

OS NOVOS XURISTAS E O DEREITO ROMANO

Ricardo Panero Gutiérrez

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Barcelona.

RESUMEN:

Este trabajo pretende reflexionar sobre la conveniencia de mantener, como parcela académica, a la más antigua de las disciplinas jurídicas: el Derecho Romano. Es oportuno por cuanto pueda verse afectado, por la aplicación y desarrollo del RD 1393/2007, de 29 del 10, sobre la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. Responde al momento actual de construcción del Espacio Europeo de Educación Superior y al compromiso del Gobierno español de que en el año 2010 todas las enseñanzas universitarias deban estar adaptadas a su nueva estructura. Y se basa: a) en el carácter a que debe responder toda Educación jurídica, ni solo teoría, ni solo práctica, sino análisis intelectual a la práctica y b) en la coherencia y legitimidad de poder llamar jurista, a quien en ella se eduque.

Palabras clave: Derecho – Derecho Romano – Educación jurídica – Jurista – Sistema codificado – Sistema jurisprudencial – Derecho europeo.

ABSTRACT:

This work tries to reflect on the convenience of keeping, as an academic field, the most ancient of the legal disciplines: Roman Law. It is appropriate, because of how much it could be affected by the application and development of Royal Decree 1393/2007 of October 29th concerning the arrangement of official university education. It corresponds to the current moment of construction of the European Space of University Education and to the commitment of the Spanish government's; commitment to ensure that all university education should be adapted to the new structure by 2010. And it is based: a) on the character to which all legal education respond, which is neither theory alone, nor practice alone, but intellectual analysis of practice and b) on the coherence and legitimacy of being able to call a jurist whoever has been educated in this system.

Keywords: Law – Roman Law – Legal Education – Jurists – Civil Law System – Case Law System – European Law.

*Os novos xuristas e o Dereito Romano**

Sumario: I. El Derecho en general: sus presupuestos. II. El Derecho Romano: delimitación de su contenido. III. Referencia a la Tradición Romanística. IV. El Derecho Romano en el Siglo XX. V. El Siglo XXI: algunas observaciones jurídico-críticas. VI. Los distintos tipos de Educación Jurídica, en general: posible aportación del Derecho Romano en ellos. VII. El jurista: importancia, principales funciones y contribución pormenorizada y ejemplar del Derecho Romano en cada una.

I. EL DERECHO EN GENERAL: SUS PRESUPUESTOS

Es sabido que: KANT, muestra su fina ironía, diciendo “que incluso en pleno siglo XIX, los juristas buscan aún una definición de su concepto de Derecho”; que HERMOGENIANO, jurista del s. IV¹, recuerda que presupuesto de todo el Derecho es el hombre (*hominum causa omne ius constitutum est*)²; que ARISTÓTELES precisa que, éste, es sociable por naturaleza (por lo que es ilustrativo, se suele añadir por los más modernos, el contraponer al hombre en sociedad con un Robinsón, cuya soledad y aislamiento impediría que alguien pudiera discutirle la facultad de hacer algo), y en fin... que CICERÓN, resume la relación “hombre, sociedad y derecho” al decir: “donde está el hombre (*ubi homo*) allí está la sociedad (*ibi societas*) y donde está la sociedad (*ubi societas*) allí está el Derecho (*ibi ius*).

El Derecho, pues: se muestra como norma de convivencia y ejerce una función de instrumento pacificador de conflictos entre hombres. Gracias a él, por resumir: cada uno sabe lo que es suyo...; lo que debe y puede exigir a los demás y...lo que los demás

* El presente artículo reproduce (tras la obligada revisión e incorporación bibliográfica y de notas) la conferencia que tuve el honor de impartir, el 16 de abril de 2008, en el campus de Ourense en las I^{as}. XORNADAS SOBRE METODOLOGÍAS DOCENTES ACTIVAS EN DEREITO ROMANO, bajo la dirección del Prof. Dr. LUIS RODRÍGUEZ ENNES, Catedrático de Derecho Romano na Universidade de Vigo y de la P^{ra} Dr^a MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH, Titular de Derecho Romano na Universidade de Vigo. Permítaseme algunas precisiones: la 1^a) que he omitido las 5 primeras palabras del título de la Conferencia “*A Universidade do século XXI*”, la razón es intentar observar la mayor fidelidad posible, pues el desarrollo de este punto corrió a cargo del Prof. Dr. RAMÓN HERRERA BRAVO, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Jaén, que lo hizo, tras mi intervención, con la competencia y rigor que le son característicos; la 2^a) que por la misma razón, he mantenido en el texto o a veces pasándolo a notas, algunas referencias obligadas por el carácter del destinatario (alumnos da Facultade de Dereito de Ourense e da Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo de Vigo) y 3^a) que he dejado su título en gallego, lo que responde a un doble y modesto homenaje: el primero a Galicia, tierra para la que solo tengo palabras de admiración; y el segundo a sus profesores Dr. RODRÍGUEZ ENNES y Dr^a BRAVO BOSCH, a quienes pido su venia para incorporarles al Director de esta prestigiosa revista, Prof Dr. RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO (Universidade da Coruña) para quienes mis palabras no pueden ser otras que de: fraternal colegialidad; gratitud sincera y reconocimiento académico y científico.

1 Representa, junto a ARCADIO CARISIO, la fuente más reciente de *iura* para los compiladores y pese a vivir en el siglo III, espiritualmente (así lo señala GUARINO, A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, (Napoli, 1968), p. 242 y s.) pertenece al derecho postclásico. Vid. en síntesis: TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, (Madrid, 2005), p. 420, que emplea el término “probable” al atribuirle la paternidad del *Codex Hermogenianus*, mientras que GUARINO, *ibidem*, se limita a decir que solo: “si può congetturare”.

2 D.1.5.2 (*libro I iuris Epitomarum*)

pueden exigirle, evitando, en suma, lo que sin él podría ser, como recordaría HOBBS³ una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*)⁴

Ahora bien, esta norma de convivencia, exige dos matizaciones: a) Por un lado, requiere una organización: el Estado. Pues, como dice LATORRE⁵, éste, en sí, es una organización de poder, que muestra su triple faz (de legislador, juez y gendarme) *creando* la norma, *aplicándola* e *imponiéndola*, en su caso. b) Por otro lado, que regule aquellos actos externos⁶ del hombre, indispensables⁷ para vivir en Sociedad y cuyo cumplimiento pueda exigirse coactivamente⁸. En suma, que la norma sea jurídica, pues, como es sabido, no toda norma de convivencia es Derecho, al existir otras normas de conducta (como las religiosas, morales o sociales) que, también, ordenan en cierto modo, esta convivencia.

Partamos, pues de la idea general, de que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en sociedad, sin que utilizar una teoría *normativa*, comporte, como advierte TORRENT⁹ preterir otros factores: éticos, sociales, culturales, políticos, económicos y religiosos, que ayuden a comprender el fenómeno jurídico.

Todo esto es sabido, y por ser pacífico, en el campo teórico y doctrinal, ahora desciendo a la práctica “a pie de obra” y me dirijo a ti...estudiante¹⁰, neófito o granado, y te formulo las siguientes preguntas.

a) ¿Qué ocurre cuando la idea de Estado está en crisis?; b) ¿Cuándo en su faz “legislativa”, a veces, parece convertirse en instrumento “provocador” (no “pacificador”) de conflictos en la sociedad?; c) ¿Cuándo su faz judicial se eclipsa por la luz de algunos “jueces” convertidos en estrellas?; d) ¿Cuándo su faz gendarme se cuestiona?; Los ejemplos están en la mente de todos...;

Seamos pacíficos nosotros...: a) Recordemos que el significativo crisis comporta, en su polisemia, el significado de cambio; b) Que nuestra época es de cambio y de crisis y c) que el Derecho no puede sustraerse a ello.

³ *De cive*, 1,12; 5.2

⁴ Así lo recordábamos ya en PANERO GUTIERREZ, R., *Experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del siglo XXI*, (Valencia, 1998), p.11 y lo venimos reiterando en nuestro actual, *Derecho Romano*, (Valencia, 2004), p.36.

⁵ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, (Barcelona, 1987), p. 21 ss.

⁶ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, cit. p. 24, a quien seguimos, ejemplifica: “por ello aunque codiciemos los bienes ajenos, si nos abstenemos de robar solo por miedo a que nos descubran, se cumple con el derecho aunque nuestra actitud no sea laudable”.

⁷ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, cit. p. 24, concluye, recordando que, por ello, muchas normas religiosas o morales, como no matar o no robar, son también jurídicas. En este sentido, se ha puesto de relieve que Moral y Derecho se suelen representar como dos círculos concéntricos en los que el de la Moral tiene el radio mayor y el del Derecho comporta un *minimum* ético, sin el que la vida social sería imposible.

⁸ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, cit. p. 15, lo explica con meridiana claridad, al decirnos: el préstamo pedido a un amigo (vital para nosotros y ridículo para él) que se nos niega, puede que nos defraude, al entender estaba “obligado” por amistad a concederlo, sin embargo, no podremos exigir ante los tribunales que lo haga por no estar “jurídicamente”, obligado a ello. Sin embargo si nos presta el dinero pedido y convenimos el plazo de un año para devolverlo, él podrá exigirnos, trascurrido el plazo, ante los tribunales su restitución y éstos condenarnos al pago, ya que existe una norma jurídica que obliga a la devolución de lo prestado en el plazo convenido.

⁹ TORRENT RUIZ, A., *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, (Zaragoza, 1995), p.11.

¹⁰ He preferido, (lo advertí en *) en algún momento, como ahora, mantener el tono directo y coloquial de la Conferencia.

Por esto, y sería una primera reflexión: comprender al Derecho en sus cambios del pasado, ayuda al jurista a comprender los presentes y aquello y esto, a través de las relaciones entre la evolución jurídica y la evolución social e ideológica..., no se hará fácil...nunca lo es, pero sí...menos difícil¹¹.

II. EL DERECHO ROMANO: DELIMITACIÓN DE SU CONTENIDO

Sigamos siendo “pacíficos” y a recordar lo no cuestionado¹².

- (A) Que todo pueblo, a lo largo de su historia, posee, en mayor o menor grado de perfección, ese conjunto de normas jurídicas, con las que identificamos Derecho. Por ello Derecho Histórico se opone a Positivo (vigente) pues este es: el *positus*, “puesto”, el fijado, en unas determinadas coordenadas de tiempo y espacio. El ejemplo del derecho existente, a día de hoy, 16 de abril de 2008, en Galicia, resulta obligado¹³.
- (B) Que el Derecho Romano, (el de los romanos, redundaría ORESTANO¹⁴, precisando así un significado no siempre unívoco) = *Corpus Romani iuris... iura populi Romani* o *Ius Romanum*: es, pues, el conjunto de normas jurídicas por las que se rigió Roma a lo largo de su Historia¹⁵. Abarca, pues, en el tiempo, desde la formación (mejor que fundación) de la ciudad (mediados s. VIII AC) hasta el 565 DC, muerte de Justiniano, cuya figura se toma como cierre, lo que se justifica, pese a romper coordenadas de tiempo (nacer 8 años después de la caída del Imperio Romano de Occidente) y espacio (reinar en Oriente), porque a través de su obra el *Corpus Iuris*, se transmite a la posteridad todo el saber jurídico de Roma.
- (C) Que a zaga de BIONDI, hoy se suele contraponer Derecho Romano y Tradición Romanística, por la que se entiende, un segundo proceso histórico que se proyecta, en el tiempo, desde finales del s. XI, en Bolonia, hasta nuestros días¹⁶. Tradición que no ha entendido siempre lo mismo por Derecho Romano. A veces, ha visto en él, la “reconstrucción” del Derecho del pueblo de Roma; a veces la “construcción” de un Derecho válido y actual para otras épocas, asentado sobre bases romanas. Esto obedece a que el jurista no logra sustraerse al influjo de las corrientes ideológicas y culturales de su sociedad. Hay épocas, dice WIEACKER, en que prevalece el objeto de conocimiento (*Ius Romanum*) sobre la *forma mentis* del que lo estudia, el resultado su concepción histórica y otras, ésta sobre aquél, el resultado una concepción dogmática¹⁷.

11 En los términos del texto, y referido al Derecho en general, ya se manifestaba LATORRE SEGU-RA, A., en *Valor Actual del Derecho Romano*, (Barcelona, 1977), p. 20 y concretándolo en el Derecho Público Romano, en su p.53. De ello nos hicimos eco en PANERO GUTIÉRREZ, R., *El Derecho Romano y la Formación del Jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)*, (Barcelona, 1988), p.22.

12 Sigo lo ya anticipado en PANERO GUTIÉRREZ, R., *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp. 13 y ss.

13 Ese resultó el ejemplo inexcusable, coincidente con el lugar y día de la Conferencia pronunciada.

14 ORESTANO, R., *Introducción al estudio del derecho Romano*, traducción de ABELLÁN VELASCO, M., (Madrid, 1997), p.499

15 En concreto, la expresión *corpus omnis Romani iuris*, aparece en Liv. 3.34.7

16 BIONDO BIONDI, ya en sus *Prospettive romanistiche*, (Milano, 1933), p.1 ss

17 En definitiva, dice WIEACKER F., *Vom römischen Recht.*, (2ª Ed. Stuttgart, 1961), p. 195, que en estas posturas late el dualismo entre “historia” e “idea” y responden, nos precisa, en pp. 288 y ss. a dos posturas fundamentales de la propia existencia humana.

Ambas tendencias, que convergen en SAVIGNY, (en el que se da la paradoja de fundar la Escuela “histórica” del Derecho y que su principal obra de madurez, sea: *El sistema del Derecho Romano “actual”*)¹⁸, influirán, a partir de él, por separado, en los juristas de la segunda mitad del s. XIX¹⁹.

Así, de un lado, el estudio “histórico” del Derecho Romano y su evolución, cuyos últimos representantes, *neohumanistas* en terminología de KOSCHAKER, seríamos los actuales profesores de Derecho Romano; y de otro, su estudio “dogmático”, para la aplicación práctica de sus normas, representado por los actuales profesores de Derecho Civil, herederos de la *Pandectística*, corriente caracterizada, como su nombre anticipa, por el estudio realizado sobre el Digesto en su denominación griega, *Pandectas*. En suma, Codificación e Historicismo si se quiere reducir a dos simples palabras y silenciar la doble referencia profesional académica.

III. REFERENCIA A LA TRADICION ROMANISTICA

VOLTAIRE, advertía que el “arte de aburrir es pretender decirlo todo” y en ello incurriríamos, aún más²⁰, de detenernos en todas y cada una de las corrientes ideológico-culturales de estos 10 siglos, pues *pretender* hacerlo comportaría el *intento* del estudio de toda la historia de la cultura jurídico europea²¹.

Por ello baste recordar, *sin necesidad de apunte alguno*²², que las referidas corrientes, van a incidir en la concepción y estudio del Derecho en general y del Derecho Romano en particular. Así, principalmente, lo hacen: a) En los siglos XI y XII: Las ideas de *autoridad e imperio*; b) En los XIII y XIV: La propia decadencia de la idea de Imperio; la difusión de la doctrina de Aristóteles y la labor de la Escolástica sobre ella asentada; c) En los XV y XVI: el *humanismo renacentista* y la búsqueda de la verdad por todos los medios; d) En el XVII y sobre todo el XVIII: el *iusnaturalismo racionalista*, el libre examen... y la fuerza ilimitada de la razón;... y... ya en la Edad Contemporánea...d) En los siglos XVIII y XIX: las nuevas corrientes políticas, (que cristalizan en unificación de Estados), sociales, (que lo hacen, en el ideario de la Revolución Francesa) y culturales (que plasman, en el neoclasicismo y romanticismo)²³.

18 DE SAVIGNY, M.F.C: *System des heutigen römischen Rechts*, (Leipzig, 1839-1849), trad. Española, en 6 Tomos, de JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, prologada por Don MANUEL DURÁN Y BAS, vertido de la traducción francesa de M.CH. GUENOUX, 1840-1851, (Madrid, 1878-1879).

19 Sigo la síntesis expresada en PANERO GUTIÉRREZ, R., *La Experiencia jurídica de Roma*, cit. p.15.

20 Licencia propia del acto y auditorio al que iba dirigida lo que era una Conferencia.

21 Dos obras siguen siendo fundamentales y merecen el calificativo de “clásicas”: la de KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTA CRUZ, (Madrid, 1955) y la de WIEACKER, F., *Historia del Derecho Romano en la Edad Moderna*, traducción de FERNÁNDEZ JARDÓN, (Madrid, 1957). Con un enfoque actual y moderno, y una puesta al día bibliográfica y muy crítica, recientemente, Vid. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho; derecho romano-ius commune-derecho europeo*, (Madrid 2007).

22 Alusión al auditorio.

23 Vid. con algo más de amplitud, aunque sin perder el carácter de síntesis, PANERO GUTIÉRREZ, R., *La experiencia jurídica de Roma* cit. pp. 16 y ss. y sus correspondientes notas 9 a 14 y con mucho más detalle del propio PANERO, R., las cerca de 200 pp. que figuran bajo el epígrafe “El Derecho Romano y su recepción en Europa” (pp. 117 a 305)”, AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de historia y Catorce de tradición*, (Coordinador R. PANERO), (Valencia, 2005).

Detengámonos sobre este Derecho Romano y conscientes del riesgo e imprecisión que todo lo general comporta, por vía de síntesis, anticipemos²⁴:

- 1) Que el enfrentarse a 14 siglos, (pese a ser contrasentido todo intento de enmarcar la realidad histórica en compartimientos y lo artificioso de cualquier periodificación) mueve a los romanistas a precisar, con distintos adjetivos, (*arcaico, preclásico, clásico, posclásico y justiniano*), diferentes momentos, que tomando como base un criterio naturalístico, destacarían, respectivamente, la infancia, juventud, madurez y decadencia de este Derecho²⁵.
- 2) Que pancronicamente, el *Ius Romanum* aparece formado, en su historia, por una pluralidad de estratos jurídicos, reflejados en el uso, en sentido objetivo, de los términos: *ius civile, ius gentium, ius honorarium y ius novum*.
- 3) Que el Derecho Romano, tanto Público como Privado, forman “unidad de base” y así organización política e historia de las fuentes son algo inescindible, que se detecta, en especial, en la *iurisprudencia*, en el sentido romano del término, y en el de los juristas que la integran.
- 4) Que se aprecia una indudable conexión entre la “historia jurídica” de Roma y su “evolución social”, aunque como hoy en día, no siempre es inmediata y aquella, suele ir a remolque de ésta.

IV. EL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XX

IV.1 Su carácter histórico-científico

(A) Su carácter histórico. La promulgación del Código civil alemán, el 1 de enero de 1990, supuso la pérdida de la vigencia y aplicación práctica del Derecho Romano. No obstante, al mismo tiempo en que aquella (codificación) se prepara, resurge el sentimiento de los humanistas y su anhelo, (historicismo), por la “reconstrucción histórica” del Derecho del pueblo de Roma.

Aparecen nombres, como los de MOMMSEN, LENEL, GRADENWITZ y MITTEIS y obras como; la *Historia de Roma*, el *Derecho público e Historia de las fuentes* y la *Edición crítica del Digesto* (del primero); las reconstrucciones del sistema de acciones del *Edicto Perpetuo* y la *Palingenesia de la jurisprudencia romana* (del segundo); la *Crítica de las Interpolaciones a las Pandectas* (del tercero) y la aplicación de los *Principios romanos al Derecho de las provincias* (del cuarto). Obras de gran relevancia, cuyo único fin será la vertiente histórica y el intento de “reconstruir” el Derecho, Romano clásico, rastreando, en general, las posibles alteraciones (interpolaciones) que después sufren (los textos), en particular, las hechas por los compiladores justinianos.

²⁴ Reproduzco algunas consideraciones que ya aparecían en PANERO GUTIÉRREZ, R., *El Derecho Romano y la formación del jurista* cit. y reiteran en AA:VV: *El Derecho Romano en la Universidad*, cit. pp.113 s.

²⁵ Así lo expresábamos ya en PANERO GUTIÉRREZ, R., la *Experiencia jurídica de Roma*. Sobre el Derecho Romano y su periodificación, distinguiendo entre: los principales criterios seguidos: a) por la romanística en general; b) por la española en particular y c) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Vid. PANERO ORIA, P., Capítulo 1. “El Derecho en Roma”, (pp. 25 a 113), en AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad*, cit.

Esta nueva dirección, “neohumanista”, tendrá como consecuencia la escisión entre los civilistas y los romanistas y el inicio de la crisis de los estudios de estos últimos, producida, según KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*²⁶: 1ª) por la decadencia del espíritu de la cultura europea -*europäische Kulturgefühl*-, cuya esencia se debía, en gran parte, al Derecho Romano y 2ª) por los excesos de las investigaciones críticas de los propios romanistas que alejaban a otros juristas de nuestro estudio²⁷.

(B) Su carácter científico. El rumbo tomado por los romanistas, durante el último tercio del s XIX, tiene como consecuencias: 1ª) la afirmación del carácter científico del Derecho Romano, por su orientación histórica; 2ª) que cesada su vigencia y tendiendo, precisamente, lo jurídico, a fines prácticos, pérdida de su secular prestigio; 3ª) desplazamiento del centro de atención del Derecho privado del Derecho Romano al Derecho civil²⁸ y 4ª) la inclinación a conceptuar el Derecho Romano, al margen de las disciplinas jurídicas, dentro de las ciencias de la Antigüedad, produciéndose su aislamiento, dice TORRENT, frente a los demás estudiosos de los Derechos en vigor²⁹.

IV.2. De nuevo la contraposición historia y dogma

En suma, en la primera mitad del s XX, la historia vuelve a repetirse, y surge, de nuevo, la contraposición “historia” y “dogma”, posturas ahora representadas, por romanistas (la primera) y civilistas (la segunda), al creer, éstos, denuncia BISCARDI³⁰, que al haber vertido, en los nuevos Códigos, el Derecho Romano toda su savia, había ya agotado su función olvidando la advertencia de SAVIGNY, de que: el valor permanente del Derecho Romano, está en el inigualable método de sus *iusprudentes* y no en el contenido de sus normas.

IV.3. El estudio jurídico de un derecho histórico

Llegados los años 50, la desconexión entre Derecho Romano y Derecho Civil hará que: se tenga que precisar la situación del Derecho Romano dentro de las ciencias históricas; y que se analice cómo es posible su actualización, participando de este modo del carácter de las ciencias jurídicas³¹.

26 La obra, de KOSCHAKER, referida en el texto es *Die Krise des römischen Rechts und die römistische Rechtswissenschaft*, (München, 1939), traducción de SANTA CRUZ, (Madrid, 1955). Téngase por reproducido lo dicho en la nota 21 de este artículo.

27 Parafraseando a TORRENT RUIZ, A., *Introducción metodológica al estudio del Derecho Romano*, (Oviedo, 1974), p. 18: dicha crisis fue debida a que la concepción política del nazismo desterraba el Derecho Romano de los planes de estudio de las Universidades alemanas. En efecto, el punto 19 del programa del partido nacionalsocialista, de 24 de febrero de 1920, establecía la exigencia de que el Derecho Romano por entender que responde al ordenamiento materialista del mundo, debe ser sustituido por un Derecho común alemán, punto criticado por el propio KOSCHAKER.

28 Ideas ya expresadas en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Derecho Romano: realidad histórica-realidad actual”. *Estudios en homenaje al Profesor JUAN IGLESIAS, con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Tomo II, (Madrid, 1988), p. 979.

29 TORRENT RUIZ, A., *Introducción metodológica...* cit. p.11.

30 BISCARDI, A., *El Derecho y la ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000*, (Madrid, 1989), p.19.

31 Este encuadrar los estudios del Derecho Romano en la teoría general de las ciencias planteó, a su vez, otro problema previo: el de determinar hasta qué punto dogmática e historia podían considerarse como ciencias, aspecto éste, ligado al plurívoco sentido que en sí encierran dichas palabras, limitándonos a recordar, sobre dicha cuestión, que por aquel entonces (a mediados del siglo pasado) mientras BOBBIO acentúa el carácter científico del Derecho, en consideración al rigor del lenguaje, asignándole como fin el análisis del lenguaje del legislador, DE FRANCISCI califica a la Historia de verdadera ciencia, y a la Dogmática de

Así, hubo que matizar, recuerda X. D'ORS³², que el Derecho Romano, no sólo es “ciencia histórica”, al estudiar las formas jurídicas que regulan la vida de Roma y su Imperio, sino también “ciencia jurídica”, pues el estudio de dichas formas interesa al jurista moderno por la propia perfección técnica de aquéllas. En definitiva, el Derecho Romano es más que ciencia histórico-jurídica “ciencia jurídico-histórica”, ya que el romanista, aunque historiador a la hora de determinar la autenticidad de un dato o el tenor originario de un fragmento, es ante todo jurista, al tener que profundizar en el contenido sustancial de aquél para poder integrarlo en un orden jurídico-sistemático³³.

Así concebido el Derecho Romano: como un estudio científico de un Derecho histórico, hay que encuadrarlo y su marco adecuado es, y debe ser, el de las ciencias jurídicas, con la peculiaridad de que su objeto no es un Derecho vigente.

IV.4. Su concepción histórico-dogmática

Esta no vigencia del Derecho Romano plantea el interrogante de cómo es posible su actualización para que participe así del carácter de las ciencias jurídicas.

Las modernas tendencias de la romanística permiten, contestar a esta pregunta a tenor de las siguientes premisas: 1ª) que la Historia, “*magistra vitae*” según CICERÓN³⁴, constata que concepciones parciales del Derecho Romano (solamente dogmáticas o únicamente históricas) resultan erróneas y conducen, observa X. D'ORS, a posiciones inviables³⁵, convirtiéndolo en un Derecho atemporal, por prescindir de su vertiente histórica, o en una simple erudición informativa de antigüedades, por prescindir de su vertiente jurídica; 2ª) que es necesario encontrar un equilibrio entre ambas concepciones pues, ya lo apuntó DE FRANCISCI³⁶, los estudios dirigidos a conocer la dogmática de un Derecho que ya no está vigente no son más que capítulos de su historia; y 3ª) que este equilibrio puede alcanzarse, a tenor de una concepción dogmática del propio Derecho Romano basada, no en la autoridad intrínseca de éste, sino en su valor formativo³⁷.

Así pues, creemos, que un estudio de la jurisprudencia romana y la elaboración casuística de su Derecho, no sólo servirá de firme base para conocer el Derecho del pueblo de Roma (concepción histórica), sino que también contribuirá en la formación del futuro jurista (concepción dogmática), ayudándole al aprendizaje y comprensión del Derecho, a la adopción de un postura crítica frente a él e incluso, en su caso, a proponer una reforma.

IV.5 Su concepción jurídico-europea

Este proyectarse hasta el día de hoy, resulta convincente si recordamos, con CANNATA, que la actitud del jurista de Europa continental, se asienta en una dogmá-

simple técnica, con una función instrumental en vistas al superior fin de la realización del Derecho. Vid. Referencias completas y mayor amplitud de tratamiento en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Derecho Romano: realidad histórica-realidad actual”, cit. pp. 981 y s. y notas 53 a 56.

32 D'ORS LOIS, X., *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*, (Santiago de Compostela, 1979), pp. 15 ss.

33 D'ORS LOIS, X., *Posiciones programáticas*, cit. p. 17.

34 *De oratore*, 2, 9, 36.

35 D'ORS LOIS, X., *Posiciones programáticas...* cit. p. 25.

36 DE FRANCISCI, P., *Storia del Diritto Romano*, I, (Milano, 1943), pp. 9 ss.

37 Otras consideraciones, de menor calado, para nuestro objetivo, a unir a las que se reproducen en el texto, pueden verse ya en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Derecho Romano; Realidad histórica-realidad actual” cit. pp. 984.

tica que es síntesis de casuística y de teoría (aunque, matiza -recordando precisamente la historia de la ciencia jurídica europea- que el equilibrio entre estos dos elementos se desplaza según el tiempo y lugar)³⁸.

Entiende TORRENT³⁹, que en la próxima reforma de planes de estudio, (en la que dicho sea de paso, al menos en mi Universidad, estamos inmersos), en el ámbito jurídico es imprescindible introducir una nueva asignatura, con el título de: Fundamentos de Derecho Europeo, cuya enseñanza Italia ha encomendado, sabiamente, a los romanistas. Algo, por demás razonable, pues éstos, sin necesidad de tener que acudir (lo cual no quiere decir sea en modo alguno despreciable) a la Tradición, ni partir del siglo XI y la vieja Bolonia, ni del redescubrimiento del *Corpus Iuris*, ya antes, habían demostrado ser buenos conocedores de los temas de unificación jurídica, precisamente, continúa TORRENT, parafraseando a TALAMANCA⁴⁰, por el mismo papel unificador que ejerció el Derecho Romano en el mundo antiguo.

IV.6. Su concepción académica universitaria

El que, el Derecho Romano, como parcela académica universitaria⁴¹ (hasta ayer diríamos área de conocimiento) se haya estudiado, y se siga haciéndolo, en las Facultades de Derecho (no en las de Historia); que el elemento docente, en aquellas, en general, y en el ámbito del Derecho Romano, en particular, esté integrado por juristas (no historiadores) y, en fin, que el discente aspire a ser, en un futuro inmediato, jurista (no historiador), son razones que, a nuestro juicio, eximen de un mayor comentario sobre el Derecho Romano como ciencia jurídico-histórica y que, recordadas por MURILLO⁴², no se desvirtúan por el hecho, de que quien inicia sus estudios de Derecho, en nuestras Facultades no sienta la vocación de jurista y sólo pretenda servirse de los estudios que se imparten en ellas para múltiples utilidades⁴³.

38 CANNATA, C.A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Traducción de LAURA GUTIÉRREZ MASÓN, (Madrid, 1996), pp.64 s.

39 TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo* cit. pp. 37 ss.

40 TALAMANCA, M., "Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico", en *Studi Impallomeni*, (Milano, 1999), pp. 405 ss.

41 Con relación a las reformas universitarias y la incidencia que pueda implicar para el Derecho Romano, Vid. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo* cit. pp.19 y ss.

42 MURILLO VILLAR, A., "Fundamentación romanística en la formación del jurista europeo", en *Estudios de derecho romano en memoria de BENITO M^a REIMUNDO YANES*, Tomo II, (Burgos, 2000), p.53.

43 Esta referencia a la *Historia del Derecho* y al *Derecho Romano*, permite constatar que, hoy, en plena fase de implantación de los nuevos planes de Grado, en algunas de las Universidades catalanas, se ha propuesto, en sus Facultades de Derecho, que aparezcan integradas en una sola asignatura. Centrándome en la Universidad de Barcelona, durante este mes de mayo de 2008, una llamada Comisión Promotora para la elaboración del Grado de Derecho, se ha manifestado, *ab initio*, en este sentido, lo que implicaría privar de sustantividad propia al Derecho Romano, incluyéndolo dentro de una asignatura híbrida cuyo nombre sería la suma de dos de las más tradicionales, se llamaría pues: *Historia del Derecho y Derecho Romano*. Sin justificación alguna, al menos expresada formalmente, tendría un total de 12 créditos de los que 5 serían para *Romano* y 7 para *Historia*, sin explicación del por qué, y su docencia se impartiría, en un solo semestre. Las Alegaciones del Profesorado de la Facultad de Derecho (finalizadas el día 2 de junio) encabezados, individual y colectivamente por los de Derecho Romano e Historia del Derecho, con la crítica colaboración, verbal y escrita, de Profesores de otras materias, (como más destacadas, las de: Civil, Procesal, Teoría del Derecho, Internacional y Administrativo) e incluso ¡lo que debe destacarse! la contestación y el rechazo de algunos colectivos de estudiantes, parece haber detenido esta propuesta. Propuesta que implicaba: 1º) contradecir lo acordado en todas las Conferencias de Decanos de las Facultades de Derecho españolas, celebradas en los últimos años, desde Las Palmas de Gran Canaria, pasando por Elche y Zaragoza, hasta Córdoba y Oviedo (abril de 2008), en las que se abordaba el tema del Plan de Estudios, conforme al Espacio

V. EL SIGLO XXI: ALGUNAS OBSERVACIONES JURIDICO CRÍTICAS

V.1. Sobre el Derecho Romano en particular

Hoy, en el año 2008, conviene recordar⁴⁴: 1) que si “conocer” equivale, como dice BISCARDI⁴⁵, a *scire per causas*,... el Derecho Romano resulta necesario para conocernos a nosotros mismos y a nuestro Derecho; 2) que si la Historia del concepto de Europa muestra la continuidad de una tradición jurídica no interrumpida desde el mundo clásico hasta nosotros es, precisamente, a través de la supervivencia del Derecho Romano y 3) que si se tiende a la construcción de un Derecho Común europeo, ello no es novedad si recordamos la Historia de la propia cultura jurídica europea⁴⁶.

Es cierto que, hoy, se habla de una crisis⁴⁷ en el estudio del Derecho Romano y que, en lo académico, en las Universidades europeas plasma en una reducción de su docencia, pero no lo es menos que tal crisis es el reflejo de otra más amplia que, no sólo afecta al Derecho Romano, sino también a la Sociedad, al Estado y al Derecho (al Derecho Privado) y a la propia Universidad y que viene siendo denunciado por voces más autorizadas que la nuestra⁴⁸.

Europeo de Educación Superior (EEES), que siempre habían diferenciado, nítidamente, las dos (entonces llamadas) materias, *Derecho Romano* e *Historia del Derecho* y acordado un contenido mínimo, para cada una de ellas, de 6 créditos; 2º) desconocer la realidad jurídico-catalana, el negar al Derecho Romano (¡En Cataluña!) la suficiente entidad para organizarse autónoma e independientemente, lo que se vería dificultado en el supuesto de persistir la fusión de los dos campos del saber que darían nombre a la nueva asignatura y 3º) desconocer los Prólogos de la última legislación civil vigente en Cataluña, en los que se hace alusión expresa al *Derecho Romano* para explicar la influencia directa de este ordenamiento jurídico en el catalán vigente (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña; Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código Civil de Cataluña; Ley 5/2006, de 10 de mayo. Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales). Dos consideraciones más: una, las dificultades de carácter académico-docente, derivadas de una fusión artificial, en el contexto del EEES y otra, la extrañeza ante el hecho de que existiendo entre las ahora llamadas materias básicas, según el RD 1393/2007, de 29 de Octubre, una con el nombre *Derecho*, al híbrido nacido de los trabajos de la Comisión *ad hoc*, se le hubiera incluido en la materia denominada *Historia*, lo que así se ha denunciado. En suma, confiemos en el buen sentido de quienes, prescindiendo de su etiqueta política, su recto juicio y formación universitaria les permita evitar: la existencia de una macro asignatura integrada por otras dos asignaturas distintas, tanto en su contenido, como en su funcionamiento y objetivos; programada, por acuerdos, como una misma, en un solo semestre; con una difícil evaluación conjunta y con una compleja armonización, en cuanto los requerimientos propios del *European credit system transfert* (ECTS), por lo que respecta, incluso a actividades dentro y fuera del Aula, sobre todo, en un momento en que la apuesta por la calidad, las nuevas metodologías docentes y aprendizaje del alumno ocupa un objetivo prioritario e irrenunciable. A riesgo de reiterar: la carga de trabajo para el estudiante, concedido, globalmente, a una asignatura de 12 créditos en un semestre es perjudicial para la formación de los alumnos del primer curso del Grado, por excesiva y las dificultades de la coordinación y puesta en marcha de una macro asignatura de estas características, de tipo axiomático, no requieren demostración.

44 Reproduzco, por vía de síntesis, las consideraciones que ya hice en: “Valor actual del Derecho Romano” (capítulo VI) en la obra AA.VV: *El Derecho Romano en la Universidad...* cit. p. 399, a donde me remito para un tratamiento más completo.

45 BISCARDI, A., *El Derecho y la ciencia del derecho...*cit. p. 20.

46 La obra de CANNATA, C.A., *Historia de la Ciencia jurídica Europea*, traducción de LAURA GUTIÉRREZ-MASSON, (Madrid, 1996), resulta de obligada referencia y una síntesis sobre esta cultura jurídica europea, precisamente, con este título: “Derecho Romano y cultura jurídica europea”, puede verse en PANERO GUTIÉRREZ, R., en el libro: *El Derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, (Madrid-Barcelona, 2001), pp. 264 ss.

47 Vid sobre la crisis de los estudios histórico-jurídicos, TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos*, cit. pp 64 ss.

48 Respecto a la importancia que hoy puede revestir el Derecho Romano y el enfoque de su docencia universitaria, partiendo de la sustentada por LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano*,

V.2. Sobre el Derecho y quienes lo estudian, en general

Aludamos, al reflejo de esa crisis, en el propio Derecho y en quienes lo estudian, para lo que, conviene tener presente: a) Que entre los sistemas jurídicos, se difumina la tradicional distinción entre jurisprudenciales o “abiertos” y codificados o “cerrados” al invertirse los factores, con los que venían operando⁴⁹; b) que, en éstos, y en particular en el nuestro, la inflación legislativa: propicia la superación del Código como dogma y hace se cuestione la idea de la codificación (incluso se habla de una época de descodificación) aunque algunos territorios, (dentro de nosotros) en el polo opuesto, la acometen con entusiasmo, más que por necesidad real y auténtica, como manifestación externa de su discurso nacionalista; c) que se fomenta un vulgarismo e inseguridad jurídico al que no es ajeno el confusionismo de las propias fuentes y d) que, en el ámbito universitario, también se difumina la imagen del futuro profesional del Derecho, porque la incidencia de las ciencias sociales y económicas parecen amenazar la autonomía de unos estudios propiamente jurídicos⁵⁰, a la vez que, en España, las directrices de la docencia jurídico-universitaria, a instancia del legislador y so pretexto de unos nuevos planes de estudios (de grado los llama ahora) y un adecuar el contenido de las materias a las nuevas necesidades, se traducen en una reducción de los programas y en invitación a que los manuales y libros, en nuestras Facultades, reduzcan el Derecho a una serie de recetas de fácil aplicación⁵¹.

Permítaseme otro *excursus*, relativo a estos nuevos planes de estudio... (de grado, sería, tal vez más adecuado)... y me intranquiliza que los resultados académicos, reflejados, formalmente, en los expedientes, puedan redundar, en lo económico –tasas de rendimiento–... y me pregunto, y no me atrevo a contestar: a) si quienes lo propugnan: conocen la distinción de los economistas entre bienes de conocimiento, de experiencia y de confianza (que serían estos últimos); b) la responsabilidad social derivada al bajar unos niveles de exigencia... y c) el teórico riesgo (por reducción al absurdo que *ex hipotesi*, aprobando a todos los estudiantes, sin merecerlo, alguna Universidad

cit. Vid. por coherencia, la mantenida a lo largo de toda nuestra vida académica en: a) “Derecho Romano: realidad histórica-realidad actual”; b) *El Derecho Romano y la formación del jurista*; c) *La experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del siglo XXI*; d) “Derecho Romano y Cultura jurídica europea” y e) “Valor actual del Derecho Romano”, obras todas de las que soy autor, citadas a lo largo de este Artículo y que no solo le sirven de base, sino que, en cierto modo, lo componen.

49 LOPEZ ROSA, R., “Un apunte a propósito de la reforma de los planes de estudio” en *Cuadernos informativos de derecho histórico público, procesal y de la navegación* 15-16 (febrero, Barcelona, 1993) 3799. Vid. por todos, a título de conclusión, CANNATA, CA. *Historia de la ciencia*, cit. capítulo XIV: I) “Dos tradiciones jurídicas”; II) “Case Law y dogmática” pp. 242 ss. Vid. también, recientemente, TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit. pp. 248 ss. “Derecho común y Common Law”, que enfoca la distinción desde un punto de vista, estrictamente, histórico, recordando que ambas visiones, hoy están experimentando un auténtico proceso de revisión.

50 Así fue denunciado hace más de un cuarto de siglo, por LATORRE SEGURA A., *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. p.15 y en su *Introducción al Derecho*, cit. p. 56. Siguiendo a LATORRE, Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *El Derecho Romano y la Formación del Jurista*, cit. p.38. Permítaseme el dato personal: Durante 12 años ocupé la Vicepresidencia, primero y la Presidencia, después (6 cada una) de la entonces llamada (luego desaparecida) División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, de la Universidad de Barcelona. Hoy, no puedo sustraerme a su recuerdo, que se acrecienta tras una detenida lectura del RD. 1393/2007, de 29 de octubre y, sobre todo de su Anexo II, cuyas 4 primeras “materias básicas por rama de conocimiento” coinciden, en general, con las 4 Divisiones de la Universidad de Barcelona, no así la 5ª, Ingeniería y Arquitectura, lógicamente, al no formar parte de aquella Universidad, sino de la Universidad Politécnica de Cataluña.

51 Todo lo expuesto ya está reflejado en PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, cit. p.100, al hablar del Derecho Romano Postclásico y en *La Experiencia jurídica de Roma*, cit. pp.27 s. y me ratifico, aún más, en ello.

resultara mejor dotada de medios y...de no hacerlo (y mostrar mayor exigencia) otras, aun más sumidas en la penuria⁵².

... En fin, parafraseando a TORRENT, la crisis está en todo. Y cada uno, la ve, piensa y define a su manera y así, tan diversamente vista, pensada y definida, se ha convertido en moneda corriente aun con unos perfiles totalmente desdibujados, acaso por el terrible poder que tienen las palabras de liberarse de su significado⁵³.

VI. LOS DISTINTOS TIPOS DE EDUCACIÓN JURÍDICA, EN GENERAL: POSIBLE APORTACIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ELLOS⁵⁴.

Distingamos entre una educación práctico-utilitaria; otra teórico-doctrinal y una tercera teórica-práctica

(A) Educación práctico-utilitaria. Es cierto, matiza GARCIA GARRIDO, que el lema del jurista romano era “crear ciencia para la práctica y no ciencia para la ciencia” y que sus escritos (por contra a los de retóricos y gramáticos) buscaban la solución del problema entre TICIO y CAYO, aconsejando la acción oportuna en defensa de sus derechos. Pero no menos cierto, que usan múltiples medios y recursos de la propia técnica jurídica en esta elaboración casuística y en la deducción de nuevas instituciones. Por ello, se debe excluir, sin este matiz, el encasillar al *iurisprudens* romano en la categoría de mero “práctico”, empeñado en la aplicación mecánica del derecho vigente⁵⁵.

En suma, si nos limitamos a exigir a nuestro futuro jurista solo una preparación práctica, que le faculte, para una mera aplicación del Derecho... poco o nada puede aportarle Roma, como no sea, bajo su óptica, negar, a tal profesional el calificativo de jurista.

(B) Educación teórico-doctrinal. Si en el polo opuesto, nos limitamos a exigirles una mera formación doctrinal, que relegue a la práctica a un plano muy secundario, incidiendo, prioritariamente, en un “conceptualismo jurídico” (tenor que, con honrosas excepciones, proliferaba en las aulas de nuestra Universidad)... Roma solo le podrá aportar: un repertorio, más o menos amplio de citas a repetir, en afortunado comentario de LATORRE, *pompam vel ostentationem*.

La razón es que los *iurisprudentes*, no pretenden enfocar el Derecho, así lo hacen algunos autores modernos, como todo un “complejo a sistematizar”, entre otras cosas,

52 En la Universidad de Barcelona, me centraré en su Facultad de Derecho, cada año aumentan los grupos adaptados EEES. En ellos, por resumir, la evaluación continuada (este año constaba entre sus actividades, en mi caso, de 8 pequeñas pruebas (entre 5 y 8 temas, cada una), debidamente escalonadas y sin poder coincidir con las de otras asignaturas, se ha logrado que de 80 alumnos, hablo siempre del grupo M5 que, personalmente he impartido, lo hayan seguido 34, de los que solo 5 no han aprobado. En este momento no puedo ofrecer datos del otro grupo M1 “no adaptado”, pendiente de examen final, pero estoy seguro de que el número de suspenso (al llevar como mínimo la mitad del programa, o sea, 25 temas), será mucho mayor. Pese a ello, no me atrevo a certificar estemos en el buen camino, pero sí afirmo que el nivel de exigencia es cada vez menor.

53 TORRENT RUIZ, A., “El Derecho Romano como instrumento para la crítica del derecho positivo”, *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, I, (Madrid, 1988), p. 758.

54 Reproduzco, procurando la síntesis, lo ya consignado, con mayor amplitud, en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Valor Actual del Derecho Romano” en AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad*, cit. pp. 401 ss. y ya antes, en *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp.30 ss.

55 Vid. por todos GARCIA GARRIDO, MJ., *Derecho Privado Romano. Acciones, Casos e Instituciones*. (Madrid, 2000), p.110 y n. (2).

porque el coexistir una serie de estratos jurídicos, por un lado, y su hostilidad a la abstracción, por otro, serían difícilmente superables... Para ellos el Derecho brota de la vida social, por lo que, procuran plasmarla y encauzarla en principios y reglas, sin pretender que aquellos y éstas (como inadmisibles sería respecto a la vida) quedaran enmarcados en unos límites lógicos y rígidos⁵⁶.

(C) Educación teórico-práctica: del análisis intelectual a la práctica. Si huyendo de posturas extremas, se adopta una posición intermedia, y parafraseando a LATORRE, convenimos que: “la educación jurídica no debe ser pura teoría ni simple práctica, sino adecuación del análisis intelectual a la práctica”⁵⁷, en este caso sí, la experiencia jurídica de Roma, plasmada sobre todo en el *Digesto*⁵⁸, puede ser fecunda: a) porque en la función de sus *iusprudentes*: confluye las perspectivas teórico-práctica; b) porque buscan principios y dan soluciones a casos concretos y a problemas sociales y c) porque... así, responden a las exigencias de la vida y al sentido de la justicia, tal y como se percibe en un momento determinado por la comunidad.

Sigamos sintetizando y ahora de la mano de GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁹, recordemos tres puntos, que, para los jurisperitos, nos permitimos apostillar, son uno mismo: 1º) que no hay institución sin principio informador; 2º) que estos principios se configuran en orden a círculos problemáticos concretos y 3º) que éstos obedecen, a su vez, a una estructura tópica y no axiomática

Por ello, razonar en Derecho es operar con esos principios, en torno a los cuales se ordena todo particularismo de las reglas y actos concretos y, en nuestra opinión, un pensamiento así entendido, es la aportación de los juristas romanos y su eterna lección⁶⁰.

VII. EL JURISTA: IMPORTANCIA, PRINCIPALES FUNCIONES Y CONTRIBUCIÓN PORMENORIZADA Y EJEMPLAR DEL DERECHO ROMANO EN CADA UNA DE ELLAS.

VII.1. El jurista: su importancia.

Si es pacífico, en general, tener por jurista (de *ius*) a quien estudia y/o profesa el Derecho no lo es, en particular, precisar su misión... el oficio de este conocedor del Derecho (*iusprudentes*). A zaga de LATORRE: el jurista reflexiona sobre el camino recorrido y así:

* Primero, contempla como, tras sustituir al clérigo medieval⁶¹... en el siglo XIX: goza de un indiscutible e indiscutido prestigio; es elemento clave en la

56 GARCIA GARRIDO, MJ., *Derecho Privado Romano*, cit., p.115, n (21).

57 LATORRE SEGURA, A., *Iniciación a la lectura del Digesto*, (Barcelona, 1978), p. 73

58 LATORRE SEGURA, A., *Ibidem*, nos recuerda que el Digesto es: no solo la Antología de los escritos de los juristas romanos, sino posiblemente, el libro que más influido en la cultura occidental, después de la Biblia.

59 GARCIA DE ENTERRIA, E., Prologo a la obra de VIEHWEG, TH, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. de DIEZ PICAZO, JL. (Madrid, 1964)

60 Así lo mantuvimos ya en: *La experiencia jurídica de Roma cit.* p.33

61 LATORRE SEGURA, A., *Valor actual del Derecho Romano*, cit. p. 14, precisa, al compararlo con el clérigo, que era “dueño de la palabra y maestro de la dialéctica con la ventaja para él de que estas artes pacíficas tenían más trascendencia en la sociedad de la época, predominantemente civil, que en el rudo ambiente del mundo feudal”.

sociedad; nutre parlamentos y gobiernos y, en fin, juega un papel preponderante en la administración y en la empresa, *status* que proyecta y mantiene durante la primera mitad del siglo XX.

* Segundo: que, ya en la segunda mitad del pasado siglo; se percata: que debe compartir las esferas anteriores con (economistas, sociólogos, sicólogos y un largo etcétera de diplomados y titulados) especialistas, en otras ramas del saber, antes apenas cultivadas; que pierde su secular prestigio; percibe que tiende, con frecuencia, a ser un técnico limitado a funciones concretas, en cierto modo, secundarias, y analiza que su hacer cotidiano se convierte, no pocas veces, en un mero facilitar relaciones comerciales en su encaje con la legislación vigente.

* Tercero: que, ya en el umbral del siglo XXI, constata que su imagen, como la del propio Derecho, se sigue difuminando y se torna, cada vez más borrosa⁶².

Profundizando algo más, y sin pretender salvar, al menos de forma consciente, unos intereses profesionales; ni la vanidad de los jurista (los más vanidosos de todos los hombres, según Erasmo) y menos aun plantear el problema del humanismo moderno, si parece oportuno advertir con MARX que todos debemos tender a que “sean más humanas las relaciones entre los hombres”; tener presente con KANT “que todo hombre es fin en si mismo y no instrumento de intereses ajenos” y recordar con LATORRE “Que el ser humano por serlo debe tener todos los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad”⁶³.

VII.2. La concepción del jurista y sus principales funciones.

Aplicando las anteriores reflexiones al jurista y siguiendo a LATORRE⁶⁴, su misión: No debe ser “solo” (aun siendo importante), el exclusivo uso del Derecho, como instrumento al servicio de unos fines concretos; tampoco (aun siendo loable), el luchar y el defender las causas justas que les depare el ejercicio de su vida profesional⁶⁵, ha de ir más allá del simple “aprender” el Derecho vigente y contribuir a su aplicación... también ha de “comprenderlo”, “criticarlo” y promover la “reforma” en lo que estime oportuno para así acercarnos a esa sociedad más justa que todos deseamos.

(A) La formación jurídica que prepare para conseguir estos fines, quien lo duda, ha de ser técnica o utilitaria, pues con su aprendizaje el jurista resuelve los problemas prácticos que surgen en las relaciones humanas con arreglo a un determinado sistema de normas.

(B) Pero el jurista no debe ser puro técnico, indiferente a los intereses a los que sirve, pues toda técnica, es instrumento y no fin, y, por ello, tiene y debe ascender un segundo peldaño en su actividad intelectual: debe, también, comprender el Derecho, lo que implica ponerlo en conexión con toda la realidad social, pues no lo olvidemos es a la sociedad a la que debe servir.

62 Reproduzco las ideas ya expuestas en *La experiencia jurídica de Roma* cit. pp. 34 y s, en las que sigo a mi maestro ANGEL LATORRE en su *Valor actual del Derecho Romano*.

63 *Ibidem* p. 34.

64 LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. pp. 18-ss, cuya posición se sintetiza en el texto.

65 LATORRE SEGURA, A., en su *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. p. 16, resume estas “laudables” causas que deparan la vida profesional, traduciendo la expresión francesa: “defender a la viuda y al pobre”.

Esta comprensión le exige aguzar su sensibilidad histórica y dilatar su perspectiva ecuménica. a) Aquella, proyectada en el tiempo, (coordinada, pues, temporal) comporta capacidad para apreciar los cambios, tanto los de ayer como los de hoy. b) Ésta, se proyecta en el espacio, (coordinada espacial), pues los cambios, hoy, no se suelen producir a escala local, sino europea e incluso mundial.

(C) La comprensión del Derecho es paso previo para su “interpretación” y obligado para su crítica.

Y no nos referimos a una crítica interna, que realizada desde el propio sistema, recae sobre los medios que ofrece y su adecuación al fin que persiguen, (en cierto modo, ya incluida en la técnica jurídica), sino, también otra externa, que realizada fuera del sistema, recae sobre los fines y se funda en una ideología determinada. Por ello, en los países de diversa ideología, (como el nuestro) podrá ser de signo distinto (y aun contradictorio) y cada jurista (o grupo) intentar persuadir del acierto de sus puntos de vista al último y difícil juez de una sociedad democrática y pluralista: la opinión pública.

(D) Partiendo de la crítica, el jurista ha de luchar por el logro de su último objetivo, promover las reformas que estime oportunas (en lo que también incidirá su ideología) y, así, aunque en el mundo moderno el jurista, a diferencia del romano, no “crea” derecho, si puede y debe intervenir en este proceso con su única arma: la persuasión⁶⁶.

VII.3. Contribución pormenorizada y ejemplar del Derecho Romano, en cada una de ellas.

A tenor de las funciones referidas, veamos, en cada una de ellas, algo de lo que puede aportar el Derecho Romano al jurista del siglo XXI.

VII.3.1. En el aprendizaje del Derecho⁶⁷. Empecemos por el “aprender” y la experiencia jurídica de Roma “enseña” y el jurista “aprende”, cuando menos, lo siguiente:

- 1º) Que Roma que, en frase de SCHULZ, es el “pueblo del Derecho”, no es en cambio el “pueblo de la Ley” pues, conviene recordar que su elenco legislativo no sobrepasa las 800 y, en Derecho Privado, se reduce a unas 30. Esta reflexión sobre la “economía de la norma”, nos parece de la máxima utilidad ante una epidemia diagnosticada, hace ya tiempo, por IGLESIAS como elefantiasis legislativa⁶⁸.

66 LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. pp 18, ss, cuya posición se sintetiza en el texto y al que ya seguimos en *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp. 35 y s.

67 Sintetizo una serie de ideas expresadas en *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp 37 y ss y en “Valor actual del Derecho Romano”, en AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad*, cit. pp. 405 ss. a cuyas notas me remito a efectos bibliográficos, aunque algunas las reproduzca. Lo mismo, anticipo ya, haré al citar a algún autor en los apartados VII.3.2 y VII.3.3.

68 Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., ya en *Derecho Romano: realidad histórica-realidad actual*, cit., p. 989. Vid. también la *Revista de L'Escola Universitària de la Universitat de Barcelona*, Management-Empresa, nº 27, 2002, donde aparece el artículo: *In pessima republica, plurimae leges*. Son sus autores: A. ROCAFORT Y J.F. PONT y uno de sus párrafos denuncia que: “La Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma compiten en la producción normativa, sin menospreciar a las administraciones locales. Las Comunidades Autónomas, en particular, quizá por ser neófitas o para reafirmar su existencia, insisten en regular hasta los más nimios aspectos de nuestra vida y no se recatan en hacer declaraciones de principios rimbombantes y normalmente inútiles ... imposible estar al día de la efervescencia leguleya de nuestros gobiernos y parlamentos”.

- 2º) Que Roma ofrece dos modelos de leyes, (XII Tablas y Comiciales) y su enseñanza, es: que en ellas, *en el fondo*, siempre ha de prevalecer el carácter “estructural” sobre el “coyuntural” y, *en la forma*, un estilo, claro, breve y conciso, frente a otro farragoso y pedante que, intentando prever todos los supuestos de violación olvidan, por un lado, el carácter general y abstracto de la norma jurídica, y por otro, que la interpretación literal posibilita el fraude a la ley⁶⁹.

Recordemos, en fin, que *brevitas* y *elegantia verborum*⁷⁰ son elogios reiterados por los antiguos a las XII Tablas, que, aun alejada en el tiempo, tampoco debe olvidarse establecen, por vez primera, la norma con dichos caracteres, general y abstracto, y la igualdad, ante una misma situación, de todos los ciudadanos ante la ley –*isonomia*, del griego, *iso*, igual y *nómos*, ley-.

- 3º) Que la terminología jurídica, en general, se asienta sobre bases romanas y aquella, a su vez, constituye primera habilitación a la mentalidad jurídica. Afirmación que no se desvirtúa, porque, parafraseando a LATORRE, “en la mitología actual los números tiendan a sustituir a las palabras”, pues, nos sigue recordando, “éstas y no aquellos son las armas del jurista”, ni tampoco por considerarse agotada la aportación de Roma, incluso en la esfera del Derecho privado, pues el introducir la *curatela* el Código Civil (Ley 24.10.1983) y hacer lo propio el *Codi de Família de Catalunya* (Llei 15.7.1998), son hechos suficientemente recientes que nos relevan de más comentario⁷¹.

- 4º) Que unidad y diversidad pueden armonizarse. Así, a) si el jurista de *hoy* debe empezar a familiarizarse, con la conformación de un ordenamiento jurídico unitario, en donde convivan un conjunto diverso de sistemas normativos (tanto en España, con sus autonomías, como fuera de ella, con los países comunitarios) y b) el jurista del *mañana* debe partir ya de su existencia... esto, c) para el jurista romano (jurista de *antes de ayer*) y d) para el comentarista (jurista de *ayer*) no es nuevo y si familiar.

Respecto a éste, solo recordaré que la Tradición Romanística “enseña” y el jurista de hoy “aprende” que ya en la Baja Edad Media existió: un *Ius commune*⁷², en esencia Derecho Romano, de aplicación general en cada país,

69 Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Experiencia jurídica de Roma*. cit., p.38, 2º. También, ROCAFORT y PONT, *In pessima republica, plurimae leges*, cit. en donde se dice: “Necesitamos, conviene repetirlo, menos leyes, más inteligibles, técnicamente bien construidas. Leyes que regulen en abstracto y genéricamente, los mandatos surgidos de la realidad social y leyes que huyan del casuismo enfermizo, fuente siempre de injusticias y de vacíos”. Hay veces que recuerdan aquella asamblea de parlamentarios que al discutir las competencias recogidas en el futuro Estatuto de la región, decidió incorporar la pesca lacustre, aunque en su geografía no hubiera lagos “por si acaso”.

70 AULO GELIO, *Noctes Atticae* 20.1.4 refiere que, según AFRICANO, *eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas*.

71 Sobre la terminología jurídica, con fines docentes, Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *El derecho Romano y la formación del jurista*, cit. pp.31 y ss. y sobre la “Terminología romana como primera dogmática jurídica”, con éste título, Vid. BIONDO BIONDI, en ARTE Y CIENCIA DEL DERECHO, traducción de LATORRE SEGURA, A., (Barcelona, 1953), pp. 84 y ss. Vid. también un desarrollo crítico de sus ideas en KASER, M., “Zur Juristischen Terminologie der Römer”, *St. In onore di BIONDO BIONDI*, (Milano, I, 1965), pp. 95 ss.

72 Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., “La Baja Edad Media y la formación del *Ius commune*”, en AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad*, cit. (pp. 141-172) y por todos, recientemente, TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit. pp. 205 ss, en donde trata, además, de la recepción del Derecho común en España y del Derecho común y del *Common law*.

superando particularismos, adaptado a los nuevos tiempos por el Derecho canónico y modificado, a su vez, por el *ius proprium*, particular – *ius municipale*- del territorio.

- 5º) Que Roma suministra el repertorio de conceptos básicos en Derecho Privado, “*vertiente dogmática*” y no sólo en España, (con todo el conjunto de diversos cuerpos legales que enriquecen su ordenamiento), sino, también, en la mayor parte del mundo, vertiente de “*derecho comparado*”, lo que comporta como consecuencias: a) en particular, que los conceptos también tienen su “historia”; b) en general, que como ya defendió SAVIGNY: el Derecho es un producto histórico⁷³ y c) en lo particular y en lo general, que, gracias a Roma, en los conceptos que nos ocupan, se aprecia una triple vertiente: *histórica*, con el valor que bajo el prisma científico, todo conocimiento histórico comporta; *dogmática*, con la practicidad que le es inherente y de derecho comparado⁷⁴, si se prefiere *ecuménica* o al menos *européa*, pues, como destaca FERNÁNDEZ BARREIROS, la Historia jurídica de Europa es reconstruir, en buena parte, la historia del Derecho Romano en Europa⁷⁵.

A ello cabe objetar: que la practicidad de los tiempos aconseja volcarse en el derecho vigente; que la dinámica social, exige al futuro profesional logre cuanto antes, una preparación (mejor titulación, y mejor título) que le habilite para el ejercicio de su profesión; que por la inflación legislativa, se tiende dentro del derecho vigente, a centrar (limitar) su estudio a ciertas parcelas (pública, privada o empresarial); que el derecho tiende a atomizarse

Todo ello es cierto y solo puede oponerse: que, también, los conceptos jurídicos tienen su historia y solo a través de ella pueden interpretarse y conocerse su auténtico alcance; que prescindir de esa vertiente comporta el riesgo de tomarlos (como los glosadores) por dogmas o verdades reveladas; que se aprende pero no se comprende; que primero en el estudiante y luego en el profesional, se crea una mentalidad dogmática y ahistórica, que en otros campos podría no ser decisiva, pero sí en Derecho, pues en él existe una incesante continuidad histórica y una manifestación por nueva que parezca no carece de precedentes⁷⁶.

VII.3.2. En su comprensión e interpretación. Pasemos al comprender; prescindamos, siendo herejía, del valor general e indudable que conlleva todo conocimiento histórico y recordemos, de la mano de LATORRE⁷⁷, que este comprender requiere: por un lado, aguzar su sensibilidad histórica, (capacidad para apreciar, en el tiempo, los cambios, tanto en el pasado como en el presente) y por otro, dotarle, en el espacio, de una perspectiva ecuménica.

73 Según SAVIGNY, “el Derecho no tiene un propio *ubi consistam*, sino que, más bien, está constituido por la propia vida de las personas contempladas desde un particular punto de vista”.

74 Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano y la formación del jurista*. cit. IV: Los conceptos de Derecho Privado A), B) y C), que sigue a LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. y ya antes ALVAREZ SUAREZ, U., *Horizonte Actual del Derecho Romano*, (Madrid, 1944), pp. 24 ss.

75 FERNÁNDEZ BARREIRO A., “El derecho común como componente de la cultura jurídica europea”, *Seminarios Complutense de Derecho Romano III*, (Madrid, 1991), pp. 83 ss y “Derechos nacionales y derecho común en la experiencia jurídico-cultural romana”, *Estudios Homenaje al Prof. F. HERNÁNDEZ TEJERO*, II, (Madrid, 1994), pp. 157 ss.

76 Dos ejemplos ilustrativos referimos en PANERO GUTIÉRREZ, R., *Experiencia jurídica de Roma*, cit. pp. 47 ss.

77 LATORRE SEGURA, A., ya en su *Valor Actual del Derecho Romano*, cit. pp.18 ss

Este “comprender”, bajo los presupuestos, temporal y espacial referidos, nos lo enseña ROMA y de ella y de su experiencia jurídica se “aprende” y el futuro jurista “comprende”, lo uno y lo otro, pasando a matizar la forma en como lo logra⁷⁸.

(A) Respecto a la perspectiva histórica, baste una doble puntualización:

1ª) Que si el Derecho, como precisa TORRENT, es experiencia, el “Romano” ofrece al jurista una experiencia inestimable, siendo modelo, matiza BURDESE, de “experiencia sucesiva”. Experiencia sucesiva, cabe apostillar, inigualable y sin parangón alguno, por la riqueza y variedad de cambios que aporta, desde cualquier punto de vista que se contemple. Así, sirva sólo de mero recordatorio: a) en el marco político, su complejo *iter*, a través de: una monarquía, república, un principado y un imperio; b) en el territorial, su creciente expansión, en que Roma pasa, en palabras de MOMMSEN, de ciudad, a país y al mundo⁷⁹; c) en el religioso, la evolución que se produce, en ella, desde un politeísmo pagano hasta un monoteísmo cristiano, perseguido primero, tolerado después y finalmente abrazado⁸⁰ y d) en un ámbito tan particular y poco difundido como el profesional (asociativo, si se prefiere) la involución que se detecta en Roma desde un sistema de “plena libertad”, podría estar representado por las XII Tablas, a otro de absoluto intervencionismo “estatal” en el que, como se ha resumido, “tras la crisis del s. III, salvo los generales, clérigos y más altos funcionarios, de arriba abajo, en la escala social, se impuso a cada uno su papel, que no podía eludir, de tal manera que: el colono estaba ligado a la tierra, el artesano a su profesión, el soldado a su legión y el funcionario a su administración”⁸¹.

2ª) Que conocer la realidad política, económica, cultural e ideológica de una época, en suma, su “realidad social”, ayuda a “comprender”, “su realidad jurídica”, al ser, o deber ser, ésta fiel reflejo de aquella, y el Derecho, no otra cosa, como dice TALAMANCA, que la racionalización del dato social, convertido en medio de solución pacífica de conflictos interindividuales⁸².

En conclusión, síntesis, y riesgo de iterar⁸³: el Derecho Romano agudiza la sensibilidad histórica del futuro jurista, ayudándole: a) a “comprender”: la razón de SAVIGNY, al decirnos, en general (*pancronía*), “que el Derecho está constituido por la propia vida de los hombres, contemplada desde un particular punto de vista”; b) a asumir y aplicar la misma idea a un momento determinado (*sincronía*), coincidiendo con

78 A continuación (perspectiva histórica y perspectiva ecuménica) reproduzco; a veces sintetizo y, para mayor amplitud remito, a lo últimamente por mí expresado, siempre intentando seguir la senda marcada por mi maestro, ya en 1977, ANGEL LATORRE, en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Valor actual del Derecho Romano”, AA.VV. *El Derecho Romano en la Universidad*, cit. pp. 410 ss.

79 Si se prefiere: desde un territorio equivalente a un tercio de la actual Andorra, en la monarquía; hasta dominar toda la cuenca del Mediterráneo, en la República; alcanzar, en el Principado, primero, Britania y Jerusalén (s. I) y después, con TRAJANO (s. II), su máxima extensión, al superar, las fronteras naturales del Danubio, en Occidente, llegando a la Dacia (actual Rumanía) y en Oriente, a Armenia, Mesopotamia (entre el Éufrates y el Tigris) y Asiria, más allá del Tigris.

80 DIOCLECIANO, CONSTANTINO Y TEODOSIO, respectivamente, pueden ser los tres emperadores a los que cabe anudar las vicisitudes del cristianismo en el Bajo Imperio referidas en el texto.

81 Así lo resumen: GRIMBERG Y SVÄNSTROM, *Historia Universal, III, Roma*, Traducción dirigida por TAMAYO, (Madrid-Barcelona, 1966), p. 343 en el epígrafe: “Un ensayo de socialismo estatal”.

82 TALAMANCA, M., *Le “Istituzioni” fra diacronia e sistema*, Index, 18, 1990, p. 27.

83 Es sabido (aunque opté por no presumirlo en la conferencia y el especial auditorio estudiantil) que los prefijos griegos, que aparecen en el texto, “*pan*”, “*dia*” y “*sin*” comportan, respectivamente: a) idea de globalidad o totalidad = todo; b) separación o parte = a través de y c) simultaneidad = al mismo tiempo.

ALBANESE, al afirmar que “el Derecho es esencialmente historia en cuanto fenómeno humano en el tiempo y en cuanto a fenómeno social” y c) a “descubrir” (*diacronía*), que sólo a través de los factores, políticos, económicos, culturales, en definitiva sociales, se podrá, no sólo aprender, sino lo que es más importante, “comprender” la evolución progresiva de sus distintas instituciones⁸⁴.

(B) Respecto a la perspectiva ecuménica, conviene tener presente:

- 1º) Que el Derecho Romano no es patrimonio exclusivo del Derecho de naciones, asentadas en determinadas concepciones ideológicas, pues aunque se haya dicho Por STEGER que, tras la Revolución francesa: a) sustituyó a la Teología; b) fue fundamento de un sentir conservador y c) algunos de sus “principios” elevados a categoría de “dogmas”, coincidimos con LATORRE, en afirmar que si así ocurrió, no fue por el carácter romano de estos principios, sino porque su exaltación convenía a la clase entonces dominante que, además, no tuvo el menor reparo y el más mínimo pudor, en privar del carácter de “principio eterno” a otras instituciones, también, esenciales en Roma⁸⁵ (como su concepción del matrimonio y del divorcio).
- 2º) Que los Códigos del s. XIX (asentados, en esencia, sobre bases romanas) ejercieron una notable influencia en países no europeos en los que jamás pudo haber una recepción directa del Derecho Romano⁸⁶, siendo, cuando menos, destaca GARCÍA GARRIDO, nexo de unión entre el derecho europeo y el hispanoamericano.
- 3º) Que pese a esta influencia en los sistemas “codificados”, llamados también “cerrados”⁸⁷, tampoco cabe olvidar que la *iusprudentia* romana es actividad creadora en constante progreso y como tal, no sólo punto de partida de los “sistemas abiertos”, o jurisprudenciales, representados, sobre todo, por el derecho inglés y norteamericano, sino referencia de máxima utilidad para el proceso de creación y adaptación del derecho a las actuales necesidades⁸⁸.

Por vía de conclusiones, de la experiencia jurídica de Roma, en general, se logra y nuestro jurista, en particular, “comprende”, sin que ello contradiga lo antes afirmado y sí intento de búsqueda de la mayor claridad, algunas enseñanzas que cabría anudar a tres tipos de sistemas: los codificados; los que no lo están y los que sin estarlo, en teoría, podrían llegar a estarlo, parcialmente, al menos, en alguna esfera, por medio de “leyes unitarias”⁸⁹.

84 Vid. Referencias bibliográficas completas en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Valor Actual del Derecho Romano”, AA.VV. *Derecho Romano en la Universidad*. cit. pp. 114.

85 LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano* cit., p. 24, igual también en PANERO, R., *La experiencia jurídica de Roma*. cit., p. 44, en donde: a) por un lado, se advierte de la necesidad de matizar hasta que punto eran romanos algunos de estos principios y b) por otro lado, se citan como ejemplos de principios defendidos los de: la propiedad inviolable y la libertad de contratar y testar y de los combatidos, las concepciones del matrimonio y del divorcio romanos.

86 ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho Romano I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y Negocios Jurídicos*, (Madrid, 1973), p. 131 ofrece una síntesis de Códigos (de América y Asia) inspirados en la tradición romanística.

87 A SCHULZ y a ESSER corresponden, respectivamente, el mérito de su nombre y difusión.

88 GARCIA GARRIDO, MJ., *Derecho Privado Romano, Acciones, Casos y Acciones*, cit., pp 114 y 120. Vid. con más amplitud, pero con arreglo a la designación de la obra a Inglaterra, CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., Capítulo XIII, “La formación del Common Law y de la Equity en Inglaterra”, pp.208 y ss.

- Respecto a los “sistemas abiertos”, comprende, al menos dos cosas:

a) Que un derecho casuístico como el Romano, “en el principio estaba el caso”, (dice al referirse a él SCHULZ), ha logrado un ideal concreto de justicia y proporción, desde el propio “caso”, un modelo de razonamiento jurídico, nunca supeditado a un orden sistemático, teórico o conceptual y siempre al servicio de las necesidades para las que nacen⁹⁰.

b) Que si bien cierto que hoy: el término latino *iurisprudencia* no equivale a su homónimo castellano, *jurisprudencia*; y que los sistemas basados en ella tienen más bien el carácter de “judiciales” por ser elaborados por magistrados y jueces en sus sentencias, mientras el Derecho Romano se basa en las contestaciones de sus *iurisprudentes*, sin embargo, no es menos cierto que, entre uno y otro, como derechos de elaboración casuística, hay importantes semejanzas, y así baste recordar, la técnica de analogía, las conexiones entre casos y la labor que desempeña la intuición y el fundamento de las decisiones en la justicia y equidad, sin atenerse a unos criterios lógicos y sistemáticos⁹¹.

- Respecto a los “sistemas cerrados”, baste tener presente:

Que igual que hubo una continuidad histórica entre el derecho, preclásico, clásico y posclásico con el justiniano, del mismo modo éste, a través de las elaboraciones medievales y modernas, constituye la base de las actuales codificaciones europeas⁹².

- Respecto al “sistema comunitario”, esto es un sistema cada día más cercano, regulador de relaciones de derecho privado, dentro del marco de la “Comunidad Europea”⁹³, cuando menos en algunas parcelas concretas, a través de “leyes uniformes”, conviene recordar:

1º) Que el Derecho Romano podría ser punto de conexión entre los distintos sistemas jurídicos de los países, cada vez en mayor número, “comunitarios”⁹⁴,

89 Vid. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit. pp 60 ss. sobre el Código de la contratación, dentro de los Principios comunes de la cultura jurídica europea.

90 En otras palabras, la experiencia “casuística” de Roma “enseña” al jurista: a) la utilidad, de apearse a algo tan cotidiano, como la resolución del caso concreto; b) “comprender” a SAVIGNY cuando decía, destacando su importancia, que “es como si cada caso fuese el punto de arranque de toda una ciencia”; c) “compartir”, con él, su afirmación de que el “valor permanente del Derecho Romano está en el método de sus juristas; y d) a separarse, sin esfuerzo consciente, de la visión legalista a que la actividad profesional le pueda conducir, “aprendiendo”, recuerda MURILLO, a descender a la vida real y a “comprender”, en suma, como reitera GARCIA GARRIDO, a quien sigo, que el valor jurisprudencial es un buen modo de razonar jurídico. Vid referencias bibliográficas completas en PANERO GUTIÉRREZ, R., “Valor Actual del Derecho Romano”, en AA.VV. *Derecho Romano en la Universidad*. cit. pp. 415 y s.

91 GARCIA GARRIDO, MJ., *Derecho Privado Romano, Acciones, Casos e Instituciones* cit. pp.117-120.

92 Vid. por todos CANNATA CA., *Historia de la Ciencia jurídica europea*, cit. (Capítulo XI); WESSENBERG-WESENER, *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, traducción al español de DE LOS MOZOS TOUYA, J., (Valladolid, 1998), (Quinta y Séptima parte) y recientemente TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, (Capítulo VIII) cit. pp. 297-321

93 Vid. HERRERA BRAVO, R., “Fundamentos Romanísticos del Derecho Comunitario Europeo”, *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor ALFREDO CALONGE*, I, pp. 531-548, (Salamanca, 2002), en particular, pp. 545-548 epígrafes: 4. “Derecho comunitario, Derecho Común, Derecho Europeo” y 5. “La tradición romanística en los principios generales del derecho comunitario europeo”. También, del propio HERRERA BRAVO, *El Derecho en la Cultura Jurídica del Siglo XXI*, (Jaén, 2007).

94 F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, (Madrid, 2003), pp. 463-473, bajo el título: “Los principios generales del derecho como fuente del Derecho de la Unión Europea” y todo su Tema 10, “Unificación contractual”, pp. 473-490, presta especial atención a lo que se sugiere en el texto, pasando revista a los “Distintos intentos unificadores en el ámbito europeo e internacional”.

siendo apto, muy en particular, para detectar las notas que puedan tener carácter de “universalidad” de la institución concreta de que se trate, *societas europaeae* pagamos por caso⁹⁵.

- 2º) Que en este sentido, cobran plena vigencia, en el fondo, la calificación del Derecho Romano (por ALVAREZ SUAREZ) como humanismo de los juristas y, su referencias, con valor metafórico, de IHERING como “alfabeto del Derecho” o de KUNKEL como “*lingua franca*” de los juristas europeos⁹⁶.
- 3º) Que, como observa KNÜTEL⁹⁷: “de forma casi inadvertida, se está desarrollando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en Luxemburgo, un conjunto de principios jurídicos, ante todo en lo que se refiere al Derecho en General y al Derecho de obligaciones, pero también al Derecho Privado. Estos principios pueden ser utilizados porque son comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman la UE. En realidad se trata en gran medida de un retorno a aquellas acrisoladas máximas de la época del *ius commune*, previo a las Codificaciones”⁹⁸.

No quiero terminar estas indicaciones sobre el derecho comunitario sin unas líneas, muy pocas, pero que pretenden decir mucho y se refieren al reflejo, formal, de las reflexiones de quien hoy es el Decano de los Catedráticos españoles, en Activo, de Derecho Romano. Me refiero al Profesor Dr. ARMANDO TORRENT RUIZ y a su reciente obra: *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano -ius commune- derecho europeo*. (Madrid, 2007). Si contamos las palabras, a lo mejor son muchas para un título, pero si nos detenemos en ellas ¡Contienen todo! y si seguimos, en su desarrollo, las indicaciones de su autor: ¡Que rigor, que actualidad y que madurez en su exposición!

95 Vid. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit. pp. 60 ss. sobre el Código de la contratación, dentro de los Principios comunes de la cultura jurídica europea.

96 Al hilo de esto, sirviéndonos de la distinción entre: *posible*; *probable* y *seguro*, a nuestro juicio: a) es “seguro”, que si el significante *lingua* se toma con su valor idioma, éste, como medio de comunicación ordinario, “comunitariamente”, será el inglés; b) y es más que “posible”, que algún significante que logró su plena lexicalización jurídica en Roma sea sustituido por el que se emplee en aquel idioma; c) sin embargo, es “probable” que, en este aspecto, por lo común, siga prevaleciendo su significante en latín y d) no admite duda, lo que equivale a *contrario*, a “*es seguro*”, que el significante (latino o inglés) mantendrá el significado “romano”. Un simple ejemplo ilustrativo de lo expuesto, creemos nos liberará de más comentario, jugando, precisamente, con un vocablo obligado en cualquier tipo de referencia jurídica: el Derecho, al tiempo que nos retrotraerá a algo tan conocido que a veces se olvida: el significado latino e inglés de sus respectivos significantes, o, puestos a generalizar, de los significantes y significados de “derecho” en las lenguas modernas, latinas, sajonas o germánicas Así: *direito* (portugués); *diritto* (italiano); *droit* (francés); *dret* (catalán); *drec* (provenzal); *dreptu* (rumano) *recht* (alemán) o *right* (inglés), que coinciden, pues en todos se observa, al igual que en el término latino *directum -de rectum* que la idea de justicia y verdad se liga a la de rectitud y que la línea recta se considera sinónimo del bien. En síntesis, es sabido que: a) nuestro vocablo Derecho deriva del latín *Directum*, (que, a su vez, proviene de *dirigere*, compuesto de *regere* (*de rectum*); b) *directum*, significa lo que es conforme a una regla; c) refleja, como *rectus* = recto o *regula* = regla, una idea de rectitud; d) en sentido metafórico alude a la diosa Justicia, representada con una balanza en las manos, siendo *De rectum*, el momento preciso en que el fiel de la balanza está recto, en medio y e) en definitiva, significa una situación de equilibrio, de lo justo.

97 KNÜTEL, R., TOPICA. *Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II*, “Ius commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión Europea”, ARCANA VERI, 2001, publicado, originalmente en la *Juristische Schulung* 36 fasc. 9. 1996, trad. Prf. Dr. G. PEREIRA- MENAUT.

98 Tras la “particular”matización de KNÜTEL, expuesta en el texto, no puedo evitar llegar a lo “general” y en este sentido, no ya terminológico, *sticto sensu*, sino del contenido o del valor que encierren sus significantes, recuerdo que si el Derecho Romano es el elemento o denominador común de la mayor parte de los derechos vigentes, “su misión más noble, como en su momento apuntó RABEL, sería volver a ser punto de partida de un derecho mundial, dejándose absorber por un nuevo *ius gentium* privado. Vid. sin embargo, los problemas de una pretendida renovación de un *ius commune europaeum*, en TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit. pp.32 ss.

VII.3.3. En su crítica y posible reforma. Tras “aprendizaje” y “comprensión” pasemos a la “interpretación”, a la “crítica” y en su caso “reforma”.

Es cierto la sin razón que representaría “criticar” un Derecho como el Romano y, más aún, proponer la “reforma” de un “Derecho histórico”,... pero no lo es menos que, estas últimas funciones se basan en una previa comprensión, por lo que al ser romanas las raíces de nuestro Derecho privado, el conocerlas y comprenderlas permitirá distinguir lo que hay en él de peso muerto y lo que sigue vivo, lo que, en definitiva, significa crítica y posibilita proponer su reforma⁹⁹. En definitiva, para el jurista de hoy, el conocimiento del Derecho Romano es:

Elemento destacado para la “interpretación” (y “crítica”) de nuestro Derecho positivo privado general (TORRENT¹⁰⁰), pues, a fin de cuentas, como dice MURILLO, el Derecho Romano es el análisis que explica la síntesis de los modernos códigos, y éstos no otra cosa que el punto final de la evolución de un principio jurídico que sólo será bien comprendido cuando se analice su raíz remota¹⁰¹.

Y puede despertar su sentido crítico, sobre todo en dos aspectos:

1º) En que el Derecho actual está más necesitado de juristas que de letrados y por ello, es obligado dedicar atención preferente a los principios morales y éticos del ordenamiento jurídico, que nunca deberían supeditarse a preocupaciones de otro tipo y sí solo servir a las necesidades para las que nacen¹⁰².

2º) Para enfrentarse: a una jurisprudencia conceptual; al peligro de convertirse en positivismo legalista y a la propia inflación legislativa ... pues a ello se opone la propia tradición y progreso, típicas de la jurisprudencia romana y la libertad de sus juristas a la hora de la interpretación y creación renovadora del orden jurídico romano.

En otras palabras, compartimos la observación de RODRIGUEZ ENNES¹⁰³, al calificar y comparar al Derecho Romano con un fenómeno de *bilingüismo jurídico*, por permitir valorar, críticamente, formas diversas de producción jurídica y de soluciones de conflictos y liberar al profesional, y a quien pretende serlo, de la posible propensión a creer que el sistema actual y dogmático que emplea es el único admisible y realizable en el mundo del Derecho.

A caballo entre “comprensión” y “crítica”, o si se prefiere -intentando matizar- como último aspecto destacable de aquella y primero de ésta, el “conocimiento” del Derecho Romano revela, según VALLET DE GOYTISOLO¹⁰⁴, que “todo cuanto tenemos no deteriorado del Derecho Civil, o sea que no necesita continuos retoques, (la regulación de vecindad y nacionalidad pueden servir de claro exponente de constante modificación) resulta recibido del Derecho Romano, tal como lo dejaron los autores del *Ius Commune*, pues después no hemos hecho otra cosa, en la forma y en el fondo, que

99 LATORRE SEGURA, A., *Valor Actual del Derecho Romano*, cit., pp. 20, 21 y 28

100 TORRENT RUIZ, A., “El Derecho Romano como instrumento de la crítica del Derecho Positivo”, *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, I., (Madrid, 1988), pp. 753 y ss.

101 MURILLO VILLAR, A., *Fundamentación Romanística en la formación del jurista europeo*, cit., pp. 51 y 52, con una selección cuidada de opiniones en el sentido reflejado en el texto.

102 Cfr. GARCÍA GARRIDO, MJ., ya en su *Casuismo y Jurisprudencia. Pleitos famosos del Digesto*, Madrid 1973, p. 83 y FERNÁNDEZ BARREIROS, A., *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, cit., pp. 17-18

103 *Autonomía e interés actual del Derecho Romano*, Revista Jurídica General, La Coruña, 1987, p. 47.

104 VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica*, (Madrid, 1988), p. 125

imitar, salvando las distancias, la mayoría de las veces, en su favor, el principal quehacer de comentaristas, o sea: compilar, codificar, conceptualizar, clasificar, sistematizar y fabricar dogmas jurídicos¹⁰⁵”.

105 La conferencia finalizó realizando la pregunta obligada. Si algunos les preguntan con ironía ¿pero hay romanos? denle la razón, pero con distinto acento ya que, al menos, el espíritu de sus *iurisprudentes* debería pervivir entre nosotros pues dijeron cosas que todos, hoy, firmaríamos y pueden seguir siendo ejemplos. Así: el concepto de justicia y sus *tria iuris precepta* (D.1.1.10. pr y 1); el carácter general, no particular, que debe tener la ley, (D.1.3.8); lo inestimable que resulta la libertad, (D. 50.17.106 y 122); la recomendación de seguir en los casos dudosos el parecer más humano (D. 50.17.56); el rechazar la violencia y la injusticia (D.1.1.3); el que a nadie pueda condenarse sin ser oída su causa (D.48.17.1); la precisión de que no todo lo lícito es honesto, (D. 50.17.144); el que nadie pueda enriquecerse en perjuicio de otro (D.50.17.206); el tener por consejera la equidad cuando falle el Derecho (D.39.3.2.5)...