

## LA FINALIDAD DE LA ENSEÑANZA ROMANÍSTICA Bases intelectuales para la presentación de un programa de estudio

*Francisco Samper*  
Profesor de Derecho Romano

### RESUMEN

*El autor examina las diversas posibilidades para la orientación de un programa de Derecho Romano adecuado a los estudios de Licenciatura en Derecho y analiza los vacíos de las posiciones metodológicas más conocidas: el "bilingüismo jurídico", de Devoto; la de quienes consideran el Corpus Iuris como ratio scripta y el Derecho Romano como concreción histórica del Derecho Natural y, sobre todo, la tan difundida posición de quienes exaltan el interés de esta ciencia en cuanto es el antecedente del derecho civil moderno. Frente a las dichas tendencias, el autor preconiza el estudio del Derecho Romano de la época clásica como elemento insustituible de formación jurisprudencial, en cuanto pone de relieve, en primer lugar, el espíritu de libertad jurisprudencial que florece dentro de un sistema "científico" o "prudencial" no legalista y prácticamente desprovisto de normas imperativas; en segundo lugar, su estructura como "sistema de acciones típicas" y no de "derechos subjetivos", que hace del derecho clásico un "proceder perfecto" antes que un "dogma perfecto" y, por último, su valor corrector o crítico frente al derecho moderno.*

1. Se ha dicho en más de una oportunidad que la enseñanza propiamente universitaria no es "útil" en el sentido de subordinación, sino que tiene por contenido el ejercicio del *otium (scholae)* o contemplación intelectual formativa<sup>1</sup>, si ello es verdad para todo estudio universitario, con especial énfasis ha de serlo respecto de una asignatura cuya razón íntima de ser, dentro del plan de estudios, se inserta en esa ejemplaridad pura, alejada de cualquier interés crematístico o inmediateista. Por eso partimos del principio según el cual no sólo la tarea del universitario como investigador del derecho histórico ha de estar exenta de motivaciones utilitarias, en cuanto el conocimiento del derecho del pasado debe aparecer como un fin en sí mismo, independientemente del provecho que ese saber pueda proporcionar al hombre del presente, sino que la misma transmisión de esos conocimientos aprendidos ha de llevar la impronta de autonomía indispensable para que tal enseñanza alcance la dignidad universitaria. En este riguroso sentido, no tendría objeto el problema de la "utilidad" o los "fines" de la enseñanza del Derecho Romano dentro del plan de estudios de las Facultades de Derecho, ya que nuestra ciencia, en sí misma, no es "sierva", no "sirve" a otros propósitos diversos de la satisfacción intelectual que su conocimiento proporciona.

Sin embargo, en un sentido más amplio, sí es legítimo afirmar que el Derecho Romano desempeña un papel, aporta un cariz formativo especial dentro del plan de estudios, y que de su enseñanza se esperan determinados resultados intelectuales y espirituales en el alumno, que ninguna otra materia alcanzaría tan cumplida-

<sup>1</sup> Sobre este tema vid. por todos, PIEPER, *Musse und Kult*, 17 ss. con bibli.

mente. Así se puede decir que el Derecho Romano “colma una función” o “se encamina a un fin” específico en el contexto de la formación de los juristas, y en ese sentido “sirve” no a otras ciencias o a una utilidad mundana, sino a la formación personal del universitario que aspira a ser jurista. Semejante forma de “servicio” personal impone al profesor un doble acto de selección, habida cuenta que los alumnos toman la asignatura de Derecho Romano como un elemento entre varios para su formación jurisprudencial: por una parte selección material (qué se enseña), de modo que se centre la transmisión a aquellos sectores de la vida jurídica romana más propios para llenar las finalidades a que responde la inclusión de nuestra asignatura en el programa de estudios de las Facultades de Derecho; por otra parte selección formal (cómo se enseña), de manera que el alumno obtenga el mayor provecho de la enseñanza. En otras palabras, el programa de la asignatura, por su contenido, su distribución y su desarrollo, ha de ser congruente con los fines generales a que propende la enseñanza del Derecho y, además, con el concreto papel que dentro del contexto general de dichos fines es asignado a la cátedra de Derecho Romano.

Naturalmente resulta obvio decir que en cuanto la enseñanza, o para mejor decir el objeto enseñado, se selecciona entre aquellos que hemos llegado a conocer, el campo de la enseñanza puede ser más restringido que el de la investigación, pero nunca más amplio<sup>2</sup>. De tal manera que si en otra oportunidad<sup>3</sup> rechazamos la posibilidad de llevar la investigación romanística al terreno que llamamos ultrahistórico, con mayor razón rechazaremos situar la enseñanza en un punto de vista que nos haga concebir al Derecho como un capítulo de la Historia General, o como un caso de aplicación particular de leyes de evolución sociológica, o como un ejemplo entre muchos, aunque se clasifique como el más importante, de los llamados derechos de la antigüedad. La enseñanza ha de fluir naturalmente como el resultado de la investigación, de manera que queda condicionada por ella, pues es una forma, entre varias, de transmisión del saber adquirido como resultado del proceso inquisitivo; así pues, si hemos decidido excluir los derechos de la antigüedad del cuadro epistemológico del Derecho Romano, deberemos consecuentemente renunciar a la enseñanza de dicha materia en nuestra cátedra. Este es un punto, por lo demás, que reconocen inclusive aquellos que estiman que la investigación romanística se ha de configurar dentro del “Derecho Antiguo”: así Duff, discípulo de Wenger, duda de la utilidad de su enseñanza, al menos en un curso de licenciatura<sup>4</sup>. De Visscher reconoce que los derechos de la antigüedad carecen de una fisonomía precisa de conocimiento, lo cual impide que su asociación en la enseñanza con el Derecho Romano pueda rendir verdadero provecho, y por eso estima que la enseñanza de los derechos antiguos se ha

<sup>2</sup> Anotamos la opinión de D'ORS, *Presupuestos*, 59: “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”. Se podrá agregar que de aquellos resultados que tienen —en el caso de la enseñanza del derecho— un interés formativo jurisprudencial.

<sup>3</sup> SAMPER. Sobre los problemas de la investigación romanística, en *Revista Chilena de Derecho* (1988) 15, Nº 203, pp. 288 ss.

<sup>4</sup> En *Inchiesta sullo studio e insegnamento del Diritto Romano*, en LABEO (1956), cit. en adelante: LABEO (1956) *Inchiesta*, p. 64: “No creo que el tiempo de los pregraduados pueda dedicarse con provecho a ese estudio”.

de reservar para cursos de alta cultura jurídica<sup>5</sup>. Gaudemet cree "deseable" pero no "indispensable" el estudio de los derechos antiguos, y aunque sus consideraciones se refieren más bien a problemas de investigación, parece que al reconocer la necesidad de una extrema especialización entre los que se dedican a estos estudios descarta la posibilidad de que sean expuestos en programas de licenciatura<sup>6</sup>. Nosotros ya hemos juzgado esta posibilidad de enseñanza al juzgar y delimitar el campo científico del Derecho Romano, pero inclusive si en este punto hubiéramos llegado a una conclusión distinta, al igual que Wieacker<sup>7</sup>, habríamos diagnosticado que su enseñanza, en el curso de licenciatura, es perturbadora, porque conduce a una información poco coherente de datos de escaso valor formativo: en cualquier caso, y máxime para una asignatura histórica, el criterio cualitativo de la formación ha de prevalecer sobre el cuantitativo de la información<sup>8</sup>.

2. *El Derecho Romano como cultura histórico-jurídica.* Una opinión muy difundida fundamenta la importancia formativa del Derecho Romano en una razón que pudiéramos llamar "de cultura histórica"<sup>9</sup>: las consideraciones sustanciales en este orden de ideas parecen ser las siguientes: ante todo, que el Derecho Romano es el único sistema jurídico cuyo nacimiento, crecimiento, crisis y deterioro es posible estudiar en conjunto: doce siglos, desde la época de los orígenes de Roma hasta la estratificación definitiva en el *Corpus Iuris* de Justiniano —sin considerar la "segunda vida" de la Recepción— nos dan la imagen de un ciclo completo, cuyos detalles, por lo demás, conocemos con una perfección no comparable ni remotamente con cualquier otro derecho histórico. Además, el conocimiento de un derecho histórico viene a constituir algo así como un fenómeno de "bilingüismo jurídico", según la gráfica y feliz frase expresada por Devoto; este punto de vista, al igual que el anterior, recalca la importancia del estudio del Derecho Romano en cuanto derecho "distinto" del actual, no en cuanto antecedente, y presupone, en primer lugar, que el bilingüismo jurídico es conveniente en cuanto permite comparar y valorar críticamente formas diversas de producción

<sup>5</sup> LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 62: "Los llamados derechos de la antigüedad no ofrecen, al menos por ahora, un cuadro preciso en que el Derecho Romano pueda situarse con real provecho desde el punto de vista de la historia general de las instituciones. Estimo que... esta materia debería reservarse para los niveles más altos de la enseñanza universitaria".

<sup>6</sup> LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 71.

<sup>7</sup> LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 208.

<sup>8</sup> Sobre las tendencias de las Facultades Jurídicas francesas en cuanto a la enseñanza del Derecho Romano, influidas por el sociologismo comparativista, vid. las observaciones de GROSSO, *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*, pp. 157 ss. El autor cree que ni desde el punto de vista histórico ni desde un punto de vista de la formación jurídica se puede parangonar el Derecho Romano con los demás derechos de la antigüedad, pero su crítica contra el sistema francés es más radical, en el sentido de que ni siquiera es un programa de utilidad para los estudios de derechos cuneiformes, derecho egipcio, etc. Difícilmente pueden dar idea de las relaciones de causalidad entre derecho y factores ambientales. Crítica más extensa y reciente en F. BARREIRO, *Los estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoleón* (Roma-Madrid, 1970), pp. 103 ss.

<sup>9</sup> En la encuesta de LABEO, 1956, fundamentaron sobre este tema la importancia del Derecho Romano autores como Albanese (p. 50), Baijc (p. 52), Burdese (p. 56), De Visscher (p. 63), Devoto (p. 63), Falenciak (p. 68), Gaudemet (p. 72), Gioffredi (p. 75), Diestlig (p. 83), Orestano (p. 191), Biscardi (p. 211).

jurídica y de soluciones a conflictos; en segundo lugar, que es formativo en cuanto libera al alumno de una posible propensión a creer que el sistema actual y la “dogmática jurídica” por él empleada habitualmente, son las únicas pensables y realizables en el mundo del derecho: el estudio del derecho histórico podrá liberar así al joven jurista de un excesivo apego al derecho positivo bajo cuyos esquemas actúa y le dará una mayor soltura cuando tenga que enfrentarse con una labor creadora o reformadora. Paradójicamente, pues, resulta que el conocimiento del pasado es el mejor antídoto contra el inmovilismo, pues nos hace concebir como pasajeras las realidades presentes.

Todas estas consideraciones son en gran parte verdaderas, y aun se podría agregar a ellas que el derecho es un aspecto de la civilización o cultura, y que su forma de expresar la concepción que el hombre tiene de los valores sociales y morales nos mostrará, en cada caso, la fisonomía operativa de cada cultura diversa. También se puede agregar que los procesos de crecimiento y decadencia experimentados por un derecho cuyo ciclo completo nos es conocido pueden servirnos de antecedente, diagnosis y advertencia para conocer nuestra propia situación en el mundo de hoy; que, por ejemplo, el movimiento de “vuelta a la naturaleza”, que marca el derecho romano vulgar, nos ha de 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. Todas estas consideraciones, decíamos, son en gran parte verdaderas, pero no justifican por sí mismas, ni exhaustivamente, la inclusión de la asignatura en el programa de estudios de licenciado. Ante todo, creemos que la conveniencia del Derecho Romano no se debe a que este es el único ciclo jurídico completo que ha llegado a ser conocido: ello constituye, evidentemente, una ventaja para su estudio, pero nos atreveríamos a afirmar que quienes sustentan semejante argumento estarían de acuerdo en que el estudio del Derecho Romano seguiría siendo preferible aun en el caso de que otro ciclo histórico-jurídico —el hebreo, por ejemplo— nos llegara 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 decir lo mismo cuando pretendemos extraer, de la experiencia que nos entrega su historia, leyes generales de evolución jurídica, a la manera que lo intenta Decckers. Ya advertimos en una oportunidad que no creemos en la posibilidad de establecer leyes históricas de carácter general<sup>10</sup> y en este sentido, todo lo más, podemos llegar a conjeturar 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 la consiguiente exaltación de aquellos aspectos que podríamos llamar “materiales” del derecho: moral, sociología, economía. También el fenómeno del “bilingüismo jurídico”, que efectivamente es adecuado para establecer puntos de comparación y para liberarse de la servidumbre al 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, el sistema anglosajón, tan anómalo cuando lo juzgamos con criterios continentales. Pero creemos que la importancia formativa del Derecho Romano es distinta a la que puede ofrecer el estudio del derecho comparado, y que si éste da elementos de crítica respecto del derecho

<sup>10</sup> SAMPER. 1.c., pp. 264, ss.

“vigente” en nuestro ámbito, lo hace en forma diversa de como lo puede hacer el derecho histórico. Parafraseando la expresión de Devoto diríamos que el estudio y conocimiento del Derecho Romano, más que un fenómeno de “bilingüismo jurídico”, lo es realmente de “filología clásica jurídica”.

3. *El Derecho Romano como “sistema perfecto”*. Cercana a la opinión que comentamos es aquella otra que ve en el Derecho Romano la realización histórica de un sistema jurídico perfecto. Según tal posición, 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, pese a sus peligros de abstracción, llegaría a los mismos resultados que el examen histórico; vale decir, el proceso de creación jurídica 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. Dejo aparte mi posición sobre el Derecho Natural para juzgar exclusivamente la idoneidad de esta teoría como justificación de los estudios romanistas. Tiene su antecedente en la doctrina que veía el Derecho Romano, o mejor el *Corpus Iuris*, como *ratio scripta*, aunque su origen más recóndito nos puede remontar al propio Justiniano, que hizo de la compilación un texto indiscutible, cuya interpretación libre constituía un delito. Frente a aquellos 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 del derecho privado que más han contribuido a la construcción jurídica 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”<sup>11</sup>. Pero como dice d’Ors, “un derecho natural dogmático no tiene necesidad de revestirse con las galas de un derecho histórico, ya que su vigencia es suprahistórica”<sup>12</sup>. Por nuestra parte, en cuanto derecho clásico, concebimos al Derecho Romano no tanto como “dogma” perfecto, sino sobre todo como “proceder” perfecto<sup>13</sup>; creo que al jurista contemporáneo, en cuanto modelo, interesa más la imitación de la forma romana de creación jurisprudencial que la imitación material de sus instituciones; diferencia de actitudes que se puede observar experimentalmente 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, en forma inconsciente tal vez, reproducen la forma creativa de la jurisprudencia y el Edicto, y logran un sistema original y realista<sup>14</sup>.

4. *El Derecho Romano como antecedente histórico*. Tal vez la opinión más difundida ha sido aquella que ve en el Derecho Romano el antecedente de nuestro derecho contemporáneo y que, por tanto, fundamenta su enseñanza en la circuns-

<sup>11</sup> KOSCHAKER. *Europa y el Derecho Romano*, cit. p. 486.

<sup>12</sup> D’ORS, *Los romanistas ante la crisis de la ley*, cit. p. 28.

<sup>13</sup> Cfr. D’ORS, *Presupuestos*, cit. p. 21.

<sup>14</sup> Cfr. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, pp. 87 ss y en especial pp. 106 ss.

tancia de que es un derecho subyacente en el actual sistema jurídico<sup>15</sup>. Resulta sin duda evidente que en el Derecho Romano, y más concretamente en el *Corpus Iuris Civilis*, se encuentra el origen inmediato de nuestras instituciones modernas. El cúmulo de ejemplos en tal sentido es tan abundante que casi resultaría ocioso traerlos a colación: así es bien sabido que nuestro Código Civil, en líneas generales, mantiene el orden de exposición contenido en las Instituciones de Gayo y recogido por Justiniano en *Instituta*. Hay instituciones que han sido transferidas íntegras, y casi sin alteraciones, desde el *Corpus Iuris* al derecho moderno, como sucede, por ejemplo, con el derecho hereditario italiano actual, materia en la que el Código Civil regula el sistema de legados con la misma prolijidad que lo hacía Gayo en las *Institutiones*. Aun se dice que otras instituciones habrían sido tomadas por el moderno derecho en un momento crucial de su evolución, tal como podría suceder en el caso de la legítima testamentaria, cuyas raíces se remontan a la *querela inofficiosi testamenti*, surgida coetáneamente con el Principado<sup>16</sup>. La querrela paulatinamente absorbe todos los recursos contra testamento y se extiende más tarde fuera del campo estrictamente sucesorio, a las donaciones y a la dote, en una época que el testamento ha dejado de existir como forma autónoma y se ha convertido en una donación *in articulo mortis*. La pérdida del testamento hace que una vez más —como había sucedido en el derecho arcaico— se dé primacía a la sucesión “intestada” sobre la “voluntaria” y, consecuentemente, la querrela de inoficiosidad sirve para dirigirse contra cualquier anticipo sucesorio —donaciones, codicilos, dote, *sponsaliciae largitates*— que pudiera vulnerar una cuota intestada que ya se considera “debida”; así la defensa de esta cuota se viene a confundir insensiblemente con el sistema de la *lex Falcidia*, debido a la doble asimilación de legado con donación y de herencia con *pars debita*. La querrela, pues, no será ya un recurso anulatorio dirigido contra el testamento o la donación, sino un recurso de protección a la *pars debita*, llamada ahora “legítima” por su acercamiento al tema de la Falcidia. En semejante estado pasa la institución de la legítima sucesoria al derecho moderno, y el paso arrastra problemas aún no resueltos, derivados de sus antecedentes históricos, como el de la doble consideración que se puede dar al legitimario de heredero o bien de acreedor de la herencia: tal problema ya estaba planteado en la circunstancia de que la cuota oficiosa podía completarse no sólo con la institución de heredero, sino también con legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa*, y en el derecho tardío, con cualquier acto de disposición del futuro causante que pudiera considerarse un anticipo sucesorio: la post clásica querrela *ad implendam legitimam* viene, por fin, a poner de manifiesto la ambigüedad de la posición jurídica del legitimario. En fin, de una forma u otra resulta evidente el influjo contemporáneo del Derecho Romano en nuestro sistema vigente, y a través de él en las modernas legislaciones hispanoamericanas.

En punto de vista que consideramos está expuesto con gran brillo por Scherillo, quien, al igual que Devoto, recurre a una metáfora idiomática: “a juicio mío, es un grave aunque difundido error, considerar el latín como una lengua

<sup>15</sup> En este sentido se pronuncian a través de la encuesta de LABEO, 1956, los profesores Albanese (p. 50), Betti (p. 55), Burdese (p. 56), Dell'Oro (p. 62), Feenstra (p. 70), Gaudemet (p. 72), Laprat (p. 84), Niederlader (p. 190), Ott (p. 192), Pugliese (p. 194), Scherillo (p. 199), Seide (p. 203), Smets (p. 203), Van Oven (p. 206).

<sup>16</sup> Cfr. Nuestro trabajo *Pars debita en el Derecho Romano vulgar*, en SDHI (1971), pp. 74 ss.

muerta... ya que continúa viviendo en las lenguas romances: igualmente grave, y hasta más 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"<sup>17</sup>. Se podría decir, así como Devoto ve el interés formativo del Derecho Romano en cuanto constituye un fenómeno de "bilingüismo jurídico", Scherillo lo exalta en cuanto sería un fenómeno de "etimología jurídica".

Esta actitud pedagógica parece de partida, y en muchos sentidos más conveniente que aquella otra defendida por los que ven en el cultivo del Derecho Romano una razón de cultura histórica, pues muestra cómo para nosotros el estudio del Derecho Romano no puede ser reemplazado por el de sistemas que se hallen fuera de la línea de nuestra tradición jurídica; pero, como ha advertido d'Ors, tiene el defecto fundamental de agotar el valor del Derecho Romano en la mera explicación del derecho moderno<sup>18</sup>, despojándolo de todo su interés como elemento de crítica. No es extraño que quienes defienden esta forma de la 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 instituciones que ya estarían implícitos en el derecho histórico. La consecuencia lógica de esta tendencia sería reducir el Derecho Romano a una noticia introductiva 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 formularia y jurisprudencial. El material de 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. Esto ha venido a dar a las instituciones romanas el aspecto erróneo de un bloque sin historia, imagen falseada por la renuncia deliberada a operar con conceptos y categorías diferentes de los actuales y a presentar la materia en toda la rica complejidad de su desarrollo histórico. Por último, puestos a escoger un precedente próximo, tal vez las Partidas, o el derecho de la recepción, o acaso la Novísima Recopilación o el *Code Napoléon*, resulten más adecuados para esta finalidad que el propio *Corpus Iuris Civilis*.

Cuando se aborda la enseñanza del Derecho Romano desde esta perspectiva tan depauperada el resultado es ciertamente desalentador: los alumnos sienten hastío ante el esfuerzo que supone duplicar el mismo estudio, primero como precedente y luego como derecho positivo, más el agravante de pequeños detalles diferenciadores que vienen a crear cierta confusión en la memoria. Consecuencia de ello es el desprestigio de la cátedra, y no les falta razón a los profesores de Derecho Civil para alentarlos cuando, al comenzar la exposición de la asignatura, o de ciertas materias concretas, tales como la teoría del negocio jurídico, conminan a sus discípulos a olvidar todo lo aprendido en Derecho Romano.

No viene al caso, naturalmente, discutir a través de estas páginas el extremo en que se cae de manera insensible, pero por desgracia muy frecuente, y que consiste en convertir nuestra asignatura en una simple y llana introducción al De-

<sup>17</sup> SCHERILLO, en LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 199.

<sup>18</sup> D'ORS. *Los romanistas ante la crisis de la ley*, cit. p. 29.

recho Civil. Entonces se pierde todo escrúpulo y miramiento frente a la lógica interna no ya del derecho clásico, sino de la propia compilación justiniana. A modo de ejemplo, recuerdo que he visto u oído definir —prefiero piadosamente silenciar las fuentes— la patria potestad como “el conjunto de derechos que tenía el padre sobre la persona y bienes de sus hijos”, con olvido de que en Roma los hijos de familia no tienen bienes, y que ni siquiera cabe como excusa la tardía aparición de los *bona materna*, tenidos inclusive en tiempos de Justiniano, como una anomalía que contradice el principio de la patria potestad, fundada en la unidad patrimonial de la familia. Otro botón de muestra encontramos cuando se define la tradición como “la entrega que hace el dueño de una cosa a otra persona, habiendo por una parte facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra capacidad e intención de adquirirlo”, tal y exactamente como lo hace el artículo 670 de nuestro Código Civil, olvidando, en primer lugar, el carácter *causado* de un acto que, inclusive en tiempos de Justiniano, no es necesariamente por sí mismo un modo de adquirir; en segundo lugar, el sentido *originario* —no derivativo— propio de todas las adquisiciones, y también ésta que es tenida por algo semejante a una ocupación consentida; por último, la orientación realista y no voluntarista de las construcciones jurisprudenciales, que aunque deprimida en gran medida mantiene la compilación justiniana en lo que a esta materia se refiere: así preguntaríamos a quienes confunden la tradición romana con la del Código de Bello, cómo explican la adquisición por el amo de aquello que un esclavo fugitivo ha tomado en virtud de entrega, o la adquisición de las monedas que me prestó un mutuante incapaz, o que me fueron solucionadas por error. El daño que causan a la verdad es todavía más grave cuando se refieren —pues realmente no pueden dejar de hacerlo, pese a sus pretensiones anticríticas— a algunos fundamentales aspectos de evolución institucional, como los que atañen a la acción Publiciana, o a la responsabilidad contractual o crediticia o a las garantías reales, u otros tantos que resultaría largo enumerar, y terminan incurriendo en dos aberraciones: ante todo, la de proyectar las categorías modernas no ya al derecho justiniano sino al clásico; en segundo lugar, la de presentar como sistema único, sin fisura conceptual ni cronológica, el pensamiento clásico y el bizantino; así como ejemplo de la primera aberración suelen afirmar que “los pactos (clásicos) engendran obligaciones naturales”, como si fueran celebrados por personas bajo potestad, o se pudieran novar, compensar y afianzar. Un ejemplo de la segunda aberración encontramos cuando acumulan, como requisitos de la novación, la clásica identidad de objeto con el postclásico *ánimus novandi*, ambos incompatibles y excluyentes.

Una modalidad de la tendencia que mira el Derecho Romano como precedente histórico, aunque contraria a la que acabamos de examinar, es la de estudiarlo en cuanto antecedente no sólo de nuestro propio sistema jurídico, sino derecho histórico común a todos los pueblos de Europa continental y las nuevas naciones surgidas por la colonización europea —en Hispanoamérica y África— o de la asimilación de la cultura europea, por ejemplo Turquía y Japón. El Derecho Romano constituiría así un poderoso elemento cultural para formar 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 mencionar esta tendencia sin recordar el nombre ilustre de Koschaker, quien propició, coherentemente con su postura metodológica, una “vuelta a Savigny” y al proceder eminentemente eu-



ropeo del *mos italicus*. Así, el papel del Derecho Romano consistiría en elaborar una dogmática jurídica supranacional, como en otro tiempo lo 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; la misión práctica e intelectual del Derecho Romano es reducida así al ámbito del derecho internacional privado. Aun parece Koschaker advertir, a través de esta dirección, la posibilidad de que el movimiento unificador abrace también a los sistemas jurídicos del *common law*, cuando subraya, al final de su obra, 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, y es que éste no les es ya propicio”<sup>19</sup>. En fin, Koschaker cree que se aproxima la hora de la unificación legislativa universal y piensa que los romanistas de todo el mundo podemos llegar a desempeñar un papel semejante al que representó la pandectística alemana en los años que precedieron a la promulgación del Código Civil Imperial; un nuevo servicio a la ciencia jurídica práctica que puede despertar renovado entusiasmo por su estudio y superar el abismo que la crítica histórica ha creado entre la investigación romanística y la vida jurídica cotidiana.

La sugestiva postura de Koschaker, además de adolecer del vicio de reducir el interés del Derecho Romano a sus consecuencias en los actuales códigos —y de ahí la tendencia antihistórica que por doquier brota de su obra—, tiene otros vacíos más sutiles, y cuya crítica se hace mayormente compleja. Así, por ejemplo, propicia el acercamiento al sistema del *common law*, pero no advertimos cómo se hará ello posible desde la perspectiva del estudio dogmático. Sitúa como dos actividades polarmente distintas el “derecho de juristas” (estudio práctico-dogmático) y el “derecho de profesores” (estudio histórico), sin percibir que el derecho universal del futuro puede muy probablemente surgir de una síntesis entre el estilo de ambas formas de actividad.

No quisiéramos terminar este repaso de las diversas posiciones pedagógicas que se han adoptado en torno al Derecho Romano sin advertir, una vez más, que en todas y en cada una de ellas hay un fondo de razón aprovechable a la hora de proponer un sistema de enseñanza que resulte del todo satisfactorio. Ceguera sería negar la utilidad del “bilingüismo jurídico” o los estudios de los antecedentes para la mejor comprensión del derecho actual, labor que han de cumplir constantemente los jueces cuando se trata de dilucidar el sentido de una solución legal o jurisprudencial. También es verdad que gran parte de la importancia formativa del Derecho Romano radica en su valor ejemplar, que no otra cosa queremos significar con el término “clásico” que atribuimos a la época más brillante de creación de la jurisprudencia. Y de igual manera estamos convencidos de que al Derecho Romano le aguarda un destacado papel en el nacimiento del derecho universal, cuya llegada esperamos en un futuro nada lejano.

5. *El Derecho Romano como formación jurisprudencial.* Para nosotros la importancia y el interés didáctico del Derecho Romano se ilumina más convenientemente si exponemos antes unas breves reflexiones sobre lo que ha de pre-

<sup>19</sup> KOSCHAKER. *Europa y el Derecho Romano*, cit. p. 494.

tenderse en un programa de estudios de la Facultad de Derecho. En una declaración de la Junta de Decanos, reunida en Bayona a fines del curso académico 1969-70, se decía que el primer ciclo de estudios, considerado básico, debía "orientarse con un carácter esencialmente formativo y científico, persando en la educación de juristas y no en la preparación de profesionales de tipo medio"<sup>20</sup>. Es decir, los reunidos estimaron que la formación jurídica debía prevalecer esencialmente sobre el estudio meramente informativo. Ahora bien, parece que por formación se ha de entender, sobre todo, la capacidad de criticar y valorar las fuentes de derecho, al paso que la información se referiría al simple conocimiento descriptivo de contenido de dichas fuentes. Debemos advertir que entendemos por "fuente" no sólo —y ni siquiera particularmente— la ley, sino todo elemento manifiesto que sirve de *ratio decidendi* a un acto de justicia.

La capacidad de crítica y valoración, referida a un acto de justicia no es, sin embargo, una capacidad abstracta, ya que no lo es 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, porque es en ellos donde puede combinar las fuentes y poner a prueba 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 implicancias que ésta 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, adquiere todo su sentido cuando es formulada a propósito de un caso concreto.

La resolución de un caso supone tres cuestiones previas, que se podrían denominar, respectivamente, el problema de las fuentes, el de las *rationes decidendi* y el de la información jurídica; el segundo relacionado con la actividad jurisprudencial que los romanos llamaban *respondere*; el último más cercano a la llamada "jurisprudencia cautelar" o *cavere*.

La primera cuestión, que se podría denominar el problema de las fuentes, nos lleva a considerar si dentro de un esquema legalista ha de ceñirse el jurista necesariamente a las soluciones establecidas imperativamente, o si la búsqueda de fundamentos para las decisiones la ha de hacer con la libertad responsable propia de un hombre de estudio, y en este punto encontramos que la peculiaridad magistral del Derecho Romano consiste en haber sido creación de los juristas y no de la ley. Nunca se insistirá demasiado en ésta, que es la más alta lección de Roma, a saber, que el *ius* es obra de jurisprudentes, concedores de lo justo o injusto, y no del "poder legislativo", de la *lex* o ley pública. La contraposición de derecho frente a la ley entre los romanos no es más que una de tantas manifestaciones de otra más profunda que da significado a toda la vida ciudadana 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 tajante en las épocas de más alta tensión creadora. La autoridad del Senado frente a la potestad de los cónsules; la autoridad de los jurisconsultos y jueces frente a la potestad de los magistrados. Luego, la crisis de la República, la conservación ficticia de la *libertas* por Augusto, la burocratización de la

<sup>20</sup> Informe de la Junta de Decanos de las Facultades de Derecho de la Universidad Española (cit. en adelante: *Informe*), N<sup>o</sup> IV.

actividad productora del *ius* a partir de Adriano, hasta la confusión, bajo el dominio, de ambos conceptos, autoridad y potestad. El moderno Estado, surgido tras la ruptura de la *Respublica Christiana* hildebrandina, se fundó bajo el principio 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 vino a significar más que la lógica consecuencia de esta identificación, o dicho en otras palabras, vino a aceptar como algo indiscutible que sólo quien detenta la potestad legislativa tiene autoridad para formular el derecho, y así los juristas han quedado expropiados de la genuina autoridad que los capacita para una función creadora, convirtiéndose en servidores de la ley. El daño social ha sido grande también, porque en lugar de la fuente jurisprudencial, flexible por naturaleza, el derecho se ha nutrido de la fuente legal rígida, por lo que en vez de avanzar por el camino fácil de la evolución ha debido hacerlo por el tortuoso de la revolución. El estudio del Derecho Romano debe orientarse hacia esa finalidad de restablecer la autoridad de juristas, y con ello su dignidad. Nada más aleccionador que observar a través de los casos que nos muestra el Digesto, la independencia y amplitud con que los juristas escogen los principios, opiniones, precedentes, en que fundamentan la resolución del problema, y la manera cómo 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*. Pensamos que una visión semejante ha de lograr para el Derecho Romano que el interés de los estudiantes de Derecho se despierte mucho más que por las razones universalistas señaladas por Koschaker<sup>21</sup>; pero es que, además, esta vía será el avance más seguro en la lucha por la integración y unificación jurídica, tanto mejor que el camino de la recepción legislativa, 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 pensamos que la educación común de todos los juristas del mundo en el Derecho Romano clásico, que dé forma a una disposición mental de independencia coincidente con la de los creadores del *ius civile*, habrá de dar simultáneamente los resultados de proporcionar una cultura jurisprudencial básica con alcance universal, y de despertar en los estudiosos una nueva actitud capaz de conducir, por vía de *auctoritas*, a la unificación jurídica.

Respecto de las que hemos llamado *rationes decidendi*, relacionadas con la actividad de *respondere*, el valor formativo del Derecho Romano llega a ser acaso tan notable como en lo que atañe a las fuentes de 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 las anomalías y anacronismos que se mantienen en el sistema contemporáneo. La reunión romanística de Bayona, celebrada en mayo de 1971, parecía tener muy presente este aspecto del interés del Derecho Romano, cuando declaraba que en la docencia de la asignatura "se procurará presentar al alumno el desarrollo del programa dentro de una visión sistemática que muestre la congruencia histórica del conjunto total de las instituciones"<sup>22</sup>. El Derecho

<sup>21</sup> Vid. *Europa y el Derecho*, cit. p. 487.

<sup>22</sup> Conclusiones de los Profesores de Derecho Romano reunidos en Bayona y Santiago de Compostela (cit. en adelante *Conclusiones*), II, 3.

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 elaborados por los romanos han servido a los juristas modernos para construir sus sistemas propios, pero muchas veces esa labor se ha realizado sobre una comprensión defectuosa o un aprovechamiento indebido de los conceptos utilizados. Decía d'Ors, usando una metáfora tan aleccionadora como vivaz, 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 de aprovechar materiales dispersos incoherentes de viejos edificios romanos; y así nuestro derecho, fraguado por legistas medievales, se compone de viejos materiales artificialmente ensamblados, que muchas veces no guardan armonía entre sí<sup>23</sup>. La tarea del romanismo, conocedor de los estilos y la concordancia de cada material, será depurar la estructura, eliminando los arcaísmos inservibles, poniendo de manifiesto las incoherencias, sugiriendo las soluciones probadas por una experiencia no superada. Los ejemplos que podríamos aducir en este sentido son numerosos, y presentaremos algunos a modo de ilustración.

Pese a los esfuerzos de elaboración doctrinal resulta imposible distinguir, en el sistema de nuestro Código Civil, tres instituciones tenidas por diferentes como son el usufructo sobre cosas consumibles, o cuasiusufructo (Art. 789); el mutuo o préstamo de consumo (Art. 2196 ss.) y el depósito irregular (Art. 2221).

El mantenimiento 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 usufructoria* deben emplear acciones diferentes, que determinan, en consecuencia, posiciones jurídicas diversas; así el mutuante reclamará la cantidad prestada mediante *condictio*, acción abstracta que sitúa al acreedor en una posición especialmente ventajosa; el estipulante reclama la promesa caucional del cuasiusufructuario a través de la *actio ex stipulatu*, acción con *demonstratio*, que deja el *onus probandi* de la causa al demandante; la cantidad depositada, por fin, se pide por una acción contractual, *bonae fidei*, mucho más conveniente para el reo 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 Juris* las tres figuras que han pasado a los derechos modernos por simple *vis inertiae*.

El residuo de la "posesión viciosa" o "injusta", poco explicable en el moderno derecho civil como categoría especial, diversa de la posesión "irregular" o de "mala fe", proviene simultáneamente de la confusión entre posesión pretoria (interdictal) y civil (*ad usucapionem*) y de la incorrecta inteligencia de la expresión *bona fides*, consumadas ambas en el derecho justinianeo: la "cláusula de posesión viciosa" atañe a la posesión pretoria, por cuanto aparece en la redacción de ciertos interdictos que protegen situaciones de tenencia independiente; la *bona fides* se refiere a la existencia de una causa suficiente para hacer de la tenencia de un elemento adecuado para adquirir por el tiempo: normalmente dicha causa es la compraventa, típico negocio *bonae fidei*. Cuando en el derecho tardío se

<sup>23</sup> D'ORS. *Los romanistas ante la crisis de la ley*, cit. p. 34.

confunde la posesión civil con la interdictal y se le da a la *bona fides* un contenido intencional, ya no se explica la categoría de posesión viciosa —elemento discordante en el nuevo sistema— más que como un arcaísmo o un olvido de los compiladores.

La categoría de los “cuasicontratos”, tan merecidamente criticada por la ciencia jurídica contemporánea, es también una disonante construcción postclásica, surgida de las *dationes ob causam* en un momento 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 interminables oscuridades para la dogmática jurídica contemporánea, pero el romanista, animado por el claro principio clásico de que es la acción lo 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 existir dominio sobre bienes individualizables que admiten simultáneamente el uso y la disposición, pues únicamente ellos son perseguibles por medio de la acción reivindicatoria.

En fin, 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 siguen el régimen de los inmuebles; el problema absurdo de la compensación automática; la incomprensible solución que da el Art. 1820 del Código Civil para el caso de la pérdida de la cosa cierta vendida, resultado de la mala inteligencia postclásica y moderna del principio *periculum est emptoris*, con que los clásicos expresaban la responsabilidad por custodia —esto es, por toda pérdida que no fuera debida a *vis maior* (*periculum*)— que recaía sobre el vendedor, y que queda oscurecido al sumirse, en el derecho bizantino, el concepto objetivo de custodia en el general de “culpa”, y tantos problemas más de alto interés para el civilista 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 en una adecuada tarea de creación jurisprudencial.

La extraordinaria capacidad de concreción casuística que muestra la jurisprudencia romana se debe, si no me equivoco, 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”<sup>24</sup>. Todas las observaciones hechas en el sentido de que la teoría jurídica romana constituye una “dogmática” embrionaria parten del infundado prejuicio de que el derecho es antes norma que acción, y que los aspectos jurídicos procesales son meramente adjetivos<sup>25</sup>. Desde nuestro punto de vista, en cambio, el mayor mérito del sistema romano sería el de haber exaltado

<sup>24</sup> Esta idea parece querer expresar FEENSTRA, al comentar que la importancia formativa del Derecho Romano se debe a la superioridad de la técnica empleada por los juristas romanos: LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 70.

<sup>25</sup> La calificación de la “dogmática” romana como “embrionaria” ya estaba ínsita en una de las preguntas de la encuesta formulada por LABEO (1956). Asienten en darle tal denominación las respuestas de Bajic (p. 52), Betti (p. 54), Burdese (p. 56), Falenciak (p. 67), Horvat (p. 77), Pugliese (p. 183), Visky (p. 207).

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; todo eso tiene un sabor escolar proveniente de maestros de enseñanza jurídica elemental a la manera de Gayo. Los jurisprudentes tienen la virtud de encadenar siempre sus conclusiones a la consideración de un litigio, y esta virtud les impide divagar. Por eso, donde se demuestra el mayor refinamiento de sus *responsa* es en la combinación coherente de los distintos recursos procesales de que pueden disponer las partes en una controversia, y cuando se trata de crear, el resultado de la creación es una nueva acción, o un interdicto, o el texto de una estipulación; o, como el caso de la cuota ideal de los condueños, una novedad que facilite la posición jurídica de los interesados. Cuando observamos hoy en día la tendencia a apartarse de los esquemas conceptuales y volver a lo que impropiaemente se ha dado en llamar “criterios de justicia material”, no podemos dejar de pensar que la mentalidad casuística de los romanos coadyuvará al intenso proceso de revisión del legalismo reclamado imperiosamente por la ciencia jurídica, 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*: se podría decir que, en cierta manera, la “vuelta a Savigny” que propiciaba Koschaker será 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 actitud didáctica será una síntesis en que se fundirán el “derecho de profesores” y el “derecho de juristas”, porque 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 el problema; el conocimiento de la masa de respuestas históricas —jurisprudenciales, legales, consuetudinarias— que pueden ser aplicables al asunto; la selección crítica de las más adecuadas; práctica en cuanto habitúa en el juego de los recursos procesales, en cuanto compromete siempre a quien la ejercita con el supremo interés jurídico existencial de obtener sentencia favorable<sup>26</sup>.

No escapará a la perspicacia del lector que, concebido el estudio del Derecho Romano en su originaria dimensión jurisprudencial, constituirá un vehículo poderoso e insustituible para la aproximación de los sistemas continental y anglosajón, pues el estilo del *case-law* está muy cercano al método clásico de enseñanza jurisprudencial. Este punto es puesto en relieve frecuentemente por los romanistas ingleses y norteamericanos; así Powell<sup>27</sup>, de la Universidad de Londres, recalca la similitud de métodos de razonamiento jurídico que hay entre los derechos inglés y romano. Más explícito todavía, Ehrenzweig<sup>28</sup>, de la Universidad de Chicago, estima 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 moder-

<sup>26</sup> En la encuesta organizada por LABEO (1956) fue mérito de BEINART (p. 53) poner de relieve esta posibilidad de síntesis superadora que ofrece el estudio del Derecho Romano.

<sup>27</sup> LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 193.

<sup>28</sup> LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 65.

nos sistemas jurídicos extranjeros<sup>29</sup>. En síntesis, la presentación del Derecho Romano en su auténtica fisonomía de sistema de acciones conducirá a la superación del legalismo y a la restauración de la *auctoritas* de los juristas; dará a los estudios 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 semejante lógica jurídica de *responsa prudentiales*<sup>30</sup>.

6. *El Programa de Estudios*. Consecuentes con los principios expresados, presentamos nuestro Programa de Derecho Romano para el curso de Licenciatura en Derecho, y lo sometemos muy especialmente a la consideración de los profesores de Derecho Romano y de Derecho Civil. Ciertamente, no me falta la esperanza de que los argumentos aquí expuestos parecerán razonables y moverán a meditar a muchos entre los romanistas chilenos, sobre la conveniencia de revisar algunas posiciones que se mantienen por pura inercia. En cuanto a los civilistas, me atrevo a pedirles desde estas páginas que sepan discernir sobre lo estudiado u omitido del estudio por los que han sido mis discípulos y ahora se adentran en el conocimiento del derecho privado moderno. Este programa responde a la idea, hoy prácticamente unánime, de que el valor formativo del Derecho Romano se manifiesta sobre todo en las materias de derecho privado<sup>31</sup>, las únicas, por lo demás, que permiten en forma amplia la aplicación del método casuístico. Ante todo, debo comentar la distribución de la materia: una octava parte, aproximadamente, para historia y fuentes; otra octava parte para procedimientos, y tres cuartos para instituciones. Por cuanto concebimos el Derecho Romano como un sistema de acciones, podría parecer desproporionalmente parco el capítulo del procedimiento, pero realmente este capítulo viene a ser como una larga introducción a los posteriores que tratan de las diversas acciones en particular; en efecto, cada institución es presentada como un estudio en torno a la acción que le es característica, o de los demás recursos procesales que puedan configurarla o complementarla, nota que se refuerza a través de la enseñanza casuística.

<sup>29</sup> Muchos de los profesores que contestaron la encuesta de LABEO (1956) se refieren de una u otra manera a esta formación del razonar jurisprudencial que permite el estudio del Derecho Romano, así DULL, p. 64, menciona el sentido de flexibilidad que proporciona la casuística; GIOFFREDI, p. 76, dice que es importante por la educación que proporciona al alumno en la dialéctica jurídica; WOLFF, que interesa en cuanto es instrumento de formación del pensamiento jurídico, p. 210. En este mismo sentido, ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte*, cit. p. 48, subraya la utilidad del Derecho Romano en cuanto habitúa al arte jurisprudencial de recoger el derecho de la vida misma, y de resolver el problema jurídico.

<sup>30</sup> Ha puesto de relieve la importancia del Derecho Romano como "humanidades del Derecho", ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte*, p. 44. El mismo concepto, aunque expresado de manera distinta, repite GENZMER, LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 73.

<sup>31</sup> Así se manifiesta en *Conclusiones*, II, 2: "Es recomendable que el programa de la asignatura en el primer ciclo refleje una preferencia por los temas de derecho privado, y que las lecciones dedicadas al derecho público se orienten fundamentalmente a la comprensión del peculiar sistema romano de fuentes del derecho". En este mismo sentido, VISKY, de la Universidad de Budapest, en LABEO (1956), *Inchiesta*, p. 207: "Me parece indispensable para la formación mental y erudita de un moderno jurista, el conocimiento del Derecho Romano. Esto vale sobre todo —aún más exclusivamente— para el derecho privado, ya que el público no tiene ninguna relación con los ordenamientos modernos".

La elección del derecho privado como materia de enseñanza significa que el material escogido para el programa queda, en la práctica, reducido a las cuestiones que podían ser objeto de un *iudicium*, lo que viene a coincidir con el propio concepto romano clásico de *ius*: todo lo que no es *ius* y se estudia en cuanto fundamento previo es Historia<sup>32</sup>. Con esta selección, la asignatura se concreta aproximadamente a lo que hoy denominamos "derecho patrimonial"; y se dejan de lado aquellos aspectos que para los romanos, antes que derecho, constituyen presupuestos de organización social. Ciertamente que a través de estos aspectos patrimoniales se posibilitará la crítica depuradora y correctora sobre el derecho moderno, y ellos son también los que transmiten aquella permanente lección de libertad jurisprudencial creadora a que nos referíamos; pero la elección del derecho patrimonial presenta, además, la ventaja de evitar que los alumnos desvíen su atención hacia aspectos familiares o sociales menos formativos que pintorescos, correspondientes, en general, a organizaciones extrajurídicas definitivamente abolidas o que responden a concepciones sociales ya superadas. En la medida que sea necesario, estos elementos se tratan como antecedente o de introducción a temas propiamente jurídicos: así la familia presenta interés en cuanto facilita o permite la comprensión del derecho sucesorio, y otro tanto podemos decir sobre el matrimonio respecto de la dote, o el llamado *status* de las personas respecto de la representación y de las acciones *adiecticiae qualitatis*, o la organización ciudadana con relación a las fuentes del derecho.

En cuanto consideramos imprescindible la presentación del Derecho Romano como proceso de formación histórica, hemos evitado limitar la materia al derecho justiniano, y nuestra atención se ha desplazado hacia el derecho clásico: creemos que un período de casi cuatro siglos es suficiente para mostrar las vicisitudes históricas del sistema, pero siempre que sea necesario no se descuidan ni los antecedentes arcaicos ni la secuencia postclásica y justiniana, aunque el foco del interés se concentre en la época de máxima actividad jurisprudencial. En materia de enseñanza preferimos evitar la tentación de incurrir en las divagaciones y conjeturas de tipo sociológico a que nos llevaría un tratamiento demasiado prolijo del derecho preclásico; y en cuanto al período postclásico en su doble dirección vulgarizante y academicista, puede presentar interés como ejemplo de proceso de deterioro, o como antecedente del derecho moderno, o como tránsito de un sistema de acciones a otro de "derechos subjetivos", pero no transmite la lección permanente de riqueza casuística y de libertad creadora tan característica de la época jurisprudencial.

El sistema de conexión de los diversos capítulos debe guardar relación con el contenido propio de la ciencia, y en la medida que hemos desplazado nuestra atención hacia el derecho clásico, el alejamiento de la dogmática civilística será tanto más notorio. Hemos suprimido, consecuentemente, las "partes generales", y entre ellas la llamada "teoría general del negocio jurídico"<sup>33</sup>. Los distintos te-

<sup>32</sup> A esta conclusión llega D'ORS, *Presupuestos*, p. 58: "Todo el Derecho Civil Romano puede ser reducido a un sistema de acciones. Lo que no pueda ser encajado dentro de tal cuadro de acciones es 'Historia'".

<sup>33</sup> Porque es una creación de la pandectística alemana del siglo XIX, que suele operar a través del método que consiste en generalizar las soluciones que los romanos habían propuesto para casos concretos en materia de testamentos, negocios crediticios o contratos. La comprensión de los negocios romanos queda desnaturalizada cuando se da a aplicar respecto de ellos categorías generalizantes: así, por ejemplo, no hay una "teoría de la compensación", sino que ésta es diversa según se aplique a obligaciones bancarias, crediticias



mas que suelen estudiarse bajo ese párrafo son asociados a las concretas instituciones donde encontramos su origen, con lo que se logra la doble ventaja de no desvirtuar el pensamiento jurisprudencial con el empleo de construcciones dogmáticas modernas ajenas al pensamiento romano, y de proceder siempre en la enseñanza a partir de nociones concretas. Así, por ejemplo, el problema de la causa es expuesto a propósito de la *demonstratio* de la fórmula, en relación con el *onus probandi*, y luego en conexión con la tradición en cuanto *iusta.causa*<sup>34</sup>; la condición y el término, más que como categorías abstractas y generales, resultan claramente comprensibles para los alumnos cuando las estudian dentro de las lecciones sobre las estipulaciones y legados; el error está ampliamente tratado en relación con la interpretación del testamento; la representación en el capítulo del mandato, de gestión de negocios y de las acciones *adiecticiae qualitatis*, etc.<sup>35</sup>.

No siempre ha sido fácil escoger la sede correcta de algunos temas: aparte de la ya conocida dificultad de instituciones construidas sobre dos acciones diversas, como sucede por ejemplo con el *pignus*, hay otras cuya conexión edictal no guarda relación con aquella que se ha venido empleando traicionalmente. Uno de los casos más patentes de esta anomalía se muestra en todo aquello que se refiere a la representación. Tradicionalmente, la gestión de negocios se ha estudiado en conexión con el mandato, y esto parece correcto desde nuestro punto de vista, ya que la *actio negotiorum gestorum*, aun cuando por razones de representación procesal fue atraída al título "*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*", es una *actio bonae fide* de estructura muy similar a la *actio mandati*; pero la acción de gestión de negocios no sólo servía para sancionar los actos de representación espontánea extrafamiliar, sino que también se aplicaba a la curatela. Además, la *actio tutelae* es otra acción *bonae fidei* y ello nos aconseja reunir en un solo apartado todos aquellos negocios o instituciones de representación los que, por sancionarse mediante acciones *bonae fidei*, quedan incluidos en el capítulo de los contratos. Por lo demás, y si bien se mira, la inclusión de la tutela y curatela

---

ordinarias o contractuales. Otro ejemplo: no consiste en lo mismo ni son idénticos los efectos de la *mora debitoris* si se trata de un negocio crediticio (en cuyo caso la mora consiste simplemente en el estado efectivo de exigibilidad) que si se aplica a una obligación contractual (donde la mora supone una conducta negligente).

<sup>34</sup> Las exposiciones de sabor pandectístico suelen conectar el problema de la causa con las derivaciones postclásicas degeneradas de la *condictio*, que en el derecho clásico es la más típica de las acciones abstractas. La consideración de la causa es mucho más antigua en Roma, y se remonta a la propia aparición de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Además de las ya citadas conexiones clásicas hay que recordar las *dationes ob causam*, con todo su rico tratamiento de las causas "próxima" y "remota".

<sup>35</sup> Seguimos en esto a D'ORS. Vld. *Posiciones Metodológicas de un Programa (Curso 1957-58) en Papeles de Oficio Universitario*, pp. 210 ss. Un ejemplo claro del cambio de mentalidad operado al respecto entre los catedráticos de Derecho Romano lo muestra la comparación de la *Guía para un Curso de Derecho Romano*, de GARCIA GARRIDO (1964), con el opúsculo homónimo del mismo autor publicado en 1968. En el primero de estos trabajos aparece el capítulo de "Personas" como independiente, con un contenido de 4 lecciones; luego un capítulo de "Cosas y negocios jurídicos", con una lección para las cosas y su clasificación y 4 lecciones para el negocio jurídico; luego siguen "Derechos Reales"; "Derecho de Obligaciones"; "Derecho de Familia"; "Derecho Hereditario y Donaciones". En la "Guía" de 1968 se ha suprimido el negocio jurídico, distribuyéndose su temática a lo largo de distintas lecciones; las cosas integran el capítulo de Propiedad y Derechos Reales. Las personas y la familia han pasado al capítulo de "Familia y Herencia".

junto a herencia o a familia ha resultado siempre forzada, pues no se puede afirmar que la tutela sea un acto testamentario más que el usufructo, ni que la curatela sea una institución familiar más que las obligaciones naturales.

La colocación del capítulo de la herencia al final del programa tiene antecedentes entre nosotros, pues ciertamente corresponde a una tradición que se remonta a la propia época del derecho clásico; sin embargo, encontramos valederas las razones de d'Ors en el sentido de que la materia de obligaciones, más compleja por naturaleza, ha de dejarse para el final, cuando se garantice mejor la comprensión de ella por los alumnos<sup>36</sup>; además, si la familia se estudia en conexión con la herencia, es conveniente con mayor razón que este capítulo preceda a las obligaciones, porque muchas acciones personales suponen, en su conocimiento, el estudio previo de la organización familiar romana.

## PROGRAMA DE LA ASIGNATURA DE DERECHO ROMANO

### *Introducción: Las Fuentes del Derecho Romano*

1. Concepto de fuente.
2. Períodos históricos.
3. La época preclásica. *Ius, fas, mores maiorum. Leges.*
4. La época clásica. Jurisprudencia republicana. El Edicto del Magistrado. Jurisprudencia clásica alta: las grandes escuelas. Senadoconsultos. Jurisprudencia clásica tardía. Rescriptos imperiales.
5. La época postclásica. El Derecho Romano vulgar. Los *iura* y las *leges*. Los edictos romano-bárbaros y el Breviario de Alarico. El Código Teodosiano, las escuelas orientales y el *Corpus Iuris*.
6. La tradición romanística europea. *Mos italicus* y *mos gallicus*. La pandectística alemana. Las modernas tendencias histórico-críticas.

### *Capítulo I. Las Acciones*

1. Las acciones de la Ley. *Manus iniectio. Vindicatio* y *sacramentum in personam. Legis actio per iudicis arbitrive postulationem. Legis actio per con-dictionem*. Otras *legis actiones*.
2. El agere per formulas.
  - A. La fórmula. Origen de la fórmula. Estructura de la fórmula. Tipos de acciones. Acciones honorarias. *Exceptiones* y *Praescriptiones*.
  - B. La fase *in iure*. Las partes y el magistrado. Sustitución procesal: *cognitor* y *procurator*. Trámites preliminares. Interrupción anticipada de la fase *in iure*: *confessio in iure*; indefensión; *iusiurandum*; transacción. La *litiscontestatio* y sus efectos.

<sup>36</sup> D'ORS. *Posiciones Metodológicas*, cit. p. 210.

- C. Los medios complementarios del pretor. Estipulaciones edictales. *Restitutiones in integrum*. Embargos. Interdictos.
  - D. La fase *apud iudicem*. La prueba. Sentencia judicial. Ejecución de la sentencia. La ejecución por insolvencia fraudulenta y el interdicto fraudatorio.
3. Procedimientos clásicos y postclásicos sin fórmula. Procedimiento arbitral. *Cognitio extraordinem*. Procedimientos *per rescriptum principis*.

### Capítulo II. El Dominio

- 1. Las cosas. Clasificación de las cosas. *Uti, frui, habere*. La acción reivindicatoria. Otras acciones del *dominus*.
- 2. La posesión. *Usus* y *possessio*. Posesión pretoria: interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. Interdictos *de vi* y *de precario*. Posesión civil. Acción publiciana; *in bonis habere*. *Quasi possessio*.
- 3. Adquisición del dominio.
  - A. Actos formales de adquisición. *Addictio* y adquisiciones procesales. *Mancipatio*. Legado vindicatorio.
  - B. Apropiaciones posesorias justas. Ocupación. Las ocupaciones cualificadas. Tradición. *Usucapio*. La justa causa. El tiempo de la posesión. *Praescriptio longi temporis*.
- 4. Limitaciones al dominio.
  - A. El Condominio. Origen y régimen clásico. Acción divisoria. *Commixtio* y *confusio*. Antecedentes romanos del dominio dividido: propiedad provincial; *ius in agro vectigali*; *emphiteusis*; *superficies*.
  - B. Servidumbres. Principios generales. Clasificación. Acciones de servidumbre. Constitución y extinción. *Immissiones* y prohibiciones que no constituyen servidumbre.
  - C. Usufructo. Naturaleza y objeto del derecho. Acciones del usufructo. *Cautio* usufructuaria y *quasiusufructo*. Constitución y extinción. Otras formas de uso sobre cosa ajena y limitaciones al uso de cosa propia.

### Capítulo III. La Herencia

- 1. La familia romana.
 

La constitución de la familia y el *status*. Los esclavos y la *dominica potestas*. La patria potestad. La *manus*. El parentesco. Situación patrimonial de las personas dependientes.
- 2. La sucesión hereditaria.
  - A. Conceptos fundamentales.
 

La herencia y sus diversos géneros. Interdicto *quorum bonorum*.
  - B. Sucesión intestada.
 

Sucesión civil. *Bonorum possessio sine tabulis*. *Collatio emancipati*. Llamamientos a *legitimi*, cognados y cónyuge. Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Derecho Justiniano.

- C. Sucesión testada.  
El testamento. *Testamentifactio* activa. *Heredis institutio* y *testamentifactio* pasiva. Institución condicional. Sustitución. *Exhereditio* y *praeteritio*; póstumos. Error en el testamento. *Tabulae* y *bonorum possessio secundum tabulas*. Testamento militar y formas postclásicas de testamento.
- D. Sucesión contra testamento.  
*Praeteritio* de los *sui*. *Bonorum possessio contra tabulas*. *Querela inofficiosi testamenti*. La "legítima" postclásica.
- E. Adquisición de la herencia.  
Apertura de la sucesión. Apertura del testamento; *capacitas*. Herederos necesarios. Herederos voluntarios; *hereditas iacet*. *Cretio* y *pro herede gestio*. Indignidad. División de la herencia.
3. Las liberalidades.
- A. Los legados.  
Formas de legados. Legado vindicatorio. Legado *per praeceptionem*. Legado damnatorio. Legado *sinendi modo*. Senadoconsulto Neroniano. Ineficacia del legado. *Lex Falcidia de legatis*. *Dies cedens* y *dies veniens*. Adquisición del legado.
- B. Los fideicomisos.  
Naturaleza y diferencias con los legados. Sustitución fideicomisaria. Régimen de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano.
- C. Las donaciones.  
*Causa donationis*. La *Lex Cincia* y las donaciones imperfectas. Donaciones *mortis causa*. Reformas de Constantino y derecho postclásico. Las fundaciones.
- D. La dote y las donaciones nupciales.  
El matrimonio romano. *Donatio ante nuptias*. Dote. Restitución de la dote. Régimen dotal justiniano.

#### Capítulo IV. Las Obligaciones

1. El sistema romano de obligaciones.  
El *debitum*; su origen y sus causas. Las diversas acciones personales formularias. *Oportere*. Las obligaciones naturales. El objeto de la obligación: *dare, facere*. Divisibilidad de las obligaciones. Las fuentes de las obligaciones.
2. Los delitos.  
Origen de las obligaciones delictuales. Características de las acciones penales. *Furtum*. *Damnum iniuria datum* y otros delitos de daño. Delitos honorarios. *Dolus malus* y *metus*.
3. Los préstamos.  
El *creditum* y sus causas: *condictio*. *Pluris petitio*. *Solutio* y mora crediticia. *Datio in solutum* y otras formas de extinguir los créditos. Dación crediticia. *Mutui datio*. *Dationes ob rem*. *Dationes ob causam*. *Dationes ex eventu*. Préstamos pretorios. *Constitutum*. *Receptum argentarii*. *Commodatum*. *Pignus*. *Pignus conventum*. Pluralidad de prendas.

4. Las estipulaciones.
  - A. La forma promisoria.  
La promesa verbal. *Acceptilatio*. *Transcriptio nominum*. Carácter abstracto. *Querela non numeratae pecuniae*.
  - B. Elementos.  
Requisitos de existencia, de validez y de eficacia. Estipulaciones a favor o a cargo de tercero. Condiciones y plazo.
  - C. Superposición de estipulaciones.  
*Eadem res*. Estipulación penal. Novación. La *litiscontestatio* y la impropiamente llamada "novación necesaria".
  - D. Pluralidad de personas.  
Solidaridad. *Fideipromissio* y *fideiussio*. Intervención legislativa. La fianza justiniana. Actos de intercesión: Senadoconsulto Veleyano. *Adstipulatio*.
  
5. Los contratos.
  - A. *Contrahere*  
Significado clásico de *contractus*. *Bona fides*. Características de las acciones *bonae fidei*. Tipos de acciones *bonae fidei*. Contratos consensuales. El concepto gayano de *contrahere*. La consensualidad en el derecho postclásico. Contratos innominados. Pactos postclásicos. Cuasi-contratos y cuasidelitos.
  - B. Fiducia.
  - C. Depósito.
  - D. Representación y sustitución negocial.  
El mandato y la *procuratio*. La *actio mandati* y el contenido del mandato. *Mandatum pecuniae credendae* y *procuratio in rem suam*. Gestión de negocios. Curatela. Tutela. Intervención pública y tutela magistratal. Evolución clásica de la tutela. *Tutela mulieris*. Acciones *adiecticiae qualitatis* y representación directa.
  - E. Sociedad  
Corporaciones públicas. Sociedades privadas contractuales. *Actio pro socio*.
  - F. Compraventa  
Concepto. Acciones *ex empto* y *ex vendito*. Obligación de entrega y custodia. Evicción. Vicios materiales. Obligaciones del comprador. Pactos accesorios. Arras. Permuta y contrato estimatorio.
  - G. Arrendamientos.  
*Locatio conductio rei*. Locación de esclavo. *Ager vectigalis* y *superficies*. Locación de obra. Asunción de riesgo.