

EL DERECHO ROMANO HOY: *CUPIDAE LEGUM IUVENTUTI*

DR. RAMÓN LÓPEZ ROSA
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Huelva
rlopez@uhu.es

PALABRAS CLAVE: Valor actual del Derecho Romano/ Iurisprudencia/ Metodología romanística
PAROLE CHIAVE: Valore attuale del Diritto Romano/ Iurisprudencia/ Metodologia romanistica

Una vez que, conforme al cuadro adjunto del Anexo contenido en el R.D. 1424/1990, de 26 de octubre (BOE, 20 de noviembre) -que regula el Título de Licenciado en Derecho-, el Derecho Romano aparece en los actuales planes de estudio como materia troncal del primer ciclo en relación con el progresivo desarrollo de la LRU de 1983¹, es cierto que tanto la romanística española como el mundo jurídico nacional en su conjunto produjeron una magnífica y responsable meditación que vino, de un lado, a defender una vez más a esta disciplina como imprescindible en la formación de los futuros juristas españoles, y simultáneamente, de otro, a conseguir un gran debate en torno a los objetivos de la propia formación jurídica y del lugar que en ésta debería ocupar la Historia y las Instituciones de Derecho Romano bajo el descriptor de *El Derecho Romano y su Recepción en Europa*². Del mismo modo, elaborados los nuevos planes de estudios de Derecho en las Universidades españolas, aunque no siempre con resultados satisfactorios que han exigido rectificaciones, como las recogidas en el R.D. 614/1997, de 25 de abril (BOE, 16 de mayo), la propia ubicación de la misma en el primer año de la Licenciatura nos está condicionando inevitablemente el concepto de

¹ Vid.: López Rosa, R., “Derecho Romano y formación jurídica al amparo de la legislación reformista española”, en *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, VV.AA, coord. Herrera Bravo, R./Salazar Revuelta, M., Jaén 1999, 15 ss.

² Ese debate se inició ya tras la publicación de las Directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial en 1987 (R.D. 1497/1987, de 27 de noviembre, BOE, 14 de diciembre). Vid. *ad exemplum*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (Bicam, 6, 1987, noviembre-diciembre), dedicado monográficamente a la defensa del Derecho Romano, que se iniciaba con un editorial de su director, Prof. Martínez Val, en el que mantenía que la defensa del Derecho Romano es una trinchera, en la lucha por el Derecho, que no se puede abandonar ni perder, y que continuaba con artículos de los romanistas Iglesias Santos, García Garrido, A. Fernández de Buján, F. Reinoso y J. Roset. Igualmente: J. Miquel, *Derecho Romano*, en *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid 1987, 197 ss.; García Garrido y F. Eugenio, *Estudios de Derecho y formación jurídica*, Madrid 1988; F. Betancourt, “En defensa del Derecho Romano”, en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, Cidhpn, 9-10, enero, Barcelona 1988, 2269 ss.; F. Fernández de Buján, *La Reforma de los Estudios de Derecho*, Madrid 1992; Lozano Corbi, *Roma y su gran aportación al mundo: el Derecho Romano*, Zaragoza 1993; López Rosa, “Estudios de Derecho y formación de juristas. Un apunte a propósito de la reforma de los planes de estudio”, Cidhpn, 15-16, febrero, Barcelona 1993, 3791 ss., entre otros.



Derecho Romano que debemos enseñar a nuestros alumnos, así como el método de enseñanza e incluso las fuentes utilizables en la misma³. En este sentido, la fijación de los objetivos de los estudios de Derecho y de la formación de los futuros juristas españoles constituye un presupuesto previo para su posterior realización, en perfecta sintonía con aquella máxima escolástica: *finis est primus in intentionem, ultimus in executionem*. Y en todo caso esta fijación de unos previos objetivos sigue estando condicionada a que, de una vez, decidamos si las Facultades de Derecho deben enseñar un Derecho teórico -Derecho de Profesores- o más bien un Derecho Práctico -Derecho de juristas-, cuestión ésta que viene repercutiendo claramente en la aplicación de los planes de estudio ya elaborados.

Por otro lado la, aún vigente, LRU es diáfana en su Preámbulo⁴, en cuanto a que los estudios universitarios no pueden sustraerse a un marco de referencia formado por los principios de libertad, igualdad, progreso y participación social, y qué duda cabe que estos principios conectan directamente con la esencia misma de la norma jurídica y del Derecho, y tienen de esta manera una especial significación en los estudios de Derecho. De ahí que, si concebimos los estudios jurídicos como el aprendizaje de unos conocimientos, tanto de textos legales como de literatura jurídica, mediante el hábito del razonamiento lógico instrumental como medio adecuado para la resolución de supuestos de hecho; y añadimos a esto la progresiva adquisición de una correcta expresión técnico-lingüística, en una Universidad donde arraigue el pensamiento libre y crítico, y donde la investigación se conciba como instrumento eficaz de transformación social, al servicio de la igualdad y del progreso social que puede hacer posible una realización más plena de la dignidad humana⁵, nos estamos situando claramente en un modelo universitario en el que resaltan dos valores o actitudes que hay que cultivar en los alumnos: el humanismo y la prudencia jurídica. El primero se sabe que comporta el interés por el hombre y los valores verdaderamente humanos, que tienen cabida en lo que denominamos Derecho Natural, Fundamentos Filosóficos del Derecho, Principios de Filosofía del Derecho o simplemente Derechos Humanos; el segundo es una actitud jurisprudencial, tan genuinamente romana, que servía de fundamento al Derecho Romano entendido no como técnica o ciencia que se aprende en los libros, sino como maestría que se adquiría del ejemplo de quien lo practica y lo posee. Por eso la jurisprudencia romana fue ante todo *prudentia iuris*, el arte de saber elegir⁶. Y por ende, igualmente también, Hernández Gil mantenía que “El Derecho no es sólo un sistema de normas. Es también un sistema de valores. Esto quiere decirse cuando se considera que ha de realizar la justicia, valor prototípico capaz de encarnar el máximo jurídico. Sería mucho sostener que las leyes, para serlo, han de ser justas. Sería poco conformarse con que, por ser leyes, ya son justas”⁷. Como romanistas nos satisface saber que no estuvieron muy alejados de estas concepciones, salvadas las lógicas distancias, ni los primeros

³ Vid.: X. D’Ors, *Posiciones Programáticas para el Estudio del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1979, 77.

⁴ Párrafos 4 y 8.

⁵ LRU, Preámbulo, párrafo final.

⁶ García Garrido, “Reflexiones sobre la formación del jurista y el valor del Derecho Romano”, en *III Jornadas de Decanos de las Facultades de Derecho*, Zaragoza 1983, II, 4.

⁷ *El Derecho*, en *Los estudios de un joven de hoy*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid 1982, 101.

juristas romanos, los pontífices, ni el primer método, el *tirocinium fori*, ni las primeras artes auxiliares: literatura y retórica, ni siquiera las primeras escuelas: las *stationes ius publice docentium aut respondentium* del siglo II⁸. Incluso reconforta comprobar que valores también muy próximos se encuentran en la constitución imperial *Omnem reipublicae* de Justiniano. En el completo y sistemático plan de estudios jurídicos del emperador para los estudiantes de su época. Un plan perfectamente programado en cuanto a su contenido, y minuciosamente reglamentado en cuanto al material y al método de trabajo en cinco años: las obras del que siglos más tarde se denominaría *Corpus Iuris Civilis*, que había que comprender y aprender, y cuyo objetivo precisa Justiniano en esa constitución⁹ del siglo VI.

Consecuentemente en el presente momento, no sólo el valor del Derecho Romano como disciplina básica en la formación del jurista ha quedado suficientemente debatida dentro y fuera de España¹⁰, sino que se nos muestra de manera diáfana como uno de los aspectos más específicos de la cultura jurídica común europea. No en vano el proyecto europeo de vida en común, que jurídicamente nace en 1957 con el Tratado de la Comunidad Económica Europea, tiene desde sus comienzos una fundamentación político-cultural que se concreta en la Declaración sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973. De ahí que el “descubrimiento” de una identidad cultural común, que caracteriza el actual momento histórico, sea, en realidad, una conquista colectiva del conjunto de las naciones europeas que entienden que, al margen de las formas de organización política históricamente contingentes, Europa ha sido siempre una sociedad de pueblos vinculados por una tradición espiritual común, en la que resalta el modo de entender el Derecho y su función en la ordenación de la sociedad¹¹. No existen dudas sobre la paternidad romana de los dos grandes sistemas jurídicos vigentes en nuestro continente: Civil Law y Common Law. Ni tampoco sobre sus influencias directas o indirectas en el Derecho de otros países, a veces tan lejanos y distintos como Vietnam o Japón¹², sobre los que el mundo europeo ha ejercido algún tipo de poder a lo largo de los siglos. No obstante, jamás pudo vislumbrar Justiniano, al dedicar su Manual de Derecho -*Institutiones*- a la juventud deseosa de aprender las leyes, la vigencia de aquella magna obra de recopilación y síntesis jurídica, durante todos estos siglos posteriores, fuera de los parámetros de espacio y tiempo de los que surgió y que suponen el marco natural de todo Ordenamiento jurídico. Y menos aún que en el siglo XXI fuera a ser necesario seguir hablando de la supervivencia del Derecho Romano y de la fundamentación de la importancia actual de su estudio. De lo primero entiendo que no es imprescindible hablar en estos momentos, en términos

⁸ García Garrido y F. Eugenio, *op. cit.*, 36 ss.

⁹ c.Omnem, 6.

¹⁰ Partiendo necesariamente de los *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca 1943, de A. D’Ors, del *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid 1944, de U. Álvarez Suárez, y de la “Iniesta sullo studio ed insegnamento del Diritto Romano”, de la revista *Labeo* 2, 1956, 49 ss., 187 ss., y 327 ss.: considerazioni conclusive, respectivamente.

¹¹ Vid.: A. Fernández Barreiro, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid 1992, 7 ss.

¹² Vid.: *Código Civil Japonés*, con Estudio preliminar, traducción y notas de R. Domingo y Nobuo Hayashi, y Prólogo de A. Garrigues Walker, Madrid 2000, 13 ss., donde se prueba que este Código de 1898, revisado en 1947 y actualizado por Ley 149/1999, de 8 de diciembre, en vigor desde el 1 de abril de 2000, tuvo como modelo al Código Civil español de 1889 (hijo del Código napoleónico y nieto del Derecho Romano), con el que concuerda en buena parte de su articulado.

de adecuada formación histórico-jurídica. Ahí está la labor inicial de la Escuela de Bolonia tratando de precisar las causas de esa supervivencia¹³, y que tan magistralmente sintetizara U. Álvarez Suárez en nuestro país¹⁴. Sí es necesario, en cambio, en los momentos actuales recordar los razonamientos científicos que se han venido manejando a lo largo del siglo XX sobre esa importancia, y posicionarse claramente al respecto, desde los actuales planes de estudio de Derecho, de manera que nuestros alumnos *deseosos de aprender las leyes*, que aún carecen de perspectiva histórica en su aprendizaje, puedan comprender adecuadamente la inclusión de esta disciplina en la Licenciatura de Derecho, recién estrenado un nuevo siglo¹⁵.

En este sentido una corriente, muy difundida en su momento, fundamentó la importancia formativa del Derecho Romano en una razón que se calificó de *cultura histórica*, o de cultura histórico-jurídica¹⁶. Se entendía que el Derecho Romano es el único sistema jurídico cuyo nacimiento, crecimiento, crisis y deterioro es posible estudiar en su conjunto. Más de trece siglos, desde los orígenes de Roma hasta la estratificación definitiva en el *Corpus Iuris* de Justiniano -sin considerar la *segunda vida* de la Recepción-, nos transmiten la imagen de un ciclo completo, cuyos detalles, por lo demás, conocemos hoy con una perfección no comparable ni remotamente con la de cualquier otro Derecho histórico. Además, esa visión histórica de un Derecho viene a suponer algo así como un fenómeno de bilingüismo jurídico, como lo denominaba plásticamente Devoto, y que recoge en la romanística española Rodríguez-Ennes¹⁷. Esta consideración, en definitiva, insiste en la importancia del estudio del Derecho Romano en tanto Derecho *distinto* del actual, y no en cuanto *antecedente*. Presupone, pues, en primer lugar, que el bilingüismo jurídico es útil en razón de que posibilita comparar y valorar críticamente formas diversas de producción jurídica y de soluciones de conflictos; y, en segundo lugar, que es formativo por cuanto libera al alumno de una posible propensión a creer que el sistema actual y la *dogmática jurídica* que él emplea habitualmente, son las únicas pensables y realizables en el mundo del Derecho. El estudio del Derecho Romano podrá liberar, así, al joven jurista de un excesivo apego al Derecho positivo bajo cuyos esquemas actúa y le dará una mayor soltura a la hora de tener que enfrentarse con una labor creadora y reformadora. De ahí que A. D'Ors afirme que la misión de este Derecho ha de ser precisamente la de educar al jurista mediante una consideración histórica de la más grandiosa experiencia jurídica de todos los tiempos, a través del uso familiar de una cultura y de una libertad que le capaciten para manejar y superar su propio Derecho positivo. El Derecho Romano resulta, así, el más eficaz antídoto contra el *studium servile* del legalismo positivista, y supone una insustituible educación del

¹³ Sobre la procedencia de emplear los términos *supervivencia* o *continuidad*, vid.: Calasso, "Pensieri sul problema della continuità con particolare riguardo alla storiografia italiana", en *Relazioni del XX Congresso internazionale delle scienze storiche*, 4, Roma 1955, 521.

¹⁴ *Horizonte actual del Derecho Romano*, ya cit., 5 ss.

¹⁵ A este respecto, vid., por su visión de conjunto, en *Actas de las Jornadas de Profesores de Primer Año*, celebradas en La Rábida (Huelva) en 1975, Madrid 1978, los trabajos de A. Torrent, *Panorama general del Derecho Romano; planes de estudio e incidencia en la formación general del jurista*, 37 ss., y de A. Latorre, *Derecho Romano e Introducción al Derecho*, 55 ss.

¹⁶ En la *Inquietud* de la Revista *Labeo* a al que antes nos referíamos defendieron esta fundamentación autores como Albanese, 50; Baij, 52; Faleciak, 68; Gaudemet, 191; y Biscardi, 211.

¹⁷ Vid.: "Autonomía e interés actual del Derecho Romano", en *Rev. Jurídica General*, La Coruña 1987, 47.

sentido humanístico¹⁸. Paradójicamente resulta, de esta manera, que el conocimiento del pasado es el remedio contra el inmovilismo, puesto que nos hace concebir como pasajeras las realidades presentes.

Todas estas consideraciones pensamos que son, en gran parte, verdaderas, y aún se podría agregar a ellas que, siendo el Derecho un aspecto de la cultura o de la civilización, al expresar la concepción que el hombre tiene de los valores sociales y morales, nos mostrará en cada caso la fisonomía operativa de cada civilización. Incluso podemos añadir que los procesos de crecimiento y decadencia experimentados por un Derecho cuyo ciclo completo conocemos, pueden servirnos de antecedente, diagnóstico y hasta de advertencia para conocer nuestra propia situación en el mundo de hoy¹⁹. Pero no justifican por sí mismas, y mucho menos exhaustivamente, la inclusión de nuestra disciplina en el programa de estudios de la Licenciatura en Derecho. Ante todo, pensamos que la utilidad del Derecho Romano como estudio histórico no se debe a que éste es el único ciclo jurídico completo que ha llegado a ser conocido. Ello constituye, evidentemente, una ventaja para su conocimiento, pero nos atreveríamos a afirmar que, quienes sustentan este argumento, también seguirían considerando preferible su estudio aún en el caso de que otro ciclo histórico-jurídico, como el hebreo por ejemplo, hubiera llegado a ser tan conocido como el de Roma. La elección que hacemos del Derecho Romano como materia fundamental de formación jurídica, no se debe, pues, a dicho factor, y ni siquiera podemos pretender establecer leyes generales de evolución jurídica, partiendo de la experiencia de la Historia. No creemos en esa pretensión, y, todo lo más, podemos llegar a conjeturar sobre ciertas tendencias en los procesos de regresión o vulgarización, que se caracterizan por una pérdida de la forma jurisprudencial -libre e histórica en el más puro sentido-, con el consiguiente paso a un primer plano de la consideración judicial de aquellos aspectos que podríamos llamar materiales del Derecho: moral, sociología, economía. También el fenómeno del bilingüismo jurídico, que efectivamente es útil para establecer puntos de comparación y para liberarse de la servidumbre del Derecho positivo vigente, puede lograrse no mediante el estudio de un Derecho histórico, sino a través del mucho menos complejo expediente de estudiar Derecho comparado, y en particular, los sistemas jurídicos que difieren del nuestro en cuanto a método y presupuestos. Sin embargo pensamos que la importancia formativa del Derecho Romano es distinta de la que puede ofrecer el estudio del Derecho comparado, y que si éste da elementos de crítica respecto del Derecho vigente en nuestro ámbito, lo hace en forma diversa de como lo puede hacer el Derecho histórico. Por eso se puede sostener que el estudio y conocimiento del Derecho Romano, más que un fenómeno de bilingüismo jurídico lo es realmente de filosofía clásica jurídica.

¹⁸ “Sobre el valor formativo del Derecho Romano”, en *Papeles del oficio universitario*, Madrid 1961, 167.

¹⁹ Así, por ejemplo, el movimiento de *vuelta a la naturaleza* que marca el *Derecho Romano Vulgar* postclásico, nos puede hacer prestar atención más crítica a ciertos fenómenos contemporáneos que un observador no experto en problemas históricos, ni conocedor del ciclo evolutivo del Derecho Romano, podría incluso considerar como altamente progresivos. Para posicionarse sobre este Derecho como único camino viable, superador de los peligros del vulgarismo y los excesos del cientifismo, cfr.: Fernández Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela 1976, 73 ss.

Otra corriente doctrinal muy próxima a esta de la cultura histórica, es la que fundamentó el estudio del Derecho Romano en la creencia de que con él se realiza un *sistema jurídico perfecto*. Según esta postura, sirven por igual para superar la visión positivista del Derecho, tanto el estudio de los principios inmutables y generales que condicionan el orden jurídico, como el estudio histórico del Derecho Romano, ciclo completo y conocido. La elaboración doctrinal, a pesar de los peligros de abstracción, llegaría a los mismos resultados que el análisis histórico. Es decir, se puede mantener que el proceso de creación histórica cumplido por los romanos vendría a ser o significar una conquista empírica de los mismos principios que la reflexión humana ha plasmado en el llamado Derecho Natural. Dejando a un lado la posible creencia sobre la existencia o no de postulados jurídicos absolutos -Derecho Natural-, ¿justifica esta teoría los estudios romanísticos?. Su antecedente está en la doctrina que veía el Corpus Iuris como *ratio scripta*, aunque sus últimas raíces nos pueden remontar al propio Justiniano. Y es que, frente a los que ven en la dogmática romana una Ciencia jurídica embrionaria, Koschaker proclama la existencia de un Derecho Natural -no absoluto sino relativo- “que se consigue con estricto rigor histórico del parangón de los sistemas de Derecho privado que más han contribuido a la construcción de Europa y del mundo, y en cuya cúspide figura el Derecho Romano, elemento unitivo de estos sistemas. Un Derecho Natural que condensa las experiencias jurídicas de los pueblos que con su cultura han cooperado a la formación de Europa”²⁰. Sin embargo, como afirma A. D’Ors “un Derecho Natural, dogmático, no tiene necesidad de revestirse con las galas de un Derecho histórico, ya que su vigencia es suprahistórica”²¹. Por nuestra parte, en cuanto Derecho clásico, concebimos al Derecho Romano no tanto como dogma perfecto, sino sobre todo como proceder perfecto. Pensamos que al jurista contemporáneo, en cuanto modelo, le interesa más la imitación de la forma romana de creación jurisprudencial que la imitación material de sus instituciones. Diferencia ésta de actitudes que se puede observar en el diverso camino que, a partir de la Baja Edad Media, tomaron Inglaterra y el continente europeo, pues mientras Europa continental incorpora legislativamente las instituciones del *Corpus Iuris*, los ingleses, de manera tal vez inconsciente, reproducen la forma de creación de la jurisprudencia y el Edicto, logrando un sistema original y realista²².

Posiblemente la corriente doctrinal más difundida, y que atrajo la atención de buena parte de la civilística europea, haya sido aquella que ve en el Derecho Romano el antecedente de nuestro Derecho contemporáneo, y que por tanto fundamenta su utilidad en la circunstancia de que es un Derecho subyacente en el actual sistema jurídico²³. Es evidente, sin duda, que en el Derecho Romano, y más concretamente en el *Corpus Iuris*, se encuentra el origen inmediato de nuestras modernas instituciones, siendo el cúmulo de ejemplos en tal sentido tan abundante que casi resultaría ocioso traerlos a colación. No obstante pensamos que no está de más recordar que

²⁰ *Europa y el Derecho Romano*, trad. J. Santa Cruz, Madrid 1955, 486.

²¹ *Los romanistas ante la crisis de la ley*, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid 1973, 5. Cfr. también del mismo autor: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, cit., Salamanca 1943, 21.

²² Cfr.: Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona s/f, 87 ss., y especialmente 106 ss.

²³ En esta dirección van las opiniones mantenidas, en la *Inquieta* de Labeo cit., por Albanese, 50; Betti, 55; Burdese, 56; Dell’Oro, 62; Feenstra, 70; Gaudemet, 72; Laprat, 84; Niederländer, 190; Ott, 192; Pugliese, 194; Scherillo, 19; Seide, 203, y Van Oven, 206.

nuestro Código Civil, en líneas generales, mantiene el orden de exposición contenido en las Instituciones de Gayo y recogido posteriormente por las de Justiniano, y que, en ese mismo sentido, hay instituciones que igualmente han sido transferidas íntegras, o casi sin alteraciones, desde el *Corpus Iuris* al Derecho moderno. De esta manera, de una forma u otra, resulta incontestable el influjo contemporáneo del Derecho Romano en el sistema hispano en vigor, y a través de él, en las modernas legislaciones hispanoamericanas, y hasta en algunos Estados de la Unión Americana, que en otros tiempos pertenecieron al Imperio español o a México. Tampoco es conveniente dejar de recordar la vigencia del Derecho vulgar, que se manifiesta vigorosamente en los Derechos Forales de la Edad Media, y que aún persisten en los distintos sistemas de Derechos especiales de algunas regiones o nacionalidades españolas, ni la influencia de la recepción de Bolonia en España, a cuyo impulso se deben cuerpos jurídicos de gran influencia posterior: es el caso del Fuero de Cuenca, primer ensayo de introducción de un Derecho culto, o del Fuero Real, y sobre todo del Libro de las Siete Partidas, vigente también en América hispana como Derecho supletorio hasta la promulgación de los distintos Códigos nacionales. Más tarde, y a pesar de la reacción antirromanista que se advierte incluso en la época del Ordenamiento de Alcalá, el prestigio de la recepción, fomentado por la Universidad de Salamanca, logra imponerse sobre las prácticas romanovulgares, hasta plasmar en la promulgación del Código Civil, donde el influjo romano penetra también a través de modelos extranjeros como el propio Código napoleónico.

Esta corriente de pensamiento estuvo brillantemente expuesta por Scherillo, quien recurría a una metáfora idiomática conocida para manifestarla: “a juicio mío, es un grave, aunque difundido error, considerar el latín como lengua muerta...ya que continúa viviendo en las lenguas romances; igualmente grave, y hasta común, es el error de considerar el Derecho Romano como algo muerto, o peor aún, embalsamado, cuando está más vivo que nunca en los modernos Derechos surgidos con base romanística. La circunstancia de que la Compilación justiniana no sea ya considerada hoy texto de Derecho vigente...no tiene mayor importancia”²⁴. Consecuentemente, se puede afirmar entonces que, si para los partidarios de la corriente doctrinal que pone el acento en un Derecho Romano como cultura histórica, el interés formativo de éste radica en ser un fenómeno de bilingüismo jurídico, Scherillo resalta ese interés en cuanto sería un fenómeno de *etimología jurídica*.

Esta actitud es, en muchos sentidos, más conveniente que aquella otra defendida por los que ven en el cultivo del Derecho Romano una razón de cultura histórica, puesto que muestra cómo para nosotros el estudio de este Derecho no puede ser reemplazado por el de sistemas que se hallen fuera de la línea de nuestra tradición jurídica; sin embargo, como advierte A. D’Ors, tiene el defecto y grave inconveniente de agotar el valor del Derecho Romano en la mera explicación del Derecho moderno²⁵, despojándolo de todo interés como elemento de crítica. No es extraño, por lo tanto, que quienes defienden esta forma de enseñanza sean también partidarios del empleo de la dogmática moderna para la presentación de las instituciones romanas, pues en el fondo se trata de mostrar, partiendo de las realidades jurídicas actuales, las etapas de desarrollo de conceptos e

²⁴ En *Inquietud* de Labeo cit., 199.

²⁵ *Los romanistas ante la crisis de la ley*, ya cit., 11.

instituciones que ya estarían implícitos en el Derecho histórico. De ahí que la consecuencia lógica de esta tendencia sea reducir el Derecho Romano a una noticia introductoria dentro de cada capítulo o cada institución del Derecho Civil, con lo cual se perdería definitivamente la tan necesaria visión sistemática y sincrónica, imprescindible para comprender el Derecho Romano en su característica dimensión formularia y jurisprudencial. El material de este estudio, para los que ven la enseñanza del Derecho Romano según esta perspectiva, no podrá ser otro que el Derecho decadente compilado por Justiniano, ya que desde el punto de vista del precedente, siempre ha de preferirse el más próximo en el tiempo, aunque es cierto que en algún caso concreto nuestro Código Civil, por ejemplo, no recibe el Derecho justiniano sino el clásico, como sucede en la concepción del usufructo. Esto ha venido a dar a las instituciones romanas el aspecto erróneo de un bloque sin historia, produciendo una imagen falseada por la renuncia deliberada a operar con conceptos y categorías diferentes de los actuales, y a presentar la materia con toda la rica complejidad de su desarrollo histórico. Por eso insiste A. D'Ors diciendo que los estudios de Derecho Romano son las humanidades del jurista, y de la misma manera que el griego y el latín no deben considerarse como precedente del español, así tampoco el Derecho Romano debe ser reducido a simple precedente del Derecho Civil español, ya que, en cierto modo está por encima de él²⁶.

Una modalidad de este punto de vista doctrinal que examinamos, es la que vislumbra la utilidad del Derecho Romano en razón de que es Derecho vigente y supletorio en algunas de las nacionalidades españolas de sistema jurídico especial²⁷, mostrando su entronque con la misma en cuanto se puede considerar una mera supervivencia del Derecho de Pandectas existente en Alemania hasta la promulgación del BGB. En este caso resulta obvio que la utilidad del Derecho Romano se verá reforzada en aquellas nacionalidades que todavía lo aplican como Derecho vigente, como es el caso de Baleares, Cataluña y Navarra, aunque sea por vía supletoria. Sin embargo, la importancia de nuestra disciplina no radica exclusivamente, ni con mucho, en esto, ya que si la posición anterior llevaba a la consecuencia de encuadrar el estudio del Derecho Romano en los capítulos de introducción a las instituciones civilísticas, ésta dejará relegada su enseñanza al marco de los denominados Derechos Forales o Especiales. Igualmente, conforme con esta visión, el interés de la enseñanza se centraría en el *Corpus Iuris Civilis*, cuerpo supletorio vigente, y dentro de él, en la parte que pudiéramos considerar como la menos noble, las *Novellae*.

Por nuestra parte, además de lo expuesto para criticar la postura que ve en el Derecho Romano el sólo antecedente del sistema actual, creemos que este punto de vista foralista hace oscurecer el valor universal que presenta nuestra asignatura. Más que errónea, nos parece una visión incompleta.

²⁶ *Sobre el valor formativo del Derecho Romano*, ya cit., 167.

²⁷ Esta utilidad como Derecho supletorio en alguna de nuestras nacionalidades fue destacada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, en comunicación publicada en AHDE, 40, 1970, 819. Razones análogas exponen profesores de regiones en las que sobrevive el Derecho Romano, en *Inquieta* de Labeo cit.: Así Campbell (Edimburgo), 57; Beinart (Ciudad del Cabo), 53; y Petropoulos (Atenas), 192.

Otra modalidad de la misma corriente que examinamos, aunque contraria a la que acabamos de señalar, propugna considerar al Derecho Romano como antecedente no sólo de nuestro propio sistema jurídico, sino Derecho histórico común a todos los pueblos de Europa continental y a las nuevas nacionalidades producto de la colonización europea en hispanoamérica y en África, e incluso a pueblos que han asimilado la cultura europea como Turquía y Japón. El Derecho Romano constituiría así un poderoso elemento cultural para formar una conciencia jurídica común en todos los países que siguen la tradición románica, y base imprescindible para preparar la unificación jurídica del futuro, que se llevará a cabo en una labor de homologación legislativa que tendrá como punto de partida el estudio del Derecho comparado. No se puede referir esta tendencia sin mencionar a Koschaker, quien propició, coherentemente con su postura metodológica, una *vuelta* a Savigny y al proceder eminentemente europeo del *mos italicus*. Así, el papel del Derecho Romano consistiría en elaborar una dogmática jurídica supranacional como en otro tiempo hicieron los Comentaristas, sólo que, en lugar de partir de los estatutos locales italianos, se ha de construir un sistema que supere las legislaciones y los Códigos nacionales. De esta manera la temática del Derecho Romano se conduce al ámbito del Derecho Internacional Privado. Incluso parece como si Koschaker pretendiera, con esta dirección que el movimiento unificador englobase también a los sistemas del *Common Law*, cuando subraya que “aún hoy existen medios ...de mantener...el Derecho Romano en el cumplimiento de su función histórica, a saber, la de actuar como intermediario de los grandes sistemas europeos de Derecho privado extendidos por todo el orbe. Mediante el aprovechamiento de sus componentes de Derecho Natural podría conseguirse independizarlo, en cierto grado, de su fundamento europeo, si es que éste no le es ya propio”²⁸. Piensa Koschaker que se aproxima la hora de la unificación legislativa universal y cree que los romanistas de todo el mundo pueden llegar a jugar un papel semejante al que desempeñó la pandectística alemana en los años que precedieron a la promulgación del BGB. Sería éste un nuevo servicio a la Ciencia jurídica práctica que podría despertar un renovado entusiasmo por su estudio, y superar así el abismo que la crítica histórica ha creado entre la investigación romanística y la vida jurídica cotidiana.

En España A. Latorre participaba en buena medida de este posicionamiento al afirmar que en la función de ayudar a comprender el Derecho, el Derecho Romano puede quizás ofrecer sus mejores frutos en el ámbito pedagógico. Con él tenemos un Derecho que también conocemos, mejor que ningún otro histórico, gracias a varios siglos de estudio y que, al mismo tiempo, por el distanciamiento que imponen casi mil quinientos años, no está sometido a la lucha pasional que sufre, a veces, un Derecho moderno. Pero el Derecho Romano no sirve sólo para agudizar la sensibilidad histórica. También fomenta la perspectiva ecuménica del jurista, ya que, como es notorio, el Derecho Romano, a través de su interpretación medieval y moderna constituye la plataforma común de los actuales Derechos privados del continente europeo y de aquéllos países, no europeos, inspirados en aquéllos. El Derecho Romano constituye, por tanto, una excelente introducción al Derecho comparado y su importancia, en este aspecto, ha sido señalada, ya hace tiempo en los países anglosajones, donde se estudia, entre otras cosas, para abordar el

²⁸ *Europa y el Derecho Romano*, cit., 494.

conocimiento de los sistemas romanísticos, es decir, de aquéllos que, a diferencia de los propios anglosajones derivan, en forma más o menos directa, del Derecho Romano²⁹.

La sugestiva postura de Koschaker, además de adolecer del vicio de reducir la utilidad e interés del Derecho Romano a sus consecuencias en las actuales codificaciones -y de ahí la tendencia antihistórica que por doquier brota de su obra-, tiene otros vacíos más sutiles que hace compleja su crítica. Así, por ejemplo, propicia el acercamiento al sistema del *Common Law*, pero no se advierte cómo se hará ello posible desde la perspectiva del estudio dogmático. Sitúa también como dos actividades polarmente distintas el Derecho de juristas (estudio práctico-dogmático) y el Derecho de profesores (estudio histórico), sin darse cuenta que el Derecho universal del futuro, si lo hubiera, podía, muy probablemente, surgir de una síntesis entre el estilo de ambas formas de actividad.

En síntesis éstas serían las posiciones doctrinales a tener en cuenta en torno a la justificación del estudio del Derecho Romano en la actualidad. Sin embargo, antes de posicionarnos en la que consideramos la justificación fundamental de dicho estudio, no podemos dejar de advertir, respecto de las diversas corrientes justificativas y pedagógicas que hemos referido que, en todas y cada una de ellas, hay un fondo de razón perfectamente aprovechable a la hora de proponer un método que resulte del todo satisfactorio. No se trata de adoptar posturas eclécticas, sino que, por ejemplo, sería una auténtica ceguera negar la utilidad del bilingüismo jurídico o los estudios de los antecedentes para la mejor comprensión del Derecho actual, labor ésta que han de cumplir constantemente los jueces cuando se trata de dilucidar el sentido de una solución legal o jurisprudencial. Como igualmente es verdad que gran parte de la importancia formativa del Derecho Romano radica en su valor ejemplar, que no otra cosa queremos decir con el término *clásico* que atribuimos a la época más brillante de creación de la jurisprudencia. Incluso estamos convencidos de que, en un primer paso posiblemente europeo, los esfuerzos que se vienen realizando en nuestro continente pueden conducir a una posible unificación de los estudios jurídicos, partiendo del Derecho Romano, para concluir posteriormente en un más que probable Derecho común europeo, en virtud, primeramente, de que este Derecho ya no es patrimonio exclusivo de naciones asentadas en unos determinados presupuestos ideológicos, tras las últimas reformas en los antiguos países del Este, y, en segundo término, porque a pesar de la influencia del Derecho Romano en los sistemas codificados o cerrados, no se puede olvidar que la jurisprudencia romana supone una actividad creadora en constante progreso y, como tal, no sólo es punto de partida de los sistemas abiertos - como el inglés o el norteamericano-, sino referente de la máxima utilidad para el proceso de creación y adaptación del Derecho a las necesidades de nuestra época, en una labor muy próxima al *Ius honorarium*³⁰.

Desde luego no deja de ser paradójico que, habiendo sido el Derecho Romano núcleo capital de gran parte de las modernas legislaciones occidentales, “sea precisamente en los países antes llamados del Este donde se está produciendo un mayor resurgir de los estudios romanísticos, con la

²⁹ *Valor actual del Derecho Romano*, Madrid 1977, 17 ss.

³⁰ López Rosa, R., “El Derecho Romano y la formación del jurista. Bases para un Derecho común europeo”, en *Cidhpn*, 15-16, febrero, Barcelona 1993, 4102.

consiguiente afirmación, en esa zona cultural y geográfica, de un interés, cada vez más notable, por el estudio de nuestra disciplina”³¹. Y es que el Derecho Romano se estudiaba, con carácter obligatorio e independiente, en todas las Facultades de Derecho de los países denominados socialistas, reconociéndose al Derecho Romano no sólo valor histórico sino también carácter teórico y práctico en la formación de los juristas³².

Por otro lado es indudable que, fuera de Europa, los Códigos de nuestro continente, formulados fundamentalmente sobre bases romanas, ejercieron una gran influencia sobre los países no europeos en los que jamás pudo haber una recepción directa del Derecho Romano, y ello como dice García Garrido³³, constituye un nexo de unión entre el Derecho europeo y el hispanoamericano, de enorme importancia de cara a un futuro e hipotético Derecho universal³⁴.

Pero para nosotros la importancia del Derecho Romano está, esencialmente, en ser un elemento imprescindible de *formación jurisprudencial*. Es verdad, no obstante, que la importancia y el interés didáctico de este Derecho se ilumina más convenientemente si se hace antes una breve consideración sobre lo que ha de pretenderse en un programa de estudios de una Licenciatura en Derecho. En este sentido, y a parte de otras consideraciones³⁵, en una declaración de la Junta de Decanos de Derecho españoles, reunida en Bayona, a propuesta de la Universidad de Santiago de Compostela, a fines del curso 1969-70³⁶, se decía ya que el Primer Ciclo de estudios, considerado Ciclo básico, debería orientarse con un carácter esencialmente formativo y científico, pensando en la educación de juristas, y no en la preparación de profesionales de tipo medio. Es decir, los reunidos estimaron que la formación jurídica debía primar fundamentalmente sobre un estudio meramente informativo, como idea clave del método docente en Derecho. Y por formación jurídica se debe entender, sobre todo, la capacidad de criticar y valorar las fuentes del Derecho, al tiempo que la información consistiría en un simple conocimiento descriptivo del contenido de

³¹ Lozano Corbi, *op. cit.*, 43. Vid. también la referencia de Aparici Díaz, en su Prólogo a *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, de López Rosa, Jerez 1977, a las Actas del Congreso de Verona de 1948 y más concretamente a *La enseñanza del Derecho Romano en Yugoslavia*, de Horvat.

³² Posiblemente es el húngaro Polay quien expone, más claramente, las razones que justifican la enseñanza del Derecho Romano en estos países en su “L’insegnamento del Diritto Romano nei paesi socialisti”, en *Index*, 1, 1979, 131-132. Cfr. igualmente: Rebro, “Società socialista e cultura giuridica romana”, en *Index*, 12, 1984, 1 ss. Con carácter general es importante el estudio de Daza, *Estado y Derecho en Roma. Teoría marxista de la Historia y Derecho Romano*, Cuenca 1975, y el análisis crítico de W. Roces, “Necesidad de actualizar la enseñanza del Derecho Romano: Derecho Romano y marxismo”, en *Index*, 4, 1973, 35 ss. Resulta muy ilustrativa la referencia de Panero, *El Derecho Romano y la formación del jurista*, Barcelona 1988, 73, n. 89-c, a la conferencia en Barcelona, de Gabor Hamza, en 1987, sobre *El Derecho Romano en los países socialistas*, y en la que dió la primicia del descubrimiento en la antigua San Petersburgo de la primera obra de Lenin, su tesis doctoral de 1881, sobre *El papel del pretor en el desarrollo del Derecho Romano*, disertando igualmente sobre la obligatoriedad de la enseñanza de nuestra disciplina en la República Popular China, y sobre la posible influencia del Derecho Romano en Vietnam, como consecuencia del proyecto de codificación en base a las tradiciones francesas.

³³ *Derecho Privado Romano, II, Casos y decisiones jurisprudenciales*, Madrid 1985, 80 y referencias bibliográficas del autor recogidas en n.8.

³⁴ Sobre la enseñanza del Derecho Romano en América, vid.: *Index*, 4, 1973.

³⁵ Cfr., a efectos de la experiencia en la Facultad de Derecho de la Univ. Central de Barcelona, Panero, *op. cit.*, 18 ss.

³⁶ Referida por Camacho Evangelista en *Introducción histórica al estudio del Derecho Romano*, Granada 1980, 32.

dichas fuentes. Y lógicamente entendemos por *fuerza* no sólo, ni principalmente siquiera, la ley, sino todo elemento manifiesto que sirva de *ratio decidendi* a un acto de justicia.

Sin embargo, la capacidad de crítica y valoración, referida a un acto de justicia, no es una capacidad abstracta ya que no lo es tampoco la justicia, sino que se concreta en un problema, en una *quaestio iuris*. Por eso, la formación del jurista se evidencia y comprueba en la capacidad de resolver casos acertadamente, ya que es en ellos donde puede combinar las fuentes y hacer jugar el valor relativo de ellas. Una buena educación jurídica, pues, está íntimamente vinculada con la casuística como método de enseñanza, con toda la complejidad, riqueza e implicaciones que éste supone. La educación teórica se dirige a dar criterios certeros para la resolución de casos, y por consiguiente, se completa y pone a prueba en el caso mismo. La clásica pregunta *quid iuris?* dirigida a los jurisconsultos romanos, sólo tiene sentido formulada a propósito de un caso concreto.

Hacemos nuestra, por ello, la opinión de Biondi³⁷ cuando afirma que la mejor escuela jurídica sigue siendo siempre la de la jurisprudencia romana, que en modo definitivo enseñó al mundo verdades universales y métodos eficientes. De ahí que Álvarez Suárez³⁸ mantenga que la aportación de la jurisprudencia romana se nos ofrece en tres aspectos: una base previa, a modo de presupuesto o virtud general, *prudentia*; una segunda aportación consistente en la realización más directa de la labor jurisprudencial, en todo lo que ésta pueda tener de arte o experiencia vital; y finalmente, un tercer momento más impersonal y mucho más cercano a la *scientia*, en donde podríamos resumir todo lo que los juristas, en bloque, han ido sedimentando en cada época a través de toda su inmensa producción jurídica. Es verdad, por otro lado, que de esta producción y de este saber científico surgirán unos criterios paradigmáticos -*regulae iuris*-, pero nunca sería a modo de axiomas abstractos como las producciones científicas de los civilistas del siglo XVIII; al margen de que la preocupación constante del pensar jurídico es la solución de los problemas, sin que la obtención de la *regula* haya sido propuesta de antemano ni siquiera de modo inconsciente.

Igualmente sirve para posicionarnos en esta corriente la opinión de Fernández Barreiro, para quien “cada vez es más importante la fuerza de las corrientes doctrinales, que tratan de orientar la ciencia y los sistemas jurídicos hacia los caracteres estructurales y operativos de los Derechos jurisprudenciales: es bien sabido que esa es la fisonomía que presenta la tradición jurídica europea hasta el momento de las codificaciones...si bien tampoco puede desconocerse que la llamada doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales han desempeñado una función verdaderamente creadora de Derecho en los sistemas jurídicos codificados. La concepción jurisprudencial del Derecho parece poder dar respuesta, además, a algunos anhelos que no es difícil de apreciar en nuestro tiempo³⁹.”

Desde esta concepción de la importancia del Derecho Romano en la formación jurídica, y ante el planteamiento de un hipotético problema jurídico concreto, un jurista se encuentra en la necesidad de responder cinco cuestiones fundamentales:

³⁷ *Crisis del estudio del Derecho Romano*, en *Arte y Ciencia del Derecho*, trad. de Latorre, Barcelona 1953, 205 ss.

³⁸ *La Jurisprudencia Romana en la hora presente*, Madrid 1966, 108 ss.

³⁹ *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho*, cit., 15.

1. Qué criterios servirán de fundamento para resolver el problema.
2. Qué soluciones es posible aplicar.
- 3.Cuál o cuáles de esas soluciones son más adecuadas a la idea de lo justo.
- 4.Cuál de ellas es la más ajustada a la tradición jurídica de su medio cultural.
5. Cómo se ha de proceder para que, eventualmente, el juez apruebe su solución.

La primera cuestión se refiere a la crítica del sistema de fuentes, que tanta importancia tiene en la enseñanza romanística. Las cuestiones 2, 3 y 4 tienen una estrecha relación con la actividad jurisprudencial que los romanos designaban con el nombre de *respondere*, y constituyen lo más sustancial de la formación del jurista. La quinta cuestión, en cambio, está relacionada con el *carere* y se refiere más bien a la información jurídica; una aplicación de lo que se suele denominar jurisprudencia cautelar.

Se advierte con claridad que esta forma de transmisión del saber es la misma que usaban los juristas romanos, y en eso radica la clave sobre el valor de nuestra asignatura, que enseñada según el método descrito por la propia jurisprudencia clásica, reúne todas las ventajas de las corrientes, o puntos de vista, que habíamos considerado anteriormente, y además, añade otras nuevas que se relacionan directa y sustancialmente con la formación universitaria, que podemos tratar de sintetizar, sin dejar de considerar -como haremos a continuación- el factor corrector que en esta asignatura introduce el hecho de su ubicación en un primer año de Licenciatura, y con la finalidad de comprobar su recepción en Europa.

Decimos que la primera cuestión que se plantea al jurista ante un caso hipotético, es lo que se podría denominar el problema de las fuentes. En otros términos, ese jurista tendrá que decidir si, dentro de un esquema legalista, se ciñe necesariamente a la solución impuesta potestativamente, o si su búsqueda de fundamentos para las decisiones jurídicas se ha de hacer con la responsable libertad de un hombre de ciencia, y en este punto descubrimos que la magistral peculiaridad del Derecho Romano consiste en haber sido creación de los juristas, y no de la ley. Acaso este aspecto, más que ningún otro, le valió a nuestra Ciencia la enemistad del nacional-socialismo. Creemos que nunca se insistirá bastante en esta idea, que es la más alta lección de Roma: que el *ius* es obra de los jurisprudentes, conocedores de lo justo o injusto, y no del *poder legislativo*, o de la *lex* o ley pública. La contraposición, así, del Derecho frente a la ley entre los romanos, no es más que una de tantas manifestaciones de otra más profunda, que dió significado a toda su vida política y jurídica: la contraposición entre *auctoritas*, o saber socialmente reconocido, y *potestas*, o fuerza socialmente reconocida. Toda la experiencia histórica del pueblo romano parece mostrarnos, con una insistencia casi obsesiva, las vicisitudes de esta dualidad, que se mantuvo clara y precisa en las épocas de mayor tensión creadora. La autoridad de jueces y jurisconsultos frente a la potestad de los Cónsules. La autoridad de jurisconsultos y jueces frente a la potestad de los magistrados. Después vendrá la crisis de la República. Más adelante, y como consecuencia de ella, la conservación ficticia de la *libertas* por Augusto. Y así se llegará a la burocratización de la actividad productora del *ius* a partir de Adriano, y a la confusión, bajo el Dominado, de esos conceptos de autoridad y potestad. El Estado Moderno, surgido tras la ruptura de la *Respublica christiana bildebrandiana*, se funda bajo el criterio de que esa confusión era necesaria e inevitable. El positivismo jurídico de nuestros días, al no

reconocer otro Derecho que el contenido en la ley, no viene a significar más que la lógica consecuencia de esa identificación. Dicho con otras palabras, viene a aceptar como algo incuestionable que sólo quien detenta la potestad legislativa tiene autoridad para formular el Derecho, quedando así los juristas expropiados de la genuina autoridad que los capacita para una función creadora, convirtiéndose en meros servidores de la ley. Consecuentemente, el daño social también ha sido grande, porque el Derecho en lugar de nutrirse de la fuente jurisprudencial, flexible por naturaleza, lo ha hecho de la fuente legal, totalmente rígida, por lo que, en vez de avanzar por el fácil camino de la evolución, ha debido hacerlo por el siempre tortuoso de la revolución. Por todo ello, pensamos que el estudio del Derecho Romano debe orientarse hacia esa finalidad de restablecer la autoridad de los juristas, y con ello su dignidad. Y nada más aleccionador, en este sentido, que observar a través de los casos que nos muestra el Digesto, los precedentes en los que fundamentan la resolución del problema, y la manera con la que logran, a través de la interpretación restrictiva, que los actos de poder se mantengan, en cuanto sea posible, fuera del ámbito privativamente prudencial del *ius*. De ahí que seamos partícipes de llevar a los alumnos esencialmente esta visión, más que las razones universalistas de Koschaker⁴⁰ que quedarían en un segundo, aunque importante, plano de objetivos para cumplimentar. Empero, esta vía sería, además, el avance más seguro en la lucha por la integración y la unificación jurídica, por cuanto trasciende a los nacionalismos y evita las suspicacias del poder de los Estados. En el campo del Derecho marítimo, por ejemplo, se han probado los frutos de la unificación jurisprudencial, y entendemos que la educación común de todos los juristas del mundo en el Derecho Romano clásico, que les de una disposición mental de independencia coincidente plenamente con la de aquéllos creadores del *ius civile*, tendrá que dar, simultáneamente, el resultado de proporcionar una cultura jurisprudencial básica con alcance universal, y de despertar en los estudiosos una nueva actitud que conduzca, por vía de *auctoritas* a la unificación jurídica.

Por otro lado, en relación con aquellos problemas que afectan, según veíamos, al *respondere*, el valor formativo del Derecho Romano puede ser, acaso, tan notable como lo es respecto a las fuentes del Derecho, no sólo en cuanto puede tener categoría de concreción histórica de un sistema perfecto, o en cuanto representa el elemento más importante de nuestra tradición jurídica, sino sobre todo porque su conocimiento es indispensable para confrontar la congruencia sistemática de nuestro Derecho, y eventualmente, para lograr mediante comparación crítica la corrección de anomalías y anacronismos que se mantienen en el sistema contemporáneo. La reunión de Bayona, a la que hacíamos referencia, parecía tener muy presente este aspecto del interés del Derecho Romano, cuando mantenía que procuraría presentar al alumno el desarrollo del programa dentro de una visión sistemática, que muestre la congruencia histórica del conjunto total de las instituciones. El Derecho Romano es un elemento permanente de crítica para el Derecho moderno, más que por permitir contrastar una realidad presente y todavía en formación con otra ya cumplida a través de un ciclo histórico completo, por cuanto los conceptos jurídicos elaborados por los romanos han servido a los juristas modernos para construir sus propios sistemas; aunque muchas veces esa labor se ha realizado sobre una comprensión defectuosa o un aprovechamiento indebido de los

⁴⁰ *Europa y el Derecho Romano*, cit., 478.

conceptos utilizados. Plásticamente, decía A. D'Ors, utilizando una metáfora aún viva y aleccionadora, “que con el Derecho actual ocurrió algo semejante a lo que podemos observar en los claustros románicos, cuyos capiteles son todos distintos porque en un principio el artista se halló en la necesidad irremediable de aprovechar materiales dispersos e incoherentes de viejos edificios romanos. Así nuestro Derecho, fraguado por legistas medievales, se compone de viejos materiales artificialmente ensamblados, que muchas veces no guardan armonía entre sí”⁴¹. La tarea del romanista, conocedor de los estilos y de la concordancia de cada material, será depurar la estructura, eliminando los arcaísmos inservibles, poniendo de manifiesto las incoherencias, y sugiriendo las soluciones probadas por una experiencia no superada. Los ejemplos que se pueden aducir en este sentido son numerosos, aunque *ad exemplum* podemos mencionar alguno.

Así, y pese a los esfuerzos de elaboración doctrinal, resulta imposible distinguir en el sistema del Código Civil tres instituciones tenidas por diferentes, como son el usufructo de cosa consumible - *quae usu minuntur*- o cuasiusufructo (art. 482); el mutuo o préstamo de consumo (art. 1753), y el depósito irregular, figura ésta cuya existencia resulta en extremo dudosa en la legislación española, dados los términos del art. 1768, pero que permanece en otros Códigos de tradición romana. La existencia de estas tres categorías es un residuo histórico anacrónico procedente del academicismo arcaizante de los recopiladores. La distinción se explica plenamente dentro del sistema clásico de acciones formularias, ya que mutuante, depositante y estipulante, en la *cautio usufructuaria*, deben emplear acciones diferentes que determinan en consecuencia posiciones jurídicas diversas. Así el *mutui dans* reclamará la cantidad prestada mediante *condictio*, acción abstracta que sitúa al acreedor en una situación especialmente ventajosa. El estipulante reclama la promesa caucional del cuasiusufructuario a través de la *actio ex stipulatu*, acción ésta con *demonstratio*, que deja el *onus probandi* de la causa al demandante. Y la cantidad depositada, por último, se pide por acción contractual, *ex fide bona*, mucho más conveniente para el demandante que las dos anteriores. Cuando en el procedimiento cognitorio se pierde la tipicidad de las acciones, será el contenido de las obligaciones, y no la forma de reclamarlas, lo que determine sus efectos. Sin embargo Justiniano mantiene en el *Corpus Iuris* las tres figuras que han pasado a los Derechos modernos por simple *vis inertiae*.

La categoría de los cuasicontratos tan merecidamente criticada por la Ciencia jurídica contemporánea, es también una disonante construcción postclásica, surgida de las *datationes ob causam* en un momento en el que se procura explicar la totalidad de los elementos obligacionales a través de la difícilmente aprehensible intención o *voluntas*.

La imposibilidad de reivindicar los géneros, que hace en la práctica inoperante el carácter general y abstracto que el moderno Derecho atribuye al dominio, es fuente de innumerables obscuridades para la dogmática jurídica contemporánea, pero el romanista animado por el claro principio clásico de que es la acción la que determina la naturaleza de los derechos, y no al revés, se siente seguro en ese difícil terreno, y no vacila en afirmar, con más sentido realista, que sólo puede

⁴¹ *Los romanistas ante la crisis de la ley*, en *Escritos Varios*, ya cit., 14.

existir dominio sobre bienes individualizables que admiten simultáneamente el uso y disposición, pues únicamente ellos son perseguibles por medio de la acción reivindicatoria.

En fin, el difícil tema de las obligaciones indivisibles; la discusión interminable sobre la naturaleza del derecho de retención; el misterio de un derecho real de uso diverso del usufructo; la irrupción de una categoría de bienes registrables que afecta al régimen de los inmuebles. Y tantos problemas más de alto interés para el civilista, y que muestran una incongruencia estructural que sólo la comprensión acabada del proceso de recepción imperfecto, incompleto o desvirtuado, a partir de las fuentes romanas clásicas, puede a la vez explicar y superar con una adecuada labor de creación jurisprudencial.

La extraordinaria capacidad de concreción casuística que muestra la jurisprudencia romana se debe, sin duda, a que el Derecho Romano es un sistema de acciones, y no de normas ni de derechos subjetivos. El Derecho Romano se nos presenta, fundamentalmente, no como doctrina jurídica perfecta, sino como proceder perfecto, en el decir de A. D'Ors⁴². Para él todas las observaciones que se han hecho en el sentido de que la teoría jurídica romana constituye una *dogmática embrionaria*⁴³, parten del infundado prejuicio de que el Derecho es antes norma que acción, y que los aspectos jurídicos procesales son meramente adjetivos, mientras que entiende, en cambio, que el mayor mérito del sistema romano sería el haber exaltado y desarrollado los elementos dinámicos, dejando reducida la dogmática a estado de larva. Ciertamente los clásicos no construyeron una teoría del negocio jurídico, ni una doctrina sobre la posesión, ni un sistema clasificatorio de los contratos, sin embargo Gayo tiene necesariamente que dar ese sabor escolar a su enseñanza básica o elemental del Derecho. Es decir, en el mismo instante en el que el investigador o el estudioso del Derecho se transforma en docente, se da cuenta -ya desde Gayo- de la importancia de la dogmática jurídica, pareciéndonos excesiva esa afirmación de D'Ors de dogmática en estado de larva la que pudiéramos encontrar en los juristas romanos. Ya hemos mantenido en otro lugar⁴⁴ que, el propio D'Ors⁴⁵, después de plantear una serie de problemas metodológicos referentes a la investigación de este Derecho, hace unas advertencias respecto del método de enseñanza, y dice "que la enseñanza debe ir siempre a la zaga de la investigación y recoger de ésta *tan sólo los resultados* que el transcurso del tiempo ha venido a comprobar como aceptables. Esto quiere decir que, aunque el investigador debe trabajar desde hoy en la elaboración de un sistema de acciones, en su enseñanza debe seguir en cambio la sistemática tradicional", agregando: " Al decir sistemática tradicional nos referimos a la llamada sistemática alemana elaborada por la pandectística, o mejor quizá, a la todavía más tradicional que divide la materia en

⁴² *Los romanistas ante la crisis de la ley*, cit., 14.

⁴³ Precisamente esta calificación de la dogmática romana como embrionaria ya estaba ínsita en una de las preguntas de la *Inquietud* de Labeo, cit., y asienten en darle tal denominación: Baijc, 52; Betti, 54; Burdese, 56; Falenciak, 67; Horvat, 77; Pugliese, 193, y Visky, 207.

⁴⁴ López Rosa, "Estudios de Derecho y formación de juristas. Un apunte a propósito de la reforma de los planes de estudio", ya cit., 3795, n.5.

⁴⁵ *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, cit., 59.

Personas, Cosas y Acciones”. En definitiva la vieja metodología gayana que llega incluso hasta el nuevo Código de Derecho Canónico de 1983.

Nos declaramos, por ello, fundamentalmente de acuerdo con esa orientación docente de la disciplina, toda vez que tener la responsabilidad de su exposición en el Primer Ciclo de la Licenciatura y dentro de él, en el primer año, junto a esa otra finalidad de servir de análisis a la recepción del Derecho Romano en los distintos sistemas jurídicos europeos, nos obliga a transmitir, al que se inicia en el complejo mundo del Derecho, unos conceptos, ya elaborados apriorísticamente, que le permita adquirir una mínima seguridad, incluso terminológica, en el aprendizaje de la técnica jurídica; precisamente por esa servidumbre, debemos ser dogmáticos, sin tener por ello que dejar de insistir en lo que supone siempre en una institución o concepto la evolución histórica.

De ahí que se afirme⁴⁶ que, probablemente, la utilidad del Derecho Romano está en relación directa con el problema didáctico de cómo enseñarlo, y en este punto parece preferible la explicación histórica o casuística a la dogmática, teniendo siempre presente que el método pedagógico, consistente en el casuismo jurídico, requiere una previa información institucional de los alumnos y el conocimiento de la terminología jurídica, es decir, una previa formación teórica formulada de modo sistemático, que sirva de base al inicio del razonamiento jurídico, que implica la práctica casuística. Se trata de aplicar a la enseñanza del Derecho Romano el mismo método casuístico que aplicaron los jurisconsultos clásicos y republicanos, que tenía una finalidad práctica, sin olvidar, no obstante, que por encima de las decisiones particulares y de la construcción de principios y reglas elaboradas por estos jurisconsultos, están las antiguas instituciones del *ius civile* y los principios morales que inspiran el ordenamiento jurídico, como la *bona fides*, la *aequitas*, el *officium*, la *utilitas*, etc.

Convencidos, pues, de la bondad del Derecho Romano entendido en su importancia como formación jurisprudencial⁴⁷, y hechas las matizaciones oportunas, debemos insistir en que los jurisconsultos tienen la virtud de encadenar siempre sus conclusiones a la consideración de un litigio real o posible, y esta virtud les impide divagar. Por eso, donde se demuestra el mayor refinamiento de sus *responsa* es en el juego coherente de los distintos recursos procesales de que pueden disponer las partes en una controversia; y cuando se trata de crear, el resultado de ésta es una nueva acción, o un interdicto, o el texto de una estipulación, o, como en el caso de la cuota ideal de los condóminos, una novedad que facilite la posición jurídica de los interesados. Consecuentemente, cuando se observa en la actualidad la tendencia a apartarse de los esquemas conceptuales y volver lo que impropiaamente se ha dado en llamar criterios de justicia material, no

⁴⁶ Cfr.: A. Fernández de Buján, “Clasicidad y utilidad del Derecho Romano”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (Bicam), ya cit., 6, 1987, 56-57.

⁴⁷ Sobre el valor que para la actualidad tiene el método de los jurisconsultos romanos, vid.: Valiño, *110 casos de Derecho Romano y otros ejercicios prácticos*, Valencia 1983; Miquel, *Quaestiones. Docencia del Derecho a través del casuismo romano*, Barcelona 1985; Ortega Carrillo de Albornoz y Camacho Evangelista, *Juristas romanos y práctica jurisprudencial*, Granada 1986; García Garrido, *Responsa. Cien casos de Derecho Romano planteados y resueltos*, Madrid 1988; y A. Torrent, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Madrid 1993.

podemos dejar de pensar que la mentalidad casuística de los romanos coadyuvará al intenso proceso de revisión del legalismo como la Ciencia Jurídica reclama, y que la propia necesidad de alumbrar un sistema de alcance universal nos hará aproximarnos, más que nunca en la Historia moderna, al estilo de los *responsa*. Por ello se podría decir que, en cierta manera, la vuelta a Savigny que propiciaba Koschaker puede que sea una realidad, sólo que el modelo será el Derecho clásico y no el justiniano, del que imitaremos su perfecto proceder, es decir se tratará de una imitación formal, no material. La nueva actividad docente será, entonces, una síntesis en la que se fundirá el *Derecho de profesores* y el *Derecho de juristas*, ya que la consideración casuística es, a la vez, teórica y práctica. Teórica en cuanto exige un análisis minucioso y pormenorizado del supuesto de hecho; la calificación de las instituciones jurídicas que entran en juego; el conocimiento de la masa de respuestas históricas jurisprudenciales, legales y consuetudinarias que pueden ser aplicables al caso; y la selección crítica de las más adecuadas. Pero práctica también en cuanto habitúa en el juego de los recursos procesales, al comprometer en toda ocasión a quien se ejercita, con el supremo interés jurídico existencial de obtener sentencia favorable⁴⁸.

En esta situación, concebido el Derecho Romano en su originaria dimensión jurisprudencial, a nadie escapa que podría constituir un vehículo poderoso e insustituible para la aproximación de los sistemas continental y anglosajón, puesto que éste último -sistema abierto o jurisprudencial, de *common law*-, en el que el Derecho lo crean los jueces mediante la solución de casos -*case law method*- que crean precedentes que se invocan para nuevas decisiones y sentencias, está muy cercano al método clásico de enseñanza jurisprudencial. Este punto de vista es puesto de relieve frecuentemente por los romanistas ingleses y norteamericanos. Así Powell⁴⁹, de la Universidad de Londres, recalca la similitud de métodos de razonamiento jurídico que hay entre los Derechos inglés y romano, siendo más explícito aún Ehrenzweig⁵⁰, de la Universidad de Chicago, al estimar que el Derecho Romano no sólo es útil debido a los puntos de contacto entre el sistema lógico-jurídico romano y la técnica del *Common Law*, sino por cuanto facilita a los estudiantes norteamericanos la comprensión de los modernos sistemas jurídicos extranjeros. En síntesis, la presentación del Derecho Romano en su auténtica fisonomía de sistema de acciones, puede conducir a la superación del legalismo y a la restauración de la *auctoritas* de los juristas, ofreciendo a los estudiantes, sobre los antecedentes del Derecho moderno, más que un sentido genético, un significado crítico y corrector, y por último, estimulará la formación de una jurisprudencia universal, común no solamente a los países de tradición europea continental, sino que abarcará también a los que siguen el sistema del *Common Law*, a través de una casi idéntica lógica jurídica de *responsa* jurisprudenciales, y que comienza a interesar, incluso a los Filósofos del Derecho⁵¹.

⁴⁸ En la *Inquieta* de Labeo cit., fue mérito de Beimart, 53, poner de relieve esta posibilidad de síntesis superadora que ofrece el estudio del Derecho Romano.

⁴⁹ *Inquieta* de Labeo, cit., 193.

⁵⁰ *Inquieta* de Labeo, cit., 65.

⁵¹ Muy interesante en este sentido de coadyuvar al espíritu crítico y a la libertad de estudio e interpretación, consustanciales en el oficio de juriconsulto, resulta el libro del filósofo del Derecho J. Calvo González, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo intertextual para el Derecho*, Barcelona 1992.

Pero por encima de todo, la experiencia romanística, como decía Orestano⁵², debe tomarse siempre y en todo caso como elemento eficaz y concreto aplicable a la experiencia presente⁵³. De ahí que para J. Iglesias, reciente premio Príncipe de Asturias en Humanidades, “toca a los romanistas, en primer término, la defensa del Derecho Romano, y no por propio bien, sino por bien que sirve a los intereses de la sociedad. Toca a los romanistas ser maestros auténticos en tal defensa, y a todas horas y en toda circunstancia...Toca a ellos ser tan insignes maestros como capaces de insuflar en los jóvenes, jóvenes escolares, un aire animador que no mueva a estos a ignorar el Derecho Romano, para no dejar de ser juristas el día de mañana”⁵⁴, insistiendo el mismo autor en la convicción de que esta disciplina jurídica es un precioso ingrediente de nuestra propia cultura occidental⁵⁵.

Sin embargo, y por las circunstancias antes apuntadas de una asignatura que tiene un alto valor propedéutico, no se puede despreciar la recomendación de Guarino que considera que el futuro de la enseñanza del Derecho Romano en nuestras Facultades pasa también por una actualización de los estudios romanísticos, mediante la utilización de un lenguaje dogmático moderno y la investigación de temas relacionados con el Derecho positivo⁵⁶. Porque “un coloquio con los antiguos juristas romanos, cuya grandeza nunca ha sido ignorada, puede servir todavía hoy para la formación de aquella mentalidad o sentido jurídico que, ante el incesante cambio de la legislación, permite afrontar cualquier problema. Ser jurista no significa conocer la ley, ni tampoco hacer observaciones agudas en torno a los problemas jurídicos, lo que puede ser incluso útil, pero no da plenitud al jurista. Este es, en cambio, quien, consciente de la función social del Derecho, sea capaz de captar verdaderamente, en su esencia y en su fin el problema del Derecho, que no es más que el problema de la justicia, la cual actúa siempre, aún cuando no sea explícitamente invocada, tanto en los esquemas y doctrinas como en la aplicación práctica de las mismas. La Ciencia del Derecho no puede ser más que el arte de lo justo, como la concebían los romanos”⁵⁷.

Finalmente no quisiéramos dejar de señalar que si es cierto que se cumple el objetivo político y económico de unificación en la Unión Europea, es lógico el planteamiento inmediato de una hipotética unificación jurídica, conforme a la identidad cultural que referíamos al comenzar nuestra reflexión. Y esa unificación en el campo del Derecho tendría que superar el vulgarismo, el judicialismo y el método más propio del Derecho Internacional Público de los que adolece el actualmente denominado *Derecho Comunitario*, que debería ser sustituido, como dice Camacho Evangelista⁵⁸, por una vuelta, otra vez, a un *Ius europeum*, a un Derecho común europeo que partiría

⁵² *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, 2ª ed., 1961, 605.

⁵³ Cfr.: R. Herrera Bravo, “Orígenes romanos de la sistemática del Derecho civil contemporáneo”, en *Revista de la Fac. de Derecho de Granada*, vol. I, 1979, 11 ss., así como, del mismo autor, “Modelos jurisprudenciales de creación del Derecho”, en la misma Revista granadina, vol. IX, 1986, 193 ss.

⁵⁴ “Derecho Romano. Juvenes e antecessores”, en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid 1978, 224.

⁵⁵ “Cultura, Universidad y Derecho Romano en al encrucijada de nuestro tiempo”, *Labeo*, 35, 1989, 1.

⁵⁶ “Cinquant’anni dalla Krise”, en *Labeo*, 34, 1988, 43 ss.

⁵⁷ Biondi, “Ricordi e riflessioni di un giurista che lascia l’insegnamento di Diritto Romano”, en *Scritti Giuridici*, IV, 1965, 894.

⁵⁸ *Historia del Derecho Romano y su Recepción en Europa*, Granada 1994, Prelección, VII.

de bases jurídicas identificables por componer la tradición jurídica europea desde siglos y que, además, sería la única garantía de la autonomía del saber jurídico⁵⁹. Y qué duda cabe que esta realidad europea inmediata reafirmaría aún más si cabe la argumentación que hemos manejado en torno al valor actual del Derecho Romano, la necesidad de su estudio y la metodología docente más adecuada.

RESUMEN: La importancia del Derecho Romano hoy está en ser un elemento imprescindible de *formación jurisprudencial* para los alumnos. Y su estudio debe orientarse hacia esa finalidad de restablecer la autoridad de los juristas. Nada más aleccionador, en este sentido, que observar a través de los casos que nos muestra el Digesto, la independencia y amplitud con que los juristas escogen los principios, opiniones y precedentes en los que fundamentan la resolución del problema. Además, esta vía es el avance más seguro en la lucha por la integración europea y la unificación jurídica, al superar los nacionalismos y evitar las suspicacias de los Estados.

RIASSUNTO: L'importanza del Diritto Romano oggi è in essere un elemento imprescindibile di *formazione giurisprudenziale* per gli studenti. E il suo studio deve orientarsi a questa finalità di ristabilire l'autorità dei giuristi. Nulla più consigliabile, in questo senso, che verificare attraverso dei casi che ci racconta il Digesto, l'indipendenza e ampiezza purché giuristi scelgono principi, opinioni e precedenti in ciò che fondare la risoluzione del problema. Inoltre, questa via è l'anticipo più sicuro nella lotta per l'integrazione europea e l'unificazione giuridica, al superare nazionalismi e evitare le diffidenze degli Stati.

⁵⁹ Cfr. también: De los Mozos, "Integración europea. Derecho comunitario y Derecho común", en RDP 1993, 211 ss. Igualmente recuérdese que, partiendo del Código Civil italiano vigente que unifica la materia contractual privada, civil y mercantil, recogiendo el modelo napoleónico y el alemán del BGB, Gandolfi ha preconizado la formación de un Código europeo de contratos que ha tenido una enorme acogida, y en la que participan civilistas y romanistas europeos del mayor prestigio (Vid.: Camacho Evangelista, *op. cit.* en nota ant., Prelección, VII-VIII).