

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO¹

THE RETURN TO ROMAN CASUISTRY IN THE TEACHING AND APPLICATION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION

Por *Gastón Leandro Medina*^(*)

Resumen: El presente ensayo jurídico, presentado ante el Primer Encuentro de Institutos de Derecho Romano de la República Argentina - realizado los días 31 de julio y 1 de agosto de 2020 en la Pontificia Universidad Católica de Córdoba - parte de la premisa, según la cual, el Código de Derecho Común (2015) y el Protocolo de oralidad de los procesos sumarios, muestran un claro regreso a la “casuística romana”, al menos, en relación a determinados institutos jurídicos, como la apreciación judicial de la capacidad de ejercicio de la persona a la luz del principio de autonomía progresiva de la voluntad; la valoración del daño causado, con especial énfasis sobre las “afecciones espirituales legítimas”; el criterio de apreciación de la culpa en la responsabilidad civil preventiva y resarcitoria; o el Protocolo de oralidad y abreviación de los procesos sumarios de conocimiento consagrado en diversas jurisdicciones del país.

Esta tendencia implica, en rigor, un nuevo modo de pensar el “fenómeno jurídico”, a la hora de embarcarnos (académicos y magistrados) en la búsqueda de una “fórmula de justicia” que conlleve la solución más conveniente y equilibrada de los conflictos de interés, porque no debemos olvidar que ha sido el carácter instrumental del Derecho puesto al servicio de la paz lo que lo ha enaltecido a lo largo de su historia.

Cabe aclarar, ante todo, que el cambio propiciado, si bien importa en sus aspectos técnicos una alteración de signo inverso frente al tradicional método “lógico-deductivo” de los sistemas jurídicos modernos, basados en la abstracción y generalización de la dogmática, deja a salvo la importancia y utilidad de éste, y su necesaria integración conjunta en aras de la consecución del mismo fin.

Palabras Claves: lógica deductiva, lógica inductiva, justicia, casuismo romano, código civil y comercial.

Abstract: This legal essay, presented before the First Meeting of Institutes of Roman Law of the Argentine Republic - held on July 31 and August 1, 2020 at the Pontifical Catholic University of Córdoba - part of the premise, according to which, the Common Law Code (2015) and the Protocol of orality of summary proceedings, show a clear return to the “Roman casuistry”, at least, in relation to certain legal institutes, such as the judicial appreciation of the person's capacity to exercise in light of the principle of progressive autonomy of the will; the assessment of the damage caused, with special emphasis on "legitimate spiritual affections"; the criterion of appraisal of fault in preventive and compensatory civil liability; or the Protocol of orality and abbreviation of the summary processes of knowledge enshrined in various jurisdictions of the country.

This trend implies, strictly speaking, a new way of thinking about the "legal phenomenon", when embarking (academics and magistrates) in the search for a "formula of justice" that entails the most convenient and balanced solution of conflicts of interest. interest, because we must not forget that it has been the instrumental nature of law at the service of peace that has enhanced it throughout its history.

It should be clarified, first of all, that the change promoted, although it entails in its technical aspects an alteration of an inverse sign compared to the traditional "logical-deductive" method of modern legal systems,

¹ Artículo recibido el 27 de Marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 30 de Abril de 2021.

^(*) Abogado especializado en Derecho Social (UNLP). Profesor de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la UNLP, UNLPAM y UBA. Secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Doctorando en la Carrera de Doctora en Ciencias Jurídicas de la UNLP. Correo electrónico: medina_gaston@yahoo.com.ar

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

based on the abstraction and generalization of dogmatics, leaves it to Except for the importance and usefulness of this, and its necessary joint integration in order to achieve the same end.

Keywords: deductive logic, inductive logic, justice, Roman casuism, civil and commercial code.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2021\(3\)03](https://doi.org/10.22529/rdr.2021(3)03)

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

1.- CUESTIO.

El método dogmático tradicional del Derecho basado en la lógica deductiva parece hallarse en crisis y el actual Código Civil y Comercial de la Nación no ha sido ajeno frente a la necesidad de un cambio superador. En este sentido, el nuevo cuerpo constituye un progreso.

Hasta el año 2015, el método de estudio y aplicación del código estaba basado en la aplicación de una premisa general (ley; artículo; inciso; párrafo), de la cual, el operador jurídico deducía la solución particular de justicia (sentencia) que resultase más válida para el supuesto fáctico (caso concreto o conflicto de interés), mediante la subsunción o adecuación de éste a aquella. En esto consiste el método deductivo.

Luego de la sanción del actual Cuerpo, hay razones suficientes para considerar que ha operado un cambio a favor de un modo diverso de pensar y aplicar el Derecho, basado en el conocimiento circunstanciado del “caso concreto” sujeto a análisis, que nos remite, de incontrastable modo, al “casuismo tradicional de las escuelas romanas de los períodos pre-clásico y clásico”. En esto consiste el método inductivo.

En este orden, nos hallamos sin duda, ante una tendencia de claro corte romanista. Ante todo, cabe decir, que esta nueva corriente implica un giro de signo inverso, puesto que, con fundamento en la lógica inductiva, fundada en la elaboración de una solución particular de justicia que no está predeterminada por la ley sino signada “por” y “para” el caso concreto, conlleva un cambio paradigmático. Dicho cambio nos remite a un Derecho y una justicia más equitativos, que lejos de significar mayor riesgo de arbitrariedad, es muestra clara de maduración humanística y de rechazo de la dogmática -jurídica y judicial- enaltecida hasta el extremo por el positivismo cientificista.

Un nuevo Derecho y una nueva justicia, revelados frente a una “neutralidad institucionalizada” que, bajo la invocación de una “pseudo-tutela” de valores jurídicos (principios jurídicos), se había convertido en la esencia misma de la “abstracción deshumanizadora del nihilismo modernista”.

La cuestión puede sintetizarse mediante el binomio: “legalismo-casuismo”.

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Planteada la cuestión, prosigamos con su desarrollo.

2.- DISCUSSIO ET DISPUTATIO:

Como dejamos entrever en las líneas precedentes, por debajo del binomio “legalismo-casuismo” existe otro dilema mayor, al menos, más profundo, entre dos métodos de conocimiento de la realidad: el “lógico-deductivo” y el “lógico-inductivo”.

A su turno, el actual Código Civil y Comercial de la Nación representa, claramente, una solución equilibrada entre ambos contrapuntos, que jamás deben ser comprendidos como antitéticos ni dicotómicos, sino por contrario, como elementos necesarios con vocación integradora. No obstante lo cual, ha significado un soplo de aire fresco; una advertencia sobre la necesidad de “re-pensar críticamente” el estado actual del conocimiento, enseñanza y aplicación judicial del Derecho en la actualidad.

Precisamente por ello, se ha dicho con razón, que el nuevo Cuerpo es un Código “para los jueces”, de igual modo y por la misma razón, que el Derecho Romano Clásico fue “para los pretores”. Y, ello, merced a la amplia discrecionalidad con que la nueva “Ley” ha otorgado a los magistrados, al dotarlos de amplísimas facultades para adentrarse en las entrañas mismas del caso “*sub-examine*”, en aras del hallazgo de la solución más “conveniente y equitativa” (“*ex bona et aequa*”- Celso; Gayo III.137.), sin necesidad de recurrir a la aplicación de fórmulas preestablecidas, rígidas, genéricas, aplicables a todos los casos análogos por igual, como lo que es regla del “legalismo”, sino por contrario (y con inspiración en el casuismo romano), induciendo la solución más adecuada conforme lo que sea más “útil y equilibrada” a las partes del conflicto.

Que, otra vez, el Derecho Romano ha venido a establecer la “*ratio*” o medida del progreso del Derecho.

Así, entre las bondades del propiciado “casuismo”, debemos señalar dos aspectos fundamentales:

Por un lado, de la “enseñanza” del Derecho; integrado por el ámbito académico (docente y/o investigador). Dichos agentes, dentro del ámbito universitario de su incumbencia, analizarán sistemáticamente los diferentes “casos” (fallos o precedentes

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

judiciales) en un determinismo “tempo-espacial”, con la específica finalidad, de hallar la regla particular (sentencia), o genérica (fallo plenario; doctrina legal; “*star decisis*”) aplicable a otros casos análogos. Lo que se ha dado en llamar: “análisis de casos”.

Por otro lado, el de “aplicación del Derecho”; del actuar del juez en su natural ámbito del proceso, al aproximarse de un modo mucho más intenso y cercano a las circunstancias particulares (modo, tiempo y lugar) del caso concreto o, dicho de otro modo, a la hora de hallar por “inferencia” la norma individual (sentencia), tomando como punto de partida las particularidades del caso. Lo que se ha denominado: “análisis del caso”.

De este modo, la “casuística” ha cobrado vigor y protagonismo -desde esta doble perspectiva- en el actual Cuerpo legal; ya bien, en el marco del proceso de enseñanza del derecho mediante el “análisis de fallos”; ya bien, en el ámbito procesal mediante el “análisis de las circunstancias particulares del caso”, con el grado de intensidad suficiente, y prescindiendo de fórmulas de justicia genéricas, abstractas y, en muchos casos, deshumanizadas.

Y, este regreso al genuino sentido del estudio del derecho que es legado de Roma, merece todo nuestro entusiasmo, toda vez que, de igual modo como aconteciera en aquellos siglos, viene a recordarnos que todo el Derecho ha sido constituido por causa de los hombres (D.H.1.5.2: “*Hominum casua ius constitutum est*”), siendo eje y centro de todo el sistema jurídico, y no, un mero bien más.

Asimismo, esta tendencia, ha puesto en jaque al tradicional criterio de conocimiento y juzgamiento, basado, exclusivamente, en la llamada “sana-crítica” (fundado en la lógica deductiva), y la necesaria correlación con los datos empírico del expediente (constancias de la causa); para dar paso a una atenuación de la pura lógica, en *pro*, de las “íntimas-convicciones” del juez, ante quien se ha confiado el conflicto. Porque cuando se afirma que el juzgador debe ser “imparcial”, con ello no quiere significarse, que tenga el deber de ser “neutral”, como mal aconseja el “nihilismo modernista”.

Sentado lo dicho, no debe pensarse que nos encontramos ante dos sistemas de pensamiento opuestos, exclusivos y excluyentes. La “dicotomía” no es insuperable, puesto que, si bien es cierto, ambos modos de conocimiento y aplicación del derecho presentan diferencias metodológicas, esto sólo atañe al “medio”, ya que desde el punto de vista

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

teleológico (fines), ambos sistemas logran integrarse perfectamente a la luz del común fin de administrar justicia.

Por otro lado, éste cambio de lógica del sistema, que implica el paso de la “abstracción del legalismo” a la “concretud del casuismo”, no es otra cosa que el tránsito de “lo general” a “lo particular”, de la “justicia formal de la ley” a la “justicia concreta de la equidad”; todo lo cual, redundará en un mayor grado de compromiso con la tutela efectiva de los bienes jurídicos y la protección de la persona.

Podría pensarse, que el cambio propiciado tiene mucho que ver con el Derecho Anglosajón, lo cual no dista de ser cierto. Pero, esta afirmación no debe ser causa de confusión.

Ahora bien, podemos afirmar, siguiendo al profesor Juan Carlos Ghirardi (1994), que el Derecho Anglosajón tiene más semejanzas con el Derecho Romano de lo que podría pensarse; puesto que la ocupación de Britania por las legiones romanas durante los siglos II y III de nuestra era (etapa del Derecho Clásico) fue decisiva en la formación de la cultura jurídica de esos pueblos que supieron atesorar el valioso legado jurídico.

No debemos pasar por alto, que durante dicho período, considerado por la tradición romanista como la “época de oro” del Derecho Romano, este derecho alcanzó su culmen o punto máximo de madurez y expresión jurídicas, consumiendo su saber para siempre, puesto que en adelante, todo sería estancamiento y decadencia.

En rigor de verdad, ambos sistemas, “legalismo” y “casuismo”, hallan su origen en el Derecho Romano, aunque pertenezcan a épocas distintas de su evolución. Así, mientras el “casuismo” halló su desarrollo durante el “Derecho pre-clásico” y su máximo esplendor durante el “Clásico”, el “legalismo”, halló el suyo, a partir del Corpus de Justiniano en época del “Derecho Postclásico” o “Bizantino”, como una consecuencia directa y necesaria del efecto “petrificante” del “fenómeno de codificación”.

Sentado lo expuesto, resulta oportuno, hacer un breve análisis de la recepción positiva del casuismo romano, operada, ya bien en el actual Código Civil y Comercial (2015), ya bien en el llamado “Protocolo de oralidad de los procesos sumarios”.

3.- RECEPTIO.

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, presenta numerosos supuestos de “casuismo”, en los que el juzgador, deberá encomendarse a la ardua y noble tarea de hallar, entre todas las posibles, la “norma individual aplicable” al caso concreto *sub iudice*, conforme lo que resulte “más útil y equitativo”.

El cambio emblemático ha sido, sin dudas, el operado sobre el criterio de apreciación judicial de la capacidad de ejercicio (de hecho) en los menores de edad, mayores de 13 y/o 16 años (arts. 25 y 26 ss y cc del C.C y C.N).

En relación al tema, el art 23 establece que “*Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos...*”), consagrando así, la regla general de presunción de capacidad de toda persona humana, salvo los supuestos de excepción previstos por el art 24 referido a los tradicionales factores condicionantes del ejercicio de los derechos, a saber: a) La persona por nacer b) La persona que no cuenta con la edad y/o el grado de madurez suficientes c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en la decisión (sentencia).

Por su parte, el art. 25 refiere al supuesto de “minoridad”, definiendo al menor “*como toda persona que no ha cumplido 18 años*”. Si bien no especifica a partir de qué momento se “es” niño, ergo, persona; del simple texto de los artículos art 19 y 51, en conexidad con la reserva de aclaración hecha por Ley Federal 23.849, se comprende que desde el momento de la “concepción”, dentro ó fuera del seno materno (puesto que no la ley no distingue)- nos hallamos en presencia de una persona.

A renglón seguido, dicha norma (art. 25), consagra una nueva categoría jurídica de minoridad: el “adolescente”, esto es, aquel menor mayor de 13 años, a quien presume capaz para disponer sobre cuestiones relativas a sus derechos personalísimos vinculados a la constitución de su identidad y a tratamientos (no especifica de qué tipo: estéticos, terapéuticos, etc) no invasivos, ni que afecten ni comprometan su integridad, salud o vida.

De lo contrario (en caso de que comprometan la salud o vida del menor), el menor adolescente deberá contar con el aval de un representante (progenitores; tutor).

Finalmente, el art. 26 establece una diferenciación entre el adolescente menor 16 años y el mayor, quien es reputado como si fuera “adulto” (es decir: plenamente capaz) en relación a

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

las decisiones atinentes a su “propio cuerpo” y demás derechos personalísimos, sin la excepción contemplada para los menores de 16 años, supra indicadas.

Se consagra así, el principio de “autonomía progresiva de la voluntad del adolescente”, en contraposición al de “interés superior del niño” que, otrora, supo ser medio eficaz de protección de los intereses y la persona del niño con fundamento de orden público.

Así, conforme la Ley vigente, todo juez deberá, en cada caso, considerar las siguientes circunstancias particulares:

- La edad del menor púber (mayor a 13 años), o del adolescente (mayor a 16 años).
- El superior interés del menor y/o adolescente.
- La autonomía de la voluntad atendiendo a la progresividad.
- El grado de madurez suficiente conforme la edad.
- La inexistencia de adicciones o alteraciones mentales permanentes o prolongadas (art 32)
- La no afectación de la autonomía personal del menor.
- La índole o naturaleza del bien jurídico comprometido (el derecho subjetivo en juego)

De este modo, el juzgador tendrá a su cargo la “facultad-deber” de indagar, del modo más preciso y cercano, las particulares circunstancias del caso concreto bajo análisis, a fin de inferir la “solución particular de justicia más conveniente y equidistante”, que ponga fin al conflicto asegurando la paz. Sin necesidad de recurrir, bajo pena de nulidad, a ninguna fórmula legal, rígida y abstracta. Todo lo cual, nos remite al “casuismo romano”.

Otro caso de particular relevancia, lo hallamos en torno al criterio de valuación o estimación del daño causado (“*quantum responsatum*”), en especial, a las “afecciones espirituales legítimas” (arts. 1037 y 1038 del C.C y C.N). Así, si en el viejo Código de Vélez (art. 1087 C.C.N), el criterio para la apreciación judicial del llamado “daño moral”, se caracterizó por la ponderación “tasada” en función de un “estándar de reparación legal” o “tarifa legal”; ahora, a la luz del actual Cuerpo, el sistema ha trocado su norte en favor de un mayor “casuismo”, dotando al juzgador, de mayor discrecionalidad mediante el abandono de la “pretoriana” tarifa del 20% del valor del daño material.

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Las razones invocadas para justiciar dicho “abandono” son justas y razonables en la medida de su correcta aplicación.

Así, cuando en una conferencia se preguntó al maestro Jorge Mosset Iturraspe sobre las causas del cambio, respondió que “el reformador” (sólo se contaba en ese entonces con el proyecto y sus motivos) había tenido la intención de que sea el Juez quien, en cada caso concreto, determine la entidad y dimensión de la lesión a las “afecciones espirituales legítimas”, del damnificado directo, a fin de corregir la malsana costumbre de algunos magistrados de reconocer, a diestra y siniestra, la existencia de “daño moral”, como si de un rubro necesario se tratase; haciéndolo, aún “ex officio” y, en muchos casos, sin la debida acreditación. Consagrándose así, una especie de presunción “*iure et de iure*” de daño moral, ante cualquier tipo de lesión a los bienes jurídicos de la persona.

Ahora, será el Juez quien, en cada caso, tenga el deber de apreciar y valorar la lesión a las “afecciones espirituales legítimas”, tales como el honor; la intimidad; el proyecto de vida; la vocación; el valor afectivo; el amor filial o conyugal; la salud psicológica; etc. Y, sólo en la medida de su petición expresa de parte y con apego a las probanzas de la causa.

Asimismo, también se observa mayor “casuismo”, en la apreciación de la culpa de la responsabilidad civil preventiva y resarcitoria (arts. 1708 a 1716 del C.C. y C.N), siendo emblemático el supuesto de daño causado por los “profesionales liberales” en el ejercicio de su actividad (art. 1768), donde puede apreciarse un tratamiento diferencial respecto del criterio general sobre la “responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa o actividad” (tradicionalmente aplicada al daño causado por cualquier oficio o profesión sin distinciones); al eximir a los “profesionales liberales” (toda actividad regida por un título habilitante, un tribunal de Disciplina y una matriculación Colegiada) de los alcances de todo factor objetivo de atribución de responsabilidad, a excepción del “vicio acreditado de la cosa empleada”, fuera del cual, será de aplicación la responsabilidad por culpa (la clara e injusta discriminación de esta norma, justificaría otro ensayo).

Finalmente, aunque sin agotar los numerosos supuestos que pueblan el actual Código, se aprecia un mayor “casuismo” en torno al “Protocolo de abreviación y oralidad de los procesos de conocimiento sumarios”, consagrado en ciertas jurisdicciones del país. Al

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

respecto, según nos cuenta el célebre romanista italiano Darío Mantovani (1999), el pueblo Romano “pensaba el derecho a través del proceso”.

En igual orden de ideas, los profesores Rinaldi y Álvarez (2017) no dudan en afirmar que los juristas romanos, partiendo de la “*actio*”, llegaron al reconocimiento del “señorío jurídico” (derecho Subjetivo), para arribar, finalmente, a la consagración de la idea de “*ius*” o “*lex*” (derecho Objetivo). Siendo esta lógica inductiva, razón y medida del pragmatismo y casuismo romanos.

Así, ante un “conflicto concreto” (hecho), el jurista romano pensaba en una “solución concreta” (acción), de la que “infería” un “señorío jurídico” (derecho) con fundamento último en el reconocimiento por el Derecho (ley). Qué otra prueba más contundente que ésta, podría hallarse sobre “inducción” y “casuismo” romanos. Ninguna.

Sin perjuicio de esta fuerte tradición romanista, arraigada desde antaño en la cultura jurídica de Europa, con el advenimiento del naturalismo racionalista de la Pandectística Alemana (Pufendorf, etc) y su notable influencia en el empirismo racionalista francés (Domat, Pothier, Capiton), comenzó a re-pensarse al Derecho desde una “lógica-deductiva”, en donde la “casuística” será reemplazada por el “legalismo” y, el pragmatismo, por la abstracción de los principios generales del Derecho, dando fisonomía a la romanística moderna y, a la vez, al “literal”, “impersonal” y “abstracto” proceso judicial actual.

De modo que esta tendencia a favor de una mayor “oralidad”, en la forma o modo de gestionar los reclamos judiciales, propiciado por las innegables bondades que conlleva, como la inmediatez; la celeridad; la simplificación probatoria; el conocimiento vivo y directo por el juzgador; la congruencia; la seguridad jurídica y la autocomposición; entre otros), configura un progreso incuestionable de neto corte romanista.

La resoluciones de la S.C.J.B.A y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, dan cuenta clara de ello, toda vez que establecen un sistema de gestión procesal que -echando mano de los procedimientos orales previstos por el código procesal bonaerense y leyes complementarias (ley 11563, etc)- extienden su aplicación a juicios de conocimiento civiles no ordinarios (sumarios/sumarísimos), con resultados claramente alentadores en

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

términos del nivel de conciliaciones alcanzadas y la notable abreviación de la duración de los pleitos.

Un breve análisis de las dos audiencias previstas por el protocolo resultará suficiente para demostrar la reminiscencia romanista afirmada:

Audiencia preliminar. Configura la primera audiencia. A través de ella, en presencia de las partes -quienes deben acudir personalmente- y del juez del caso -también presente- se intenta un acuerdo conciliatorio entre las partes que ponga fin al conflicto de modo razonable, justo, legal y en plazo breve. Dicha política de fomentar la autocomposición de los conflictos de interés privados, es de corte romanista, y halla su génesis en la fuerte “*potestas*” de los “*patres*”, aún en la etapa de la República. De fracasar dicho intento, el objeto del acto modifica su contenido, que ahora será el de la simplificación del proceso mediante la admisión y/o rechazo de las distintas parcelas probatorias ofrecidas por las partes. Este juicio previo sobre el mérito de la prueba, nos remite directamente a la figura del magistrado romano y a su rol ante los hechos de la causa, durante la preeminencia del procedimiento “*per formulas*”; puesto que, sin alterar la autonomía de las partes ni sus genuinas intenciones, atento el carácter particular del que todavía gozaba el “*ordo privatorum*”, ante la inminente apertura a prueba de la causa, será el Juez competente quien en una especie de acuerdo judicial habido entre las partes y bajo su supervisión y guía -que remite, inexorablemente, a la fórmula romana - podrá reconducir la acción por aplicación del principio romano “*iura novit curia*”; o admitir o rechazar cualquier medio probatorio propuesto por las partes, por considerarlo útil o inútil a los fines del proceso; o integrar la “*litis*” debidamente a fin de evitar futuras nulidades, como asimismo tratar, por caso, las excepciones de previo y especial pronunciamiento (como la falta de legitimación activa o pasiva manifiestas), o diferir su tratamiento al tiempo de la sentencia con las demás defensas de fondo.

La similitud entre el acta resultante de esta audiencia preliminar y la fórmula romana es notable. No sólo por su morfología (el registro escrito del acto en acta), sino porque ambas tiene por finalidad fijar con carácter inmutable los elementos del proceso sobre los cuales versará la contienda y la decisión final (sentencia).

En relación al contenido de esta audiencia, la doctrina procesalista está dividida en torno a la oportunidad en la que el juez competente debe expedirse sobre las reglas del “*onus*

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

probandi” (distribución de la carga probatoria) que aplicará en la sentencia. Así, mientras para algunos autores, el Juez podría diferir la publicidad entre las partes de la regla que aplicará hasta el momento del dictado de la sentencia, para otros prestigiosos procesalistas, el momento oportuno, sería el de la propia audiencia preliminar, puesto que así se garantizaría un ejercicio más pleno del derecho de defensa a las partes. Personalmente pienso que, siguiendo el formato de la fórmula y la tradición romanista, podemos hallar la respuesta correcta en favor de la oportunidad más anticipada (audiencia preliminar), no sólo porque cuanto antes las partes conozcan las reglas del pleito será más eficaz la defensa de sus intereses, sino porque fue en la parte “*condemnatio*” de la fórmula civil romana, donde el magistrado romano cedía su “*imperium*” en favor del “*Iudex legum privatorum*” y, asimismo, fue esa la oportunidad en que fijaba la regla del “*onus probandi*” según la cual “*actori incumbit onus probandi; actor non probante, reus absolvitur*”. Las fórmulas decían: “*Si paret* (si resulta)...*condemnatio* (condena)... *Si non paret* (si no resulta) *absolvito* (absuelve)”

Audiencia de vista de la causa: En cuanto a la segunda audiencia oral que tiene, precisamente, por objeto, tal como su nombre indica, tomar vista o conocimiento de las probanzas de la causa, es decir, conocer la verdad real sobre el acontecer de los hechos de la contienda expuestos en los escritos constitutivos del proceso, de igual modo que por la “*demonstratio*” se exponía la causa jurídica fundante de la “*intentio*” y, dado el caso, la “*exceptio*”, por el reo (demandado) opuesta.

Si bien, a diferencia de lo ocurrido en el procedimiento formulario romano, será el mismo Juez competente quien, presente en el acto, tomará la audiencia y conducirá su desarrollo ante las partes, quienes producirán y controlarán, respectivamente, sus pruebas y las pruebas a cargo de la contraria, en el derecho romano, dicha función era llevada por otro sujeto, el *Iudex Privatorum*, designado a propuesta de las partes, en una audiencia previa, lo cierto es que los bondadosos frutos de la inmediatez implícita en la presencia viva y directa del juzgador, siguen siendo iguales; con el mismo brillo de sus bondades: (inmediatez; celeridad; simplificación probatoria; conocimiento vivo y directo por el Juez, mayor congruencia y seguridad jurídica, más posibilidades de conciliación, unidad procesal; los indicios de

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

veracidad o falsedad que el propio juez presente, logre percibir de la declaración o gestos de los declarantes (presunciones “*hominis*”).

Todo lo cual, no lleva a concluir que se trata de un verdadero progreso, con clara reminiscencia en la “casuística romana”.

4.- CONCLUSIO.

El complejo y casi insondable “fenómeno jurídico” que es el Derecho, excede con creces el limitado marco de la “lógica y el buen sentido” (fomentado por el “legalismo-dogmático”) al estar integrado por una realidad axiológica que “no debe” (ni puede) ser explicada – exclusivamente- a través de la “razón” ni por las frías palabras de la “ley”. Así, la realidad axiológica connatural al Derecho, sólo resulta asequible mediante la comprensión emocional de sus valores jurídicos, por medio de su experiencia sensible.

Al inicio de este humilde ensayo, afirmamos la crisis del sistema del tradicional método de conocimiento y aplicación del Derecho. Al final del camino, creemos haber establecido un serio y razonable umbral indiciario que brinde, al menos, un haz de luz y verosimilitud sobre el cual hacer camino sin precipitarnos.

Quizás, lo que en rigor exija esta hora de la Historia, no sea otra cosa que el retorno al “*Ars*”, es decir, a aquella “sutil técnica romana” de hallazgo de la solución más útil y más equitativa, capaz de poner fin al conflicto; capaz de “hacer la paz”.

Sin perjuicio de ello, el binomio “legalismo-casuismo” debe perdurar, de igual modo, como perdura la “parte” respecto del “todo”. Ambos métodos resultan complementarios, nunca excluyentes. Todo intento “separatista”, sería a riesgo de perder una parte necesaria y valiosa para el Derecho.

Así, mientras el “legalismo” ha garantizado “seguridad jurídica” y ha sido instrumento eficaz para el juez a la hora de explicar los fundamentos de su sentencia; asimismo, ha dado numerosas muestras de su potencial arbitrariedad cuando hubo caído en la ciega aplicación dogmática de la ley, rayando, sin hesitaciones, la ilegalidad.

A su turno, la aplicación de un “casuismo exacerbado”, fundado exclusivamente en intuiciones, indicios y presunciones, puede degenerar en el absurdo y la arbitrariedad.

EL REGRESO A LA CASUÍSTICA ROMANA EN LA ENSEÑANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Razón por la cual, el mentado regreso a la “casuística romana”, no debe meritarse como una solución definitiva y excluyente, sino por contrario, como una fuerza compensatoria que busca reestablecer la perdida armonía en el Derecho.

5.- LECTIO IURIS.

- Di Pietro, A. (2014) Imperio y Derecho (T.I - T.2) Editorial de la UCALP. La Plata.
- Costa, J.C (2016) Manual de Derecho Romano Público y Privado. Abeledo-Perrot. 3ra Ed. Bs. As.
- Ferrini, C. (1908) Manuale di Pandette. S.E.Libreria. Milano.
- Ghirardi, J.C. (1995) El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón. Explanatio.2, Córdoba.
- Kaser, M. (1968) Derecho Privado Romano. Trad. J. Santa Cruz Teijeiro. Reus. Madrid.
- Mantovani, D. (1999) Le formule del Processo Privato Romano. Cedam. Padova.
- Medina, G.L (2020) Lecciones de Derecho Romano. Versión digital en www.sedici.unlp.edu.ar
- Pugliesse, G. (1963) Il Proceso Civile Romano. Giuffré. Milano.
- Rinaldi N. - Alvarez M. col. (2017) Manual de Derecho Romano Público y Privado. Edictum. Bs As.