habido en absoluto. Scaevola es un fiel representante de la orientación principalmente casuística de la jurisprudencia romana, que va construyendo el derecho mediante la solución equitativa de los problemas concretos del hombre de su tiempo, no a través de la formulación de principios abstractos, ajenos a la realidad, como elegantemente expresa Paulo en D. 50,17,1 (16 *ad Plaut.*): *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. El método eminentemente casuista del jurista clásico lo induce naturalmente a evitar generalizaciones. Pero esto no puede significar arbitrariedad ni fundarse, como creía Kaser (*Zur Methode*, cit., p. 54), en una mera “intuición”, un “aparecer espontáneo de la decisión correcta” o sentimiento de lo que es justo o injusto. La creación del derecho por parte de los juristas romanos, si llegó a los resultados que todos conocemos y a los que tanto debemos, debió operar de acuerdo a un plan interno, por más que éste no se explicitara; los clásicos dirigieron el ejercicio del *respondere* de manera racional, a fin de evitar decisiones arbitrarias y, por ende, injustas. En este contexto, un punto

de referencia estable debió ser el recurso a la tradición, como demuestran las *notae* de Scaevola a su maestro Salvio Juliano.

En suma: aun cuando el resultado final de la investigación sea más bien negativo, puesto que los indicios textuales de una argumentación sistemática en Q. Cervidius Scaevola son más bien pobres, esta obra nos puede enseñar mucho sobre la tarea fundamental de la ciencia del derecho romano y sus límites: sobre su tarea, porque el núcleo de la actividad científica del romanista reside en la exégesis de los textos jurídicos de la antigüedad romana, y ésta es llevada a cabo por la autora con una seriedad y profundidad digna del mayor encomio, sorteando las ineludibles dificultades que plantea el enfrentarse a una serie de fuentes que tratan los temas más diversos y que en muchos casos no tienen en común más que el nombre del jurista que las redactó; sobre sus límites, porque, para utilizar una vieja metáfora, los “anteojos pandectistas” (*pandektistische Brillen*) que lleva puestos todo jurista formado en la dogmática moderna, con sus categorías, principios generales, dogmas incontestados y perfección geométrica, nos inducen –más o menos inconscientemente– a buscar en el derecho romano el sistema que nos gustaría encontrar. Los anteojos nos ayudan a ver la realidad, aunque distorsionándola, pero no podemos prescindir de ellos por completo, puesto que si los dejamos de lado, simplemente ya no podemos distinguir con claridad lo poco que podemos ver. La moderna idea de sistema jurídico está impresa en nuestros lentes, y este es un dato con el que el romanista debe aprender a convivir. Como dice BALDUS (*Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik*, en Harke [editor], *Facetten des römischen Erbrechts*, Berli - Heidelberg 2012, pp. 33-34), el sistema pandectístico no es lo mismo que el sistema de las Pandectas; no debemos esperar del derecho romano el sistema que quisiéramos tener. Julia Maria Gokel demuestra tener esto muy claro, por lo que su libro es, desde esta perspectiva, sumamente aleccionador.

Las 46 páginas de bibliografía (“Literaturverzeichnis”), la cantidad de notas al pie y la abundante discusión bibliográfica contenida en ellas dan cuenta de la minuciosidad y profundidad con la cual la autora llevó a cabo su investigación. El volumen termina con un muy útil y completo índice de palabras (“Sachregister”) y de fuentes (“*Quellenregister*”) que facilita la consulta de los términos empleados y las fuentes citadas, algo que no pocas veces se echa de menos en la literatura histórico-jurídica.

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND
Pontificia Universidad Católica de Chile

PINO ABAD, Miguel, *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha* (Dykinson, Madrid, 2014), 273 págs.

Aunque la institución de la tacha de testigos aparece regulada en la actualidad en la *Ley de enjuiciamiento civil* 1/2000, de 7 de enero (arts. 377 a 379), en realidad tiene sus orígenes en tiempos del emperador Justiniano, hace casi mil quinientos años. En el Derecho romano la testifical en todo momento hacía duda de la fiabilidad del testigo, que haría dudar de sus palabras. Por ello distinguía entre aquellos sujetos considerados inhábiles para declarar en cualquier proceso –incapaces por razones físicas o psíquicas– y los que sólo lo eran en el específico a que fueron llamados –calificados como inhábiles