

# EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO ACTUAL

Por el

Dr. ISIDORO MARTÍN

Catedrático de Derecho romano

Hace ya un decenio el insigne romanista SALVADOR RICCIBONZO mostraba la necesidad de atender al estudio del Derecho romano común. Desde las páginas venerables del *Archivio Giuridico* (1) rompía una lanza en favor de la creación de una cátedra de Derecho romano común en la Universidad italiana, y la rompía con éxito ya que, poco después, en los cuadros de las enseñanzas jurídicas de Italia, junto a las Instituciones, la Historia y el Derecho romano *approfondito*, aparecía el Derecho romano común (2).

---

(1) RICCIBONZO: «Per l'istituzione della cattedra di diritto romano comune», en *Archivio Giuridico*, 1933, págs. 3 y siguientes.

(2) Véanse por vía de ejemplo los programas correspondientes a los cursos 1935-36 y 1936-37 en la Universidad Católica de Milán, explicados por el Prof. EMILIO BUSSI:

Curso de 1935-36 (como disciplina de libre elección, semestral): I Parte. A) Las legislaciones vigentes al surgir el Derecho común (Derecho romano, Derecho canónico). Relaciones entre Derecho romano y Derecho canónico. Derecho estatutario.—B) Determinación del concepto de Derecho común. Crítica de las varias opiniones relativas al Derecho común. La actividad de



Para RICCOBONO dicho estudio resulta imprescindible, porque sólo mediante el mismo será posible dar la necesaria base romanística a las materias que no pueden ser profundizadas sin conocimiento del origen romano de las instituciones, como son el Derecho civil, el Procedimiento civil y la Historia del Derecho italiano (1), consideraciones que cabría extender a la historia del Derecho de los demás países latinos.

Indicaciones análogas habían hecho también, o han hecho más tarde insistiendo en tales puntos de vista, romanistas de todos los países fieles a la tradición de Roma (2).

Siendo inminente la publicación del nuevo plan de

---

los juristas medievales y la *communis opinio*. Nuestra definición del Derecho común.

II Parte: A) Teorías generales (*actio in rem* y *actio in personam*; *ius in re* y *ius ad rem*).—B) Teoría del dominio y concepto de propiedad. Teoría y concepto de la posesión.—C) Relaciones entre dominio y posesión.—D) Adquisición y pérdida del dominio (la *traditio*). El constituto posesorio. Accesión, avulsión e *insula in flumine nata*. Ocupación (el tesoro). Prescripción y usucapción.—Inmemorialidad.

Curso 1936-37 (como curso libre, bajo el título de Historia del Derecho italiano):

*Parte general*.—Teorías sobre la naturaleza del Derecho común. Nuestro concepto del Derecho común. Definición del Derecho común.

*Parte especial*.—a) Teorías generales: *Actio in rem* y *actio in personam*. *Ius in re* y *ius ad rem*.—b) Derechos reales. Teoría del dominio en el Derecho común. Teoría de la posesión en el Derecho común. Modos de adquisición y de pérdida de la posesión. Derechos reales sobre cosa ajena. Derechos reales de garantía.—c) Derechos de obligación. Teorías generales. La relación obligatoria en general. Diversas especies de obligaciones. La formación histórica del concepto de contrato. Las varias figuras de contrato.

Ver el Anuario de la Universidad Católica de Milán correspondiente a los cursos mencionados; Milán, Vita e Pensiero, 1937, págs. 345 y 401.

(1) Loc. cit., pág. 6. Riccobono indicaba, asimismo, que con ello se concluiría «mostrando que el Derecho moderno derive por desenvolvimiento espontáneo del Derecho romano justinianeo, y afirmando contra germanistas y bizantinistas la unidad y la continuidad de la tradición jurídica latina» (loc. cit., pág. 5).

(2) Véase APPLETON, «*Notre enseignement de droit romain, ses ennemis et ses défauts*», en *Mélanges Cornil*, París, 1926, vol. I; SÁNCHEZ PROUERO, «*La enseñanza del Derecho romano*», Zaragoza, 1926 (extracto de la revista *Universidad*); CALASSO, «*L'insegnamento del diritto comune*», en *Archivio Giuridico*, 1933, y GRONCESCO, «*Remarques sur la crise des études de droit romain*», en *Revue d'Histoire du droit*, XVI, 4.



estudios de nuestras Facultades de Derecho, de acuerdo con la nueva ley para Ordenación de la Universidad española, el tema adquiere una insoslayable actualidad entre nosotros, exigiendo planteamiento y solución.

## LA PERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

El Derecho elaborado por el pueblo romano ofrece la característica impar de una prolongada y amplísima vigencia que en el tiempo abarca desde el siglo VIII antes de Nuestro Señor Jesucristo hasta los días actuales, y que en el espacio se extiende a casi todo el mundo civilizado. Pervivencia temporal y expansión territorial que no suponen, naturalmente, regularidad en su progresión.

El Derecho romano no agotó su vigencia al caer el Imperio de Occidente. La ley romana continuó en vigor en todo el Imperio—Occidente y Oriente—*formalmente* ripristinado en su unidad, toda vez que Odoacro, primero, y Teodorico, después, se consideraban representantes del emperador. En efecto, Odoacro no se tenía aún como jefe, independiente, de Italia, sino como un patricio imperial: era rey, pero únicamente de sus soldados, de sus germanos, mientras que a la población romana la gobernaba en nombre del emperador, aunque se mantuviese en discordia con él. Buena prueba externa de ello es que Odoacro, poco después de ser depuesto Rómulo Agustulo, envió las insignias imperiales a Bizancio. Con Odoacro se mantienen en Italia las magistraturas romanas, permanecen el sistema tributario y la jerarquía jurisdiccional. La población romana continuó observando su derecho. Y lo mismo ocurre en otros pueblos germánicos—visigodos, borgoñones, francos—donde el nuevo poder político es más fuerte y el vínculo del sometimiento al Imperio queda roto, siquiera entre estos pueblos vaya.



creciendo con más vigor junto al derecho de Roma su propio derecho germánico (1).

Con Teodorico tampoco se rompe al principio la dependencia de Bizancio, aun cuando su posición vaya adquiriendo progresivamente mayor autonomía. Pide y obtiene de Bizancio las insignias imperiales devueltas por Odoacro, pero de todas formas ni toma el título de emperador ni dicta como éstos constituciones, sino simplemente edictos, como los grandes magistrados romanos.

De todas formas, en el campo jurídico la caída del Imperio romano de Occidente produjo una detención en el desarrollo del Derecho romano imperial, que sólo continuó ininterrumpidamente su evolución en el Imperio de Oriente, para alcanzar el punto culminante en la compilación justiniana (2).

El momento de esplendor político que entraña el gobierno de Justiniano da lugar a una efímera vigencia de su obra legislativa en el occidente del Imperio, reconquistado por los bizantinos. Con la famosa *pragmatica sanctio pro petitione Vigilii* se extiende a Italia la compilación en el año 554 (3), pero bien se comprende que los catorce años que permanece la nueva legislación hasta la invasión de los longobardos es muy poco tiempo para conseguir una difusión eficaz por la península, tanto más si se piensa en el gran volumen de la compilación que

---

(1) Véase LUCINI, «Storia del Diritto italiano. Le fonti», Bologna, 1931, páginas 9 y siguientes.

(2) Véase PACCIONI, «Corso di diritto romano», vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. Turín, 1930, págs. 336 y siguientes; y «Breve storia dell'Impero romano narrata da un giurista». Padua, 1935, págs. 198 y sig.

(3) «*Ut supra insuper vel leges codicibus nostris insertas, quas iam sub edictali programme in Italiam dudum missimus, obtinere sancimus. Sed et eas, quas postea promulgavimus constitutiones, iubemus sub edictali propositione vulgari, et ex eo tempore, quo sub edictali programme evulgate fuerint, etiam per partes Italiae obtinere, ut una Deo volente facta republica, legum etiam nostrarum ubique prolatetur auctoritas*», cap. XI, «*Ut leges imperatorum per provincias ipsorum dilatentur*», de la «Pro petitione Vigilii». Véase con su traducción castellana en GARCÍA DEL CORRAL, «Cuerpo del Derecho Romano», vol. VI, Barcelona, 1898, pág. 589.



había de transcribirse a mano. Lo cual, como hace notar LEICHT (1), explica cómo parte de la compilación fué muy poco conocida en Italia.

La dominación bárbara en Occidente no sofocó por completo ni la aplicación ni el cultivo del Derecho romano (2), y así, cuando al madurar la Edad Media un conjunto de causas económicas, políticas e históricas exigieron nuevos moldes jurídicos, se volvió la atención a la obra justiniana, y el Derecho romano adquirió el valor de ley vigente en los nuevos pueblos de Europa (3).

El foco de donde irradió esta conquista fué la Universidad de Bolonia. Al reavivarse en el siglo xi el interés por el Derecho romano, «con la llama de la cuidadosa interpretación literal, la ley se hace visible, sensible, y recobra su misión de civilización en el mundo» (4). Los primeros cultivadores boloñeses del Derecho romano—los glosadores—, sin un sentido exacto de la realidad, quisieron acomodar la vida a la ley justiniana, obsesionados por el deseo de restituir a su pureza legislativa el Derecho de Justiniano y aplicarlo inmutado a la práctica. Los postglosadores, con un sentido más real, concibiendo el Derecho romano como un Derecho vivo todavía, susceptible de la evolución necesaria para acomodarse a las exigencias crecientes de la vida práctica, forzaron y desfiguraron la ley justiniana para adaptarla a las necesidades del mundo nuevo. Unos y otros coinciden en considerar al Derecho romano como un Derecho actual, pero así como los glosadores lo reputaban intangible en cuanto lo es

---

(1) Ob. cit., pág. 27.

(2) Véase la indicación bibliográfica fundamental de las obras de CONRAT, FICKER, FITTING, FLACII, FRESHFIELD, HAZELTINE, MEYNAL, SAVIGNY, STINTZING, VINOGRADOW y ZULUETA, en la «Historia del Derecho Romano», de CASTELLANO. Madrid, 1935, pág. 516.

(3) Véase el siempre interesante trabajo de D. FELIPE C. DE DIEGO, «Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho romano». Madrid, 1900, págs. 220 y sig.

(4) RICCOBONO, «L'opera di Giustiniano» en *Annuario della Università Cattolica del Sacro Cuore*. Milán, 1934, pág. 30.



timan aplicable, los comentaristas, por el contrario, toman pie del Derecho justiniano para elaborar un Derecho totalmente nuevo que apenas tenía nada de romano más que el nombre y que se aplicaba por vía judicial y consuetudinaria merced a la autoridad de los jurisconsultos.

Los comentaristas medievales ocupan una posición preeminente, no sólo por su superioridad intelectual y científica, sino porque su actividad respondía a necesidades de orden práctico (1). Por lo cual, como hace notar SALVIOLI (2), entre aquellos doctores figuraban los que manejaron todas las partes del Derecho romano, las hicieron adaptables y las pusieron en relación con las leyes de su tiempo y fundaron, más que los seguidores de ALCIATO, la teoría del Derecho moderno. Su empirismo y servilismo a las autoridades y al *usus fori* es más aparente que real, y es innegable que con materiales viejos lograron desarrollar nuevas doctrinas.

«Más que a IRNERIO y a los glosadores todos, corresponde a BARTOLO—ha dicho certeramente SOHM (3)—el lugar preeminente en la historia del Derecho romano medieval. Sus comentarios impónense en la práctica con fuerza de dogmas, siguiéndose en España y Portugal cual si tuvieran autoridad de ley.»

Para atender a las necesidades nuevas buscaron remedios nuevos, aun cuando pareciese que los buscaban en la ley romana de tal manera, que no sólo fueron *reconcinnatores iuris*, sino también *conditores legum*, por lo cual BRUGI ha señalado que el método de tales jurisconsultos es en el fondo el nuestro, «con la diferencia que nosotros tenemos menos atrevimiento que ellos, los cuales fueron

---

(1) Véase BUSSI, «*Intorno al concetto di diritto comune*». Milán, 1935, página 25.

(2) SALVIOLI, «*Storia del diritto italiano*». Turín, 1921, pág. 140, cit. por BUSSI, ob. cit., pág. 26.

(3) SOHM, «*Instituciones de Derecho privado romano*», trad. esp. Madrid, 1928, pág. 135.



por mitad intérpretes y por mitad legisladores, y siempre dispuestos a adaptar sin escrúpulos el texto a las necesidades de la vida. Ningún jurista moderno tiene el atrevimiento de BARTOLO o de BALDO» (1).

Nació así el denominado Derecho común en Italia, que fué extendiéndose por todos los países y principalmente en Alemania, donde si la recepción no se realiza hasta el siglo XVI, fué, sin embargo, mucho más eficaz y duradera, constituyendo el *Derecho de Pandectas* o «Derecho privado común alemán de origen romano», según la definición de WINDSCHEID (2), cuya vigencia se mantiene hasta el mismo inicio del siglo XX. Derechos de aplicación general frente a los Derechos locales, y en cuya formación entran junto al Derecho romano otros elementos como el canónico, el longobardo, el feudal, el consuetudinario y, sobre todo, la elaboración doctrinal.

Este derecho común, basado, indudablemente, en el romano, pero en realidad bastante alejado de la compilación justiniana, es el que mantiene su imperio hasta los albores del siglo actual y el que ha servido de vehículo para transfundir los principios romanos que informan los códigos civiles modernos.

En efecto, el movimiento favorable a la codificación iniciado en el siglo XVIII e intensificado en el XIX revela una intensa penetración del Derecho romano en toda Europa y, consecuentemente, en todo el resto del mundo. Sobre fundamento romano se elabora el «Derecho territorial prusiano» de 1794, el código civil de Napoleón, el código austríaco de 1811, el alemán de 1900, el suizo de 1907. El código japonés de 1898 siguió como modelo al proyecto de código alemán elaborado por WINDSCHEID; el de Napoleón inspiró a los de España, Italia y

(1) BRUGI, «Disegno di una storia della giurisprudenza italiana», cit. por BUSSI, ob. cit., pág. 28.

(2) WINDSCHEID: «Diritto delle Pandette», trad. it. de FADDA y BENZA. Turín, 1925, vol. I, pág. 1.



Portugal y, por medio de ellos, a los de las naciones americanas; el reciente de Turquía ha sufrido el influjo romano a través de los mejores modelos europeos, en especial del suizo, y finalmente el recentísimo código civil italiano recoge fielmente la tradición romana (1).

Y no sólo esto. Hoy mismo el Derecho justinianeo, pasado por el crisol de los comentaristas, conserva su vigencia no ya en los países de la vieja Europa, como España (2), Grecia (3) o Italia (4), sino en las tierras remotas de Africa o de Asia (5).

## LAS RAZONES DE LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

¿Cómo puede justificarse que el Derecho elaborado en Roma haya pervivido hasta hoy mismo a través de condiciones y de ambientes tan dispares?

Se ha repetido como un tópico la excelstitud del Derecho romano considerándolo como la *ratio scripta*. BALDO, con exaltación inconcebible, llegó a decir de un edicto

---

(1) Véase RICOSSONO, «*L'opera di Giustiniano*», cit. pág. 30, y RUGENHO, «*Instituciones de Derecho civil*», trad. esp. Madrid, 1929, vol. I, págs. 101 y siguientes. CASANO, «*Derecho civil de España*», Valladolid, 1942, págs. 134 y siguientes.

(2) El Derecho romano rige como supletorio, desde 1599, en Cataluña, y también rige en Navarra, como supletorio especial, y prácticamente en Baleares, cuando menos en materia de sucesiones. Véase BUOCH, «*Historia del Derecho civil en Cataluña*», Barcelona, 1918, pág. 526, y CASANO, «*Derecho civil*», Madrid, 1941, vol. I, pág. 27. CASANO, «*Derecho civil...*», cit., páginas 201 y 202.

(3) En Grecia el Derecho romano recopilado en el *Hexabiblos* de Constantino Harmenópulo en 1345 fué puesto en vigor por virtud del decreto de 23 de febrero de 1835. Véase RICOSSONO, «*L'opera di Giustiniano*», cit. pág. 30. Hay un reciente proyecto de código civil que no sabemos si ha llegado a ser ley.

(4) Dentro del territorio italiano está vigente en la República de San Marino.

(5) El Derecho romano se halla vigente en las Indias Holandesas, en Ceylán y en Africa del Sur. Véase ALBERTARIO, «*Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*», Milán, 1935, pág. 1; RICOSSONO, «*Per l'instituzione...*», cit. pág. 4, y «*L'opera di Giustiniano*», cit. pág. 31.





pretorio que había sido dictado por el Espíritu Santo (1).

Nadie puede negar, con justicia, que el Derecho romano posee un valor intrínseco verdaderamente excepcional, pero éste no es de tal naturaleza que pueda explicar, por sí solo, la supervivencia de una misma ordenación jurídica en épocas y en pueblos tan varios y distantes (2).

Mas si paramos mientes en la sucinta exposición anteriormente trazada, podemos advertir con claridad que el Derecho aplicado con el nombre de romano a partir de la Edad Media no es, en realidad, tal Derecho romano propiamente dicho.

Los jurisconsultos de las diversas épocas han tomado principios y orientaciones del Derecho romano y de otros Derechos y han llevado a cabo una verdadera *specificatio iuris* para ofrecer en cada momento la regulación exigida por las necesidades del vivir cotidiano. La bondad intrínseca del Derecho contenido en la recopilación justiniana ofrecía a los jurisconsultos medievales una excelente materia prima, y así fué posible que, por ejemplo,

---

(1) Citado por TRAVIESAS en su discurso inaugural del curso académico 1914-15 en la Universidad de Oviedo, pág. 43.

(2) Refutando a SAVIGNY, que atribuye todo el mérito del Derecho romano a su forma, esto es, al método de los jurisconsultos romanos, INERINO escribe: «Se rebaja mucho esta fuerza, queriendo, como SAVIGNY, identificarla con el método jurídico, que no es, como él lo describe, la destreza o VIRTUOSIDAD para la aplicación de aquello que existe; porque esta fuerza intelectual aparece tanto en la legislación como en la jurisprudencia, obra en el conjunto y la realización de casos prácticos lo mismo que en la construcción de las fórmulas teóricas, y ejerce su influencia así en la invención y en la transformación de los preceptos jurídicos como en la manera de aplicarse éstos. Ojo perspicaz de todo aquello que es necesario en la vida, mano segura y diestra en la elección de los medios, oído atento a las exigencias de la justicia y de la equidad, ánimo para resistir a las seducciones de la lógica cuando ésta llega a estar en contradicción con los intereses reales, son cualidades no menos importantes que el espíritu puramente analítico de los jurisconsultos, y, si se me permite la expresión, que su habilidad manual operatoria. Todo un SAVIGNY no nos hará creer que hubiéramos adoptado el Derecho romano si esas cualidades, combinadas con la perfección artística de la forma, no le hubiesen en su fondo hecho eminentemente propio para ser adaptado a las necesidades y a las exigencias reales de la vida moderna».



en Alemania, al recibir el Derecho elaborado por glosadores y comentaristas, se considerase no «como un Derecho, sino como *el* Derecho» (1), y que DOMAT pudiera considerar la legislación romana, según recuerda BIONDI (2), «no como el espejo de un Derecho históricamente determinado y circunscrito, sino más bien como *le dépôt des regles naturelles de l'équité*».

No hay, pues, que atribuir a la sola bondad del Derecho romano su extraordinaria pervivencia, a despecho del tiempo, en los más diversos países. Más bien ha de atribuirse a la obra de los intérpretes, que tomando el *Corpus iuris* como arsenal inmenso en donde se hallaban mezclados materiales ya inservibles y magníficos elementos plenos de vitalidad y fortaleza, tomaron de éstos cuantos estimaron necesarios para construir un Derecho acomodado a las necesidades de los tiempos nuevos. Sirviéndose de atrevidos expedientes y de artificiosas conciliaciones, supieron sacar de la multiforme y contradictoria variedad del *Corpus iuris* su verdadero contenido sustancial de normas y de doctrinas y reconstruyeron, dándole relieve, lo que hoy llamamos Derecho justiniano (3).

He aquí, pues, la clara justificación de esta extraña pervivencia que ofrecemos con palabras de BIONDI: «No es que el Derecho romano haya penetrado, después de muchos siglos, en un ambiente extraño; es, más bien, la tradición romanista la que amplía su esfera de acción después de haber preparado, a través de una secular tradición en la que se interfieren los más diversos factores, un Derecho tan vivo y moderno, que puede aplicarse a nuevos tiempos y a nuevos pueblos» (4).

---

Véase IBERING, «*El espíritu del Derecho romano*», trad. española, Madrid, 1891, vol. I, pág. 29.

(1) WINDSCHEID, *ob. cit.*, vol. I, pág. 2.

(2) BIONDI, «*Prospettive romanistiche*», Milán, 1933, pág. 2.

(3) Véase РИССОВИЧ, «*L'opera di Giustiniano*», *cit.*, pág. 32.

(4) BIONDI, *ob. cit.*, pág. 4.



## DERECHO ROMANO *STRICTO SENSU* Y DERECHO ROMANO COMUN

Las precedentes consideraciones imponen una distinción terminológica como han mostrado una distinción conceptual.

La expresión *Derecho romano* puede tomarse en diversas significaciones. «Puede emplearse—como dice ALBERTARIO (1)—para indicar el Derecho formado en las diversas épocas de la historia de Roma hasta la compilación que del mismo hizo en el siglo VI el emperador Justiniano; o para indicar la legislación justiniana; o para expresar, finalmente, esta legislación en el aspecto, en las adaptaciones, en el desarrollo que adquirió por el amplio influjo de la nueva civilización medieval y moderna y que rigió en casi todas las naciones europeas hasta finales del siglo XVIII y en Alemania hasta el alba de nuestro siglo».

En el primer significado se habla de Derecho romano, sin más calificativos; en el segundo se habla de Derecho romano *justiniano*; en el tercero, de Derecho romano *común*. Y aún cabría hablar de *Derecho romano oriental*, *bizantino* o *grecorromano* para referirnos al elaborado sobre la compilación justiniana, por los emperadores de Oriente, hasta la caída de Constantinopla en poder de los turcos.

Así, pues, el Derecho que desde los orígenes de Roma va evolucionando a través de los diversos momentos históricos hasta llegar a Justiniano, bien puede llamarse Derecho romano *stricto sensu*, Derecho romano por antonomasia con denominación genérica que abarque las denominaciones con que puede distinguirse el Derecho de cada uno de los períodos que cabe señalar dentro de tan larga

---

(1) ALBERTARIO, ob. cit., pág. 1.



historia. Derecho romano por antonomasia, ya que hasta el 476 es el Derecho de Roma y desde entonces hasta la codificación justiniana, porque nunca se pierde la idea de romanidad y Justiniano obra siempre como emperador de Roma «*quae caput est orbis terrarum... intelligendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram quae Deo propitio cum melioribus condita est auguriis*» (1).

Por el contrario, el denominado Derecho común pretende ser una resurrección del Derecho justiniano, pero en realidad se nutre de principios totalmente nuevos y, en definitiva, difiere tanto del Derecho romano propiamente dicho como el Sacro Romano Imperio difiere del viejo Imperio de Roma.

Conviene, por lo tanto, considerar qué se entiende por Derecho común y cuál es el valor que el elemento romano tiene de él.

La noción del Derecho común no aparece con perfil claramente delimitado, sino que plantea problemas de difícil solución (2), pues se trata de «materia oscura, delicada y, digámoslo también, todavía desconocida en gran parte» (3).

Según la opinión tradicionalmente dominante, podría decirse que el Derecho común es el «*Derecho romano adaptado a los nuevos tiempos por obra de las escuelas medievales y observado como ley general hasta el momento de entrar en vigor los códigos modernos*» (4).

Para RICCOBONO el Derecho común es el producto del desenvolvimiento espontáneo del Derecho Romano (5). Existe una perfecta continuidad entre el Derecho romano

---

(1) Constitución *Deo auctore*, 10.

(2) En primer lugar, el alcance exacto de la expresión *común*. Véase BUSSE, ob. cit., cap. II; WINDSCHEID, ob. cit., pág. 1. También GEORGESCO, ob. cit., pág. 428.

(3) BUSSE, ob. cit., pág. 11.

(4) Véase CALASSO, «*Storia e sistema delle fonti del diritto comune*», Milán, 1938, y GEORGESCO, ob. cit., pág. 429.

(5) Véase RICCOBONO, «*Per l'istituzione...*», cit.



clásico, el Derecho justinianeo, el Derecho común y el Derecho moderno, de manera que los fundamentos del Derecho común «se encuentran precisamente y en una amplia medida hasta ahora insospechada; en la compilación de Justiniano, punto de llegada de la rectilínea y orgánica evolución jurídica romana», y su enseñanza podrá hacerse «mostrando que el Derecho moderno deriva por desenvolvimiento espontáneo del Derecho romano justinianeo» (1).

Por su parte CALASSO (2), aun admitiendo la ecuación entre Derecho romano y Derecho común para una primera época sostiene que los elementos nuevos—Derecho

(1) RICCIBONO, «Per l'istituzione...», cit., pág. 5.

Para el insigne romanista en el *Corpus iuris* coexisten dos clases de elementos jurídicos: un elemento arcaico, constituido, especialmente, por la tradición del *ius civile*, y otro elemento moderno, constituido, de modo especial pero no exclusivo, por el conjunto de las interpolaciones más diversas, introducidas precisamente para actualizar los materiales recogidos, reducirlos y ponerlos en consonancia con el Derecho en vigor.

Coexistiendo lo viejo y lo nuevo en la obra de Justiniano, ésta presentaba para su interpretación dos aspectos irreductibles a unidad, uno histórico y otro legislativo. El mérito de los glosadores y comentaristas estriba, precisamente, en haber sabido separar los elementos vivos de los elementos muertos y hacer que prevaleciesen los primeros, sin que tenga importancia el que esto lo alcanzasen mediante artificiosas conciliaciones.

Es indiscutible para Riccobono que si el Derecho del *Corpus iuris* llegó a ser ley de todo el mundo civilizado, fué merced a la interpretación realizada por la Glosa que asentó los fundamentos del Derecho común.

Fué cosa sumamente afortunada para el Derecho romano que sus primeros intérpretes de Occidente, que influyeron más decisivamente en la práctica, supieran recoger en el *Corpus iuris* los elementos vivos y verdaderamente inmortales. Y si alcanzaron ese resultado como intérpretes fué por su perfecto conocimiento de toda la obra justiniana, considerándola como una unidad y tomando como verdadera estrella polar, para orientarse en su tarea interpretadora, la voluntad del legislador revelada en las constituciones imperiales, especialmente las de Justiniano.

Todo lo cual responde exactamente al ambicioso propósito de Justiniano de haber conseguido una legislación no sólo valedera para su tiempo, sino para todos los posteriores: «*ut non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instanti, tam posteriori leges optimas ponere*» (Const. Tanta, 12).

Véase RICCIBONO, «La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano», en *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milán, 1931, pág. 236, especialmente 270 y sig., y «L'opera de Giustiniano», cit., pág. 32.

(2) CALASSO, «Il concetto di diritto comune», en *Archivio Giuridico*, 1936, pág. 95 y sig. especialmente.



longobardo-franco, Derecho feudal, costumbre, Derecho canónico y elaboración doctrinal—van adquiriendo, poco a poco, en Italia tal preponderancia frente al Derecho romano, que el concepto mismo del Derecho común tenía que salir sustancialmente transformado. Ese Derecho de nueva formación llega a ser considerado *ius commune in loco ubi viget*, de manera que el Derecho romano, aun continuando como el Derecho por excelencia, no se entiende ya como Derecho común en el sentido rígido y cerrado de los glosadores, sino como un Derecho común subsidiario. Resulta así que cada Estado viene a elaborar su Derecho común y en opinión de CALASSO éste «ya no era ni siquiera un concepto unitario».

Precisamente por este motivo entiende BUSSI (1) que acogiendo tal conclusión se niega el concepto mismo de Derecho común.

Para BUSSI lo verdaderamente *común* en la vida del Derecho durante el transcurso de la Edad Média fué la unidad del *pensamiento científico*. Unidad que no obstante las necesarias contradicciones, las controversias, las largas pausas, que pudieran aparecer como los comienzos de un envejecimiento jurídico, supo elaborar un conjunto de principios, instituciones, teorías, de construcciones jurídicas que en aquella parte que fué admitida por la mayoría de los juriscónsultos, formándose así una *generalis opinio*, tuvo valor indiscutible de ley.

Por lo cual BUSSI viene a definir el *ius commune* como «el conjunto de los principios, de las construcciones jurídicas y de las resoluciones prácticas, respectivamente formulados, creadas o escogidas por la doctrina» (2). Y esto no hay que entenderlo como referido al estudio de las instituciones tradicionales del *ius civile*, sino al «conjunto de aquellas nuevas teorías creadas por los juristas, ya sea

---

(1) BUSSI, ob. cit., pág. 54. Véase especialmente cap. VIII.

(2) BUSSI, ob. cit., pág. 55.



sobre la base de los principios racionales solamente, ya sea sobre la base del Derecho germánico, romano, canónico, consuetudinario, etc., para atender a las nuevas necesidades» (1).

Como podemos advertir, en la opinión de Bussi el Derecho romano es, efectivamente, un elemento utilizado en la elaboración del Derecho común; pero un elemento que aun siendo un factor respetable dentro del Derecho italiano, entiende Bussi a diferencia de RICCOBONO, que es «un factor cuya influencia ha venido menguando rápidamente frente a nuestro Derecho desde el comienzo de la escuela de los comentaristas» (2), toda vez que «el Derecho romano sirve a nuestros doctores simplemente *ad colarandum*, pero no tiene en la mayor parte de las nuevas teorías *ninguna función sustancial*» (3).

Por otra parte, GEORGESCO (4) señala la improcedencia de identificar el Derecho romano común con el Derecho común tal como lo entienden aquellos autores que, como CALASSO, lo conciben como un conjunto del Derecho romano justiniano, el Derecho canónico, el *ius novum* (el Derecho propio de cada organismo político) y el Derecho germánico. Y aun pareciendo aproximarse a la opinión de Bussi considera inaceptable la idea que limita el con-

(1) Bussi, ob. cit., pág. 55.

(2) Bussi, ob. cit., pág. 8.

(3) Bussi, ob. cit., pág. 61.

Con el criterio de Bussi viene a coincidir en algún modo el de BEMMELN cuando escribe: «El Derecho romano europeo ha sido, de un lado, desde su origen, un Derecho extraño y muerto, tomado de una compilación informe y mal comprendida. Y, por otra parte, ha pasado por el juicio jurídico vivo, no del pueblo, sino de los jurisconsultos; y en este sentido es el producto de la opinión común de los doctores romanistas. Ha adquirido fuerza, no forma de ley, tal como salió de este laboratorio, y por consecuencia, como Derecho inmediato. Su origen fué el juicio jurídico común, no el natural y nacional, sino el algo artificial y estático de los jurisconsultos laicos, que le profesaba un culto casi supersticioso.»

Véase BEMMELN, «*Nociones fundamentales del Derecho civil*», Madrid, 1923, págs. 46 y 47.

(4) GEORGESCO, ob. cit., pág. 428.



tenido del Derecho común al dominio de la *communis opinio doctorum* (1).

Pero sea cualquiera el concepto de Derecho común que pudiera aceptarse, lo cierto es que el Derecho romano justiniano, desde el renacimiento boloñés hasta nuestros días ha sido objeto de estudio con un *criterio de aplicación actual* que ha producido la elaboración de toda una serie de conceptos, de doctrinas y aun de instituciones vivas hoy en los códigos vigentes y cuyo nacimiento y evolución se hace imprescindible conocer.

## ACTUALISMO E HISTORICISMO FRENTE AL DERECHO ROMANO

Ante el Derecho de Roma, fuera ya del mundo romano, cabé adoptar dos posiciones fundamentalmente distintas, según que se le considere como un Derecho todavía en vigor, susceptible de aplicación actual, o bien como un Derecho puramente histórico. Dos actitudes y, consiguientemente, dos concepciones que podemos calificar de actualista, la una, y de historicista, la otra. Para la primera el Derecho romano es un Derecho que existe, que *es*; para la segunda, el Derecho romano es un Derecho muerto, un Derecho que *fué*.

### LA POSICION HISTORICISTA

El Renacimiento tuvo su inmediata repercusión en el campo jurídico. Despertado el culto de la antigüedad grecorromana, muy pronto filólogos e historiadores habían de parar mientes en los monumentos justinianos, y tras de una serie de precursores—menos juristas que literatos o filólogos—, surge ALCIATO, que inicia la escuela

---

(1) GEORGESCO, ob. cit., pág. 430 n. 1.





de la Culpa jurisprudencia, preocupada de reconstruir y comentar los textos originarios romanos, para lo cual busca en la compilación de Justiniano los pasajes interpolados y se esfuerza por restituir a su pureza el pensamiento de los jurisconsultos clásicos liberándolo de las deformaciones justinianeas.

ALCIATO y sus seguidores no sienten la preocupación, que habían tenido glosadores y comentaristas, de adaptar el Derecho romano a las exigencias actuales; les importa, sobre todo, reconstruir la obra de los jurisconsultos romanos como monumento de la sabiduría antigua. Surgió así el *mos gallicum* frente al viejo *mos italicum* en duro contraste exactamente reflejado en la exaltada actitud de ALBERICO GENTILE (1), ya que, como RICCOBONO hace notar (2), los humanistas, rebosantes de cultura histórica, se sentían irresistiblemente atraídos hacia el rigor y la armonía de la parte más antigua del Derecho clásico, por lo cual frente a la Glosa hicieron prevalecer en la interpretación del *Corpus iuris* los principios antiguos en oposición con el nuevo Derecho codificado.

En definitiva, la escuela de ALCIATO concibe el Derecho romano como un Derecho—o si se prefiere como un hecho—histórico cuyo estudio tiene un carácter fundamentalmente reconstructivo.

Una posición semejante, aunque por móviles diferentes, se ha venido a adoptar cuando el Derecho romano actualizado ha perdido su vigencia en el mundo moderno. Ya no era posible estudiar el Derecho romano pensando en su aplicación a la vida jurídica actual; ya sólo era posible mirarlo con ojos primordialmente históricos (3).

En esta postura historicista se trata de conocer el De-

(1) Véase el interesante resumen de esa actitud en Riccobono, «*L'opera di Giustiniano*», cit., pág. 33.

(2) Riccobono, *ibidem*, pág. 32.

(3) No olvidamos, sin embargo, que el Derecho romano es aún Derecho vigente en algunos lugares y, singularmente, en nuestra patria.



recho del pueblo romano tal como lo fué elaborando a través de los diversos períodos de su historia hasta llegar a la reordenación final que experimentó por obra de Justiniano. Y ello sin la preocupación de aplicar tales normas a las necesidades jurídicas actuales. Lo cual no quiere decir, como bien lo prueban los humanistas, que esta perspectiva no haya podido enfocarse hasta que el Derecho romano ha llegado a perder su vigencia. El estudio histórico de un Derecho es siempre posible aun cuando se halle en vigor, porque siempre es posible examinar su evolución hasta llegar al presente.

La diferencia entre las investigaciones del *mos gallicum* y las actuales radica, más bien, en que los humanistas y seguidores de ALCIATO se acercaban a las fuentes romanas con espíritu de eruditos, de filólogos o de meros historiadores más que con afán de juristas (1).

El problema consiste en determinar si el estudio histórico del Derecho romano *stricto sensu* puede defenderse todavía—perdida o amenguadísima la vigencia—con razones de carácter jurídico. Y, en efecto, precisamente en la reconstrucción de las realizaciones jurídicas de Roma, separando y ordenando lo que a cada edad corresponde; en la contemplación de lo así reconstruido y en el examen de su evolución radica la lección inapreciable y benéfica del Derecho romano a los juristas actuales (2).

Mas esta consideración historicista, cuya finalidad consiste en reconstruir el Derecho romano para examinarlo tal como fué desde sus orígenes hasta Justiniano y, muy especialmente, en el período clásico, no constituye el objeto de estas consideraciones. Conviene, más bien, parar mientes en la concepción actualista.

---

(1) Véase BIONDI, «*Prospettive...*», cit., pág. 7, y VOLTERRA, «*Diritto romano e diritti orientali*», Bologna, 1937, pág. 3.

(2) Sobre el valor actual del estudio del Derecho romano pensamos ofrecer, Dios mediante, un trabajo en número inmediato de estos mismos «*Anales de la Universidad de Murcia*».



## LA CONCEPCION ACTUALISTA DEL DERECHO ROMANO

Desde la Glosa hasta la Pandectística, el Derecho romano se ha considerado como un Derecho vigente, como un Derecho susceptible de ser aplicado a la práctica con las necesarias acomodaciones.

A lo largo de los siglos este cultivo del Derecho romano como un Derecho actual ofrece, naturalmente, diferencias y matices, pero se advierten determinadas características que individualizan la tendencia. Se establece una ecuación perfecta entre Derecho romano y *Corpus iuris* y éste se toma como punto de partida para elaborar un Derecho de aplicación práctica.

No se trata, por lo tanto, de *reconstruir* el Derecho de Roma, sino de *construir* un Derecho nuevo sobre los cimientos del *Corpus iuris*.

Esa fué, como hemos visto, la finalidad perseguida por las escuelas de glosadores y comentaristas, cuya tradición no se interrumpe ya a pesar de la nueva tendencia iniciada con los humanistas, sino que el Derecho romano es estudiado por doquier como un Derecho que puede invocarse ante los tribunales (1) y mucho más en Ale-

(1) Prueba definitiva de la aplicación práctica que el Derecho romano tuvo en los tribunales españoles y de su consiguiente consideración actualista es el conocido auto dictado por el Consejo de Castilla el 4 de diciembre de 1713 merced a la intervención de D. Melchor de Macanaz. «Y aún más intolerable es—dice el mencionado auto—la creencia de que en los tribunales reales se debe dar más estimación a las leyes civiles (es decir, a las romanas) y canónicas que a las leyes, ordenanzas pragmáticas, estatutos y fueros de estos reinos, siendo así que las civiles no son en España leyes ni deben llamarse sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de la ley y en cuanto si ayudan por el Derecho natural y confirman el real, que propiamente es el Derecho común y no el de los romanos, cuyas leyes y las demás extrañas no deben ser usadas ni guardadas.»

Y es que, como afirma HINOJOSA, «casi todos, y singularmente los más notables juriconsultos de esta época (del siglo xv al xviii), siguieron acudiendo a las fuentes del Derecho romano, ya para concordarlas con el patrio, ya para buscar en ellas principios y normas de interpretación».

Véase HINOJOSA, «Historia del Derecho romano», vol. II, Madrid, 1885, pág. 352, y DE DIEGO, ob. cit., pág. 414. Para comprobar los esfuerzos del



mánia, donde recibido el Derecho justinianeo (1) la tradición de los comentaristas medievales enlaza con la obra de los pandectistas.

«Los pandectistas—dice SHOM (2)—infundieron sentido moderno al *Corpus iuris*». En las Universidades alemanas antes de promulgarse el código civil se estudiaba el Derecho romano repartido en tres disciplinas: Historia, Instituciones y Pandectas, y SHOM hace notar que «mientras las Instituciones cifraban el Derecho romano del siglo VI, las Pandectas reflejaban el del siglo XIX (3). Y por su parte WINDSCHEID, como ya hemos recordado, afirma que por Derecho de Pandectas se entiende el Derecho privado común alemán, de origen romano.

El propio SAVIGNY escribió su «System des heutigen roemischen Rechts» para ofrecer un estudio de la legislación elaborada sobre el *Corpus iuris* de aplicación en Alemania.

Los romanistas seguidores de SAVIGNY y de PUCHTA fueron inclinados a la abstracción y crearon figuras exactas de cada una de las instituciones, conceptos jurídicos perfectos, sistematizaron principios y decisiones; pero con esto, como advierte BAVIERA (4), «lo que revive no es el ordenamiento positivo y el pensamiento de los antiguos, sino el sistema, totalmente moderno, que funde como en un gran tejido conjuntivo las ideas de hoy y las romanas;

---

Derecho castellano a fin de sobreponerse al predominio romanista, véase CASTRO, «Derecho civil...», cit., págs. 107-108, 115-120, 132-138.

(1) Como hace notar WINDSCHEID, el Derecho romano adquirió vigor en Alemania, no por un acto legislativo, sino por obra de los juriconsultos, «que fundaban en el Derecho romano sus decisiones y sus informes legales». De manera que «cuando en el año 1495, al Tribunal cameral del Imperio, entonces fundado, se le indicó el Derecho romano entre los Derechos que había de aplicar, el hecho estaba muy lejos de ser una innovación».

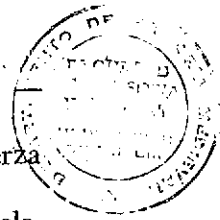
Véase WINDSCHEID, ob. cit., vol. I, págs. 2 y 3-4.

(2) SHOM, ob. cit., pág. 2.

(3) SHOM, ob. cit., pág. 3.

(4) BAVIERA, «L'insegnamento della storia del diritto romano nella Università», Palermo, 1903, págs. 15 y 16.





éstas, sin embargo, en cuanto que entran o se las fuerza a entrar en aquéllas.

Esta concepción entraña, como consecuencia, la elaboración de una dogmática tan distante del Derecho romano como próxima al Derecho actual. De manera que, como hace notar BIONDI (1), los códigos vigentes hoy no son más que un paso hacia adelante con relación al Derecho común y la pandectística; son otra etapa de la secular evolución del Derecho, que tiene su punto de partida en el Derecho romano.

Y así resulta que desde la Glosa a nuestros días ha existido un Derecho que siendo, en su origen, romano ha ido evolucionando y acomodándose a las exigencias de la práctica para terminar siendo recogido en el articulado de los códigos civiles hoy vigentes; evolución jurídica que nos interesa, extraordinariamente, conocer y que es, sin embargo, sumamente desatendida (2).

## UNA LAGUNA EN NUESTROS ESTUDIOS DE HISTORIA JURIDICA

Al ponderar la utilidad que en nuestros días puedan tener los estudios de Derecho romano se suele dar, casi sin excepción, como razón fundamentalísima y primordial ésta: el estudio del Derecho romano es indispensable para que el jurista de hoy pueda conocer el Derecho vigente, puesto que éste no es más que la última fase evolutiva del Derecho romano, sin cuyo conocimiento el De-

(1) Véase BIONDI, ob. cit., pág. 1.

(2) Véase, por ejemplo, cómo Bussi reprocha el olvido en que los historiadores del Derecho mantienen la historia del Derecho privado. Ob. cit., pág. 23, nota 1 *in fine* y pág. 58 *in fine*.



recho actual ni puede conocerse ni aplicarse con la debida exactitud (1).

La idea ha hecho fortuna y ha logrado extenso e intenso arraigo popular. No hay jurista en ciernes ni padre de ningún futuro abogado—mucho más si el progenitor lo es también—que no ponderen la necesidad de conocer a fondo el Derecho romano, porque sin saber Derecho romano no se puede saber Derecho civil y porque conocido el Derecho romano se tiene ya conocida la mayor parte del civil.

Sin embargo, tal afirmación no es posible admitirla incondicionadamente, puesto que supone una evidente confusión entre el Derecho romano *stricto sensu* y el Derecho romano *actual*. Ciertamente que el Derecho romano constituye base fundamentalísima del Derecho vigente, pero ya hemos hecho notar que entre el Derecho romano, aun considerado en su última fase de la compilación justiniana, y el Derecho hoy en vigor hay una enorme distancia salvada a través del puente, larguísimo y constantemente reconstruido, del Derecho intermedio.

Por eso, hace ya más de tres cuartos de siglo, BRO-

---

(1) Esta era la idea abrigada por los redactores y primeros comentaristas del código civil de Napoleón y por la legislación académica francesa sobre el estudio del Derecho romano a principios del siglo pasado.

Véase GIRARD, «*Manuel élémentaire de Droit romain*», 8.<sup>a</sup> edic., rev. por SENN, París, 1929, pág. 5, n. 1.

Sabido es que PORTALIS, al discutirse el código civil napoleónico, afirmaba que éste no era más que las Instituciones de Justiniano con algunas adiciones sobre usos y derechos no conocidos en tiempo de los romanos.

En orden a nuestra legislación académica conviene notar que el Decreto de 14 de agosto de 1884 aspiraba a intensificar el estudio del Derecho romano dada «su extraordinaria importancia como base de la cultura jurídica, no menos ciertamente que la tiene como precedente histórico y factor integrante de nuestra legislación.»

Véase POU ORDINAS, «*Historia externa del Derecho romano*», Barcelona, 1896, pág. 5.

Manteniendo el punto de vista actualista WINDSCHEM podía escribir: «Esta eficacia del Derecho de Pandectas en Alemania fué notablemente reducida al finalizar el siglo pasado con la promulgación de nuevos códigos. Pero aun cuando esto haya sucedido con amplitud su importancia no se ha debilitado sensiblemente. Puesto que los códigos que lo han reemplazado



CHER (1) observaba que para interpretar nuestro Derecho vigente hemos de tener en cuenta nuestra *ratio legis* y no la del legislador antiguo. Y por otra parte hacía notar que no puede justificarse el estudio del Derecho romano aduciendo como razón el hecho de que sirva para mejor conocer el Derecho actual, puesto que de ser así habría que hacer otro tanto con el Derecho germánico y, sobre todo, con el Derecho romano medieval.

Modernamente ZITELMAN (2) ha razonado de manera semejante a BROCHER, haciendo notar que si el estudio del Derecho romano persiguiese una finalidad interpretativa del Derecho hoy vigente se necesitaría estudiar, más bien, la evolución jurídica medieval hasta llegar a nuestros días.

Tampoco el insigne GIRARD considera aceptable esta justificación, que nos llevaría a estudiar «el Derecho romano tal como fué entendido por nuestros antiguos autores; porque es cierto, por ejemplo, que cuando POTHIER ha comprendido mal una teoría romana, no es la teoría verdadera de Roma, sino la equivocación de POTHIER lo que ha pasado al código». Y GIRARD añade todavía: «Un estudio realizado así podría ser fecundo en resultados para la inteligencia de los orígenes de nuestras leyes positivas» (3).

---

tienen por base esencial el Derecho romano o por lo menos las opiniones de sus redactores sobre lo que sea el contenido del Derecho romano y sobre lo que de ello sea aplicable; así, tanto la exacta inteligencia de estos códigos como la posibilidad de su mejora tienen como esencial presupuesto un exacto conocimiento del Derecho romano y de su actual aplicabilidad»: Ob. cit., vol. I, págs. 17 y 18.

(1) Véase BROCHER, «*De l'enseignement du droit romain*», Lausana, 1867, págs. 12 y sig. He aquí un texto bien expresivo: «La enseñanza del Derecho romano tal como se ha dado hasta ahora y tal como se desea ver dada en el porvenir es la enseñanza del Derecho de la Roma antigua y no la del Derecho romano de los tiempos modernos, de la época de la codificación. La finalidad que se propone no es facilitar la inteligencia de nuestra legislación. Si fuese esta última utilidad la que se tuviese presente, el medio estaría mal escogido; lo necesario sería la historia del Derecho de la Edad Media y, sobre todo, la historia de nuestra codificación» (pág. 12).

(2) Véase ZITELMAN, «*El Derecho romano en la enseñanza futura*», en *Revista de Derecho Privado*, 1920, pág. 151.

(3) GIRARD, ob. cit., pág. 5. Véase también SÁNCHEZ PEGUERO, «*La en-*



Dejando aparte el problema de la utilidad de los estudios del Derecho romano con criterio historicista como medio de mejor conocimiento del Derecho actual (1), es evidente que el estudio del Derecho romano intermedio llena cumplidamente esa finalidad, de manera que el conocimiento del Derecho romano común puede ser sumamente útil para el conocimiento de nuestras leyes positivas, aunque, como es natural, «no tuviese casi nada de común con el estudio científico de la legislación romana» (2).

Pero este estudio cuya utilidad se proclama se halla poco menos que universal y unánimemente olvidado.

Por eso, teniendo en cuenta la falta de tales estudios y pensando en su utilidad se explica el reproche de APPLETON (3): «¿Por qué bajo pretexto de un estudio científico, dejar a un lado el modo cómo los redactores del código civil estudiaron el Derecho romano? Lo uno no impide lo otro, y tal omisión sustrae de nuestra enseñanza la utilidad práctica buscada ante todo por los escolares».

Por otra parte CALASSO (4) ha hecho notar que «es sorprendente, por no decir otra cosa, el enorme *hiatus* que nuestra enseñanza universitaria abre entre la legislación justiniana y la codificación moderna. Son cerca de trece siglos de evolución histórica intensísima de nuestro Derecho que dejamos en la oscuridad». Y el mismo CALASSO

---

*señanza del Derecho romano», cit., pág. 20. «Por eso—dice—no puede sentirse un desprecio sistemático por lo viejo, aun a sabiendas de sus imperfecciones. Bastará citar el caso de los artículos 1.261 y 1.274 de nuestro código civil; se exigen tres requisitos esenciales para que haya contrato (artículo 1.261) y luego vienen casos en los que dos de esos requisitos son una misma cosa (art. 1.274). Es que POMBAU no comprendió bien la doctrina romana de la causa; y su error fué llevado al código francés que sirvió de modelo para el español.»*

(1) Ello tiene lugar adecuado al examinar la utilidad actual del estudio del Derecho romano que hemos de hacer en estos mismos Andes.

(2) GIRARD, ob. cit., pág. 5.

(3) Véase APPLETON, «*Notre enseignement de Droit romain...*», cit., página 49; reproche que hace suyo SÁNCHEZ PEGUERO, ob. cit., pág. 20.

(4) CALASSO, «*L'insegnamento del diritto comune*», cit., pág. 238.





advertía que este conocimiento resulta indispensable toda vez que «el pensamiento de la que se llamó la glosa por excelencia y que el principio *quod non agnoscit Glossa, nec curia agnoscit*, ha permanecido durante siglos como canon fundamental para la interpretación y aplicación del Derecho romano en aquellas lejanas tierras de ultra Alpes donde realizó su conquista ideal» (1).

Ya hemos recordado antes cómo RICCOBONO (2) sostiene que sólo mediante tales estudios se podrá dar la necesaria base romanística a las materias que no pueden ser profundizadas sin conocimiento del origen romano de las instituciones.

Finalmente, GEORGESCO (3) estima necesario realizar junto al estudio de la historia del Derecho romano la historia del Derecho común que tendría por objeto el proceso de formación y desarrollo de los conceptos y doctrinas jurídicas desde IRNERIO hasta la entrada en vigor del código civil alemán, y cuya finalidad principal sería mostrar la parte que en la creación de la ciencia del Derecho corresponde, ya sea a la dogmática bartolista ya sea al Derecho o al Pandectismo alemán.

Para este autor «sólo un estudio semejante, de una incontrovertible utilidad, permitiría investigar la evolución natural y completa del Derecho y daría al jurisconsulto moderno la imagen verdadera de la ciencia que él debe profundizar».

Entendemos con estos autores que se hace, efectivamente, necesario atender a este estudio tan olvidado por los historiadores del Derecho. Los principios, los dogmas, las construcciones del Derecho vigente tienen, sí, un primer fundamento romano, pero se han ido perfeccionando y perfilando a lo largo de una tarea multiseccular en la

---

(1) CALASSO, *ibidem*, pág. 246.

(2) RICCOBONO, «*Per l'istituzione...*», *cit.*, pág. 6.

(3) GEORGESCO, *ob. cit.*, pág. 427.



que el romanismo ha sustituido a lo romano y si se descuida este estudio intermedio no se podrá comprender exactamente una gran parte del Derecho actual.

Se impone, pues, la imperiosa necesidad de llenar esta gran laguna de nuestros estudios jurídicos que han olvidado por entero cuanto se refiere a la formación y desarrollo de los dogmas y principios fundamentales de nuestro Derecho vigente (1).

### CULTIVO SEPARADO DEL DERECHO ROMANO STRICTO SENSU Y DEL DERECHO ROMANO ACTUAL

Entendemos que sería cerrar los ojos ante la realidad si negásemos que el Derecho hoy vigente tiene una hondísima raigambre romana. El Derecho de Roma, en su última fase romana, es decir, el Derecho de la compilación justiniana—que nunca podrá comprenderse sin una visión clara del correspondiente a las épocas anteriores—, sirve de fundamento a una construcción—la vigente (2)—

(1) En general, como ya hemos advertido anteriormente, los historiadores del Derecho han coincidido en prestar una escasa atención a la historia del Derecho privado. Sirva de ejemplo en nuestra patria el excelente «Manual de Historia del Derecho español», de RÍAZA y GARCÍA GALLO (Madrid, 1935), único completo fuera del más elemental de MINGUÓN y algún otro menos importante. De las 782 páginas de texto (dejados aparte los índices), sólo se dedican 86 de ellas (exactamente desde la 649 a la 734) a la historia del Derecho privado, sin que esto suponga, por otra parte, que se aborde el estudio de la interesante materia a que venimos refiriéndonos.

(2) Esta indudable conexión entre el Derecho romano de la compilación y el Derecho actual ha inducido a un romanista de la talla de BRUGI a proclamar que nuestra consigna debe ser ésta: «dal diritto romano al diritto civile», estimando que, en realidad, el Derecho romano que interesa conocer es el que se refleja en los artículos del código civil, si bien es cierto que «no podemos prescindir de exponer también aquello que para nosotros tiene carácter histórico, ya sea por la necesidad de una exposición completa ya sea para comprender el camino posteriormente recorrido por las instituciones jurídicas».

Véase BRUGI, «Istituzioni di diritto privato giustinianeo», Padua, 1911, págs. 22 y 18. No deja de ser curioso que la obra se considera destinada «ad uso delle scuole e dal Foro».



que se apoya en las columnas del Derecho romano común o *actual*, como le venimos llamando en este trabajo.

Por eso si la simple labor de reconstrucción histórica, nutrida de savia vital, tiene ya de por sí méritos suficientes para justificar el estudio del Derecho romano *stricto sensu* por el valor propio de todo conocimiento histórico y por la formación jurídica que proporciona, sería necio prescindir del valor de actualidad, para el mejor conocimiento del Derecho vigente, que dicho estudio representa. Y en este sentido interesa conocer no sólo el juicio que las instituciones romanas sobrevividas a partir de la recepción merecieron a los romanistas intermedios, sino el de todas las elaboraciones doctrinales construídas sobre la base del Derecho romano (1), lo cual debe constituir el objeto de otra disciplina distinta.

Se hace, pues, necesario separar estos dos estudios. el del Derecho romano *stricto sensu* y el del Derecho romano *actual*. El límite entre ambos lo señalaría la compilación justiniana no tanto en su significación cronológica como en su significado de cuerpo unitario de legislación aplicado en ambiente extraño. Por lo cual hay que convenir con BONFANTE (2) en que el Derecho romano presenta dos historias: una desde sus orígenes hasta Justiniano y otra desde Justiniano a nuestros días.

Ante estas consideraciones estimamos sumamente cetera la posición de GEORGESCO (3) en orden al estudio del Derecho romano. A su juicio es necesario dividir los estudios de Derecho romano en tres disciplinas totalmente distintas: la historia del Derecho romano, la historia del Derecho romano común y la interpretación filosófica de la historia del Derecho.

---

(1) Reconociendo la necesidad de este estudio algún autor como KIER, en su «*Das roemische Recht*», Berlín, 1930, expone el sistema de las instituciones romanas seguido de una breve alusión a la evolución experimentada a través del Derecho común hasta llegar al Derecho alemán vigente.

(2) BONFANTE, «*Diritto romano*», Florencia, 1900, pág. 3.

(3) GEORGESCO, ob. cit., especialmente págs. 420 y sig.



Sólo así estimamos que es posible obtener toda la inmensa utilidad que ofrece el estudio del Derecho romano: en orden a la formación jurídica general, en orden a la mejor inteligencia del Derecho vigente y en orden a la consideración de la filosofía histórico-jurídica.

Cada una de estas disciplinas tiene su objeto propio que requiere una atención cuidadosamente separada. Con lo cual será posible distinguir escrupulosamente lo *romano* de lo *romanista*; lo que es puramente romano y lo que es elaboración doctrinal o sistemática de los intérpretes o de los estudiosos medievales o modernos del Derecho romano de manera que se acabe con ciertas exposiciones que por su falta de sentido histórico sólo producen una desorientadora confusión (1).

Por otra parte, es también cosa evidente que al considerar hoy al Derecho romano *actual* lo contemplamos ya con mirada histórica. Los glosadores están, cronológicamente, más cerca de Justiniano que de nosotros y los bartolistas se hallan casi a mitad del camino. Su manera de interpretar el Derecho justiniano es para nosotros un capítulo más de historia jurídica. Esto quiere decir que quizás no hayamos de advertir una diferencia fundamental en cuanto se refiere al método de estudio de una u otra disciplina: el Derecho romano *stricto sensu* y el Derecho romano *actual*. La posición de RICCOBONO sigue esta línea.

Podríamos, sin embargo, señalar las siguientes diferencias que justifican un estudio separado de ambas materias.

---

(1) GEORGESCO cita a este respecto, por vía de ejemplo, la materia de los modos de adquisición de la propiedad, ordinariamente tratada con ausencia de sentido histórico. Véase ob. cit., pág. 427, n. 1.

Piénsese, asimismo, en toda la doctrina relativa al negocio jurídico o la persona jurídica, especialmente las fundaciones.

Y es que, como dice BAUCI, «el deseo de dar una fórmula acabada de cada institución hace que se atribuya al Derecho justiniano un estadio que la institución no alcanzó hasta más tarde. Y se corre también el peligro de inventar imperfectos y dañosos principios para construir una geométrica teoría de las figuras jurídicas que queremos clasificar».

Véase BAUCI, «Istituzioni...», pág. 3.





El estudio del Derecho romano *stricto sensu* nos será útil (1):

a) Por contribuir a nuestra formación jurídica al mostrarnos la evolución de un Derecho elaborado por sus órganos normales de producción.

b) Por ser en su fase final el punto de partida de la legislación vigente.

c) Por mostrarnos la existencia de unos eternos principios de justicia vivos hoy como antaño.

El estudio del Derecho romano *actual* nos reportará utilidad:

a) Por contribuir a nuestra formación jurídica al mostrarnos los esfuerzos realizados para adaptar unas determinadas normas ya existentes a necesidades totalmente nuevas.

b) Por constituir, en extensa medida, el tránsito desde el Derecho romano, propiamente dicho, al Derecho vigente.

c) Por mostrarnos la pervivencia de los eternos principios de justicia en ambientes totalmente distintos de aquellos en que parecen haber hecho su aparición.

Bien podemos advertir que sólo las razones invocadas en el segundo lugar son las que presentan mayor diversidad; las otras, doctrinalmente son matices cuya divergencia sería difícil justificar; el motivo diferencial es de orden fundamentalmente histórico.

## EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO *ACTUAL* EN NUESTRAS UNIVERSIDADES

Quizás no fuera pretensión excesiva que el Derecho romano *actual* constituyese el objeto de una cátedra cuyos cursos se exigieran obligatoriamente para la licenciatura en Derecho.

(1) Resumimos aquí las razones que más por menudo exponemos en el trabajo que repetidamente hemos anunciado.



La formación de nuestros futuros juristas sólo será auténticamente fecunda cuando se logre un sereno equilibrio, por una parte, entre lo formativo y lo informativo —permítansenos tan relativos e imprecisos conceptos—, entre lo histórico y lo positivo y, por otra parte, entre lo doctrinal y lo práctico.

Conviene, sin embargo, parar mientes en que el escolar no es un ser de capacidad ilimitada, sino un hombre con posibilidades concretas; que al estudiante no puede exigírle cada especialista todo lo que éste cultive, sino tan sólo aquello que, dentro de unos prudentes límites, contribuya a una formación eficaz del *bonus universitarius* (1).

Por esto creemos que el estudio del Derecho romano común puede tener un lugar adecuado en los cursos de Historia del Derecho a condición de variar un tanto el sistema hasta ahora seguido. En efecto, en nuestras Facultades de Derecho, como en las de otros países (2), se ha atendido casi exclusivamente la historia de las fuentes y de las instituciones de Derecho político y administrativo; el Derecho privado ha quedado preterido. Se impone la necesidad de prestar atención a la historia del Derecho privado y, dentro de ella, a la obra de actualización del Derecho romano (3).

De esta forma será posible salvar esa inmensa laguna advertida en el estudio de nuestra historia jurídica, tendiendo el puente que una el punto de partida de nuestro Derecho, representado por el Derecho romano justiniano, con el punto de llegada que representan nuestros códigos

---

(1) Véase sobre el aspecto general de este tema ZARACÜETA, «*Pedagogía fundamental*», Barcelona-Madrid, 1943, especialmente págs. 234 a 244 y 256 a 278. Más concretamente, véase ORTEGA Y GASSET, «*Misión de la Universidad*», Madrid, 1936, págs. 46 a 52.

(2) Recuérdese respecto a Italia, por ejemplo, el reproche de Bussi que hemos aludido anteriormente.

(3) Así se ha hecho en alguna Universidad tan prestigiosa como la del Sagrado Corazón de Milán, según hemos visto en el programa del profesor Bussi, correspondiente al curso académico 1936-37, que hemos transcrito al comienzo de nuestro artículo.



vigentes. De este modo no sólo se podrá explicar satisfactoriamente la orientación fundamental de nuestra legislación, sino que será posible comprender justificadamente los dogmas y construcciones doctrinales de la ciencia jurídica actual.

Esto sin perjuicio de que en los cursos de doctorado puedan exponerse con carácter monográfico los aspectos más interesantes del estudio que nos ocupa. Haciéndolo de esta manera habremos dado, sin duda alguna, un paso de gigante en el camino del perfeccionamiento de nuestros estudios jurídicos para la mejor formación de nuestros futuros juristas. Cuestión que importa extraordinariamente, pues no hemos de olvidar que, según decía nuestro Alfonso el Sabio «*la ciencia de las leyes es como fuente de justicia, et aprovechase della el mundo más que de las otras ciencias*» (1). Y a los futuros hombres de leyes, esto es, a los futuros hombres de justicia, les podremos repetir para esperanza de España, aquello que Justiniano decía a los estudiantes de Derecho de su Imperio al ofrecerles la *Instituta*: «*Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rempublicam in partibus eius vobis credendis gubernare*» (2).

---

(1) Partidas, II, 31, 8.

(2) Constitución *Imperatoriam maiestatem*, 7.

