

Valor formativo del Derecho romano

POR

JESUS BURILLO LOSHUERTOS

Catedrático de Derecho romano

Ante la enseñanza del Derecho romano cabe preguntarse por su utilidad y muchas han sido las respuestas, sobre todo al dejar de ser un derecho vigente. Puede decirse que es interesante su estudio porque Roma fue la madre del derecho, por su perfección técnica que hizo le considerasen como *ratio scripta*; porque es «antecedente» del derecho civil moderno al constituir el ingrediente primordial de las legislaciones positivas modernas en la esfera del derecho «privado», ya que el jurista contemporáneo no puede desconocer las esencias de un derecho que pasó a ser sustancia viva del sistema jurídico que hoy se aplica en la vida diaria y, además, la evolución de los principios y la historia de los conceptos que cotidianamente maneja encuentran su punto de partida en el Derecho romano.

Varios romanistas se expresaron como sigue:

Lenel (1), lo considera como interesante para la educación del jurista práctico (p. 19); «el Derecho romano por haber crecido de una manera natural y porque en sus partes principales nunca fue hollado por la mano arbitraria del legislador, es, entre todas las materias jurídicas, aquella que exige el menor esfuerzo memorístico» (p. 21); además, con referencia al entonces todavía no vigente BGB, «todo código está cuajado de oscuridades, contradicciones, lagunas y demás defectos, no casualmente por la debilidad de sus autores, sino necesariamente por las limitaciones huma-

(1) LENEL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts*, en *Das Stiftungsfest der Kaiser Wilhelm Universität Strassburg am 1. Mai 1896* (1896) 13-15.



nas: nadie es capaz de encerrar en formas legales el infinito polifacetismo de la vida y siempre surgirán nuevos problemas cuyas relaciones con las decisiones legales darán pie a dudas. Esto es válido para todo código, lo mismo para el BGB que para todo código anterior. Sólo una jurisprudencia inteligente es capaz de dominar la multitud de dificultades que nos esperan» (p. 23); además «el Derecho romano se presenta como incomparable palestra del espíritu en la que el principiante puede entrenarse para captar lo particular en lo general y lo general en lo especial» (p. 29). Esta última razón que da Lenel es la más decisiva, ya que quien se haya ejercitado en la palestra romanística estará capacitado para resolver los problemas que Lenel expone. Además Lenel (2) radicaliza la oposición entre el método del Derecho romano y el del Derecho civil en dos diversas personalidades: «El Derecho civil exige su hombre y el romano el suyo».

Partsch, pronunció en la Universidad de Bonn tres discursos (3) para justificar el estudio del Derecho romano, siendo sus motivaciones: «1. Necesitamos el Derecho romano porque numerosos principios suyos son parte integrante de nuestros ordenamientos jurídicos modernos, y porque la ciencia jurídica, crecida en su suelo, pasó a nuestra cultura jurídica. 2. Lo recomendamos como utilísimo para nuestro trabajo con el Derecho civil alemán, para la interpretación científica del Derecho vigente, para el dominio intelectual de las materias jurídicas y como educación en libertad de espíritu. 3. Cultivamos en las Universidades el Derecho romano porque es propio de la ciencia jurídica el entender el desarrollo de la humanidad en el ámbito de la vida jurídica y el intentar teorías iuscivilistas».

Para Castillejo la historia del Derecho romano se ha considerado de un valor especial para la educación de los juristas: a) por ser el más acabado sistema que la humanidad ha producido, y b), por ofrecernos el ciclo completo de una evolución jurídica a lo largo de trece siglos, en sus atisbos prehistóricos, en su infancia fresca y espontánea, en su madurez filosofocrítica, en su endurecimiento y cristalización y, por último, en su transfusión a otros pueblos hasta nuestros días (4).

Wieacker, atribuye al Derecho romano la importancia siguiente para la formación del jurista moderno: 1. Es como la madre de la ciencia jurídica continental y de los ordenamientos jurídicos continentales. 2. Es la lengua franca de todos los juristas. 3. La jurisprudencia clásica ha formulado los problemas dogmáticos fundamentales de modo más ejemplar que

(2) LENEL, *Nexum*, en ZSS, 23 (1902) 100 s.

(3) PARTSCH, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität* (1920) 58 s.

(4) CASTILLEJO, *Historia del Derecho romano* (1935). 6.

cualquier otra, aunque sus respuestas, a consecuencia de los cambios circunstanciales, no tienen por qué tener *auctoritas* (5).

Ahora bien, a pesar de lo acertado de estas expresiones en su conjunto, la finalidad esencial de la enseñanza del Derecho romano no es facilitar la inteligencia de nuestra legislación, ya que si esta utilidad fuese la decisiva lo lógico sería estudiar el Derecho romano a partir de la Edad Media como escribió Zittelmann (6). Si el Derecho romano persiguiese una finalidad interpretativa del derecho hoy vigente sería más oportuno estudiar la evolución jurídica medieval hasta el presente. Resulta hoy ajeno a la tónica de los actuales estudios romanísticos el afirmar que el valor del Derecho romano reside precisamente en aquel convencional «Derecho romano actual» que precedió a las modernas codificaciones parcialmente inspiradas en él.

De ahí que la opinión más extendida asigne a la enseñanza y aprendizaje del Derecho romano la misma función que a la historia: nos libera de creer en la eternidad de los dogmas jurídicos y de las generalizaciones fáciles porque pone de relieve la variabilidad del Derecho en función de la conciencia social distinta según las tierras y los tiempos. El Derecho romano, como la historia, nos muestra un vasto campo de experiencias de las que fundamentalmente interesa no las decisiones que todavía forman parte del patrimonio cultural moderno, sino la jurisprudencia, que es signo peculiar, único de Roma, que enseña a actuar con unos medios lógicos que conducen a resultados justos y satisfactorios para las necesidades de la vida. El estudio atento de la jurisprudencia romana tiene una gran función educativa del pensamiento jurídico; siguiendo de cerca los razonamientos de los juristas y sus contrastes se afina el criterio jurídico, que indica una especial sensibilidad frente a los problemas. El Derecho romano educa por poner de relieve la insuperada sabiduría con que los juristas clásicos supieron elaborar y emplear una serie de instrumentos jurídicos y, en este sentido, los grandes juristas romanos siguen siendo los juristas por excelencia. El Derecho romano forma al verdadero jurista que no es aquél que conoce leyes y doctrinas —lo cual es presupuesto necesario— sino aquél que tiene criterio jurídico. El Derecho romano cumple aquel requisito de la educación jurídica según el cual no ha de atenderse tanto a procurar conocimientos positivos como a educar adecuadamente su disciplina mental: *not information, but formation of mind*.

La enseñanza que el Derecho romano puede dar al jurista moderno radica cabalmente en la demostración de que toda dogmática moderna

(5) *Studio e insegnamento del Diritto romano. Inchiesta*. Separata especial de Labeo, 2 (1956) 61.

(6) ZITTELMANN, *El Derecho romano en la enseñanza futura*, en *Deutsche Juristen Zeitung*, referencia en RDP, 7 (1920) 150 ss.

dista mucho de ser una verdadera dogmática, y lo hace así al delatarnos el proceso de formación de tales falsos dogmas a la vez que nos instruye en la inteligencia más flexible de la que llamamos, desde un punto de vista de prudencia y técnica jurídica, la mejor época (7).

La auténtica misión del Derecho romano está en presentar una sin par experiencia histórica que tiene la virtud de preparar al jurista de cualquier tiempo para actuar eficazmente con espíritu de libertad. Tal estudio viene a ser una disciplina formativa que equivale a las de Humanidades en la educación general de la inteligencia humana. El Derecho romano constituye el humanismo de los juristas (8) y de él pueden pregonarse las excelencias que se tributan a aquél y de la misma manera que el estudio de la literatura griega y latina contribuye al desarrollo intelectual, y va formando progresivamente no sólo la pureza y exactitud del lenguaje sino el rigor lógico del raciocinio, de tal manera que el hombre así formado puede abordar cualquier estudio con la misma justeza e igual rigor intelectual, así el estudio del Derecho romano dota de las mismas mismas cualidades al joven jurista y puede asegurarse, sin temor a errar, que para el estudioso del Derecho romano, los problemas que suscita el derecho positivo vigente se encauzan con la serenidad que proporciona hallarse en posesión de una base firme y un arsenal de principios jurídicos poco menos que inconvencibles (9). Así resulta el antídoto más eficaz contra el estudio servil del legalismo positivista y de la misma suerte que el griego y el latín no deben considerarse como «precedentes» del castellano, así tampoco el Derecho romano debe ser reducido a un simple precedente del derecho civil español. En cierto modo está por encima de él (10).

Estudiando el Derecho romano se aprende que quienes fueron sus artífices han pasado a la historia no por haber escrito densos volúmenes de sutiles y agudas disquisiciones, sino por haber buscado principios y dado soluciones a problemas concretos que responden a las necesidades de la vida y al sentido de justicia, tal como es sentido efectivamente por la conciencia colectiva. La originalidad que el ciudadano romano apreciaba y exigía en el jurista consistía en encontrar argumentos convincentes en cuanto conducían a un resultado justo. Esto explica por qué las decisiones rápidas y breves eran mucho más apreciadas por los romanos de lo que pudiera serlo cualquier profunda disquisición, ya que tenían la intuición segura de lo que era justo en cada caso concreto, sin necesidad de prolijas justificaciones.

(7) D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (1961) 161.

(8) ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho romano* (1944) 46.

(9) ALVAREZ, *Curso de Derecho romano*, I (1955) 71.

(10) D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (1961) 167.

Como escribe Iglesias: «Por verdad que, en esta hora de grave subversión, es saludable y conveniente poner la mirada en los juristas de Roma. Tales juristas atentos a su tiempo, no nos dicen, con palabra expresa y profética, cómo han de ser los juristas de hoy, pero su ejemplo —el de su actividad— sirve para que nosotros juzguemos sobre el arte y manera en que debe proceder la ciencia jurídica actual» (11).

«Si tenemos en cuenta que vivimos hoy un momento de crisis del legalismo y en un momento de revoluciones en el mundo del derecho, creemos que la primera enseñanza que debemos extraer del Derecho romano es la referente al modo en que hay que actuar durante las épocas de crisis. El Derecho romano debe dotar al joven jurista de un gran espíritu de independencia frente a las leyes y de la más alta estima de la función de la jurisprudencia como fuente creadora también el derecho moderno. En este sentido de crítica y superación del derecho positivo, el Derecho romano adquiere un singular valor como elemento formativo del jurista en un espíritu de prudente y eficaz libertad» (12).

Es unánime opinión que el estudio del Derecho romano tiene la virtud de presentarnos la más completa, constructiva y aleccionadora experiencia de la historia jurídica de todos los tiempos y, por esta razón, conserva el más alto valor magistral para la formación de los juristas actuales. Además, para el derecho privado no hay más tradición auténtica que la del Derecho romano y así lo entendieron nuestros antepasados pese a los inevitables ataques del regalismo nacionalizante. Porque no se trata de que los juristas clásicos romanos hayan «legislado» un derecho perenne, sino de que ellos son los únicos que pueden aleccionar al jurista actual en una conciencia de sobriedad, de rigor de oficio, y de espíritu de libertad. En este sentido, el Derecho romano, siempre vivo, no será nunca anacrónico (13).

La mencionada encuesta de Labeo (14) remacha «una constatación demasiado evidente: que el Derecho romano es una disciplina de alto valor formativo, capaz de plasmar y reforzar la conciencia jurídica, de aproximar al joven al conocimiento del derecho, a su fundamental historicidad. Es precisamente y sólo el hábito mental histórico el que permite el conocimiento y comprensión del derecho positivo: la práctica de las instituciones y del pensamiento jurídico romano constituye la contribución más significativa para una educación que no se pare en la forma externa, sino que, por el contrario, vea en la norma el resultado de exigencias

(11) IGLESIAS, *El espíritu del Derecho romano*, en Homenaje a Pérez Serrano, 1 (1959) 127.

(12) D'ORS, *Ius europeum?*, en L'Europa e il Diritto romano, Studi in memoria di Koschaker, 1 (1953) 648.

(13) D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (1961) 213.

(14) *Studio...* cit. supra n. 5, 87.

complejas, la solución de ciertos procesos que sólo una larga y familiar adhesión a las fases históricas del fenómeno jurídico puede explicar y justificar». El Derecho romano proporciona el «sentido de la historicidad fundamental del fenómeno jurídico (Albanese, n. 1), adherencia a la realidad (Branca n. 6), conciencia de la historicidad de las categorías jurídicas (De Visscher, n. 11, Baijc, n. 3), modelo para la búsqueda de soluciones prácticas (Beinart, n. 4, y los juristas de aquellos países donde el Derecho romano, además de disciplina histórica, es todavía fuente de derecho positivo: Escocia, Africa del Sur, Ceylán y, hasta hace poco, Grecia), experiencia de bilingüismo jurídico (Devoto, n. 12), conocimiento de una técnica refinada siempre unida a las exigencias de lo real, continuidad ultrasecular del orden romano, proyección de sus principios en las sistemáticas medievales, hasta las modernas compilaciones (Feenstra, n. 17)» (15).

Ahora bien, dado el valor formativo del Derecho romano hay que decidir qué momento del Derecho romano a lo largo de su historia llena más adecuadamente esta misión magistral, y hoy es opinión mayoritaria que en el vértice de la enseñanza debe encontrarse el derecho clásico porque precisamente el arte de decidir y formular de los juristas clásicos, origen y modelo de todo método jurídico, produce hoy todavía una profunda impresión a los jóvenes.

Como dice Schulz (16) hay una razón pedagógica para confinarnos al derecho privado clásico, ya que forma un conjunto homogéneo, original y el único básicamente distinto de cualquier otro sistema de la Antigüedad o de tiempos posteriores. Esto es lo que hace su estudio simultáneamente atractivo y difícil. «Ante todo y sobre todo los estudiantes han de intentar familiarizarse con el derecho clásico y con este propósito parece lo mejor concentrarse sobre él».

Respecto a las partes generales introductorias el mismo Schulz, Wieacker y d'Ors (17) se muestran contrarios, ya que suelen comprender una serie de generalidades y abstracciones elaboradas por la jurisprudencia postclásica, medieval y moderna, pero más o menos extraña al pensamiento jurídico clásico. Todas estas generalizaciones, conceptos y reglas abstractas tienen su propia historia que requiere una consideración especial, pero que el historiador debe tratar con gran cautela, ya que «bien está que los juristas que han de estudiar un derecho vigente con miras a su

(15) *Studio...* cit. supra n. 5, ib.

(16) SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951), 4.

(17) SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951), 6; WIEACKER, en Ivrea, 1 (1950), 362; D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (1961) 210.

aplicación, traten de ordenar y coordinar sus preceptos, articularlos jerárquicamente, suprimir contradicciones y presentar su sistema, e incluso que para ello prescindan de la historia. Pero el historiador del derecho, al que lo que le interesa es conocer cómo se formó éste, y cómo se establecieron nuevas normas, frecuentemente en contradicción con otras, no puede tener la preocupación del sistema; toda novedad rompe en algún modo una situación estable, ya que de no hacerlo, no lo sería.

La historia del derecho debe apartarse del concepto dogmático del ordenamiento jurídico, tan dominado por el conceptualismo. Son muy pocos los dogmas, y aún menos los de carácter jurídico, por los que el hombre vive y lucha. Los conceptos en este orden son sólo instrumentos o modos de expresión de sus aspiraciones e intereses. Por ello la historia del derecho no puede ser historia de sistemas y conceptos (18).

Para el estudio y enseñanza del Derecho romano importa decisivamente centrar de ordinario el foco de luz en el Derecho romano clásico y al mismo tiempo patrimonial haciendo referencias marginales a las derivaciones postclásicas, y, con gran parquedad, a los precedentes arcaicos necesarios para entender bien la realidad clásica (19).

Es necesario, al explicar el derecho clásico, poner de relieve cuanto antes las acciones del procedimiento civil romano, ya que el derecho clásico no puede ser entendido sin una clara prospección de los mecanismos procesales, puesto que es un sistema de acciones. La exposición de las distintas instituciones han de sacudirse el yugo de la dogmática y encontrar una ordenación de materias más ajustada al pensamiento clásico que sólo partiendo del procedimiento y de las distintas acciones resulta inteligible.

Ya hemos indicado que el derecho clásico tiene características únicas y peculiares. Pringsheim (20) llega a decir «mi tesis, con una peligrosa pero necesaria simplificación, es que el derecho específicamente romano es el clásico y que todos los otros sistemas, incluido el Derecho romano arcaico y bizantino, y todos los de Babilonia, Asiria, Egipto, del ámbito greco-helenístico, germánico, musulmán y judío, forman un conjunto de sistemas de derecho vulgar, popular, con concepciones simplistas y acientíficas». El Derecho romano clásico es más jurídico; más científico que cualquier otro derecho. Fue creado por juristas que orientaban la praxis, sin apenas interferencias legislativas, y la jurisprudencia atrajo a los

18) GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*. en AHDE, 23 (1953) 3.

(19) WIEACKER, en Ivra, 1 (1950). 360; SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951) 2 s.; D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) XI.

(20) PRINGSHEIM, *The unique character of classical roman law*; en JRS, 24 (1944). 60 ss.

mejores cerebros de su época. Operó con un número limitado de conceptos, de una manera sencilla y elegante, sorteando los inevitables peligros inherentes a un arte tan plenamente desarrollado por un refinadísimo instinto establecedor del equilibrio entre teoría y práctica. El hecho de que el magistrado, asesorado por un consejo de juristas, tenga que formular previamente en su edicto los supuestos jurídicos de una manera abstracta, clara, comprensible y sobre todo concisa, y que las partes litigantes hayan de adaptar su disputa a tal fórmula, es una de las razones que capacitaban al derecho clásico para aislar los hechos y preocuparse únicamente del planteamiento de derecho, lo cual da a la jurisprudencia clásica una peculiar elegancia sin merma de su realismo. De ahí la importancia de hacer comprender las fórmulas y su trascendencia en cada una de las instituciones, ya que la fórmula era un instrumento flexible y preciso que, como tenía redacción adaptada para cada tipo de reclamación, la tipicidad procesal determina la tipicidad del derecho mismo. Por ser este procedimiento lo más peculiar del derecho clásico importa mucho insistir en él, ya que en conexión con él surgió la jurisprudencia clásica y su producción literaria. Los juristas colaboraban con el pretor y con el juez para desarrollar y adaptar el derecho a las nuevas circunstancias, de tal modo que las innovaciones aparecen antes que las antiguas instituciones caigan en desuso. Su predilección por lo simple corresponde a su aversión por las formas mixtas, por las configuraciones jurídicas híbridas, y esta tendencia se expresa en la terminología que es científica, con un vocabulario peculiar, muy sencillo, claro y uniforme. La razón de su existencia y su esplendor está en haber aplicado el pensamiento científico a la vida jurídica.

La obra de la jurisprudencia, del pretor y más tarde del príncipe —aunque todo se reducía en último término a labor de los juristas— sin ingerencias legislativas, ni siquiera, como suele ocurrir, provocadas por grandes cambios políticos, fue tan vigilante y sabia, tan coordinada y armónica que la evolución del derecho privado fue continua, sin sobresaltos; rápida, sin inoportunidades; determinada y precisa, sin quedar fijada en formas legislativas que hubieran podido fosilizarla.

La preferencia por el derecho clásico está en su perfección que se muestra en su admirable dinamismo, gracias al cual adecúa la norma jurídica a nuevas situaciones, en su continuo devenir, por el que las partes caducas del sistema se tornan inertes y las partes vitales se expansionan debido a su fuerza interior —*bonum diffusivum sui*—; en su organicidad sin lagunas «semejante a un árbol secular que cada primavera reverdece con ramas y frutos nuevos».

El aprendizaje del derecho clásico forma y desarrolla el criterio jurí-

dico del estudiante gracias al examen analítico de un organismo casuístico insuperado del arte del derecho.

«A quien experto o modesto entendido, nos expone, por ejemplo, el surgir de la pintura, sus progresos en este o aquel período, la influencia de las épocas sobre la obra de un gran artista, prestamos oídos curiosos pero fríos; por el contrario nos sentimos profundamente conmovidos ante las obras maestras del arte y con la reiterada observación de las mismas, afinamos, incluso inconscientemente, nuestro criterio estético» (21). Esta función afinadora del criterio jurídico ha de cumplirla el estudio del derecho clásico.

No debe enseñarse a principiantes la pandectística del XIX porque ya cumplió su misión sistematizadora del derecho privado (22), recogiendo, analizando y coordinando la abundantísima tradición derivada del *Corpus Iuris* para preparar, sobre bases romanas, las formulaciones que leemos en los códigos modernos. La pandectística soslayaba la perspectiva histórica porque no la pretendía, y al final, en el momento cumbre con Windscheid, sintió la necesidad de volver sobre sus pasos para inventariar los resultados de su labor monográfica. Windscheid, en el momento álgido del más fecundo período de la pandectística alemana sistematizó en una genial síntesis, con la huella indeleble de su personal contribución, la labor anterior y contemporánea, e igualó, fundió y vertió en categorías lógicas el metal forjado por la jurisprudencia romana transmitido en el *Corpus*. Pero Windscheid significó también el broche diamantino de un período glorioso y, con ello, su final, de tal modo que su método se aplicó después fundamentalmente al estudio del Derecho civil (23). Hoy en cambio «no hay posibilidad de estudiar científicamente el derecho haciendo abstracción de la historia; de tal manera que la educación histórica es indispensable para la formación del jurista» (24).

El estudio del Derecho romano clásico no sirve de introducción a los conceptos fundamentales de la pandectística que se estudian en la parte general del Derecho civil moderno, sino que contribuye a proporcionar al joven jurista una perspectiva histórica que le enseñe a considerar el derecho vigente como un producto histórico condicionado necesariamente por la época, y con ello hacer frente al positivismo legalista dominante.

Como en una ocasión formuló Gibert, lo singular y valioso del Dere-

(21) DI MARZO, *Sulla odierna tendenza degli studi romanistici* (1902), en Ivra, G (1955) 2.

(22) RICCOBONO, en Ivra, 1 (1950) 7.

(23) WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959) 196.

(24) DE FRANCISCI, *Del Derecho moderno al Derecho romano*, en RDP, 39 (1955) 756.

cho romano es que dio las respuestas antes de que los sistemáticos absolutos y abstractos del derecho hubieran nacido para soñar tales preguntas.

Una vez expuesta nuestra opinión sobre la materia en la que debe centrarse el foco de luz —en expresión feliz de Alvaro d'Ors— permítanos unas reflexiones, con ideas ajenas y propias, sobre las lecciones «teóricas» y las clases prácticas, aceptando una convencional distinción.

López Ibor (25) tratando del slogan de los tiempos nuevos de hacer más prácticas las enseñanzas, y de que lo que no sea enseñanza práctica, es decir, los conocimientos técnicos, pueden aprenderse en los libros, por lo que sobraría la lección magistral en la nueva planificación de la enseñanza dice: «Estaría yo mismo conforme con este planteamiento, si la lección magistral no fuese más que la pequeña ráfaga de plomo que todos hemos soportado alguna vez a nuestro paso por las aulas universitarias. Recuerdo un profesor, por lo demás inteligente, que había escrito su libro de texto. Diariamente de nueve a diez, oíamos recitar como un salmo, unas cuantas páginas de aquel libro. Era tan exacto, que nunca se perdía una frase del texto en el salto de un día a otro. Si a ello llamamos una lección magistral, bien fenecida está».

«Pero ni la lección magistral es eso ni su agonía tan segura. Precisamente estamos llegando a un momento en que va a ser más necesario que nunca».

«La ciencia se ofrece al hombre contemporáneo como en *status nascendi*. No se puede tratar, por consiguiente en la enseñanza universitaria, de ofrecer un capital de conocimientos de cuya renta puede vivir el estudiante el resto de su vida, sino situarle en las fronteras del conocer bien pertrechado para poder avanzar, o al menos, no retroceder. La enseñanza ha de ser más viva y esa vida ha de adquirirla de lo único que puede darla: del hombre mismo. La misión de la Universidad como formadora de hombres está en enseñar a buscar la verdad como raíz de la existencia. Vivir es descubrir, y esta actitud de apertura ante la realidad del mundo es la que debe tener el universitario: por ello se halla tan enlazada la vida del universitario con el problema de la libertad. Y el núcleo de toda situación pedagógica es una situación humana que no puede ser sustituida por ningún artificio técnico. Todo esto a propósito de la lección magistral que contiene esa situación pedagógica de carácter germinal en la que un hombre que lleva a cuestas unas andaduras en busca de la verdad cientí-

(25) LÓPEZ IBOR, *La lección magistral en la enseñanza superior*, en *Nuestro tiempo*, 75 - 76 (1960), 245 ss.



fica recorre ante los alumnos un trecho de ese mismo camino enseñando así a recorrerlo». Decía Kant que *der Hörer soll nicht Gedanken sondern denken lernen; man soll ihn nicht tragen, sondern leiten wenn man will, dass er in Zukunft von sich selbst zu gehen geschickt sein soll* (26).

Vittorio Scialoja (27) recordaba en 1881 tratando del método de enseñanza del Derecho romano en las Universidades italianas que el mayor jurisconsulto del XIX, que fue también el mayor maestro —Savigny— en un artículo sobre las Universidades alemanas determinó, mejor que nadie, cuál es el deber y la cualidad principal del docente universitario, poniendo de relieve la diferencia entre profesor y escritor y estableciendo que el mérito principal de la enseñanza oral debe consistir en desvelar a los oyentes la génesis del pensamiento científico, de tal manera que les muestre cómo se forma en la inteligencia del docente. Después de declarar que muchas de las cualidades que suelen buscarse en los docentes como los descubrimientos científicos, la facilidad de exposición, la influencia en los discípulos, son secundarias, concluye diciendo que, hecha abstracción de estas condiciones en parte accidentales y en parte secundarias, habrá que reconocer en su pureza la verdadera razón de la eficacia de la Universidad que consiste en incitar al pensamiento científico mediante el espectáculo de una actividad científica aunque perfeccionada en la mente del docente. «El profesor más apto para producir este efecto será aquel en el que más visiblemente se demuestre la operación de la formación del pensamiento científico». Y esto puede aplicarse a todos los saberes puesto que la búsqueda de la verdad se halla en cada acto de nuestra vida intelectual.

Savigny no veía amenazada la vitalidad y utilidad de la enseñanza universitaria por el papel impreso, ocasión de modos nuevos e impersonales de comunicación científica, porque sólo la enseñanza, en cuanto viva transmisión personal, realiza la continuación fecunda de la ciencia: «En el coloquio científico se suscitan muchas ideas, que no relevarían en un trabajo solitario». Y nadie pondrá en duda la eficacia tanto científica como docente de Savigny y Scialoja. Del primero se han escrito volúmenes enteros. Del segundo puede decirse con verdad que fue maestro de maestros. Su discípulo predilecto Bonfante, suscitó la vocación romanística de Rotondi, Castelli, Suman, Ratti, Albertario, De Francisci, Volterra, Branca, Ciapessoni, Ein, Vazny (28).

Lo que nuestra época busca —sigue diciendo López Ibor— como todas

(26) Citado por BETTI, *Esercitazioni romanistiche* (1930) Prólogo.

(27) SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del Diritto romano nelle Università italiane*, en AG, 26 (1881) 490 s.; SAVIGNY, *Wesen und Werth der Deutschen Universitäten*, en Zeitschrift Ranke (1832), reproducido en Vermischte Schriften, 4, XLIII, 274 - 281.

(28) Vid. CASAVOLA, *Cronaca di una Storia del Diritto romano*, en Labeo, 5 (1959) - 305; 310.

las épocas de crisis, es una nueva imagen del mundo, del hombre y de su historia y la Universidad puede contribuir eficazmente a ello siendo elemento unificador en la dispersión, envolviendo los conocimientos profesionales y técnicos en un plano cultural superior. De ahí que la lección magistral sea hoy más necesaria que nunca, porque en la lección magistral hay que decir lo que no está ni puede estar en los libros. En cada libro se expone una materia determinada lo más rigurosa y pedagógicamente posible; pero en la lección magistral esa materia ha de ser creada en la perspectiva cultural de nuestro tiempo. No se resuelve incluyendo en el programa unas lecciones sobre las relaciones de la asignatura con las demás ciencias sino enseñando lo mismo a través de otro prisma. La lección magistral fluye de una persona. Esta sustancia personal debe impregnarla.

Toda lección magistral es un trabajo de creación. Nunca puede repetirse de la misma forma. Lo que allí debe contemplarse es la aventura de un hombre avezado a la lucha intelectual, enfrentándose con las verdades de su tiempo, en el sector que le corresponde. Esto ha sido siempre el verdadero magisterio, el que ha dejado huella indeleble en los alumnos de cualquier tiempo y país.

La exposición ha de ser clara, lo que no siempre implica que sea fácil. La lección fácil suele agrandar al estudiante que no tiene demasiado interés en esforzarse intelectualmente. Lenel, siendo en 1866 alumno de von Vangerow en Heidelberg no se sentía a gusto en las clases ya que con facilidad se compraba la renuncia a tratar los problemas difíciles y, a veces, la excesiva minuciosidad en temas de derecho hereditario, como por ejemplo la sucesión forzosa formal hacía que las obligaciones se trataran al final con excesiva brevedad (29).

Es sabido, por otra parte, que el valor educativo del Derecho romano no radica en su sistemática, que en realidad fue una creación del S. XIX, ni en su desarrollo histórico, sino en la estructura peculiar de sus fuentes que contienen esencialmente decisiones de miles de casos prácticos (30). Por este motivo son una obra legislativa bastante defectuosa pero al mismo tiempo tienen un valor insuperable como medio de formación. Tratando de la reedición de los *Grundzüge* de Rabel, escribe Kundel que «quizá ninguna de las exposiciones de conjunto escritas hasta ahora ha proporcionado al lector una sensación tan clara de que las raíces del Derecho

(29) LENEL, en *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1 (1924) 2.

(30) KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962) 2.

romano clásico no están en el sistema, sino en la casuística» (31). Es algo unánimemente reconocido que el estudio cuidadoso de las decisiones jurisprudenciales constituye un gran disciplina mental para el jurista ya que le adiestra a captar en los casos decididos las líneas jurídicas esenciales, las cuestiones de las que depende la decisión, los varios métodos de la argumentación jurídica, al mismo tiempo que hace progresar en el conocimiento de los principios fundamentales y en su eficiencia.

Puede decirse que el mejor método para la formación de un jurista es el método casuístico, el mismo método de los juristas romanos, cuya ciencia es casuística, lo mismo que sus comentarios, pero no es aquella casuística escolástica que se complace en solucionar combinaciones tan peculiares y paradójicas como sea posible, sino una casuística viva y práctica, que sólo intenta abarcar y dominar la riqueza y polifacetismo de la vida real.

Lo más importante del caso práctico, su principal utilidad consiste en enseñar a discurrir jurídicamente. Es menester, por tanto, marcar un método a la inteligencia del alumno. Esta es la labor propia del maestro, ya que el conocimiento en sí, del dato mondo y lirondo puede aquél encontrarlo más simplemente en los libros (32).

Como Schulz pone de relieve (33): «Una cosa es cierta: el método casuístico, que expone al derecho en movimiento, en lucha, dió a la literatura clásica una viveza y una fragancia, que no puede tener un sistema rígidamente teórico; a él se debe también la fuerza excitante que le es propia y que desde ella ilumina; el reto para la cooperación productiva que suena al tener escondida la idea directriz; en pocas palabras, aquello que siempre ha suscitado el encanto de la posteridad jurídica».

La útil del Derecho romano no está en su valor absoluto para las relaciones de la vida jurídica, porque éstas son hoy, en muchos aspectos, totalmente distintas de las de los romanos. Pero con el ejemplo de Roma hemos aprendido y debemos seguir aprendiendo a ser justos con los medios que nuestro derecho nos ofrece de acuerdo con las exigencias de la vida moderna. La casuística de los juristas romanos no descansa en un mero sentimiento jurídico general, sino que actúa siempre con una exacta distinción de los distintos elementos jurídicos, consideraciones y puntos de vista que existen en una relación jurídica, y llega a los resultados de una manera consecuente y adecuadamente conexa.

Savigny (34) describió este método, como «un calcular con conceptos», y a este procedimiento se debe lo satisfactorio del Derecho romano hasta

(31) KUNKEI, noticia de la reedición de RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1955), en ZSS, 72 (1955) 498.

(32) D'ORS, *El esclavo prestado con una flauta y otros casos de Derecho romano para principiantes* (1945) 4.

(33) SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934) 44.

(34) SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3 (1840) 17.

en los detalles más pequeños. Claro que actuando sin reparos, este procedimiento podría llegar a un duro formalismo conceptual y no faltan ejemplos incluso entre los romanos. Pero les protegía de este peligro su sano sentido para lo equitativo, adecuado y oportuno, porque los romanos no actuaban como matemáticos del derecho, sino como hombres de la vida práctica. Y en este dominio de la técnica jurídica están esencialmente equiparados todos los juristas romanos y en esto, y sólo en esto, a pesar de las peculiaridades personales de cada uno, son, en cierto modo, como dijo Savigny (35), personas fungibles, y ello fundamenta la armonía existente en los infinitos pormenores de su casuística.

De ahí que el familiarizarse con este método educa lo que podríamos llamar el «ojo clínico» del jurista, es decir, la aptitud para intuir lo esencial en las situaciones concretas y una vez realizada tal operación aplicar los principios adecuadamente.

El aprendizaje de la técnica jurídica, del arte del pensamiento jurídico exige supuestos de hecho sencillos y los romanos tratan casos sencillos de una variedad infinita, los siguen en sus gradaciones y múltiples conexiones, llegando paulatinamente a mayores complejidades y dejando ver un proceso metódico claro.

El hecho de que las fuentes que han de consultar, ya para resolver los casos en ellas planteados, ya para resolver los que pueden dictarse en clase, estén normalmente en latín presenta sin duda una dificultad pero también puede presentar la ventaja de habituar al estudiante a una precisión en la ponderación reflexiva de cada palabra, lo cual es difícil de conseguir con los idiomas vulgares (36).

En las clases dialogadas sobre casos prácticos es donde el alumno se compenetra más íntimamente con la mecánica y la dialéctica del derecho; allí es donde se destacan los verdaderos temperamentos jurídicos que no son siempre los que más fácilmente aprenden las nociones de la asignatura en su orden estático (37).

Además la inimitable brevedad de las soluciones que presentan muchos casos afinan la inteligencia del que los contempla y le excitan la imaginación para intentar integrar las aparentes lagunas teniendo en cuenta el contexto lógico de la decisión y apreciará que a un vigor lógico inflexible se une el más dúctil sentido de la justicia, y así puede apreciarse que el verdadero método jurídico es el casuístico porque sólo del caso concreto cabe predicar la justicia o injusticia, y en eso consiste fundamentalmente la actividad dictaminadora del jurisconsulto.

(35) SAVIGNY, ib. 96.

(36) Sobre exégesis del Digesto vid. los interesantes trabajos de STURM, *Anleitung zur Anfertigung von Digestenexegesen*, en *Juristische Schulung* (1962) Heft 10, 387 ss.; 11, 427 ss.; 12, 471 ss.

(37) D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (1961) 208.

La explicación de los casos prácticos es mucho más difícil que la de las Instituciones y quien no pisa firme no se aventura a enfrentarse abiertamente con los problemas que surgen a propósito del caso y procura dar una solución poco comprometedora que le permita pasar a otro asunto para no ser metido en un atolladero. Esta actuación puede resultar muy perjudicial para la formación jurídica del alumno a quien hay que resolver todas las dudas que presente con apoyo en las fuentes e incluso conviene provocar dudas difíciles de resolver cuando los alumnos no las plantean, y presentar siempre una solución clara que impresione la memoria del oyente. Los errores en la explicación de los casos prácticos pueden ser fatales porque es ahí, en relación con la hipótesis viva fingida, donde la mente se apodera de los nuevos conceptos con mayor firmeza e intimidad. Esta es sin duda la labor docente más difícil, pero al mismo tiempo la que puede rendir mejores frutos ya que allí se descubren las verdaderas vocaciones jurídicas (38).

Sólo conviene dedicarse a los casos prácticos una vez explicado todo el programa teórico, con el fin de que los alumnos posean las nociones necesarias para aplicarlas a los casos. Conviene dictar varios días antes el caso o casos a discutir, recomendar a los alumnos que se reúnan por grupos para resolverlo y luego en clase, poniendo a disposición de los alumnos varios ejemplares del Digesto, tras una discusión ordenada sobre los argumentos del caso hipotético, procurando enseñar a eliminar las circunstancias que carecen de relevancia jurídica, se examinan los textos pertinentes haciendo su exégesis y su crítica. De este modo, casuística y crítica se enlazan de una manera llena de sentido por cuanto ven en él un camino para discernir la superposición histórica de los varios puntos de vista sustentados sobre el mismo caso. Con ello se ven en el espejo de la evolución histórica del Derecho romano las distintas soluciones posibles.

Como opina Betti (39), sólo cuando se ha practicado con este espíritu, el estudio del Derecho romano podrá cesar de ser materia de erudición o mero aprendizaje de nociones de las que hay que dar cuenta en los exámenes, para convertirse en medio de vigorosa disciplina mental, parte viva e integrante de nuestra educación jurídica; el estudiante aprenderá a concebir el derecho como problema y a convencerse de que la solución depende esencialmente del modo de plantearse las discusiones. «El estudio romanístico ha de estar orientado de modo particular a la casuística y a la jurisprudencia» (40).

(38) D'ORS, *El esclavo prestado con una flauta...* (1945) 5.

(39) BETTI, *Esercitazioni romanistiche* (1930) 1 ss.

(40) PAPA, referencia a Guarino, en Cronache, Labeo, 9 (1963) 260. Recientemente ha aparecido un libro interesante desde el punto de vista escolar de GARCÍA GARRIDO, *Casuismo y Jurisprudencia romana. Pleitos famosos del Digesto* (1965).