

PROF. CARLOS LOPEZ NUÑEZ

**CONCEPTO Y SITUACION ACTUAL
DEL
DERECHO ROMANO**

I

CONCEPTO DEL DERECHO ROMANO

- A) Su evolución histórica:
 - 1º) Derecho quiritarario.
 - 2º) Etapa del "ius gentium" o universal: Derecho romano clásico.
 - 3º) Derecho postclásico o romano helénico.
 - 4º) Derecho justiniano.
- B) Los Derechos provinciales.
- C) La explicación posterior: teorías.

A) SU EVOLUCION HISTORICA

El Derecho Romano —lo venimos repitiendo con reiteración— es un auténtico producto histórico. La concreción jurídica que definitivamente logra no pudo ser fruto de unos años intensos o de un período de esplendor máximo, sino de una lenta y pausada labor muchas veces secular; de una decantación auténtica de siglos, en una palabra. Así lo han reconocido los romanos —juristas e historiadores— y así pudo elegantemente afirmar TITO LIVIO: “quis dubitat quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente nova imperia, sacerdotia, iura gentium hominumque instituantur?” (80). *

Cuando se emplea la expresión Derecho Romano, normalmente se intenta indicar el Derecho que rigió el pueblo de Roma a lo largo de su progresiva evolución histórica, desde los orígenes de la Ciudad (754 a. C.) hasta su sistematización en el “Corpus iuris” justiniano (529-534 d. C.). Durante todo este largo período de más de mil años, el Derecho Romano fue “el Derecho vivo, de caudal siempre creciente y en constante evolución que rigió la vida del Estado romano” (81).

Es evidente que durante una tan larga y dilatada evolución histórica, el Derecho de Roma no podía conservar unos mismos caracteres. Ello, por otra parte, sería metafísicamente imposible, pues Derecho anquilosado, Derecho que no se adapta a la realidad social creada por los tiempos, es un Derecho muerto. Del Derecho quirritario de la fase originaria, rudo, seco, formalista, exclusivista y poco elaborado, al Derecho de la etapa justiniana, pulido, antiformalista, universal, sistemático, no puede por menos de mediar un abismo profundo.

Seguir al Derecho Romano en su evolución temporal sería de todo punto imposible sin subdividir su trayectoria histórica en fases distintas en las que, con caracteres homogéneos, se presente y destaque el derecho en la plena realidad que implica (82). Los tratadistas, al operar estas divisiones en la totalidad existencial del Derecho Romano, lo han hecho unas veces con un criterio basado en fenómenos políticos, y otras han atendido preferentemente a circunstancias jurídicas, no fal-

* Por tratarse de un capítulo de obra en preparación, la numeración de las notas empieza en 80 —como en los originales del libro— y no en 1, como debiera ser, porque este detalle pasó inadvertido al autor cuando llevó los originales a la Imprenta.

tando tampoco otros criterios divisorios asentados sobre los resultados obtenidos con las nuevas formas de investigación.

Desde luego, y antes de seguir adelante, sí nos interesa destacar que no se trata en modo alguno —porque ello es imposible en un derecho que evoluciona— establecer en ese lento y complejo proceso del devenir del derecho, líneas tajantes y definidas, momentos cronológicos netamente separados en que se destaquen matemáticamente, por decirlo así, el fin de un período y la subsiguiente iniciación de otro. No solamente por fines científicos, como pretende SCHULZ (83); por imperativos de la propia Historia —y ello aunque se considerara plenamente armónica la evolución progresiva del Derecho Romano— se haría necesaria su periodificación.

Vamos a adoptar nosotros la división más generalizada, la que más aceptación logra en la doctrina romanística (84), zanjando la cuestión de las fechas límites mediante lapsos críticos de transición (85).

Las etapas, pues, que apreciamos en la evolución histórica del Derecho Romano son:

- A) Derecho quirritario, nacional o antiguo.
- B) Etapa del “ius gentium” o universal: Derecho clásico.
- C) Derecho post-clásico o romano-helénico.
- D) Derecho justiniano.

1)

Derecho quirritario

Constituye el denominado período preclásico del Derecho Romano, que se inicia con la fundación de Roma y termina en el siglo II antes de Cristo (86). Fase lejana, necesariamente mal conocida, en cuanto nos movemos dentro de una esfera de leyendas y mitos. El hecho histórico, por ello, se hace difícilmente comprobable, y sólo con la cooperación de métodos idóneos investigativos puede reconstruirse, en cierto modo, el Derecho de aquella Roma, rústica y aislada, que inicia su expansión, pero que todavía conserva social y económicamente una vida atrasada.

El aislamiento originario de Roma imprime carácter a su derecho, del cual la costumbre, “mores maiorum” —contenido básico de las XII Tablas—, es la fuente más fundamental, por no decir única. La distinción entre “fas” y “ius” también se hace difícil establecer en grado sumo en esta lejana etapa del Derecho Romano. Poco a poco, no

obstante, las normas del “ius publicum” y del “ius privatum” van diferenciándose (87) a la vez que el Estado interviene gradual y paulatinamente en la esfera privada, restringiendo las facultades originarias de aquellos grupos autónomos —“gens” y “familiae”— verdaderos órganos políticos primitivos en el seno de la “civitas” (88).

Por otra parte, el Derecho antiguo se nos presenta con un carácter muy acusadamente personalista. Sólo ampara y beneficia a los ciudadanos romanos, quedando los “peregrini” o extranjeros desprovistos de protección jurídica alguna, con la sola excepción de los “latini”. El “ius quirritium” no constituye ni integra un sistema organizado. Solamente determinadas categorías de disposiciones se presentan revestidas de una cierta uniformidad; tal, por ejemplo, las referentes al procedimiento de las “legis actionis”, a la transmisión de las “res mancipi” o a la entrada y salida en el núcleo familiar.

Bien pronto aparece al lado de la costumbre la ley escrita, y aparte de las que la leyenda nos presenta como seguras (89), es la ley de las XII Tablas el testimonio legislativo más importante de la antigüedad romana (90). Sobre sus preceptos legislativos actúa la primera jurisprudencia, de carácter pontifical y secreto, con toda su enorme trascendencia en la esfera de los negocios jurídicos y de los actos procedimentales.

Con posterioridad, hechos de importancia excepcional como la labor de GNEO FLAVIO o la promulgación de la “Lex Ogulnia”, alteraron las circunstancias al echar por tierra el sigilo sacramental del Pontífice o dar acceso a la plebe al mismo Pontificado. Todo el Derecho está dominado por la nota formalista más acusada, traducida en la rigidez procesal de las “legis actiones” y también en los mismos negocios jurídicos, en que las “verba” prevalecen totalmente sobre la “voluntas”.

2)

Etapa del “ius gentium” o universal: Derecho Romano clásico

El Derecho Romano clásico se extiende aproximadamente hasta el final del siglo III después de Cristo (91). Corresponde esta fase a un momento histórico decisivo para la historia de Roma, en que inicia una nueva etapa existencial, con la ascendente expansión del núcleo originario de la Urbe por territorios y pueblos limítrofes. Con ello se uni-

versaliza, por así decirlo, el sistema jurídico romano, que va a alcanzar su máximo grado de expresión y desarrollo.

Aunque es posible destacar algunas influencias extrañas en el Derecho, sin embargo el genio de sus jurisconsultos supo, como dice U. ALVAREZ (92) "diluirlas en las propias esencias romanas". Dos son los subperíodos que podemos distinguir dentro de esta etapa clásica: a) hasta el siglo I después de Cristo (desarrollo del antiguo derecho y contraposición y fusión del "ius civile" con el "ius gentium" y el "ius honorarium"); b) del siglo I después de Cristo al siglo III: es la genuina edad clásica del Derecho Romano. Gracias a la obra admirable de sistematización de la jurisprudencia laica, se coordina un nuevo sistema sobre la particularidad normativa de los distintos derechos y sobre sus dualismos internos: "ius civile - ius praetorium"; "ius civile - ius gentium"; derecho oficial del Imperio - derechos locales particulares.

Las primitivas instituciones quiritarias se modifican profundamente y han de ponerse en armonía con la nueva conciencia social y política, transformada al contacto de las ciudades extranjeras del mundo antiguo, con las que Roma se ha puesto en relación. Las instituciones jurídicas se modifican, y todas —tanto las nuevas como las ya existentes— se impregnan de un espíritu opuesto al formalismo, en armonía con las exigencias de una sociedad animada de un neto espíritu mercantil (93). Como afirma CHIAZZESE, el desarrollo jurídico se produce en dos direcciones (94) con la creación de nuevas normas que dan lugar a dos ordenaciones jurídicas paralelas: a) "ius gentium" y "ius honorarium", y b) elaboración jurisprudencial, con una técnica jurídica bastante depurada (95).

La función del Pretor, favorecida tras la "Lex Aebutia" por las nuevas formas procedimentales, se encamina a renovar el Derecho privado dando vida a un nuevo Derecho, "ius praetorium" u "honorarium", frente al primitivo sistema del "ius civile". A su lado, la noción del "ius gentium" se liga profundamente a la transformación de la vida romana. Pero al propio tiempo (gracias al Derecho honorario) la recepción de instituciones del "ius gentium", en un principio únicamente adoptado como norma de aplicación personal a los extranjeros residentes en el suelo de Roma, se va absorbiendo en el Derecho pretorio, y de su uso por el Pretor peregrino se pasa también a aplicar —por el Pretor urbano— a las relaciones en que han intervenido ciudadanos de Roma.

En la evolución del Derecho Romano de esta época clásica, el fenómeno político de la instauración del Principado tiene una impor-

tancia decisiva. Las fuentes del derecho que habían existido durante la etapa republicana decaen en importancia, a la vez que aumentan en la suya los Senadoconsultos y las Constituciones imperiales. La actividad comicial, cuya más alta expresión fue alcanzada en dicha época, decae paulatinamente durante la nueva Constitución política.

Otro hecho de extraordinaria importancia, avanzada ya la fase del Derecho clásico, va a suponer la unificación de los edictos pretorios. El "Edicto Perpetuo" supone, en cierta medida, una estatificación en la dinámica pretoria. Pero además, junto a la actividad del Senado que sustituye a la de los Comicios, y junto también a la creciente intromisión legislativa del Príncipe, la jurisprudencia laica alcanza su máxima importancia con la concesión a determinados juristas del "ius respondendi".

Pocas obras, sin embargo, se conservan. Las conocidas tienen una extraordinaria importancia para la reconstrucción del Derecho Romano puro. Nos referimos, sobre todo, a las "Institutiones" de Gayo; al manuscrito "Tituli ex corpore Ulpiani" o "Ulpiani liber singularis regularum"; la obra elemental en cinco libros "Pauli receptae Sententiae"; los pasajes de las "Institutiones" y "Disputationes" de Ulpiano; el fragmento de la fórmula Fabiana; el fragmento Dositeano y algún otro.

3)

Derecho postclásico o romano-helénico

Esta tercera fase de la evolución histórica del Derecho Romano viene caracterizada por la degeneración profunda sufrida por el Derecho clásico, debida a factores de muy diversa índole e importancia.

El Derecho Romano de este período es un derecho que se aplica en un ambiente completamente distinto del originario, a pueblos que en espíritu no son propicios a tal ordenamiento y que de otra parte conservan arraigadas sus antiguas leyes y costumbres, integradoras de un derecho local que va a enfrentarse con el derecho oficial del pueblo romano. El derecho oficial y el local llegarán merced a un lento y paulatino trabajo de infiltración a integrarse. Pero el fenómeno no es uniforme y, de otra parte, no es el único factor influyente.

Esa expansión romana que desorbita la esfera de su derecho tiene lugar en Oriente, ensamblándose con el Derecho bizantino, y por Occidente, donde sentará las primeras bases para, tras su elaboración justiniana, volver a influir en el Derecho común de los diversos países.

La "Constitutio Antoniniana" convierte a tantos ciudadanos diversos y al "civis romanus" en miembros de un mismo Estado, y por otra parte un nuevo e influyente factor coopera también en este sentido: el Cristianismo.

El Derecho de esta época responde a los íntimos deseos de una sociedad renovada, pero no ofrecerá una sistematización hasta su último momento —hasta la elaboración justiniana— en el cual podrá observarse cómo se desprende de todo el ropaje antiguo y cómo nuevas formas lo sustituyen; cómo la tipicidad de los negocios jurídicos desaparece, para concederse máxima libertad a las partes en sus manifestaciones volitivas; cómo, por último, la equidad, norma orientadora en la función pretoria de la época clásica, se encuentra matizada por las exigencias cristianas de la piedad humana y de la protección al débil.

Entre las fuentes del Derecho de esta época se afirman en su valor, como consecuencia de la plenitud del Imperio absoluto, las Constituciones Imperiales, de las cuales en el siglo V se lleva a cabo la primera Compilación en los Codex Gregorianus, Hermogenianus y Theodosianus (96). Aparte de estas colecciones legislativas, la práctica jurídica de la época usaba las obras de los juristas clásicos en forma de resúmenes, paráfrasis o antologías.

Una trascendental Constitución de Teodosio II y Valentiniano III confirió valor legal a las obras de los cinco juristas Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo. De otra parte, es de gran trascendencia la actividad escolástica que en esta fase del Derecho se inicia. En Occidente (en Roma y en las Galias) y en Oriente (Berito, Constantinopla, Cesárea y Alejandría) surgen esplendorosas escuelas de Derecho. La dirección y orientación de las mismas es distinta, ya que, mientras en las occidentales se acusa un sentido esencialmente práctico, en las orientales se percibe su aptitud para la elucubración teórica. Tanto unas como las otras, operando sobre las obras de los juristas clásicos, preferentemente sobre la de los cinco anteriormente citados, intercalan notas y glosas en las mismas (97).

De esta época se conservan las Fragmenta Vaticana, la Collectio Legum Mosaicarum et Romanorum, la Consultatio veteris, el Libro Siro-romano. También cabría citar las Compilaciones ordenadas por los Reyes bárbaros; así la Lex Romana Visigothorum, la Lex Romana Burgundiorum y el Edictum Theodorici.

4)

Derecho justiniano

El Derecho postclásico desemboca en la obra compiladora del Emperador Justiniano, la cual puede y debe considerarse como último momento del mismo, si bien por ser base del derecho posterior la consideramos integrando un período diferente.

Justiniano llevó a cabo felizmente la obra codificadora, tanto de la jurisprudencia romana como de las Constituciones imperiales. A través de su Código, Digesto, Instituciones, Codex repetitae praelectionis y Novelas, dio cima a su magna labor del "Corpus iuris civilis". No es este el momento de entrar en detalles sobre el valor esencial de este Derecho que fue adecuadamente analizado en otra parte de la Memoria.

B) LOS DERECHOS PROVINCIALES

Unos capítulos interesantes y necesarios en el estudio integral del Derecho Romano son aquellos en que se constaten las características y diferencias de los distintos Derechos provinciales respecto al Derecho Romano propiamente dicho.

Un ilustre autor, MITTEIS, en una fundamental obra sobre el Derecho imperial y el Derecho popular en las provincias orientales del Imperio Romano, planteaba el problema en la forma siguiente: "Los juristas consideraron que la evolución jurídica peculiar de cada Provincia se truncaba desde el momento de su incorporación al Imperio Romano, llegando a aceptar servil e impremeditadamente el dogma de la unidad jurídica de la Monarquía dioclecio-constantiniana, que los juristas contemporáneos habían formulado".

"Precisamente se debe —agrega— a la significación que la escuela jurídica de Roma adquirió en los primeros siglos del Imperio, el que tanto los juristas de aquella época como los contemporáneos prescindieron casi en absoluto de la formación del derecho en las distintas provincias del Imperio, comprendiéndose de este modo el sorprendente fenómeno de que nos hayan sido transmitidas tan escasas noticias de la formación peculiar del Derecho de los numerosos y distintos pueblos incorporados al Imperio Romano. Posición ésta que puede calificarse de tradicional y no contradicha por el descubrimiento del Código siro-romano, pues a lo que más se llegó fue a inclinarse a la formación

de algo que permitiese hallar el Derecho Romano de las provincias periféricas; modificado, es cierto, por su contacto con elementos bárbaros, subsistente empero intangible el dogma para los más centrales del Imperio" (98).

Hoy, desde luego, el problema en torno a los Derechos provinciales se plantea bajo otros supuestos, visto el desarrollo de la Papirología y las grandes novedades reveladas por la misma, al descubrirnos la vida jurídica de una Provincia oriental tan alejada de Roma como es Egipto.

Sabemos que los Derechos provinciales eran una realidad, y realidad incuestionable por cierto, desde que otro gran autor alemán —BRUNNER (99)— fija la existencia de un Derecho Romano en la práctica, distinto del Derecho teórico de los juristas clásicos, lo mismo que en el aspecto lingüístico nace el latín vulgar frente al latín oficial de Roma. No ignoramos tampoco que en todas las ciudades reconocidas como formalmente soberanas fueron respetados sus "iura civilia", y que el principio según el cual los habitantes de los países sometidos seguían siendo extranjeros (peregrini) y continuaban rigiéndose por sus derechos locales iba a implicar, desde luego, el reconocimiento por la Urbs de estas variedades jurídicas provinciales, dado por supuesto aquella necesaria intervención de Roma, que se centraba —según ARANGIO RUIZ (100)— en una especie de mediatización por los gobernadores y sus auxiliares de las relaciones de Derecho privado celebradas entre los provinciales, cuando se limitasen exclusivamente a las transmisiones de la propiedad inmobiliaria, o bien a aquellas otras relaciones que afectaban al interés político y financiero del Estado.

En España, por ejemplo, durante los cuatro primeros siglos de la dominación romana se reconocen a los derechos indígenas plena validez y eficacia, con más o menos amplitud según el grado con que las ciudades indígenas se mostrasen adictas a Roma (101). Cuando Vespasiano concede el "ius latii minus" a toda la Península (73-74) el derecho indígena referente a los bienes (propiedad, contratos, testamento) queda substituído por el romano, y ya en el año 212, al conceder el Emperador Caracalla la ciudadanía romana a todos los súbditos del Imperio, es cuando el derecho indígena va a quedar totalmente derogado, siquiera en teoría.

En la práctica, desde luego, no iba a ser así. Como dice GARCIA GALLO (102), el derecho indígena "continúa aplicándose durante toda la época, debido a que el romano resulta excesivamente complicado para la casi totalidad de las gentes y a que la crisis de la cultura

romana en el siglo IV y el apogeo de la vida rural y latifundial facilitan el resurgimiento de las ideas y formas elementales indígenas".

Esta es, desde luego, la situación en la Península ibérica, que no debía ser distinta de la que imperaba en las demás provincias sujetas a Roma. "Ninguna fuerza humana hubiese podido lograr —reconoce ARANGIO (103)— que en el mundo helenizado se llegase a negar a los hijos de familia la facultad de poseer bienes propios o que se restringiese el amplio concepto de familia, en él predominante, para distinguir dentro de ella a los agnados y a los cognados. Más difícil aún hubiera sido trasplantar a Egipto o a Siria el *libripens*, pesador ficticio de un precio que desde hacía siglos no se pesaba, sino que se contaba, u obligar a aquellos provinciales a renunciar a la forma contractual escrita".

Si bien es cierto que en el siglo siguiente a la Constitución Antoniniana hay una reacción notoria contra los Derechos provinciales, sobre todo contra aquellas costumbres orientales de la adopción por la mujer, la poligamia o la expulsión del hijo —tan extrañas a la mentalidad jurídica de Roma—; si bien es cierto que los Emperadores de la época aspiran a instaurar definitivamente el Derecho Romano, no es menos evidente que —habida cuenta las especiales circunstancias de la vida provincial— se toleran y practican aquellas instituciones que no fueron contrarias a las normas del Derecho Romano puro.

Así, frente a la entrega material de la cosa, requisito "sine qua non" de la tradición romana, surge la llamada "traditio per chartam". Frente a las normas romanas que impedían la propiedad de los "filii familiae", el reconocimiento en las Provincias, por el contrario, de la posibilidad de ser propietarios de bienes. Frente al principio puro romano de negar la validez de los testamentos sin expresa institución de heredero, o que dispongan tan sólo de parte del patrimonio, en provincias se admite la eficacia de los mismos, sin más que considerarlos como codicilos (104). Frente al contrato verbal de la "stipulatio", en los derechos provinciales de Oriente la contratación se realizaba por escrito, de tal modo que el documento aparecía con valor constitutivo. La cláusula estipulatoria —"et stipulatus, spondit"— que insertan los documentos greco-egipcios posteriores a Caracalla (así en el campo general de la contratación, en materia de testamentos e incluso en emancipaciones) no pasa de ser, en frase de un romanista español (105), sino un vasto "esfuerzo de los provinciales para acomodar su propio Derecho al Derecho romano".

Si ahora tratásemos de inquirir cuál es el proceso en virtud del

cual se forma el Derecho Romano vulgar o provincial (106) la primera doctrina que se nos hace necesario exponer, siquiera en sus conclusiones, es precisamente la de BRUNNER, el gran investigador citado.

El Derecho Romano vulgar o popular era para éste autor (107) aquel sistema jurídico que se había ido formando del Derecho Romano clásico en los territorios provinciales, bien mediante una equivocada interpretación del mismo, bien al impulso de propias y específicas necesidades. Se presentaba de este modo como una derivación, como una mala adaptación del Derecho Romano clásico.

Frente a la concepción brunneriana, MITTEIS (108) concibe el Derecho Romano vulgar como una supervivencia de los derechos indígenas pre-romanos.

El Derecho nacional tampoco es, de un modo absoluto, y para este autor, Derecho Romano puro, y tanto uno como otro —Derecho nacional; Derechos provinciales— pudieron coexistir en un mismo territorio, como en efecto sucedía. Influencias diversas van preparando el terreno: así puede destacarse la de la cultura griega, que —como es sabido— alcanza gran desarrollo en las provincias orientales del Imperio romano. Siria y Egipto, por otra parte, fueron también regiones que poseían una antigua e ilustre cultura, a la par que un derecho propio y diferenciado.

En el proceso de estas y otras influencias recíprocas, el Oriente opuso una mayor y activa resistencia que las regiones occidentales a la divulgación del Derecho Romano, tanto que el pueblo griego no solamente opone todos los obstáculos posibles a la expansión, sino que incluso llega —con la doctrina de sus filósofos— a imponer directrices jurídicas nuevas. De la misma forma que en Alemania hubo de existir un derecho privado nacional al lado de los comarcales, opina MITTEIS que en las regiones orientales del Imperio romano (igual pudiera decirse de los occidentales) existió también un derecho popular constituido por un conjunto de supervivencias jurídicas propias: pre-romanas, en una palabra. La gran trascendencia de semejante estado de cosas es que tales derechos vivos hubieron de influir a la vez en la formación del Derecho Romano, de donde la urgente necesidad de un estudio a fondo de los mismos.

Para BESTA (109) el derecho popular no fue sino la resultante de una lucha, tenaz y persistente, entre las fuerzas conservadoras del antiguo derecho y aquellas nuevas y extrañas al Derecho de Roma que trataban de sobreponérsele: aparece así como una fórmula conciliatoria y sintética, como una mezcla de Derecho Romano y de Derecho indí-

gena. También ha podido pensarse, con ROBERTI (110), que uno de los factores principales en la formación de ese Derecho fue el elemento cristiano que, detrayendo su savia ordenancista de la cepa tradicional romana, pretendió humanizar aún más aquel Derecho en un proceso necesario de adecuación a las nuevas y perentorias necesidades.

De todas maneras, el Derecho Romano vulgar se nos presenta con las características de un derecho vivido, de un derecho que se nos manifiesta tanto en la costumbre cuanto en la práctica notarial. Ya lo hemos visto. Razones especiales van a determinar su desenvolvimiento, y su éxito innegable, frente a un Derecho Romano puro, ajeno a las tradiciones originarias de la Provincia.

No es tan sólo la decadencia de la técnica jurídica romana en el Bajo Imperio; es también el apogeo de la vida rural, y —lo que es más significativo— la crisis del poder público, incapaz de conseguir la aplicación del Derecho imperial (111), lo que determina esta indudable consecuencia que apuntamos. Estudiar por ello el Derecho propio de las Provincias romanas no es sino descubrir en parte las razones fundamentales que abonaron el valor y el prestigio del Derecho de Roma, en cuanto nos van a dar el secreto magnífico de aquella ecuación tan necesaria entre derecho y circunstancia tópica; entre un derecho que se adapta a las necesidades sociales de lugar y de tiempo, y una realidad jurídica tan manifiesta, cual es la que presenta la vida propia de cada provincia romana.

C) LA EXPLICACION POSTERIOR: TEORIAS

Hemos seguido a grandes rasgos, y por etapas, la histórica evolución del Derecho de Roma (112). Ahora vamos a considerar el reflejo de esta trayectoria en la obra de algunos grandes romanistas. En primer término, hemos de parar nuestra atención en RICCOBONO.

Un principio fundamental de su doctrina es que la evolución del Derecho Romano no es obra de factores externos, sino todo lo contrario. Son los factores de índole interna (Pretor y jurisprudencia) los que determinan la evolución histórica progresiva de este Derecho (113).

A propósito de un artículo conocidísimo de STROUX: "Summum ius, summa iniuria" (114) demostrando la enorme influencia de la jurisprudencia clásica en la total evolución del Derecho de Roma, sostiene RICCOBONO la existencia de dos períodos antagónicos, perfectamente diferenciados, en el "curriculum vitae" de este Derecho: el primero,

que va desde las XII Tablas hasta el siglo VII de la Ciudad, en el cual rigió el Derecho de los quirites, derecho rudo, formal, riguroso, cual corresponde a las condiciones primitivas de la comunidad romana. El segundo período se desarrolla desde el siglo VII hasta Justiniano, y durante él se va formando el nuevo derecho, informado por los principios de la equidad, con la más decidida tendencia a la libertad de formas, complejo en sus ricos elementos técnicos y estructurales y con pretensiones y caracteres de verdadera universalidad.

Hasta el comienzo del siglo III después de Cristo, la evolución va guiada por la jurisprudencia, la más ilustrada e importante que ha habido en el mundo. En su última fase —de Constantino a Justiniano— disminuída o desaparecida la actividad de los jurisconsultos y la del Pretor, el Derecho se simplifica en la práctica de los Tribunales, mediante la fusión de todas las reglamentaciones clásicas en un nuevo orden jurídico.

Esta evolución incuestionable del Derecho Romano se debe —y esta es la original opinión de RICCOBONO— no a la intervención legislativa, sino al propio progreso del Derecho, efectuado “mecánicamente, por obra de su fuerza inicial”.

La oposición más seria a la tesis de RICCOBONO es la iniciada por ALBERTARIO, otro gran romanista de talla mundial (115), para quien es imposible admitir como mecánicas las transformaciones jurídicas post-clásicas y como fruto de meras simplificaciones las efectuadas en la Compilación por obra de los juristas bizantinos.

La tesis de este autor podemos reducirla al esquema siguiente:

1º) La existencia de factores externos en la evolución del Derecho Romano (116):

- a) El Cristianismo.
- b) La nueva constitución política, burocrática y absolutista, tan en contradicción con el pensamiento genuino romano.
- c) Los Derechos provinciales que, después de Diocleciano, se in-jertan en la propia estructura romana con una sorprendente vitalidad.
- d) El sentido empírico propio de la jurisprudencia decadentista.
- e) El nuevo espíritu y la preparación doctrinal de los juristas del Oriente Medio.

2º) La actuación de una suerte de elementos también externos, determinantes de la fijación del Derecho Romano (117), como son:

- a) La legislación imperial posterior a Constantino.
- b) Las dos formas de la práctica jurídica: “usus iudiciorum” y “longa consuetudo”, vehículos de admisión de institutos griegos, y cuyo mayor relieve es factible descubrir en la parte oriental del imperio.
- c) La enseñanza de las Escuelas de Derecho.

3º) La comprobación de que no son prolongaciones clásicas, en contra de RICCOBONO (118):

- a) La contraposición entre la “aequitas” clásica y la justiniana, saturada de humanidad, piedad, benignidad, clemencia, etc.
- b) La valoración distinta del “animus”, así como la antítesis entre “voluntas” - “verba” o “scriptum”.

En esta oposición a RICCOBONO, y a su principio fundamental de que “el Derecho que aparece como nuevo en la codificación de Justiniano lo es, en realidad, solamente en la forma, pero no en la substancia” (119), destaca también un romanista francés, PAUL COLLINET, cuando trata de precisar la labor jurídica creadora debida a las Escuelas orientales de Derecho.

No vamos a detenernos en sus argumentaciones (120), presentando las pruebas directas corroboradoras de esta influencia oriental. Más tarde, al abordar el problema metodológico, insistiremos sobre el original pensamiento de COLLINET, a quien tanto debe la ciencia romanística en más de un sentido (121). De todos modos, su tesis es un duro golpe contra la postura de RICCOBONO, y el mejor alegato de que ha habido una auténtica transformación substancial allá en las fases últimas del Derecho de Roma.

Estimamos nosotros que el problema en sí es tremendamente difícil de resolver. Se trata nada menos que de inquirir los principios que rigieron la evolución del Derecho de Roma, y de precisar su naturaleza, y esto —que incluso trasciende la esfera de lo jurídico para invadir el campo de la Filosofía de la Historia —no puede nunca ser contemplado unilateralmente, so pena de grave error.

Es un mérito innegable de RICCOBONO el haber revelado con

notoria profundidad y conocimiento de causa los factores internos que rigieron la evolución del Derecho de Roma (122) y esto —la virtualidad y la eficacia de los mismos— es algo que forzosa y necesariamente ha de reconocerse hoy y en cualquier momento. Igualmente ALBERTARIO ha estado en lo cierto al destacar el influjo de aquellos factores externos, ya señalados.

Curados de exclusivismos, ambas doctrinas pueden complementarse, en cuanto no hay razón alguna que impida su armonización. Es del actuar conjunto de los factores internos y externos de donde, precisamente, pudo salir perfecta y realizada la genial obra del Derecho Romano, pues siendo notoria la complejidad de todo fenómeno histórico —como destacaba GROSSO (120)— no podemos admitir ni rígidos esquemas, ni doctrinas inflexibles y unilaterales, ni proyecto alguno de resolución “more geometrico” (124) ya que se revelarían totalmente inadecuados en el logro de una solución lógica y segura.

Creemos nosotros que el Derecho justiniano, que el espíritu del Derecho justiniano, es distinto al Derecho anterior, y no sólo en la forma sino también en la substancia. Lo hemos entrevisto ya en el rápido bosquejo histórico presentado y se nos antoja una verdad inconcusa, no obstante la tesis contraria de RICCOBONO. Ha habido, en una palabra, un evidente “tránsito a un ambiente y a una mentalidad bien diversas de las originarias” (125). Esta ha sido, es cierto, la vida del Derecho Romano y así, en este pasar los siglos, se fueron acrisolando sus virtudes, mientras se robustecía más y más su valor.

NOTAS

- (80) Hist. 4.4.4.-Cfr. las páginas brillantes y sugestivas de J. IGLESIAS: “Visión titoliviana de la Historia de Roma”. A. H. D. E. XVI año 1946, pág. 625, ss.
- (81) JORS-KUNKEL: “Derecho Privado Romano”. Trad. esp. Barcelona, 1937, pág. 1.
- (82) Ello es para nosotros, modernos, de una evidencia suma. En el mundo clásico falta, por el contrario, una concepción del *proceso histórico*: no existe percepción de lo *histórico*. ¿A qué se debe esta carencia? A su peculiar interpretación del mundo. La filosofía platónica y aristotélica estaban obsesionadas por el objeto hasta el punto de identificar el mundo de los objetos con lo absoluto. Esta interpretación objetivista conduce a dos principios íntimamente enlazados: de una parte a la imposibilidad de considerar la realidad como dinamismo, es decir, a una concepción estática del Cosmos acabado y perfecto; de otra, a una visión artística de ese mismo Cosmos estable, caracterizado por su armonía. Tal vez la única objeción que a lo primero pudiera dirigirse sería la existencia del “panta rei” de HERACLITO, pero este fluir no pasa de ser un círculo cerrado, sin objetivo, un camino hacia arriba y hacia abajo. (Vid. SPENGLER: “La decadencia de Occidente” - 4 vols. - Madrid, 1923-27. Vol. II, pág. 190). Los dos principios desembocan de modo fatal en una ideología improductiva históricamente, y que consiste en estimar que el *proceso histórico* no tiene comienzo ni fin, que todo *proceso histórico* es un enorme círculo vicioso en que los hechos se repiten. Vid. BERDIAEFF: “El sentido de la Historia. Ensayo filosófico sobre los destinos de la Humanidad”. Barcelona, 1943, págs. 36-38.
- (83) “Prinzipien des Römischen Rechts”. Munich, 1934, pág. 4.
- (84) Cfr. BONFANTE: “Istituzioni di Diritto Romano”. Turín 1946, págs. 10 ss. - ALBERTARIO: “Introduzione storica allo studio del Diritto romano giustiniano”, Milán, 1935, págs. 2 ss. - LUZZATO: “Epigrafia giuridica greca e romana”. Milán, 1942, págs. 20 ss. - U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. págs. 132 ss.; 211 ss.
- (85) Vid. sobre esta conveniencia. BONFANTE: “Historia del Derecho Romano”. Trad. esp. de SANTA CRUZ TELJEIRO, Madrid, 1944, I, pág. 10 ss.
- (86) BONFANTE señala la crisis —paso del Estado agrícola a Sociedad mercantil— que separa este período del siguiente en los años 200 a 141 a. C. La doctrina que atiende a momentos cronológicos fijos lo sitúa en torno a estas fechas, precisamente. Así, ARANGIO RUIZ: “Istituzioni di Diritto Romano”. Nápoles, 1934, pág. 2, en el 150. - DI MARZO: “Istituzioni di Diritto Romano”, 5ª edic. Milán, 1946, pág. 4, en el 200. - CORNIL, por el contrario, —“Ancient Droit Romain”, 1930, pág. 10 ss.— la lleva al 350 a. C.
- (87) Vid. BONFANTE: “La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato”. Scritti giuridici, IV, págs. 28 ss.
- (88) DE FRANCISCI: “Storia del Diritto Romano” cit. I, págs. 106 ss., con abundantes referencias bibliográficas.
- (89) Sobre las “leges regiae” y el “ius papirianum”, vid. RICCOBONO: “Fontes

- iuris romani antejustiniani". Florencia, 1941, págs. 5 ss. - LONGO: "Storia..." cit. págs. 46-49 - PAIS: "Storia..." cit. pág. 63, y los Manuales más conocidos.
- (90) Vid. VOLTERRA: "Diritto romano e diritti orientali". Bolonia, 1937, págs. 173 ss. con abundante bibliografía.
- (91) Sobre la fecha final de este período no dejan tampoco de plantearse problemas. BONFANTE establece la crisis entre los años 235 a 306, y la generalidad de la doctrina, en efecto, se inclina hacia una u otra fecha. ALBERTARIO, ALVAREZ, GIRARD, MITTEIS, BETTI, etc., se inclinan hacia los finales del siglo III. LUZZATTO, DI MARZO, etc., señalan el 235.
- (92) "Horizonte..." cit. pág. 242.
- (93) LONGO: "Istituzioni..." cit. pág. 13.
- (94) CHIAZZESE: "Introduzione allo studio del Diritto Romano Privato", cit. pág. 98.
- (95) Vid. sobre la jurisprudencia republicana, sobre todo, ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. págs. 148 ss. - LONGO-SCHERILLO: "Storia..." cit. págs. 198 ss. - DE FRANCISCI: "Storia..." cit. II, 1, págs. 186 ss. Sobre la clásica: ARANGIO RUIZ: ob. cit. págs. 326 ss. - DE FRANCISCI: ob. cit. págs. 343 ss. - LONGO-SCHERILLO: op. cit. pág. 283. - CHIAZZESE: "Introduzione..." cit. pág. 165.
- (96) Vid. sobre estos Cód. en especial SCHERILLO en Studi Ratti, pág. 249 y en Studi Albertoni I, 515 ss.
- (97) ALBERTARIO: "Introduzione storica..." cit. pág. 7, núm. 7.
- (98) MITTEIS: "Reichsrecht und Volksrecht". Leipzig, 1891, págs. 1 ss.
- (99) Vid.: "Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde", I, Berlín, 1880.
- (100) "Historia..." cit. págs. 397-398.
- (101) Como escribe GARCIA GALLO: "En tiempos de Augusto, a los dos siglos de romanización, tres cuartas partes de las ciudades de Andalucía seguían viviendo totalmente conformes a su Derecho indígena, y de la otra cuarta parte más de la mitad, que son latinos, sólo aplican el Derecho Romano en ciertos casos. En el resto de la Península la proporción es aún mayor, pues viven según su antiguo Derecho más de cuatro quintas partes de los pueblos. De estas ciudades, todas aquellas que manteniéndose independientes han hecho tratados con Roma (federadas) y las que se han sometido voluntariamente y la han ayudado (libres) conservan su plena autonomía administrativa y su Derecho, sin que las autoridades romanas puedan alterarlo. Esta situación es casi excepcional. Bajo Augusto, en España hay sólo cuatro ciudades federadas y unas seis libres. El resto de las ciudades, sometidas por las armas (estipendiarias o provinciales) conservan también su Derecho, pero pudiendo ser modificado libremente por Roma". ("Historia del Derecho español") I. Madrid, 1943, págs. 142-143.
- (102) "Historia..." cit. pág. 143.
- (103) "Historia del Derecho Romano", cit. pág. 408.
- (104) SCHONBAUER, en Z. S. S. 51, pág. 286, ss.; 57 ss., y 309 ss., y en otros varios artículos publicados en el Archiv für Papyrusforsch, 13, 1939, pág. 177 (citado por Arangio: op. cit. 411. núm. 1) se opone a la doctrina de MIT-

- TEIS y ARANGIO, en el sentido expuesto por tales autores. Vid. la réplica del segundo en la nota citada: "Tras un período brevísimo en el que el Derecho Romano no fue aplicado por los provinciales, desde Alejandro Severo todos los documentos intentan adaptar las intenciones de las partes a las normas legales romanas y, sin embargo, la aplicación del Derecho imperial resulta casi siempre falseada, haciendo pasar bajo la nueva bandera la antigua mercancia. Es completamente arbitraria la opinión de que la idea de imponer la observancia del Derecho Romano imperial en las Provincias surgiera, por vez primera, con Diocleciano".
- (105) ALVAREZ, U.: "Los Derechos provinciales romanos y el problema del Derecho foral español". Anuario de Derecho Civil, I, Madrid, 1948, pág. 1337.
- (106) Vid. TAUBENSCHLAG: "Le Droit local dans les Constitutions prédioclétiennes". Mém. Cornill II, 1926, pág. 497 ss. - DE FRANCISCI: "L'azioni degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del Diritto Romano". Arch. Giur. 1925, págs. 157 ss. - E. LEVY: "Westen und östen in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts". Z. S. S. 49 (1929), págs. 230 ss. - ROBERTI: "Svolgimento storico del Diritto privato in Italia". Milán, 1928, págs. 5-6. - ESMEIN: "Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire". Rev. Gén. du Droit, París, 1885, págs. 301-303. - TAUBENSCHLAG: "Geschichte der Rezeption der römischen Privatrecht in Aegypten". Studi Bonfante I, Milán 1930. - LEVY: "Zum Wessen des weströmischen Vulgarrechts". Atti Congr. Int. Dir. Rom. Roma, II, págs. 27 ss.
- (107) Vid. "Zur Rechtsgeschichte..." cit. I, págs. 113 y 119.
- (108) "Reichsrecht und Volksrecht", cit. págs. 3-5.
- (109) "Avviamento allo studio della Storia del Diritto italiano". Padua, 1926, págs. 32-40.
- (110) "Cristianesimo e collezioni giustinianee", cit. pág. 36.
- (111) GARCIA GALLO: "Historia..." cit. pág. 147.
- (112) Tales períodos que establecimos no cuentan con la unánime aceptación de los romanistas. - VON MAYR ("Historia del Derecho Romano", cit. I, págs. 17 ss.) determina los períodos siguientes: a) Derecho nacional, que termina con la instauración de la Pretura; b) Derecho honorario y de gentes, hasta Adriano; c) Derecho Imperial y Derechos nacionales, de Adriano a Diocleciano; d) Orientalización del Derecho Romano: de Diocleciano a Justiniano. - D'ORS ("Presupuestos..." cit. pág. 57 ss.) utiliza un criterio procesal: a) hasta el 367 a. C. b) Desde esta fecha hasta la publicación de la "Lex Aebutia". c) Generalización de la "Extraordinaria cognitio" (s. III); y d) Procedimiento por libelo. - BIONDO BIONDI: "Istituzioni di Diritto Romano", Milán, 1946, pág. 5-6, coincide en las últimas etapas con la generalidad, pero señala como primeras: a) Derecho quirritario, hasta las XII Tablas; b) Derecho republicano, hasta el fin de la República. - Otros autores dividen la Historia del Derecho Romano en dos períodos: a) el romano (hasta el 250) y b) el romano-helénico, a partir de esta fecha; así PEROZZI: "Istituzioni di Diritto Romano", cit. I, pág. 38 y LONGO-SCHERILLO: "Storia..." cit. pág. 2.
- (113) Vid. un resumen de la posición de RICCOBONO en BAVIERA: "Studi Riccobono", págs. 75, ss.

- (114) Prefacio de RICCOBONO en *Annali Palermo XII*, 1929, págs. 641 ss.
- (115) Aunque con directos reflejos en toda su obra, la crítica más enérgica la desarrolla ALBERTARIO en "La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico". *Studi*, II, pág. 705 ss., donde —tras numerosas referencias textuales de la tesis de RICCOBONO— señala su contradicción con las anteriormente mantenidas por el propio autor.
- (116) Cfr. ALBERTARIO: "Introduzione storica..." cit. pág. 86 ss.
- (117) Cfr. ALBERTARIO: "Introduzione..." cit. pág. 127 ss.
- (118) Cfr. ALBERTARIO: "Studi..." V, pág. 94 ss.
- (119) Vid. RICCOBONO: "Fassi e fattori..." cit. pág. 265.
- (120) Vid. sobre todo: "Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinian". *Mél. Huvelin*, París, 1912, pág. 84 ss.
- (121) Partidario de la tesis de RICCOBONO, vid. en CHIAZZESE: "Nuovi orientamenti..." cit. *Arch. Giur.* 103 págs. 87 ss. y 165 ss., una oposición a las doctrinas de COLLINET, con amplia bibliografía.
- (122) Cfr. LUZZATTO: "Epigrafia giuridica..." cit. pág. 27. - GROSSO: "Premesse generali..." cit. pág. 22.
- (123) "Premesse generali..." cit. pág. 23.
- (124) Así, por ejemplo, es rechazable la tesis de ARNO, que explica la evolución por dos corrientes jurisprudenciales únicas y opuestas (Cfr. GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 24, núm. 1) y la de BIONDO BIONDI ("Prospettive..." cit. pág. 66 ss.) que distingue distintas estratificaciones históricas en el "ius" a todo lo largo del Derecho Romano clásico, incomunicadas y coexistentes a la par.
- (125) Así GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 26.

II

DESVIACIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO ROMANO

A) "Antike Rechtsgeschichte".

B "Aktualisierung del Derecho Romano".

A) "ANTIKE RECHTSGESCHICHTE"

Al plantearnos el problema de la extensión espacial atribuible a los estudios del Derecho Romano, inmediatamente surge a nuestra consideración el lema decidido que sobre el particular propugna la llamada Nueva Escuela Histórica por boca de su fundador, LEOPOLDO WENGER.

En el discurso fundamental de la misma, pronunciado en Viena el 26 de octubre de 1904 (126), el autor citado propugna una "Antike Rechtsgeschichte", una "Historia de los Derechos Antiguos", de la que formaría parte integrante el mismo Derecho de Roma, junto con los otros sistemas jurídicos de la Antigüedad: griego, fenicio, judaico, egipcio, caldeo, asirio y demás derechos orientales. Este, y no otro —viene a sostener WENGER (127)— es el nuevo derrotero que en la actualidad se abre a la ciencia romanística que ve, de esta manera, ensanchado ampliamente su horizonte, a causa de esta conexión establecida entre el Derecho Romano y los otros Derechos de los pueblos antiguos.

Una vez que las geniales investigaciones de MITTEIS (128) prueban exactamente los profundos contactos jurídicos greco-romanos, a la par que destacan de forma indiscutible las conexiones esenciales del Derecho de Roma con la historia cultural del Oriente; una vez que los descubrimientos papirológicos egipcios nos ponen de manifiesto los principios jurídicos romanos actuando en plena vida provincial (con lo que se nos abren dócilmente zonas enormes de investigación) el terreno estaba para WENGER más que suficientemente abonado.

Mas no por ello debe encuadrarse a MITTEIS —no obstante sus notorios anticipos— en esta Nueva Escuela Histórica del Derecho que en WENGER, como decimos, halla su indiscutible aliento fundacional. Conocida es la sistemática oposición de MITTEIS a las doctrinas wengerianas: "La Historia universal del Derecho antiguo es una idea tan errónea como la de un sistema general estelar" —dice (129)— cuando llega el momento de enfrentarse y de repudiar la concepción amplísima de WENGER, que en realidad no puede quedar reducida sino a ser mera parte del Derecho comparado, y nada más.

No deja de reconocer WENGER esta finalidad comparativa entre los diversos derechos apuntados, como algo incuestionablemente esencial, ni de creer tampoco que es posible encontrar —como defendía DEL VECCHIO (130)— unos principios jurídicos unitarios, unas a modo de

leyes generales que presidieran el desenvolvimiento de los mismos. Más tarde, cuando llega el momento de perfilar su doctrina (131) como lo hace en un escrito posterior (132), no podemos dejar de pensar —según había ya observado CHIAZZESSE (133)— que restringe en mucho su horizonte primitivamente propuesto.

En realidad no significa otra cosa la identificación de los problemas de la “Antike Rechtsgeschichte” con la determinación del origen histórico de todos aquellos componentes que integraron el Derecho Romano imperial. En uno de sus últimos escritos, a mayor abundamiento, concibe este último derecho, junto con el helenismo, como las sólidas piedras angulares de su construcción y su sistema (134).

¿Cuál es el juicio que debe merecernos la doctrina wengeriana?

No pretendemos —ni está tampoco a nuestro alcance— hacer una crítica total y completa, decir la última palabra en una cuestión como ésta que, según reconocía DE ZULUETA (135), exige en el crítico tan profundos y sólidos conocimientos. Intentamos solamente destacar los puntos flojos de la construcción wengeriana, sin que para ello nos importen aquellas palabras de CHIAZZESSE (136) —tan notoriamente exageradas— que transcribimos a continuación: “quien no tenga ni la autoridad ni la competencia de MITTEIS —dice— aunque pueda mostrarse escéptico ante la realización práctica de una “Antike Rechtsgeschichte”, jamás podrá considerarse autorizado para oponer a las investigaciones barreras insuperables”.

Sólo con exponer, decimos, los fallos fundamentales del sistema, sin intentar tan siquiera crítica de detalles —que nos llevaría muy lejos— sino valoración de conjunto, sólo con resolver este objetivo propuesto, creemos cumplir sobradamente con nuestra obligación de estudio del Derecho Romano.

Pues bien, ¿cuál es la primera dificultad, el primer fallo de la doctrina, al pretender la construcción sistemática de una “Historia de los Derechos Antiguos”?

Indiscutiblemente, la carencia de fuentes legales o la insuficiencia de las mismas (137). Ocurre esto con el derecho griego y todavía en mayor escala con los derechos orientales. En efecto: el derecho helénico, en su etapa que pudiéramos señalar más primitiva, ha de basarse en testimonios tan poco seguros como son las fábulas y narraciones mitológicas o en las obscuras etimologías de los términos. Incluso en una fase posterior, los restos siempre fragmentarios de sus fuentes no pueden sacarnos con la debida claridad de las dudas y problemas que el estudio del mismo sugiere. Respecto a los demás derechos orientales,

ni qué decir tiene que nos plantean dificultades todavía mayores, habida cuenta que —por su antigüedad más remota— las fuentes escasean aún mucho más sensiblemente y cuando existen pertenecen a sistemas aislados entre sí (138).

Si a esta falta de datos unimos un fundamental defecto metodológico, cual es el dar por sentada una línea evidente de unión entre los diversos ordenamientos, vamos a comprender en seguida el fallo radical del sistema wengeriano, que en primer término reduce sus aspiraciones constructivas unitarias tan sólo al Derecho público, mientras que las niega en el campo del Derecho privado (139).

Presentes estos razonamientos, y habida cuenta también de la innegable unidad jurídica romana, la diversidad griega (140) y el desconocimiento esencial del pensamiento jurídico del Oriente en esta fase antigua de la Historia ¿no va a antojársenos arriesgada, y un tanto fantástica, la postura de WENGER? ¿Vamos a hacer de la “Antike Rechtsgeschichte” capítulo previo y necesario para el estudio del Derecho Romano? Bueno está que la situemos —como KÜBLER pretendía (141)— en el campo abierto de la Historia de la Cultura, pero nunca en el concreto sector romanístico.

“La construcción de una historia global de todos los derechos de la Antigüedad —escribe ALVARO D’ORS (142)— no sólo es irrealizable, sino en sumo grado contraproducente para el normal desarrollo de nuestros estudios y mucho más todavía para la utilidad de la enseñanza del Derecho Romano”.

En último término (no hay opción posible alguna) o la “Antike Rechtsgeschichte” será sólo una parte del Derecho comparado, o no será nada en absoluto (143). No es que la aportación de WENGER en este sentido sea del todo infructuosa, ni mucho menos. Gran parte de sus postulados pueden servirnos para conocer a fondo el Derecho Romano. Piénsese, por ejemplo, el interés que presenta el estudio de los derechos locales —antes y después de sus contactos con el romano— para aclarar los puntos oscuros del Derecho imperial.

Estamos completamente de acuerdo con LUZZATTO (144): quizás sea éste el único sentido en que pueda aceptarse el concepto de la “Antike Rechtsgeschichte”, pero nunca como “un antiguo derecho común del mundo mediterráneo o de parte de él ... que no ha existido nunca jamás”.

B) "AKTUALISIERUNG DEL DERECHO ROMANO"

Si la doctrina de WENGER, al sumergir el Derecho Romano en los mares sin fondo de la "Antike Rechtsgeschichte", nos dejaba un deformado concepto del Derecho Romano, también en otro sentido la tesis de KOSCHAKER es sospechosa de haber desviado el concepto genuino del mismo, pretendiendo su actualización.

Como ya había observado CARRELLI (145), admitida la tesis wengeriana queda reducido el Derecho Romano a una mera introducción histórica al moderno Derecho comparado, en que había de prescindirse, por falta de actualidad, de partes tan influyentes sobre la textura de aquel sistema como son los Derechos público, procesal y penal. Si, por el contrario, procede la doctrina de KOSCHAKER (esto no sería, al fin y al cabo, sino una transacción vergonzosa con la doctrina mercantilista hoy imperante, dice CARRELLI) iba a quedar reducido el Derecho Romano a un mero apéndice del Derecho actual, tal vez como dolorosa consecuencia del debilitamiento general presente de lo que ha dado en llamarse la "Europäisches Kulturgenfühl".

Una salvedad es necesario hacer antes de que exponamos sumariamente la doctrina de KOSCHAKER. Cuando este autor denuncia la crisis por que atreviesa el Derecho Romano (146) y propugna el feliz retorno a SAVIGNY, el "Zürück zu Savigny", no por eso reniega de la orientación histórico-jurídica que debe presidir los estudios del Derecho Romano. Denuncia la crisis —son sus palabras— "para salvar el valor del Derecho de Roma... mas no para combatir los estudios históricos del Derecho, de los cuales tenemos más necesidad que nadie" (147).

Lo único aconsejable en la investigación y el estudio del Derecho Romano es, para KOSCHAKER, el "Aktualisierung" de este Derecho; el concebirlo como aclaración y complemento de las legislaciones positivas en curso legal de vigencia.

Doctrina ésta de KOSCHAKER indiscutiblemente exagerada; autores hay que incluso se confiesan partidarios de la misma (148), aunque sin que dejen recordar al sabio Maestro alemán que nunca debe pensarse en modo alguno en dejar limitados los estudios del Derecho Romano a las partes que hayan sobrevivido en el actual (149).

Ese retorno a Savigny, esa forzada búsqueda de un concepto histórico y práctico a la vez de nuestra disciplina, no puede prosperar —a nuestro modo de ver— del modo optimista que KOSCHAKER pretendiera, ya que implicando constitutivamente para ello la unión de dos

vías del conocer opuestas entre sí, o al menos divergentes, bien pronto íbamos a observar que la pretendida armonía no era sino un imposible, al inclinarse la balanza hacia el platillo más pesado: el práctico.

Si los mismos glosadores fracasaron en un semejante intento, si la misma escuela de SAVIGNY —tan añorada por KOSCHAKER— llegó a un lamentable olvido de las fuentes, en aras de unas construcciones dogmáticas, muchas veces mal avenidas —como se vio después— con el auténtico sentir de los textos, ni que decir tiene la desconfianza esencial con que debemos mirar esta doctrina propugnadora del "Aktualisierung" del Derecho Romano, que incluso en nuestros días la prolonga también WENGER (150).

Aparte de que si el interés del Derecho de Roma radica con exclusividad en el derecho vigente, los puntos concretos de "actualización" debían señalarlos —como lógicamente se comprende— los civilistas. Mal pueden conocer las lagunas de una ciencia quien no sea especialista de la misma. Por eso los problemas que insolubles o confusos se encontrarán en el Derecho civil, necesitando ser resueltos o aclarados en el romano, nunca podrían resolverse por el investigador de un Derecho que precedió al civil en el pasado, máximamente si —con el nuestro— ha sido transmitido a través de una incesante reelaboración doctrinal, compleja y complicada en exceso.

Si dejamos, en una palabra, que civilistas estudien nuestra disciplina, ¿qué va a ser de la autonomía de nuestra ciencia, qué de su vieja prestancia y de su valor innegable de siglos? Las corrientes practicistas y utilitarias de la época; el espíritu positivista que anima a bastantes investigadores del Derecho civil, ¿no iban a conducirnos a un lamentable olvido de este Derecho Romano, que perdería ya su utilidad al negársele eficiencia práctica? Indiscutiblemente que sí.

Si nosotros, en última instancia, pretendemos que el valor de un Derecho pasado —tal el romano— estriba únicamente en su "actualización", es como si afirmáramos que el valor de la lengua latina, el otro gran legado de Roma, se debe únicamente, no a sus excelencias tan probadas y a su enorme valor filológico, sino al haber sido madre de idiomas que hoy se hablan en toda la redondez de la tierra.

Sería invertir los términos y valorar lo clásico por lo moderno. ¿Y no es esto, por desgracia, la negación formal del clasicismo, el ataque más fundamental contra el espíritu clásico?

Hay que reducir el concepto del Derecho Romano a límites más justos y exactos. Hay que huir, desde luego, de las desorbitaciones comparativas, conforme llevamos dicho, y se hace necesario también afirmar

el carácter principal de nuestra Ciencia, de la Ciencia romanística, que no puede nunca quedar reducida a un medio auxiliar en el conocimiento del Derecho vigente.

“Ante todas estas tentativas de desorbitación —escribía D’ORS (151)— el romanista debe afirmar el magnífico aislamiento del objeto que estudia; no en el sentido de negar sistemáticamente su atención a la consideración de fenómenos jurídicos que pueden haber influido, sino en el de no olvidar nunca que se trata de simples influencias, cuando no de paralelismos puramente casuales, que pueden servir para ilustrar las instituciones romanas, no para anegarlas en el mar caótico de los “Derechos de la Antigüedad”.

El investigador del Derecho Romano, en una palabra, ha de huir de todas estas posiciones extremas —pensemos también en las desviaciones hipercriticistas, en otra parte analizadas— y ha de ser historiador y jurista a la par.

Como en otra parte de nuestra Memoria consideramos, sólo persiguiendo una directriz histórico-jurídica —afortunadamente cada día se insinúa más en la doctrina— (152) vamos a lograr un concepto aceptable y ponderado del Derecho de Roma.

NOTAS

- (126) WENGER: “Römische und Antike Rechtsgeschichte”. Gratz, 1905.
- (127) “Römische und Antike Rechtsgesch”, cit. pág. 19 ss.
- (128) “Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Rechtsentwicklung”. Leipzig, 1891.
- (129) Conferencia pronunciada el 3 de junio de 1917 en la Wiener Verein der Freunde des humanistischen Gymnasium, bajo el título de “Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium”, pág. 10. - Cit. por U. Alvarez: “Horizonte...” cit. pág. 248.
- (130) “Sull’idea di una scienza del Diritto universale comparato”. Turín, 1909. Cit. por U. Alvarez: “Horizonte...” pág. 251.
- (131) Fundamentalmente contenida en el trabajo suyo anteriormente citado y en “Juristische Literaturübersich, I, en Archiv für Papyrusforschung”, IV-1928, pág. 113 ss. y “Der Heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft”, 1927, pág. 4 ss.
- (132) WENGER: Z. S. S. 49-1928, pág. 688 ss., donde resume —págs. 688 a 691— su Comunicación al Congreso Internacional de Oslo de 1928: “WESSEN und Ziele der antiken Rechtsgeschichte”. Studi Bonfante, II, pág. 465.
- (133) “Nuovi orientamenti nella storia del Diritto Romano”. Arch. Giur., 103, 1930, pág. 91, n. 6.
- (134) WENGER: Festschrift Koschaker, III, pág. 1 ss. Rec. de GROSSO: S. D. H. I, 1942, pág. 168.
- (135) “L’histoire du Droit de l’antiquité”. Mel. Fournier, París, 1929, pág. 788.
- (136) “Nuovi orientamenti...” cit. págs. 93-94.
- (137) Vid. MITTEIS: “Antike Rechtsgesch...” cit. en “Mitteilungen des Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasium” fascic. 18, pág. 11 ss., conferencia traducida y comentada por RICCOBONO en Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo 12 (1928), pág. 478 ss. Cfr. CHIAZZESSE: “Nuovi orientamenti...” cit. pág. 89 ss.; DE ZULUETA: “L’histoire du droit...” cit. pág. 794 ss.; RICCOBONO: “Fasi e fattori dell’evoluzione del Diritto Romano”. Mél. Cornil II, pág. 243 ss.
- (138) “E se tutte le prospettive concorrono ad escludere che una storia generale del diritto greco-romano possa mai aversi, speranze ancor più tenui è lecito nutrire su una storia che abbacci i diritti di tutti i popoli che appartengono in senso ampio al mondo antico: Assiri, Babilonesi, Iudiani, Ebrei, Egiziani, Greci, Romani. La scarsezza delle fonti, che renderà sempre lacunosissima la conozcensa dei singoli diritti, qui si aggiunge alle “profonde differenze di raza e di cultura” que escludono, respecto a quei popoli, la possibilità di uno sviluppo omogeneo delle istituzioni giuridiche”. CHIAZZESSE, art. cit., pág. 90.
- (139) WENGER: Z. S. S. 49, 1928, cit. pág. 699. “Wessen und Ziele...” cit. pág. 477
- (140) Cfr. RICCOBONO: “Fasi e fattori...” cit. pág. 243 ss. La variación del pensamiento de MITTEIS sobre el particular, en BAVIERA: “Sudi Ricco-

- bono" I, pág. 85, n. 48. Vid. además CHIAZZESSE: "Nuovi orientamenti..." cit. pág. 90 n. 2.
- (141) Z. S. S. 48 (1928), págs. 660-661.
- (142) "Presupuestos críticos..." cit. págs. 27-28.
- (143) MITTEIS: "Antike Rechtsgesch. und römische Rechtsstud", cit. pág. 10.
- (144) "Epigrafia giuridica greca e romana". Milán, 1942, pág. 42.
- (145) "A proposito di crise del Diritto Romano". S. D. H. I, 1943, págs. 5 y 6.
- (146) "Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft", Berlín, 1938.
- (147) KOSCHAKER: "L'alienazione della cosa legata". Conf. Rom. a ric. di G. CASTELLI. Pavía, 1940, pág. 162.
- (148) Así VON SCHWERING en la crítica a Koschaker: Deutsche Rechtswissenschaft, 1939, vol. IV. Cit. por CABRAL DE MONCADA: "A actual crise do romanismo na Europa". Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, XVI (1939-1940), pág. 556, n. 1.
- (149) VON SCHWERING en Deutsche Rechtswissenschaft, 1940, pág. 120, n. 20. Cit. GROSSO: S. D. H. I, 1942, pág. 167, quien, ante ello, comenta: "Con la aceptación de esta constatación se colma en gran parte, respecto al programa práctico de la enunciación programática sobre la enseñanza del Derecho Romano, algunas razones de reserva y disensión que habíamos enunciado".
- (150) Vid. Sobre todo "Römisches Recht als Grundlage des juristischen Studiums" en Akademische Rundschau, 10 (1946), 3. - "Römisches Recht als Weltrecht", en Oestereichischen Zeitschrift für öffentliches Recht, 1 (1946), 241. - "Natrecht und römisches Recht", en Wissenschaft und Weltbild, 1 (1948), 148, cit. por D'ORS: "Panorama de los estudios de Derecho Romano después de la guerra". Arbor, 52 (1950), pág. 525, n. 17.
- (151) "Presupuestos críticos..." cit. pág. 32-33.
- (152) Vid. RICCOBONO: "Il Diritto Romano in America". Bullet. Ist. Dir. Rom. 45 (1938), 339 ss. al diagnosticar la unanimidad doctrinal en esta tendencia, que puede también ser calibrada de constructiva. La mayor parte de los autores y trabajos de los Festschrift Koschaker siguen esta trayectoria. - Cfr. GROSSO: S. D.H.T. 1942, pág. 183 y 1946, pág. 199 ss. en una recensión de SCHULZ. Mostrándose contrario a esta dirección constructiva, vid. D'ORS: "Posibilidades de investigación en el Derecho Romano". Arbor, VIII, pág. 54, n. 1.

III

INFLUENCIAS PRIMORDIALES QUE OPERAN SOBRE
EL DERECHO ROMANO

A) RELIGION Y DERECHO ROMANO

En el Colegio de los Pontífices, hermético y ritualista —cuya misión relevante es conocida: la de custodiar e interpretar las normas sagradas que ligán al hombre con la divinidad—, se encuentra el origen de la ciencia jurídica romana, como confirmando aquellas exactas palabras de IHERING de que el derecho, al aparecer por primera vez en la historia del mundo, siempre se encuentra en relación con otro poder que, imprimiéndole el sello de una consagración más augusta, le arranca de las vicisitudes de los intereses y de la oportunidad, de la crítica de la razón y del arbitrio de la fuerza desnuda. Este poder es la religión (153).

DE FRANCISCI (154) observa “che la prima cristallizzazione del sentimento giuridico si attua mediante norme religiose”. Y en efecto, todo el Derecho Romano primitivo se halla impregnado de un fuerte sentido religioso (155).

Responde ello, al decir de URSICINO ALVAREZ (156), a un fenómeno universal en cuya virtud las religiones de todos los pueblos —al menos en los primeros siglos de su vida— aparecen íntimamente ligadas a su derecho, y en especial en los pueblos indogermánicos, donde existe la creencia de una ordenación de origen divino, en la que todavía no se hallaban separadas las prohibiciones consuetudinario-religiosas de las propiamente jurídicas.

FUSTEL DE COULANGES, en una conocidísima obra (157), ha tratado de probar —quizás un tanto unilateralmente— que la religión primitiva ha constituido la familia griega y la romana y de ella también han procedido todas las instituciones y todo el derecho privado de los antiguos.

No es esta la ocasión adecuada para someter a crítica la teoría de FUSTEL, ni para apuntar las doctrinas posteriores que —en oposición a sus principios— tratan de encontrar otro origen a la familia romana.

Sea de ello lo que fuere, lo que no puede desconocerse en cambio es el aserto inicialmente señalado: el influjo de la religión romana sobre el derecho (158), en esta primera y más remota etapa de su historia (159), y ello tanto en el campo del derecho público como en la esfera propia de derecho privado, siquiera aquí —aparte del derecho de familia— sean menos perceptibles sus influencias (160).

El formulismo que inspiraba el derecho procesal, principalmente

en la *perquisitio lance licioque*, en el procedimiento de la *legis actio per manus iniectioem* y en el de la *legis actio per sacramentum* (161) se basa al decir de Jörs-KUNKEL (162) en creencias ligadas ancestralmente a la magia religiosa. "Igual que la oración y los sacrificios, cada expresión y su correspondiente réplica solemne en el comercio jurídico —continúa— sólo puede tener eficacia si las partes pronunciaban las palabras adecuadas y ejecutaban los actos correspondientes".

El hecho de que el rey fuera considerado como supremo sacerdote y que los distintos Colegios religiosos desempeñaran papeles tan destacados en la vida civil y política romana; el hecho de que *auspicium* e *imperium* estuvieran tan íntimamente conectados y de que los principios incipientes que entonces regían las relaciones internacionales fueran formulados y puestos en marcha por los *feciales*; la razón de concebirse al delito público (*crimina*) "comme lésant les intérêts de la cité quil affaiblit ou sur laquele il attire la colère des dieux" (163); el hecho mismo de que generalmente acompañe a la pena una "consecratio capitis et honorum", de que en el procedimiento se señalen días *fasti* y días *nefasti*, etc., son argumentos más que convincentes de la notoria influencia de la religión en esta esfera pública del Derecho.

Instituciones distintas del Derecho privado acusan también la impronta destacada de la religión romana primitiva. Más acusada en el Derecho de familia y en el sucesorio (*confarreatio*, *adrogatio*; *hospitium testamentum in calatis comitiis*) no por eso deja de percibirse también en el propio derecho de personas (164); e incluso en el ámbito de los derechos reales; *limitatio*, *lustratio* anual del campo, etc. (165).

En el de obligaciones también es patente la huella; así en la *sponsio* y en la importancia que se atribuye a la *fides*.

Por otra parte si esta confusión entre derecho, moral y religión —que IHERING (166) reputaba tan íntima para los pueblos orientales— ha de ser también atribuída al pueblo romano en esta fase lejana de su historia, no es menos cierto, por otra parte, que "al lado de los mandatos y de las relaciones del derecho y de la moral que se les aparecen con el brillo de las disposiciones e instituciones divinas, admite otras muchas disposiciones cuyo origen y carácter puramente humanos le son bien conocidos".

Veremos, luego, cuál era la caracterización romana del *fas* y del *ius*; cuáles sus conceptos y relaciones recíprocas.

Ello no es sino abordar directamente el problema —considerado bajo nueva perspectiva— de las relaciones mutuas entre lo religioso, lo ético y lo jurídico. Ello supone considerar el proceso de independización

progresiva entre tales órdenes reguladores de la conducta humana, y el perseguir, en fin, una noción auténtica y exacta de unos principios abstractos determinados que, jugando en el marco de lo jurídico, no pueden —sin perder su original fisonomía— desprenderse de ese profundo sentido ético que los caracteriza.

B) FILOSOFIA Y DERECHO ROMANO

La influencia de la Filosofía —nos referimos a la Filosofía helénica— sobre los juristas de Roma, es un hecho cultural de tan soberana importancia que el propio Derecho Romano, al contacto con esta levadura filosófica griega, va a enriquecerse en más de un sentido, científica y conceptualmente.

No interesa destacar ahora, detenidamente, este influjo cultural de Grecia sobre Roma, que encontramos ya en una tragedia de PACUVIO (150 a. C.), al reproducir la doctrina de ANAXAGORAS sobre la "paternidad" del cielo y la "maternidad" de la tierra.

Tan sólo hemos de indicar, con la brevedad requerida, que de todos los sistemas filosóficos griegos es el *estoicismo* el que de una manera más evidente y decidida influye en el ánimo de los juristas de la vieja Roma.

Cuando la "Untergang" —por emplear una palabra spengleriana— de la Hélade se consume fatalmente con su conquista por Roma, bien cierto es que tanto su servidumbre política como su decadencia aparecen mitigadas por el reconocimiento de su esplendor espiritual (167). Es claro. Estoicismo, epicureísmo, escepticismo, eclecticismo— sistemas filosóficos todos de prosapia brillante griega— pasan de este modo a Roma, donde conocen todavía momentos de triunfo.

Pero sobre todo es, como decimos, la filosofía estoica la que pesa más en la nueva situación cultural romana. Con MARCO TULIO CICERON, el típico intermediario del pensamiento griego, los principios de la doctrina estoica se aglutinan con influencias platónicas, pitagóricas y aristotélicas en síntesis efectivamente depuradas.

El estoicismo, distinguido perfectamente por los autores en las tres etapas de estocismo antiguo (ZENON, CLEANTES, CRISIPO); medio (PANECIO, POSIDONIO) y moderno (SENECA, MARCO AURELIO), se nos presenta como depuración sublimada de la escuela cínica (ANTISTENES, DIOGENES), y con un carácter acusadamente moral: predica la identidad plena de la virtud y la sabiduría, a la par que la confianza en sí mismo (*autarkeia*), y sostiene que la primera consiste

en la felicidad, la cual se alcanza viviendo fielmente de acuerdo con la naturaleza, en una liberación plena de afectos y apetencias volitivas (ataraxia). El estoico cree además en la existencia de un espíritu universal (pneumos o anima mundi), que penetra en todas las cosas y las gobierna, a la vez que defiende la común naturaleza de todos los hombres (de aquí la condenación de la esclavitud), y una especie de cosmopolitismo universal, fundado en la unidad del género humano. La sociedad se funda en la propia naturaleza del hombre y por encima de la ley positiva existe la ley natural ("quod omnibus, lata est", al decir de SENECA), definida por CICERON precisamente como una "ratio summa insita in natura".

¿Ha sido unánimemente valorada esta influencia filosófica griega sobre los juristas de Roma?

A nuestro entender se ha exagerado bastante. Ni es posible aceptar de un modo pleno la tesis de PEROZZI, al no valorar en lo debido el esfuerzo abstracto y conceptual de la jurisprudencia clásica romana, ni tampoco la doctrina de SOKOLOWSKI puede convencernos de la posición contraria: esto es, de la constante influencia de la filosofía griega sobre el eterno Derecho de Roma.

En realidad, todas las tesis impugnadoras de esta influencia —de difusión enorme, y que aún en el estado actual de la ciencia romanística parecen dominar—, todas estas doctrinas negativas se apoyan en idénticas razones: el sentido casuístico, acusadamente práctico del sistema romano jurisprudencial. Es imposible superar, dicen, a los juristas romanos en el sagaz análisis de los casos particulares. Maestros del casuismo y del análisis agudo de los textos, a la par que de la intuición exacta de la cambiante realidad jurídica, siempre desplegada en tan polifacéticas desviaciones, cuando tratan de elevarse al mundo de las ideas fracasan lamentablemente. Así se comprende el proceder del jurisconsulto romano. Obra siempre incitado por casos y precedentes, y allí donde nosotros vemos apuntar una definición o teoría no hallamos, en realidad, ni pensamiento clásico, ni auténtico Derecho Romano: estamos sobre la pista de una interpolación (168).

Estimamos nosotros, y comprendemos sobradamente, este sentido práctico, casuístico de la jurisprudencia romana. En verdad que los grandes juristas de Roma no llegaron a escalar las altas cumbres de la especulación filosófica, ni teorizaron en sistema, ni brillaron ciertamente en otro distinto orden que el del mero derecho positivo, como diríamos hoy. Es ello cierto, indudablemente; pero no es toda la verdad. Y no es toda la verdad porque los juristas romanos no fueron de ninguna ma-

nera máquinas automáticas de dictar derecho o grandes geómetras tan sólo de lo jurídico, como sostuviera LEIBNITZ. Hijos de una cultura gloriosa por tantos títulos, todos recibieron esa formación humanística especial que era corriente en Roma, y todos por ello —quién más, quién menos— asimilaron los principios generales y los conceptos primarios de la filosofía helénica (169).

Hay juristas que estudiaron en Grecia; muchos otros son de origen oriental; incluso los occidentales tuvieron que sentir el peso de una tradición cultural que vivía —que pervivía, mejor dicho— de lo helénico. Y esto, necesariamente, hubo de dar sus frutos cuando la formación humana del profesional del derecho (sus ideas, sus conceptos previos), chocara con la piedra de toque de la realidad jurídica, humana y viva también.

Un autor italiano, LA PIRA (170), ha comprobado que la jurisprudencia romana, verdadera creadora de la ciencia jurídica, asimila, para aplicarlo al derecho, el método lógico de los griegos.

Muchos años antes, otro escritor destacado —SOKOLOWSKI (171)— se había presentado ya como el principal mantenedor de una abierta tendencia que cree en el influjo radical de la filosofía de los griegos sobre la jurisprudencia de los romanos. Los juristas de Roma —viene a sostener SOKOLOWSKI— no sintieron, como se pretende enseñar, esa repugnancia a la especulación filosófica, antes al contrario estaban plenamente familiarizados con los principios más abstractos y con las concepciones filosóficas especulativas.

Lo cierto es, y esto sí que no puede desvirtuarse, que los textos legales romanos —pensemos, por ejemplo, en el Digesto justiniano— presentan un carácter marcadamente práctico. Es ello natural si se considera la finalidad de los mismos, el espíritu de la época y la misma idiosincrasia romana. "El romano —escribe BAYLEY— era un hombre de acción y de negocios; podía pensar profundamente sobre la tarea inmediata; pero no se hacía cuestión del fin último ni de la naturaleza del mundo que lo rodeaba" (172). Como había comprendido nuestro MENENDEZ PELAYO (173) "nunca hubo para los latinos de raza otro arte y otra ciencia que el arte y la ciencia de la vida política, de la ley y del imperio ... Roma no ha escrito más poema que el poema jurídico, ni ha inventado más filosofía que la razón escrita de sus leyes".

Pero esto no quiere decir que no se diera la recepción helénica en las fuentes legales romanas. La hubo, y la hubo manifiestamente ostensible: la idea del "ius naturale" y la distinción entre el "ius scriptum" y el "ius non scriptum"; los conceptos de materia y de forma, de

cuerpos simples y compuestos; de cosas corporales e incorporeales según un criterio de tangibilidad; la noción de cualidad y de substancia y tal vez del "animus" y del "corpus" en materia de posesión, lo abonan así de forma categórica (174).

Ahora bien; que muchos de estos conceptos —los de más enjundia filosófica, precisamente— aparezcan aplicados al derecho es una cosa, y otra es ya que se utilicen en su más puro y auténtico rigor metafísico. Conceptos originarios filosóficos, los juristas de Roma los emplean sin que vislumbren siquiera el alcance dimensional que implican, como en la misma conversación ordinaria se usan términos preñados de sentido filosófico —tales los de energía, esencia, causa, etc.— pero de una forma que pudiéramos llamar mecánica e inconsciente.

Estas, y no otras, son las conclusiones a que llegábamos en nuestro trabajo "El error in substantia en el Derecho Romano", cuando tratábamos de explicar la oposición neta entre el sentido filosófico y el alcance jurídico del vocablo griego *ousía*, dentro de la teoría romana del error substancial. Por todo ello más bien creemos —con BONFANTE (175)— que las concepciones específicas de la filosofía helénica representan, en general, un elemento decorativo y de adorno más que la razón de decidir y que la motivación de las construcciones.

C) CRISTIANISMO Y DERECHO ROMANO

La influencia de la religión cristiana sobre el Derecho Romano ha sido de siempre tema tan sugestivo (176) —sobre todo después que TROPLONG en 1843 publica su obra fundamental (177)— que en la actualidad, salvo algunos intentos poco afortunados tendentes a reducir su eficacia, por obra de BAVIERA y de GIRARD sobre todo (178), se abre paso en la doctrina, y bien abiertamente por cierto, la opinión unánime de reconocer su influjo decidido en el desenvolvimiento especial del Derecho Romano postclásico.

Una abundante literatura jurídica es el testimonio irrecusable de la influencia, tan pródiga en consecuencias felices, según vamos a comprobar más tarde (179).

El amplio proceso de cristianización del Derecho va a realizarse por medios variadísimos y de muy distinta eficacia.

La predicación de la doctrina de Cristo en los primeros tiempos, vencedora de persecuciones sangrientas que en vano pretendían destruirla; los grandes valores divinos y humanos que adornaban la naci-

te religión, al infundir un espíritu nuevo de fe y de sacrificio en el ánimo de sus cada día más numerosos prosélitos, iban a determinar una especie de automática adaptación del Derecho vivido por los cristianos a aquellos preceptos religiosos superiores, de tan divina y soberana eficacia.

No queremos decir con ello que, oficial y políticamente, en una fase que pudiéramos denominar pre-constantiniana, el Cristianismo influyera sensiblemente en ese Derecho Romano clásico, inspirado —al menos como norma general— en principios opuestos a la doctrina de Cristo. Hablamos solamente de la práctica jurídica cristiana que, como fácilmente se desprende, si utiliza los moldes romanos no lo hace sin una adaptación libre y previa de los mismos a aquellos principios cardinales de su ética religiosa. Mejora así la condición del siervo; se dulcifica la patria potestad, y las mismas relaciones entre esposos toman otro diferenciado matiz, en consonancia con los principios paulinos. El adulterio y el concubinato se rechazan plenamente, porque así lo reclaman el espíritu y el sentido de la nueva religión, y todo el derecho en general de la familia comienza a impregnarse de un profundo y certero sentido cristiano.

Cuando en el año 313 Constantino el Grande dicta el famoso Edicto de Milán, se abre, indiscutiblemente, una fase nueva en la historia de las relaciones entre Iglesia y Estado romano. La mayor parte del "oikoumene", del orbe habitado, había abrazado ya la religión de Cristo, y de este modo Constantino no puede por menos de sancionar esta realidad notoria.

"Entre la Iglesia y el Estado —escribe ARANGIO RUIZ (180)— la paz quedaba establecida sobre nuevas y bien distintas bases. El principio "dar al César lo que es del César" dejó de ser entendido como negación del Estado y como oposición a las prestaciones personales o fiscales impuestas por éste a sus súbditos, para convertirse en el reconocimiento del deber de todo buen cristiano de ser al mismo tiempo un cabal ciudadano, que había de profesar en las jerarquías estatales la misma obediencia y reconocimiento que a las eclesiásticas". Y a continuación escribe: "Desde este momento el Imperio dejó de ser considerado como una creación del espíritu infernal y enemigo de la salvación de las almas, para estimarle cual aglutinante de la unidad del mundo cristiano, como institución creada por la Divina Providencia a fin de reunir a los hombres bajo una misma lengua y una sola tendencia civilizadora y prepararles así a recibir la Buena Nueva. En compensación, el Emperador no era respecto a la Iglesia un fiel como otro cualquiera,

sino su defensor y casi un apóstol (isapóstolos). De esta suerte seguía imperando la tradición según la cual el Príncipe y cuanto a él pertenecía, eran otras tantas instituciones sagradas”.

Estas son las consecuencias políticas, por así decirlo, derivadas del Edicto de Milán. No menores iban a ser las jurídicas en esta nueva fase que se entroniza, en esta nueva época del Derecho Romano que HOHENLOHE denominaba muy certeramente teológica (181).

Pudiendo actuar ya libremente los Obispos, ejercen, desde luego, una influencia amplísima no tan sólo en el campo judicial (182) sino también en otro sentido: como consejeros de los Emperadores, obteniendo de ellos reformas legislativas inspiradas en un puro sentido cristiano, y como rectores de los pueblos puestos con frecuencia al frente de las ciudades, consiguiendo con notoria eficacia la aplicación de sus principios (183).

Lejos de ser el Cristianismo una de las más efectivas ausas que contribuyeron, según la tesis mantenida por ZAKZZEWSKI (184), a la decadencia del espíritu creador del mismo mundo antiguo, fue por el contrario el formidable impulso ascensional que elevó la cultura y la civilización paganas a una mayor plenitud. Nadie debe desconocerlo y nadie puede ignorar tampoco que es el Cristianismo la única luz perdurable que desde entonces ilumina los pueblos y las culturas. El Derecho Romano, a su influencia, se modifica profundamente: el espíritu cristiano, a la par que ataca la armazón formalista del viejo derecho, poco a poco lo va impregnando de un sentido espiritual y providente, del que antes careciera casi en absoluto.

No podemos presentar un estudio razonado y completo de esta influencia, agotando las instituciones remozadas al calor de las ideas cristianas, porque esto ha sido ya muy abundantemente tratado por los autores (185) y excedería en mucho de nuestros propósitos.

La dignificación del trabajo; el reconocimiento de ciertos derechos a los esclavos y la dulcificación de la misma esclavitud, junto con el fomento de las manumisiones; la tasa del interés; el nuevo sentido que impregna la propiedad y la prohibición de los actos emulativos; la nueva y más digna situación del “filius familias” y de la mujer; la abolición del divorcio, a la par que la reforma del concubinato y el criterio desfavorable con que se miran las segundas nupcias, consideradas desde ahora como una “honesta fornicatio”. Junto a esto, una mitigación del formalismo en materia de obligaciones, y un desarrollo más amplio del sistema sucesorio romano; la dulcificación de la patria potestad y la protección decidida a las obras de beneficencia, como por ejemplo las

fundaciones; un mayor alcance del derecho a alimentos; un nuevo sentido de la “aequitas”, saturada de misericordia, piedad, benignidad etc., etc.

Todas estas, y otras más que no señalamos, son muestras elocuentes del influjo de la religión de Cristo sobre el Derecho de Roma. Desconocerlo no es sino cerrarse herméticamente a la realidad histórica y negar a la última fase del Derecho Romano en ese su proceso evolutivo —época justiniana— una de sus características más acusadas y relevantes, la única que quizás pueda definir a la época de una vez y categóricamente.

D) DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD Y DERECHO ROMANO

Cuando PIETRO DE FRANCISCI publicaba en 1925 “L’azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del Diritto Romano” (186), ya se había hablado copiosamente de la influencia de los Derechos de la Antigüedad sobre el Derecho Romano, y ya también la Nueva Escuela Histórica, fundada por WENGER, había intentado sumergir en el mar sin fondo de los Derechos de la Antigüedad (junto con los sistemas jurídicos asirio, egipcio, judaico, babilónico, etc.), al propio Derecho de Roma (187).

En nuestros días aún sigue planteada la cuestión, debido en parte al rápido progreso de los estudios orientales, y en parte también al afán de la época y al espíritu revisionista de estos últimos años. Porque desde el ultimatum de WENGER a los estudios romanísticos, al señalarles su destino y al enmarcarlos perentoriamente en la “Antike Rechtsgeschichte”, desde este momento es cuando ha podido pensarse a fondo, por un sector considerable del romanismo, que el dogma de la originalidad jurídica de Roma caducaba en parte, toda vez que se pensaban evidentes las extrañas influencias orientales sobre el Derecho Romano.

Qué es lo que debemos pensar sobre esta concepción, lo hemos ya indicado en otra parte de la presente Memoria. No intentamos por ello repetir lo dicho, ni hacer un estudio detenido sobre el problema, que por otra parte —y con una abundante y selecta literatura— puede verse en U. ALVAREZ (188) y en el libro que VOLTERRA, dedica al estudio del “Diritto Romano e Diritti orientali” (Bologna, 1937), libro fundamental en que critica gran número de teorías al uso sobre la cuestión considerada.

Las hipótesis que se han ido sucediendo desde que LAND en 1862

descubre el Código siro-romano y desde que la expedición MORGAN halla en 1901 el Código de Hammurabi, han sido en su mayor parte fantásticas, y así se ha encargado de demostrarlo VOLTERRA al destruir con gran acopio de erudición la posibilidad de una influencia babilónica sobre el Derecho romano quirritario (189).

También son absurdas por demás las conclusiones a que llegaron REVILLOUT, al encontrar un supuesto influjo fenicio en el concepto y el contenido del "ius gentium" romano (190) y al pensar también que el propio Derecho quirritario de Roma trae su origen del Derecho del Egipto (191).

Respecto a la influencia del Derecho judío sobre el sistema jurídico romano (192) —no obstante las instituciones citadas por algunos autores ("iustum praetium"; "laesio enormis"; "longi temporis praescriptio", etc.)— hemos en realidad de creerla, visto el actual estado de la cuestión, improcedente en extremo, de forma que no han podido abrirse en la actualidad camino las exageradas afirmaciones de CARUSI (193) entre los estudiosos del Derecho Romano.

¿Quid dicendum del Derecho de los países más cercanos a Roma: del derecho etrusco y del derecho griego, concretamente?

Hipotéticas son por demás, aunque no imposibles (194), las influencias del Derecho etrusco sobre el Derecho romano, más claras en el campo del Derecho público que en el sector iusprivatista.

A Etruria se debe —dice ARANGIO RUIZ (195)— el concepto de "imperium", fundamento del derecho constitucional romano en cuanto que etruscos son los que introducen el uso de los fasces, según se comprobó al descubrirse en Vetulonia la llamada "tumba del licitor", y todos aquellos atributos de la realeza y la autoridad que luego en la época republicana conservaron las magistraturas superiores (196).

Mucho más clara y evidente es la influencia de Grecia, la cual la descubrimos ya en parte, en otro lugar de la Memoria, al referirnos a la filosofía. Se ha venido sosteniendo, en efecto, el patente influjo de la legislación helénica sobre el viejo Código decenviral romano. Ya autores latinos nos hablan de una embajada a Grecia para estudiar las leyes de SOLÓN y redactar más tarde la ley de las XII Tablas, las cuales presentan —por otro lado— instituciones semejantes a las del derecho griego: libertad de asociación; plazo del embarazo; derechos de vecindad; prohibición del lujo en los funerales, etc.

Hasta qué punto debe admitirse esta parificación es un problema sumamente controvertido, como había visto muy bien VOLTERRA (197) al destacar las diferencias esenciales que separaban estos conceptos ju-

rídicos griegos de sus correspondientes romanos. De todos modos no es en buena lógica científico desconocer esta influencia helénica sobre el Código decenviral, cuando textos determinados del Digesto (198) nos lo confirman sobradamente.

Es que tanto en el campo de los Derechos reales ("actio ad exhibendum"; prenda de los frutos en el arrendamiento) como en el de las obligaciones ("Lex Rhodia"; "foenus nauticum"; necesidad de la "fides") y en el Derecho hereditario ("bonorum possessio"; adopción testamentaria) cabe destacarse como muy probable el influjo de Grecia. Igualmente en el derecho de familia (relaciones derivadas del parentesco y la tutela; excusas de la tutela; tal vez la emancipación) e incluso en el Derecho procesal ("cessio bonorum"; tribunal de centumviro, etc.) es factible señalar también las aportaciones griegas. Continúa, por otro lado, en el Derecho Romano posterior este influjo que apuntamos, siquiera haya de admitirse con las naturales y necesarias limitaciones, prontos a rechazar los excesos tan fácilmente deslizables en toda investigación comparativa (199).

NOTAS

- (153) "L'Esprit du Droit Romain". Trad. fr. de Meulenaere, París, 1877. - T^o I, págs. 226-227.
- (154) "Storia del Diritto Romano". Roma, 1931. Vol. I, pág. 276.
- (155) Puede decirse que esta afirmación no es una conquista reciente. "Divinatore, più che precursore, di tali studi fu il Vico il quale, molto tempo prima del De Brosses, del Demeunier, del Dulaure —che il Van Connep nella sua opera "De la méthode a suivre dans l'étude des rites et des mythes (Bruxelles, 1911), ricorda con elogio— aveva affrontati e risolti molti problemi delle religioni primitive in relazione alle contumazie giuridiche dei volghi e ne aveva afferta una interpretazione che ancora oggi, come é stato detto, suscita meraviglia e reca beneficio di suggerimenti e d'idee". (Maroi: "Elementi religiosi nel Diritto Romano arcaico". Archivio Giur. vol. 109, pág. 83.
- (156) "Influencia del Cristianismo en el Derecho Romano". Rev. Derecho Priv. Madrid, julio-agosto, 1941. pág. 377.
- (157) "La cité antique". Trad. esp. Madrid, 1931. p. 4.
- (158) Vid. Beck: "Zur Frage des religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts". Festschrift Koschaker, I, 1 y ss. Weimar, 1939, el cual destaca el influjo que las ideas transmitidas por las religiones asiáticas a los etruscos han podido ejercer sobre el Derecho Romano, a la vez que subraya la unión íntima entre los dioses romanos y la ciudad. - Cfr. además WIEACKER: "Religion und Recht in römischen Stadstaat". En Zeitsch. Akad. für deutsches Recht 1935, 273 y el estudio de Pais: "Le relazioni tral sacerdozi e magistrature civili nella Repubblica Romana", en Ricerche sulla Storia e sul Diritto Pubblico di Roma. Roma, 1915. I, p. 273 y ss. y Bonfante: "Historia del Derecho Romano". Trad. esp. de J. Santa Cruz, Madrid, 1944. T^o I, pág. 103-104.
- (159) El imperio de la religión sobre el derecho está limitado a la época más antigua. En el sistema político y jurídico del período floreciente de la República la relación se invierte completamente; así el espíritu romano se sirve del principio religioso como de un medio para alcanzar su fin. Las instituciones y las formas religiosas políticas conservan todavía mucho tiempo una existencia exterior, pero su espíritu se ha desvanecido. La moralidad romana no extiende ya sus raíces en la religión; se apoya en el principio político y jurídico. (IHERING: "L'Esprit...", cit. I, págs. 351 y 352).
- (160) Vid. Ihering, op. cit. I, p. 291.
- (161) Vid. Leist: "Altarisches ius civile". Jena 1892, 96; vol. II, p. 304; y Dans: "Der Sakrale Schutz in röm. Rechtsverkehr", 1857, p. 49, citados por U. Alvarez: "Influencia del Cristianismo..." Rev. D. Priv., julio-agosto, 1941, pág. 318.
- (162) "Derecho privado romano". Barcelona, 1937. p. 28.
- (163) Monier: "Manuel élémentaire de Droit Romain". T^o II, p. 38. París, 1936.
- (164) Vid. Maroi: "Elementi religiosi nel Diritto Romano arcaico". Arch. Giur. vol. 109, p. 83 fasc. I. Este autor demuestra el influjo en una disposición

de las XII Tablas sobre el parto monstruoso; a la vez que destaca cómo la etimología de la palabra "persona" puede provenir de la voz etrusca phersu y tener así un origen mágico religioso, como significando la imagen del difunto.

- (165) Así, por ejemplo, en la protección religiosa que acompaña al derecho de propiedad. Escribe IHERING (L'Esprit...) Trad. fr. 1877, t. I, p. 269): "Les dieux ne sont pas seuls á jouir de la protection de la religion: les murs de la ville, les limites des fons privés, les pierres mêmes, les arbres, les fosses, les fruits des champs, etc. y participent de même; celui qui degrade les murs, qui deplace les bornes, qui vole nuitamment les fruits, pêche contre les dieux, il encourt uleur colére et s'expose au châtiment le plus sévère". Vid. además Cicer.: De dom. 41. - Ovid: Fast. V, 141.
- (166) "L'Esprit du Droit Romain". Trad. fr. París, 1877, I, 267.
- (167) CORTES GRAU: "Filosofía del Derecho". IV, Madrid, 1942, pág. 140.
- (168) Así BONFANTE: "Historia del Derecho Romano" I, pág. 474, al exponer la tesis negativa de PEROZZI. Vid. de este último autor sus famosas "Istituzioni di Diritto Romano". Roma, 1928.
- (169) Vid. particularmente COSTA: "La filosofía greca nella giurisprudenza romana". Parma, 1891. - KAMPHUISEN: "L'influence de la philosophie sur la conception du droit", 1932. MASCHI: "La concezione naturalistica". Milano, 1937. También, los trabajos de F. SENN: "De l'influence grecque sur le Droit romain de la fin de la République"; KÜBLER: "Griechische Einflüsse..." etc., y WEIS: "Der Einflüsse der hellenistischen Rechte auf das römische" publicado en el tomo 1^o de los Atti. del Congr. Int. di Diritto Romano, 1934. Por lo demás, un estudio certero y sistemático del problema en sí lo realiza U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. págs. 149-166, con abundante bibliografía.
- (170) "La genesi del sistema della giurisprudenza". B. I. D. R. 1936-1937, pág. 131 ss.
- (171) "Die Philosophie in Privatrecht". Halle 1902-1907. Vid. sobre todo el Vol. II, pág. 225 ss.
- (172) "Religión y Filosofía". Legado de Roma, de la Universidad de Oxford. Trad. esp. Madrid, 1944, pág. 329.
- (173) "Historia de las ideas estéticas en España", I, Madrid, 1946, pág. 111.
- (174) Vid. U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 159 ss. Cfr. también nuestro trabajo "El error in substantia en el Derecho Romano", en que estudiamos el punto concreto del concepto *ousia*. Un resumen de sus conclusiones generales es lo que venimos haciendo hasta ahora.
- (175) "Historia del Derecho Romano" cit. I, pág. 176.
- (176) Ya en 1766 DE ROEHR: "Dissertationes de effectu religionis christianae in iurisprudentiam romanam" I. Groninga, 1766, había visto decididamente la enorme importancia del problema.
- (177) "De l'influence du Christianisme sur le droit civil des romains". París, 1843.
- (178) Vid. BAVIERA: "Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano". Mél. Girard, 1912, I, págs. 67-121; "La codificazione giustiniana e il Cristianesimo". Atti. Congr. Int. Dir. Rom. Roma, 1935, II, pág. 123 sig. Cfr. GIRARD: "Manuel élémentaire..." cit. págs. 77, 1; 85, 4; 110; 132, 2; 133, 1; 173, 6; 174, 2; 179; 201; 667, 2; 1.021.
- (179) Vid. S. RICCOBONO: "L'influenza del Cristianesimo nella codificazione di

- Giustiniano", en Scienia, Bologna, 1908; "Cristianesimo e Diritto privato", Riv. dir. civ. 1911; "L'influsso del Cristianesimo sul Diritto romano", Atti. Cong. Int. Dir. Rom. 1935, II, pág. 59 ss. - ROBERTI: "Cristianesimo e Diritto romano". Acta Congr. Int. 1934, vol. II; "La collezione giustiniana e il Cristianesimo". Atti. Congr. Int. Dir. rom. Roma, 1935, II. - BIONDO BIONDI: "Religione e diritto canonico nella legislazione di Giustiniano". Act. Congr. iur. int., 1934, I. - BUSSI: "La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune". Padova, 1937. - HOHENLOHE: "Einfluss des Christentums auf das Corpus iuris". Viena, 1937 y en Studia et docum. 1939, pág. 487 ss. - D'ERCOLE, en Studia et documenta 1939, pág. 18-73. - LEIFER: "Christentum und römisches Rech Zeit Konstantin", en Z. S. S. 58 (1938), págs. 185-202. - A. TOSO en Acta Congr. iur. int. 1935, II, págs. 23-35. U. ALVAREZ SUAREZ: "Influencia del Cristianismo en el Derecho Romano. R. D. Pr. XXV (1941), págs. 317-332 con abundantes referencias bibliográficas.
- (180) "Historia del Derecho Romano", cit. pág. 385.
- (181) Vid. "Einfluss..." cit. págs. 31 ss.
- (182) Vid. sobre la "Episcopalis audientia", VISMARA: "Episcopalis audientia". Milano, 1937. Opina este autor que los Obispos actuaban en la "audientia" como jueces de paz, con carácter acusadamente administrativo, y se hace eco de los profundos problemas que en la actualidad quedan por resolver: p. ej. si era obligatorio para los cristianos el acudir ante el Obispo en la resolución de las cuestiones civiles planteadas. - MASI: "L'udienza vescovile nelle cause laiche da Costantino ai Franchi" en Arch. giur. 1939, 1, 2, págs. 86-191. - FERRARI DALLE SPADE: "Inmunità ecclesiastiche". Venecia, 1939. C. R. de BRANCA, en Studia et docum. 1941, págs. 215, ss. - Amplia bibliografía en U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. págs. 322-323.
- (183) GARCIA GALLO: "Historia del Derecho Español" I, Madrid, 1943, pág. 154.
- (184) "Le rôle du Christianisme dans la ruine du monde ancien", 1938, cit. por U. ALVAREZ: "Horizonte...", pág. 192. n. 104.
- (185) Vid. sin pretensiones algunas de agotar la materia, sino con propósitos meramente orientadores, ROBERTI: "Le origine romano-cristiano della comunione dei beni fra coniugi". Studi Senesi, 1919; "La lettera di S. Paolo a Filemone e la condizione giuridica dello schiavo fuggitivo". Milán, 1933; "L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi", en el vol. sobre "Cristianesimo e Diritto Romano". Milán, 1935. - E. CARUSI: "Diritto romano e Patristica". Studi Fadda, Nápoles, 1906, II. - ALBERTARIO: "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in S. Agostino". Riv. fil. neoescol. XXIII (1931) pág. 366 ss. - MONNOI: "Sant'Agostino e il Diritto Romano". Roma, 1934 (Foro ital.) - VISMARA: "La donazione nuziale nel Diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al Diritto romano postclásico", en "Cristianesimo e Diritto Romano". Milán, 1935. - VIOLARDO: "Il pensiero giuridico de S. Girolamo". Milán, 1937.
- (186) Prolusión al curso de Historia del Derecho Romano, dictado en la Universidad de Roma, 16 -XII- 1924, Publ. en Archivio Giur. 1925, pág. 157 ss.
- (187) Vid. págs. atrás donde abordamos con más detenimiento el concepto wengariano de la "Antike Rechtsgeschichte".
- (188) "Horizonte actual..." cit. págs. 146 ss.

- (189) "Diritto romano e Diritti orientali", cit. pág. 94 ss.
- (190) Vid. REVILLOUT: "Les obligations en Droit égyptien comparé aux autres Droits de l'antiquité". París, 1886. Intr. págs. 12 ss. - Bibliografía contraria a la hipótesis de REVILLOUT en U. ALVAREZ: "Horizonte..." pág. 170, n. 62.
- (191) Vid. la refutación de VOLTERRA: "Diritto romano..." cit. págs. 57, 94, ss. a esta segunda tesis de REVILLOUT mantenida en: "Les origines égyptiens du Droit civil romain. Nouvelle étude faite d'après les textes juridiques hiéroglyphiques, hiératiques et démotiques, rapprochés des cenx des Assyro-Chaldéens et des Hébreux". París, 1912.
- (192) Vid. ARIAS RAMOS: "El judaísmo en el Corpus iuris". Bol. Univ. Santiago, 1933 I, págs. 81 ss.
- (193) Vid. Atti. Congr. Int. Dir. Rom. II, Roma, 1935; págs. 555 ss.
- (194) Así D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 28.
- (195) "Historia del Derecho Romano", cit. pág. 19.
- (196) Las influencias en el campo del Derecho privado la señalan NICOLAU Y entre otros. Cit. por U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. págs. 148-149 y nota 29.
- (197) "Diritto Romano..." cit. pág. 181, ss.
- (198) D. 10, 1, 3 - D. 47, 22, 4, por ej.
- (199) "Tal ha sido el caso, p. ej. —dice D'ORS— del error del mismo MITTEIS, al equiparar la "deductio quae moribus fit" con la εἰς αὐτὴν griega, con la cual me parece cosa segura no tiene nada que ver. Del mismo modo SCHONBAUER ha puesto en evidencia recientemente los errores en que también incurrieron PRINGSHEIM y FELGENTRAGER al querer descubrir una influencia oriental que habría establecido en la época post-diocleciana un supuesto principio de subrogación en virtud del cual la propiedad de la cosa vendida estaría en necesaria dependencia del propietario del dinero pagado como precio". ("Presupuestos críticos..." cit. pág. 29).

LA ACTUAL SITUACION DEL DERECHO ROMANO

Se trata de un libro que, a pesar de su extensión, es muy interesante y útil para el estudio del Derecho Romano. El autor, un experto en la materia, trata de explicar de una manera clara y sencilla los conceptos básicos del Derecho Romano, así como su evolución a lo largo de la historia. El libro está dividido en varias partes, cada una de ellas dedicada a un aspecto específico del Derecho Romano. El autor utiliza un lenguaje claro y sencillo, lo que hace que el libro sea muy accesible para los estudiantes de Derecho. El libro es una excelente introducción al estudio del Derecho Romano y es muy recomendable para todos aquellos que se interesen por esta materia.

En esta obra el autor trata de explicar de una manera clara y sencilla los conceptos básicos del Derecho Romano, así como su evolución a lo largo de la historia. El libro está dividido en varias partes, cada una de ellas dedicada a un aspecto específico del Derecho Romano. El autor utiliza un lenguaje claro y sencillo, lo que hace que el libro sea muy accesible para los estudiantes de Derecho. El libro es una excelente introducción al estudio del Derecho Romano y es muy recomendable para todos aquellos que se interesen por esta materia.

IV

LA ACTUAL SITUACION DEL DERECHO ROMANO:

El presente libro trata de explicar de una manera clara y sencilla los conceptos básicos del Derecho Romano, así como su evolución a lo largo de la historia. El autor utiliza un lenguaje claro y sencillo, lo que hace que el libro sea muy accesible para los estudiantes de Derecho. El libro es una excelente introducción al estudio del Derecho Romano y es muy recomendable para todos aquellos que se interesen por esta materia.

El presente libro trata de explicar de una manera clara y sencilla los conceptos básicos del Derecho Romano, así como su evolución a lo largo de la historia. El autor utiliza un lenguaje claro y sencillo, lo que hace que el libro sea muy accesible para los estudiantes de Derecho. El libro es una excelente introducción al estudio del Derecho Romano y es muy recomendable para todos aquellos que se interesen por esta materia.

A) ¿CRISIS DEL DERECHO ROMANO?

Se habla en estos últimos tiempos con notoria insistencia, como lo prueba una copiosa literatura jurídica, de crisis del Derecho Romano.

Tema de interés palpitante —porque no puede sernos indiferente el destino del Derecho de Roma— polariza en sí las inquietudes del romanista y traduce en un campo particular y concretamente definido, un fenómeno mucho más universal también y más profundo: el de la crisis misma de la cultura y la conciencia actual (1).

Razón tenía GEORGESCO (2) al sostener que al romanista de hoy le ha tocado en suerte vivir en una época auténticamente revolucionaria, en la que todos los valores están sometidos a una profunda y tenaz revisión.

Y en efecto: de todos los valores culturales han sido los históricos los que más pronto acusaron, y más sensiblemente, las huellas profundas de la época. De este modo el Derecho Romano —formidable categoría histórico jurídica— no pudo escapar a las acometidas que, por diversas razones, llegan plenas de impulso y de vigor, tendentes a echar por tierra su arquitectónica monumentalidad de siglos.

Pensemos, sobre todo, en las últimas ideologías políticas, y en sus pretensiones de acabar con el espíritu y la influencia secular del Derecho Romano. “Cuando un problema de tipo estrictamente científico se ve afectado por repercusiones políticas —dice un autor (3)— antes o después se produce confusión tanto en su interpretación como en su planeamiento y en las soluciones que se le apliquen. Tal ha sucedido con el de la crisis del Derecho Romano”.

Problema confuso, pues, y complejo, vamos a intentar exponerlo indagando sus causas y tratando de entender su alcance y su sentido, sin pesimismo alguno desalentador (porque creemos en la supervivencia del Derecho de Roma) y sin concederle tampoco la agónica importancia de la crisis que no puede superarse. No debemos hablar de “la crisis”. Nos referimos, como ya había visto SCHONBAUER (4), a “una crisis”, una crisis pasajera que está ahí, es cierto, pero que será vencida prontamente y superada.

En realidad, el análisis esencial y objetivo del problema nos indica que la crisis predicada del Derecho Romano no es sino el aspecto nuevo de una vieja polémica, precisamente de aquella planteada en

torno al problema de la conveniencia y utilidad del estudio de nuestra disciplina.

Porque, en efecto, negada al Derecho Romano su utilidad práctica, desconocidas por ello las razones distintas que pudieran justificar la razón de su estudio, la consecuencia lógica no tardaría en llegar y en formularse: el abandono total de este Derecho, que no debe merecer la atención alerta de los investigadores. De ahí los enconados ataques contra el mismo, contra el espíritu que representa, impropio —se dice— de los tiempos nuevos. La lucha contra el Derecho Romano no puede venir, por tanto, más agresivamente caracterizada: ya veremos más tarde las razones.

Pero antes de nada enfoquemos el problema tal y como originariamente se planteó.

Es indudable que el grito de alarma en nuestro tiempo sobre la situación crítica de la disciplina lo dio el romanista alemán KOSCHAKER en un folleto que se ha hecho ya famoso: "Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft" (Berlín, 1938).

A él hemos de acudir necesariamente para constatar la situación de crisis y para calibrarla en su justo sentido, sin que hayamos de olvidar tampoco las atinadas observaciones que a este respecto hicieron antes agudos romanistas. Así, por ejemplo, RICCOBONO —al denunciar los excesos en la utilización del método interpolacionístico— y así también APPLETON, cuando destacaba los defectos capitales en la enseñanza del Derecho Romano: la pérdida de contacto con las legislaciones positivas; el olvido de las realidades prácticas, incluso de las propiamente romanas; los excesos de una erudición poco prudente, totalmente inadecuada para estudiantes que pretendían ser juristas y de ninguna manera sabios (5).

La característica general que preside los actuales estudios del Derecho de Roma, destaca KOSCHAKER (6), es precisamente el matiz histórico que presentan. Ello no es sino un fenómeno común a todos los países, traducido en dos consecuencias fulminantes: a) empleo del método interpolacionístico, con la natural secuela de vicios y errores derivados de una consideración hipercrítica sobre puntos particulares y concretos, la mayor parte de las veces irrelevantes; b) tendencia a conectar el Derecho de Roma con el de los otros pueblos de la Antigüedad.

Esta anómala situación es la que lleva a KOSCHAKER a denun-

ciar la crisis, ya que si el valor del Derecho Romano estriba en haber sido fundamental elemento en la originación de la cultura europea, con tales orientaciones en realidad lo que se hace es suprimir su trascendencia preclara.

Y en efecto: por una parte se desintegra —valga la frase— el "Corpus iuris" con la pérdida consiguiente de su espíritu y su sentido, y por otro lado se destruye la personalidad del Derecho de Roma al sumergirlo en el mar sin fondo de la ANTIKE RECHTSGESCHICHTE, con lo que ipso facto queda aniquilado su enorme valor cultural, que lo destaca efectivamente como un lazo de unión indudable entre el mundo antiguo y el moderno.

No hay para KOSCHAKER mejor camino para combatir la crisis que el de atacarla en su propia raíz. De ahí que proponga como urgente tarea el "actualizar" el viejo Derecho de Roma. Ha de volverse a una "Aktualisierung" de los principios romanos. La investigación y la exposición de este derecho ha de encaminarse a hacerlo servir de complemento y de aclaración a las legislaciones positivas hoy en curso.

Koschaker, de este modo, propugna una "Zürück zu Savigny", un retorno a aquella armónica conjunción entre historia y dogmática que lograra el romanista alemán. En un estudio fundamental sobre "L'alienazione della cosa legata" (7), el mismo Koschaker desarrolla "in extenso" este punto de vista, al probar que es posible servirse de los resultados de la investigación romanística para comprender los problemas de los Códigos modernos. Con ello no se trata, es claro, de poner nuevamente en vigor los principios romanos. Lo único que se intenta destacar es que todavía —a pesar de los siglos— tienen un valor constructivo innegable en la práctica del actual derecho.

¿Cuál es el momento de la crisis; dónde se localiza; cuáles son sus motivaciones? He ahí los interrogantes que surgen al abordar de plano el problema. Ellos nos indicarán, de cierto, las razones de su problematismo.

Llega la crisis y surge precisamente en un momento decisivo en que entran en quiebra los valores que deban razón y eficacia a la vieja cultura de Occidente. Los sentidos de Patria, de religión, de autoridad, se obscurecen por completo; la fe misma en los destinos de los hombres es reemplazada por ansias irracionales, por mitos de dudosa estirpe. Una concepción materialista del mundo, el incesante poder de la masa

—“ya no hay protagonistas; sólo hay coro”, escribe Ortega— amenaza acabar con los valores del espíritu, con ese viejo orden de cosas al que se impone destruir radicalmente, porque sólo con su desaparición (dicen estos nuevos iconoclastas de lo histórico) el mundo actual puede estabilizarse.

Llega la crisis, es cierto, y se localiza sobre todo en países que por especiales circunstancias políticas encuentran mejor preparado el ambiente: así, por ejemplo, en Alemania y Rusia. Pero no obstante las especiales coyunturas que indicamos, el fenómeno en sí es mucho más universal, conforme habían visto GEORGESCO (8) y KEMPSKI (9).

Raro es el país en que no da la cara, ya sea de un modo más o menos encubierto. Las causas son profundas y universales, y, por otro lado, el positivismo jurídico y las variadas formas del irracionalismo actual se confabulan unánimemente en este mismo sentido. Solamente el ejemplo de Italia pudiera alegarse en contra, pero es muy fácil comprender las razones —políticas e históricas— que se opusieron resueltamente, en un país en cuyo suelo brotó la pujante cultura romana, a la decadencia de los estudios romanísticos.

La causa inicial de la crisis suele verse en la aparición del Código Civil alemán que determina la supresión consiguiente del Derecho de Pandectas; esto es, de aquel Derecho romano construído por la práctica jurídica moderna.

Se alega, a partir de este momento, que el estudio del Derecho Romano es innecesario, toda vez que no se aplicará para nada: deja de ser, por tanto, una disciplina útil para los juristas y se estima por ello absolutamente superfluo su aprendizaje.

No se desconoce, desde luego, su profundo valor histórico. Ello no podía, indiscutiblemente, negarse. Lo que ocurre es que el Derecho Romano cambia ahora pedagógicamente de sentido. Ya no es el derecho vivido que hay que aplicar. Ahora es una disciplina histórica, y por eso las construcciones dogmáticas anteriores a la aparición del B. G. B. tienen que ceder su puesto a un nuevo tipo de investigación, caracterizada substancialmente por notas inequívocas de historicismo, por francas motivaciones criticistas.

Sin embargo, esta pérdida de vigencia positiva no determina sin más ni más la aparición de la crisis. En Alemania sigue estudiándose el Derecho Romano, siquiera se enfoque preferentemente desde esta nueva orientación de que hablo. En los planes de enseñanza, sus estudios se espacian en tres cursos, Historia, Instituciones y Pandectas, aun cuando en fecha posterior quedasen reducidos a dos: Historia e Institucio-

nes. No obstante, algunas Universidades —tal por ejemplo la de Leipzig— conservó efectivamente el curso tradicional de Pandectas (10). Tampoco en Austria el problema de la crisis se presenta desde el momento en que el Derecho Romano pierde, allá por el 1812, su vigencia efectiva (11).

Tendrá que llegarse, en efecto, a otros tiempos para que pudiera fraguar la misma; pero es bien poco, no obstante, lo que hay que esperar. Una nueva situación histórica se presenta de improviso ante una Europa inquieta y desconcertada, que sale maltrecha de una guerra y que contempla el declive de lo que por más perdurable se tenía.

En efecto: la espectacular catástrofe alemana de 1918 y el llamado “dictado de Versalles” ejercen de esta manera sobre la vida cultural de Alemania efectos tan fulminantes y radicales, que puede muy bien afirmarse cómo, desaparecida ya toda idea romántica, se pone incluso en peligro —nos referimos tan sólo al plano científico y cultural— la propia existencia de cualquier disciplina científica no práctica (12).

La orientación marcadamente económica que por entonces se quiso dar a la vida alemana de la postguerra, tuvo que conducir, necesariamente, al menosprecio y al abandono de todo aquello que no fuese mera técnica.

Como afirmaba WENGER (13) “estamos de nuevo en una época en que la ciencia no sirve directamente a ciertos fines prácticos inmediatos ... no tiene valor alguno”. Es que, continúa más adelante, “vivimos en unos momentos en que, empleando la terminología de Spengler, la civilización (con sentido de técnica) amenaza desplazar a la cultura, con sentido de ciencia y estética pura del espíritu. Nos encontramos en una edad —terminaba— en que el artista y el pensador son apreciados y valorados muy inferiormente al atleta y al boxeador”.

No son otras las ideas que habían reflejado Emilio SECKEL, en su conocido discurso rectoral (14) y PARTSCH en un fundamental trabajo (15).

Con el advenimiento del Nacionalsocialismo el problema de la crisis adquiere todavía tintes más sombríos, por esa razón de que se intenta definir al Derecho de Roma como algo contrario a la mentalidad jurídica del pueblo alemán, como algo auténticamente peligroso y revolucionario en su esencia.

No es esta la ocasión de estudiar (sólo daremos una rápida sinopsis) los rasgos fundamentales que definen esta posición doctrinal y política, esta nueva actitud histórica ante la vida que se llama el Nacionalsocialismo. Surge como reacción fulminante al materialismo histó-

rico de tinte marxista que, cada vez más arrollador, penetraba incontenible por todos los rincones de Europa. Ofrece, es cierto, notable resistencia a la infiltración de tales ideas en Alemania, pero —por una de esas grandes paradojas en que la Historia abunda— cuando trata de concretarse en un cuerpo cerrado de doctrinas incide en gran parte en los errores que pretendía combatir. No es solamente la exaltación profética de los valores biológicos y raciales, ni los cantos jubilosos de esperanza ante el destino de una raza pura, incontaminada de mezclas extrañas, que acabará dominando al mundo. Es también la xenofobia, la política de violencia y exterminio contra la raza judía; el culto a lo irracional, la ciega adoración de las fuerzas telúricas, dioses primordiales de su mitología racial. Una nueva política de mitos, junto a un nuevo mesianismo —diría Romano Guardini— y a un sentido panteísta y dominador de lo estatal.

El Derecho se articula orgánicamente con los otros conceptos de raza y pueblo, y en ese entronque íntimo —piensan— van a aquilatarse sus más puros valores al servicio de la comunidad germánica. De aquí va a derivarse lógicamente la reivindicación de su Derecho, del Derecho Germánico, producto natural del genio de la raza, y como conclusión inmediata la repulsa decidida a todo Derecho que —como el Romano— se inspire en criterios opuestos; esto es, en principios individualistas, tan ajenos al sentir histórico del pueblo alemán.

Como viene a indicar HELMUT NICOLAI (16), se hace necesaria y urgente la labor de extraer todo lo que “en el curso de una Historia jurídica de doscientos años se ha inoculado en nuestro organismo y se ha acogido con el nombre de Derecho Romano”.

Este Derecho, que para el autor que indicamos se caracteriza por su sentido rabulista, lleno de sutilezas y destructor de conceptos, es antitético completamente al puro Derecho germánico, de carácter tan marcadamente consuetudinario. Si en aquel derecho —viene a decir— domina la voluntad arbitraria del Estado, en éste impera la fuerza de la costumbre, que incluso llega a sobreponerse a la fuerza política. Si en el Derecho Romano domina el poder sobre el derecho, en el Germánico —por el contrario— es el derecho quien prepondera sobre el poder.

No creemos necesaria la refutación “a priori” de tan absurdas y exageradas afirmaciones, gratuitas por demás, y que revelan un sentido pasional, incomprensivo, a todas luces evidente. Mal camino éste además para comprender su derecho que —dígase lo que se quiera— tanto debe al de Roma. Como alguien ha dicho (17), en cierto modo el Derecho Germánico es un Derecho Romano que no se ha civilizado todavía.

Tal era la tónica de aquellos tiempos y el clima general contra el Derecho de Roma. Conforme el punto 19 del Programa nacionalsozialista establecía, se pretende “sustituir el Derecho Romano, mero servidor de una concepción materialista del mundo, por el Derecho común alemán”.

De acuerdo con el mismo —y aprovechándose una coyuntura favorable, puesto que la Universidad alemana atravesaba ya un gran período de crisis— se publica en 18 de enero de 1935 un nuevo plan para los estudios jurídicos (Plan Eckard) intitulado “Principios directrices en el estudio de la Ciencia del Derecho”, y que entraría en vigor el 1º de noviembre de 1938. Fue el Profesor de Tübinga KRELLER quien mantuvo la ponencia sobre el Derecho Romano. Propiamente la asignatura, con su típica y clásica designación, no persiste. Se la sustituye por un curso de “Antike Rechtsgeschichte”, y enfocándola desde el punto de vista histórico (18).

Razón sobrada tenía, por tanto, el romanista italiano BETTI cuando calificaba así los efectos radicales de la reforma: “hoy en Alemania el Derecho Romano ha dejado en realidad de formar parte integrante de la educación jurídica, y los doctores en jurisprudencia salen de las Universidades completamente ayunos de Derecho Romano” (19).

A pesar, no obstante, de todo —y en contra de las acerbas críticas dirigidas al Derecho de Roma como sistema jurídico inspirador de las legislaciones actuales (20)—, la corriente favorable al estudio de este Derecho se fue poco a poco abriendo paso en la Alemania nazi, en donde, es cierto, no dejó de cultivarse nunca, como lo prueban las revistas y publicaciones que mantenían inextinguible, a pesar del clima oficial adverso, la llama del romanismo (21). Tal vez, es cierto, respondiendo a aquel ideal que KASER expusiera, porque, en efecto, la comunidad ideológica futura, sustentada por el convencimiento de la necesidad de una vida en común en el espacio europeo, nos hará volver al Derecho Romano como lazo de unión cultural, bien por motivos ideales, o bien simplemente por razones de orden político práctico, atendiendo el comercio jurídico internacional (22).

Respecto a la nueva fase de su historia que hoy vive Alemania, más grave e inquietante todavía que la que sobrevino después de la guerra del 14, se hace difícil en extremo establecer un diagnóstico exacto acerca de la situación actual de nuestros estudios.

Falta para ello la suficiente perspectiva y es, por otro lado, sumamente difícil encontrar los datos que nos sirvan para el enjuiciamiento del problema. Sí en cambio nos parece que, derrocado el nacionalsocia-

lismo, no tiene razón alguna de ser la franca oposición al Derecho de Roma que el antiguo régimen había mantenido. Todavía, como la situación interna alemana no se ha consolidado en modo alguno, es prematuro hablar. Pero creemos que, a medida que Alemania resuelva sus problemas (y muchos de ellos están maravillosa y ejemplarmente resueltos, como para que puedan servir al mundo de modelo) el horizonte romanístico se verá libre por completo de los turbios presagios de otrora.

Incidentalmente hemos hablado de la situación de los estudios en otros países. Más que nada, si paramos nuestra atención en Alemania fue debido a que siempre esta nación formaba en la vanguardia del romanismo. Hoy, en cambio, es Italia quien ocupa el lugar privilegiado. Especiales razones (ya dijimos que en la nación italiana el problema de la crisis no llegó a inquietar nunca), circunstancias bien claramente acusadas, llevaron a un magno florecer de los estudios romanísticos. El mismo fascismo —consecuente con la tradición cultural del país— se encarga de impulsarlos y favorecerlos, no menos que el Vaticano (23).

De este modo, cuando se trata en la Italia fascista de la reforma del Código Civil, el entonces Ministro de Justicia, DINO GRANDI, sostiene que habrá de asentarse necesariamente sobre las bases del antiguo Derecho de Roma, por eso de que aspiraba a ser neta y típicamente italiano (24).

Derrocado el régimen fascista, los estudios de Derecho Romano no han entrado tampoco en quiebra, antes al contrario. Uno es el espíritu que en este sentido alienta en la joven República italiana; el mismo que nunca perdió Italia a lo largo de la historia: el espíritu de su romanidad. Por eso, consecuentes y dóciles a sus mandatos, los romanistas de Italia libran en la actualidad la batalla definitiva “pro iure romano”; por ese derecho que aún hoy conserva, como los granos de trigo encerrados en las tumbas de los faraones, vitalidad más que suficiente para germinar, remozado, en nuevas y audaces construcciones jurídicas.

También en otros países las huellas terribles de las dos últimas conflagraciones se dejaron sentir a este respecto. En Austria, por ejemplo, se quiso abandonar casi completamente el Derecho Romano, siendo interesante en alto grado —puesto que recogían un sentido unánime de opinión— las sugerencias difundidas por GUSTAV HANAUSEK quien, en un trabajo publicado en plena guerra (25), no sólo abordaba el valor de nuestra disciplina en el concreto campo de las enciclopedias jurídicas de la época, sino también los problemas relacionados con su didáctica y

pedagogía. Otro romanista vienés, SCHONBAUER, considera y trata de explicar, conforme vimos, el sentido de la crisis romanística que nos ocupa.

Francia —uno de cuyos más prestigiosos romanistas actuales, PIERRE NOAILLES, trató certeramente el problema (26)— continuó por su habitual trayectoria preferentemente histórica, y por ello la crisis no le afectó en la medida que a su vecina Alemania.

Y de España ¿qué hemos de decir? Tiene la palabra uno de sus más prestigiosos romanistas:

“En España, la decadencia de los estudios no está ligada a que el Derecho Romano haya perdido vigencia, pues la sigue teniendo en las regiones donde la tenía, ni a una tendencia historicista, pues todavía hoy se explica en algunas Universidades un Derecho Romano sin preocupaciones históricas, ni excesos de la Pandectística, pues aquí no la hemos tenido, sino claramente a una decadencia de los estudios humanísticos, debido a la influencia enciclopedista que vino con la dinastía francesa” (27).

Lleva razón el ilustre Profesor de Santiago. La verdadera crisis no se acentúa hasta el siglo XVIII y ello a efectos de la influencia francesa, aunque sí cabe alegar que la enemiga al Derecho Romano se destacaba ya en el siglo anterior, como lo prueba aquella petición de las Cortes de Pamplona de 1678 (28): “suplicamos a S. M. sea servido de concedernos por ley, que los jueces de los Tribunales reales de este Reino hayan de juzgar por las *leyes de él* a la letra, sin darles interpretación”.

Ya en el siglo XVIII, un Auto acordado por el Consejo el 4 de diciembre de 1713 atacaba y prohibía la vigencia de las leyes romanas: “las civiles no son ni deben llamarse leyes de España, sino sentencias de los sabios que sólo pueden seguirse en defecto de la ley en cuanto de ayudar por el Derecho natural y confirmar 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”.

Los ataques contra el Derecho Romano se hacen constantes. El estudio del mismo “es absolutamente inútil y las más de las veces dañoso” (29). “Lo que en Jurisprudencia se enseña en las escuelas son unos principios muchas veces desmentidos en la práctica y unas reglas a quienes la práctica deniega todo ejercicio como leyes no recibidas, abrogadas e inmutadas y no pocas veces injustas” (30).

Sin embargo, tal corriente opositora hizo poca mella, pues el Derecho Romano había calado muy hondo en España y se hacía sumamente difícil el desarraigarlo (31). Pero otra cosa habría de afirmarse respecto al cultivo científico de la disciplina, que atraviesa (y ya estamos de nuevo en torno a la cuestión pedagógica) momentos insospechados de esterilidad, desgraciadamente prolongados.

¿Crisis en nuestros estudios de Derecho Romano, por tanto? Indiscutiblemente sí: crisis pedagógica tan sólo, pues que sería absurdo desconocer —fuera de estos ataques aislados de la oposición, tan poco española en espíritu— la realidad de un romanismo pleno en nuestras fuentes legales.

Descartando algunos —pocos— Manuales de importancia que entre nosotros aparecen sobre la vieja e ilustre disciplina legal, escasa es nuestra producción romanística, que no puede, desde luego, codearse con la de otros países. Forzoso es así reconocerlo.

Se insinúan, no obstante, en la actualidad direcciones nuevas, que no pueden por menos de ser fructíferas, y se esbozan y maduran métodos de investigación más rigurosos y científicos que los precedentes (32). Maestros de acusada solera romanística y de enorme preparación se consagran a la gran labor de la enseñanza, haciendo de su vida un silencioso apostolado por nuestro derecho.

Cabe esperar por ello una superación plena de la crisis, confiando además que “nuestra interpretación y nuestras soluciones” (33) —sin hacerse esperar en demasía— contribuyan en lo que valen a un eficaz renacimiento del romanismo en el que España no puede, de ningún modo, quedar al margen rezagada.

Pusimos ya de manifiesto el estado del problema en los distintos y más progresivos países europeos. Destacábamos las razones políticas del anti-romanismo, tal en Alemania y Rusia (34) o bien las causas del letargo prolongado de su estudio en otros países, como España. Nos toca, en este momento, valorar las circunstancias que se dieron y estimar en su más profundo sentido lo que esta crisis pudo significar, puesto que determinados autores niegan el carácter de crisis a esta grave situación del romanismo y algunos otros —aun admitiéndola de facto— la caracterizan inadmisiblemente.

CARRELLI, por ejemplo, conceptúa que los reiterados ataques contra el Derecho Romano no envuelven una situación de crisis (35). KASER, por otro lado, la enjuicia más como una consecuencia del in-

terés despertado por el estudio del nuevo derecho que no por el olvido del romano, el cual siempre conservaría un privilegiado lugar, mientras no se superpusiera al derecho típicamente alemán (36).

La realidad, empero, nos enseña, frente a estas opiniones, que es posible hablar de una crisis efectiva del Derecho de Roma. Podrá, en efecto, admitirse que no todos los ataques contra un derecho (también hay una crítica constructiva, y ésta —nos atrevemos a sugerir— es imprescindible al derecho, como también a las manifestaciones todas del pensar y del “quehacer” humano) no toda crítica y toda polémica abonan un sentido esencial de decadencia, o se traducen en un desconfiado clima derrotista en que acaban por naufragar o esterilizarse los valores al servicio de lo justo.

En este sentido lleva razón CARRELLI. Pero es que los ataques contra el Derecho Romano no han tenido este matiz, precisamente, sino todo lo contrario. Se ataca al Derecho Romano —como en la Alemania nazi o en la Rusia soviética— y no se hace para destacar sus defectos, sino para hundirlo en el olvido, para borrar su espíritu de la conciencia jurídica actual.

Y esto ¿no va a determinar una atmósfera de crisis? Es claro que sí: crisis vital y no tan sólo pedagógica; crisis que afecta al existir mismo de este derecho en los países citados, y que se conecta necesariamente —“nullus effectus sine causa”— con un nuevo espíritu revolucionario, según vimos, de fulminantes reacciones destructoras.

Entendemos, por otra parte, el sentido de crisis predicando del mismo atributos esenciales, que pudiéramos exactamente catalogar bajo la idea de cambio, evolución o mutación, siempre que venga perfilado por notas poderosas de radicalismo.

Bien es cierto que dentro del innegable sentido patológico de la expresión (la crisis supone siempre una determinada situación dentro de una fase de anormalidad en que se cambia en un sentido o en otro), dentro de este sentido que afirmamos, allí donde haya cambio hay crisis, y como quiera que todo derecho es algo vivo, algo que ha de atemperarse “ex natura sua” a la cambiante realidad social, íbamos a concluir sosteniendo del Derecho Romano una manifiesta paradoja: que el estado de crisis era la normal situación de este derecho.

No es este el exacto sentido de crisis en el campo concreto que nos ocupa. Hablamos de una “situación de crisis”, de un momento decisivo y fundamental en su vida, porque precisamente se decide su destino, su propio sentido y su valor. Nadie duda que el Derecho Romano, de

esta manera, vive en situación de crisis, de una crisis que por calificarla de un modo expresivo llamamos vital o existentiva.

Mas también suele hablarse de crisis en un sentido de efecto, y no ya típicamente causal. Crisis importa de este modo una situación o fase de decadencia: concretamente —y ya en el campo del Derecho Romano— una decadencia en orden a su estudio y a su investigación científica. Es lo que hemos denominado crisis pedagógica.

Pues bien; al hablar de crisis del Derecho Romano indistintamente utilizamos estos dos sentidos, porque ambos se dan en el actual estado de la ciencia romanística: crisis vital o existentiva en determinados países; crisis pedagógica también en otros. Lo que se nos antoja efectivamente fantástico —por emplear una palabra muy de su gusto— son las conclusiones a que llega CARRELLI: “A mio modesto avviso, questa crisi non esiste altro che nella nostra fantasia” (37). ¿Que no existe sino en la fantasía, cuando es la realidad, precisamente, quien demuestra lo contrario?

El hecho de afirmar que una crisis del Derecho Romano sólo podrá darse el día en que declinara el interés del estudio histórico del mismo, supone ya una afirmación tan limitada que —la verdad— se nos antoja sobradamente inexpresiva, si consideramos también la inmediata profesión de fe y el canto jubiloso de esperanza que a renglón seguido hace: “malgrado le ondate di antistoricismo affioerenti nella vita europea dell'ultimo ventennio, e malgrado il declinare di questo interesse ... io ritengo di no e ritengo per conseguenza che di una crisi del diritto romano non si possa seriamente parlare” (pág. 13).

En todo caso lo que sí puede sostenerse —sigue pensando CARRELLI— es que nos encontramos ante una apariencia de crisis, motivada por una general transformación del Derecho Romano que pasa a ser una disciplina histórica, sobre todo a partir del momento en que pierde actualidad a causa del movimiento codificador.

A este cambio de carácter —de disciplina estrictamente jurídica a disciplina histórica— según ve CARRELLI “ha corrisposto un rallentamento dell'interesse vero di essa dei giuristi puri, *ampiamente compensato* (el subrayado es nuestro) dell'accentuarsi dell'interesse degli altri storici ai risultati delle nostre ricerche di storia del diritto”. (págs. 17, 18).

¿Pero esto es lo que ha pasado únicamente en nuestra disciplina? ¿Es total y uniforme ese cambio?

Es cierto que el Derecho de Roma, trabajado con métodos nuevos investigativos, presenta en la actualidad distinto perfil al suyo tradi-

cional. Sería ingenuamente pueril no reconocerlo. Mas no es sólo esto. Existen evidentes motivos que abonan y descubren una crisis vital más poderosa. Ya destacábamos algunos en páginas precedentes y ya también, de mano maestra, los había sistematizado CABRAL DE MONCADA (38): las condiciones de la propia evolución jurídica y social de los pueblos de Europa; las corrientes ideológicas de nuestro tiempo, íntimamente relacionadas con los movimientos nacionalistas y con el marxismo; la transformación de los estudios romanísticos en una pura erudición histórico-crítica.

No cabe prestar solamente beligerancia al último. No debe nunca desconocerse tampoco que hay una razón más profunda que todas: la crisis del Derecho Romano no es sino el reflejo, en nuestro campo concreto, de la crisis de una gran cultura: la clásica, y de la quiebra de aquellos principios —culturales, espirituales, sociales— que mantenían en vilo el prestigio de la civilización europea.

NOTAS

- (1) Así lo ha visto también CABRAL DE MONCADA: "A actual crise do romanismo na Europa". Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. XVI, pág. 247, para quien la crisis es al mismo tiempo de naturaleza social, cultural, científica y pedagógica, y en último término la consecuencia inevitable derivada de la crisis de la cultura clásica, modeladora del espíritu contemporáneo.
- (2) "Remarques sur la crise des études de Droit romain". En Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1939, vol. XVI, pág. 416.
- (3) U. ALVAREZ: "Horizonte actual del Derecho Romano". Madrid, 1944, pág. 99.
- (4) "Zur Krise des römischen Rechts". Festschrift Koschaker II, pág. 386.
- (5) APPLETON: "Nôtre enseignement du Droit Romain: ses ennemies et ses défauts". Mémoires. Cornil, Paris, 1926, págs. 46-47.
- (6) KOSCHAKER: "Die Krise..." cit. págs. 37 sgtes.; 47 sgtes.
- (7) Conf. Rom. a ricordo di G. CASTELLI; Pavia, 1940, págs. 87-183.
- (8) "Remarques sur la crise..." cit. El original de tal artículo fue publicado en Cernauti, en 1937: "¿Exista o crisis a studilor de Drept Roman?"
- (9) "Krise der röm. Recht oder Grundlagenkrise des Rechtswissenschaft". Archiv für Rechtsw. und Socialw. 32 Bd. H. 2, 1940.
- (10) Vid. CARL OTT: "L'enseignement du Droit romain", Neuchatel, 1913. - LUETTEGER: "L'enseignement du Droit romain et le nouvelle Code civil allemand". - Rev. Int. de l'enseign. 1897, págs. 97 ss.
- (11) Cfr. SCHONBAUER: "Zur Krise...", cit. págs. 385-386.
- (12) Recordemos, siquiera enmarcados en una nota, la polémica mantenida entre ZITTELMANN y LENEL sobre el papel del Derecho Romano en la futura enseñanza. - ZITTELMANN ("Das römische Recht in zukünftigen Rechtsstudium". Deutscher Juristen Zeitung. Enero 1920) niega su interés y LENEL en la misma revista: Marzo de 1920) refuta a este autor en un artículo fundamental de título análogo. Vid. la recensión de W. ROCES: Rev. Der. Pr. Madrid 1920, págs. 150-155.
- (13) "Der heutige Staat der römischen Rechtswissenschaft". Münch. Beitr. zur Papyrusforsch. und. antike Rechtsgesch. 1927.
- (14) "Das römische Recht und seine Wissenschaft in Wandel der Jahrhunderte", 1921.
- (15) "Von Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität". Bonn, 1921. Recensión de WENGER en Archiv. für Rechts und Wirtsch. Philooph. XV, pág. 116.
- (16) "Die rassensetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistische Rechtsphilosophie". München, 1932, págs. 6 y 11. Citado por U. ALVAREZ: "Horizonte..." pág. 107.
- (17) A. D'ORS: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano". Salamanca, 1943, pág. 14.
- (18) Vid. sobre esta Reforma, DIEZ DEL CORRAL: "Reforma de los estudios jurídicos en Alemania". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, págs. 145-151.

- (19) "La crisi odierna della scienza romanistica in Germania". Riv. Dir. Comm. 1939, pág. 125.
- (20) SCHONFELD: "Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz", 1929, sostiene que el Derecho Romano ha dañado gravemente a Alemania por ser aislante, abstracto, y por romper la unidad tradicional del derecho germánico. FREISLER: "Nationalsozialistische Recht und Rechtsdenken", 1938, también ataca al Derecho romano bizantino. BINDER: "Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts". En Zur Erneuerung des Bürgerlicher, 1938, afirma que "carece de sentido tomar a préstamo de otro pueblo el derecho..." Con ello queda juzgada la recepción del Derecho Romano.
- (21) Así, por ejemplo, la Zeitschrift der Savigny Stiftung, que tanto ha hecho por nuestra ciencia. Y no es esto solo: la misma declaración de guerra al Derecho Romano —dice CABRAL DE MONCADA (art. cit. pág. 556)— contenida en el programa nacionalsocialista, fue posteriormente revocada cuando el Ministro del Reich, Dr. Hans Frank en 1936 substituyó como objeto inmediato del anatema nacionalsocialista ese derecho por una cierta expresión suya escolástica y conceptualista bien conocida: la "Begriffsjurisprudenz".
- (22) "El Derecho Romano en Alemania desde 1933". - Investigación y Progreso, 1940, pág. 138.
- (23) Recuérdese cómo el Vaticano convocó en 1933 un Congreso Jurídico Internacional para conmemorar simultáneamente el Código justiniano y los Decretales de Gregorio IX. Tales trabajos se publican —"Atti..." etc.— en 4 volúmenes (1934-1935). Además, bajo los auspicios del Vaticano, donde se publica desde 1935, el Prof. italiano ALBERTARIO ha dirigido la importante revista "Studia et documenta historiae et iuris".
- (24) Hay que mirar con absoluta desconfianza —venía a decir el Ministro— aquellas tendencias peligrosas que recientemente se han manifestado en algunos centros jurídicos italianos, caracterizados por una simpatía demasiado indulgente hacia las experiencias e instituciones jurídicas de otros países, extraños a la tradición del Derecho Romano. DINO GRANDI: "Discurso del Ministro de Justicia ante la Cámara fascista y Comisión de reforma del Código Civil". Roma, octubre 1938, XVI.
- (25) "Römisches Recht für österreichisches Universitäten. Eine Beitrag und Vorschläge zur Studien reform". Wien, 1917.
- (26) Cfr. "La crise du Droit romain". Mémoires des études latines, Paris, 1943, págs. 387-415.
- (27) A. D'ORS: "Presupuestos críticos..." cit. pág. 15. Ultimamente, su conferencia del Ateneo de Madrid, 1951, publicada en la elegante colección, dirigida por Florentino Pérez Embid, "O crece o muere".
- (28) Nov. Recop. 4.3.6.
- (29) JOVELLANOS: "Carta al Dr. Pardo sobre el modo de estudiar el derecho". Bibliot. Autores esp. 50, pág. 146.
- (30) JUAN FRANCISCO DE CASTRO: "Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes", 1765, pág. 62.
- (31) Cfr. R. RIAZA: "El Derecho Romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVII". Madrid, 1929.
- (32) Notable en este sentido es la labor de uno de nuestros romanistas, ALVARO

D'ORS, que (con JUAN IGLESIAS y U. ALVAREZ) mantiene en España la llama viva del romanismo actual.

- (33) D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 16.
- (34) Respecto a Rusia, aunque sólo sea en el espacio de una nota, hemos de apuntar también que su enemistad al Derecho Romano se debe a razones típicamente políticas y revolucionarias (Derecho romano como Derecho burgués) según se deduce de aquellas palabras (recogidas por CARRELLI: "A proposito di crisi del Diritto Romano" S. D. H. I. 1943, pág. 2) en las que el Mariscal soviético Tukachewski se dirige a un periodista inglés, manifestándole que la cultura clásica y el Cristianismo eran los peores enemigos de la Revolución comunista proletaria. Es claro que cuando habla de cultura clásica no puede desconocer a uno de sus ingredientes más diferenciados: el Derecho de Roma.
- (35) "A proposito di crisi..." cit. pág. 2.3.
- (36) "El Derecho Romano en Alemania", cit. pág. 135-136.
- (37) "A proposito di crisi", cit. pág. 14.
- (38) "A actual crise..." cit. pág. 247.

B) LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

"Ha venido constituyendo un tópico de todos los estudios históricos que tratan de explicar la significación del Derecho Romano y la trascendencia actual de su cultivo —escribe URSICINO ALVAREZ (39)— la afirmación de que no existe en toda la Historia Universal fenómeno más sorprendente ni admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia".

Razón tiene, en efecto, el ilustre romanista español al constatar la efectividad del hecho. Una literatura jurídica abundante se ha esforzado en destacar las causas de esta siempre reverdecida epifanía romanística, los motivos que pregonan la supervivencia ejemplar del Derecho Romano (40).

Hay *causas extrínsecas*, causas ajenas a la esencia genuina del Derecho Romano, que nos explican el éxito innegable y la pervivencia sin par del mismo.

Motivos históricos particulares lo iban determinando. Roma avanza sobre los pueblos itálicos, y su arrolladora sed de Imperio (Imperio también en el espíritu, en la cultura) reclama terrenos nuevos que conquistar, espacios abiertos por donde sus legiones, fuera de los límites propios de la península italiana, puedan irrumpir victoriosas.

Esta idea romana de Imperio es por eso una de las poderosas razones que, a la par que impulsa el Derecho de Roma más allá de sus fronteras nacionales, lo fortalece con una fe y un sentido ecuménico tan efectivo, que ahí queda para siempre como una de las más geniales creaciones del espíritu humano.

Se ha dicho que la idea de Imperio no es genuinamente romana y que su origen teórico está en Grecia con exactitud. Es una cuestión que, en cierto modo, no nos interesa resolver, porque aquí estamos constatando hechos, exponiendo sencillamente causas: las causas de pervivencia del Derecho Romano.

Ahora bien, no cabe la menor duda —y esto es interesante subrayarlo— que la realización de la idea de Imperio nadie puede arrebatársela a Roma. Esta idea se cumple, en efecto, con independencia de las especulaciones teóricas de los griegos (insuperables maestros en el orden abstracto del pensar) aunque luego más tarde, cuando se pro-

yectan al mundo las doctrinas helénicas, resultan afianzadas en el orbe gracias a esta colosal realización romana (41).

Desde los tiempos de Augusto los límites que va a alcanzar el Imperio son enormes, extendido incluso a las Islas Británicas. A partir, sobre todo, del 212 (concesiones de Caracalla), ya no hay poder apenas que frene la expansión del Derecho Romano, que sabe, es claro, adaptarse a las específicas peculiaridades de las regiones conquistadas con un tacto y un genio jurídicos realmente asombrosos.

No nos extraña por ello el hecho de encontrar, en plena edad Media, ideas continuadoras de las más típicas concepciones romanas. Imperio y Roma son los dos términos de una relación, en innegable interdependencia: cuando se quiere restaurar el Imperio se cree y se piensa en el Imperio romano. En la noche de Navidad del año 800, cuando el Pontífice León III corona a Carlomagno, de "rex francorum et longobardorum" que era, pasa a ser un nuevo "Imperator romanorum": el Jefe máximo —Caudillo y César— del nuevo Imperio que se instaura (42). Extraño sería, piensa DE DIEGO (43), que al reanudar el nuevo Imperio la tradición con el antiguo, olvidase de todo punto las viejas leyes (44).

Mas esto, en realidad, no podía nunca ocurrir. Las viejas leyes romanas no habían perdido su prestigio y su valor, y ello aunque no se reimplantaran formalmente. Cuando la recepción en Alemania del Derecho Romano se produjo, lo fue en gran parte debido a que éste procedía directamente de los Emperadores romanos, predecesores de los del Sacro Romano Imperio. La abolición del mismo por Napoleón, en el año 1806, plantea incluso enormes disputas en torno al problema de ver si implicaba fundamentalmente la negación de validez del propio Derecho Romano (45). Prueba evidente, por cierto, de que es a la idea romana de Imperio a quien se debe en parte la pervivencia del Derecho, vehículo cualificado de una audaz política expansionista, e instrumento imperial de formidable categoría y valor.

Otra de las causas extrínsecas de que venimos hablando es —como ya había destacado el Profesor DE DIEGO— el principio de la personalidad de las leyes, admitido por aquellos pueblos bárbaros que caen en tromba sobre el Imperio Romano de Occidente. Y es que, al permitirse a los vencidos que conservaran sus propios Derechos, ni que decir tiene se defendía paradójicamente la supervivencia de las normas jurídicas romanas (46).

Por otra parte, también la Iglesia contribuye eficazísimamente a la conservación de las mismas (47). Y en efecto: "Ecclesia vivit legibus

romanis"; la Iglesia, en esta etapa medieval, sigue rigiéndose esencialmente por el Derecho de Roma, por aquellos principios jurídicos romanos, únicos que podrían satisfacer sus ansias de universalidad (48). Así se explica que, una vez destruído el Imperio Romano de Occidente, fuese principio aceptado por las diversas legislaciones germánicas el hecho de que el clero se juzgara siempre de acuerdo con la "lex romana". "Romanorum leges sacerdotes convenit observare", se afirma con insistencia en los viejos documentos eclesiásticos de la Edad Media.

Pero no son tan sólo estas razones las únicas que pudieran alegarse como causas extrínsecas de la supervivencia del Derecho Romano.

El prestigio innegable de Roma, centro cultural de primer grado en la Edad Antigua (49) y por otro lado el confusionismo jurídico imperante en la Edad Media, como consecuencia de la enorme variedad legislativa, son razones apodícticas que francamente demuestran, además, el hecho a que nos referimos.

El prestigio de Roma no es discutido por nadie. Heredera de la brillante civilización helénica, se nos aparece Roma en la Historia como un faro gigantesco que alumbrara todos los caminos de las culturas. El mundo antiguo y el mundo medieval deben a Roma, en efecto, lo más sólido y efectivo de sus valores. El Renacimiento presenta, en la panorámica viva de la cultura, un retorno feliz a las más puras tradiciones clásicas y humanísticas, que Roma, como antes Grecia, había vivido. Incluso el mundo moderno es deudor a Roma de un magnífico legado cultural, y, ni que decir tiene, del legado inapreciable de su derecho. ¿No iba a pesar, por ello, Roma en la historia posterior del mundo? ¿Los yunques y crisoles de su alma —del alma inmortal de Roma, por emplear la frase de uno de nuestros grandes poetas— iban a laborar tan sólo para el polvo y para el viento?

Cuando hace un momento hablábamos del confusionismo jurídico imperante en la Edad Media, pensábamos, desde luego, en la tónica general de estos tiempos, confusos por naturaleza, pero con ansias indudables de claras soluciones. La Edad Media, mucho más enorme que delicada, contempla una gran variedad de sistemas jurídicos diferentes, cuando no contrapuestos. Mas he aquí que sólo el Derecho de Roma es el único que puede conseguir la unidad jurídica apetecida, en el sentido de que sus construcciones, por llevar en su esencia principios universales, eran las únicas susceptibles de ser aplicadas a todos los pueblos (50).

Aparte de esto, el derecho bárbaro de los pueblos conquistadores —cuando tiene que enfrentarse con la realidad social de la época— ha

de admitir, por una necesidad pudiéramos decir vital e ineludible, gran parte de las soluciones romanas, técnicamente mucho más perfectas y depuradas. Derecho apto para un pueblo de guerreros indomables que habitaban los bosques, el derecho bárbaro es de todo punto elemental e insuficiente para servir a un pueblo que se asienta ya en núcleos urbanos y que poco a poco va civilizándose al contacto de Roma.

Entonces, escribe PARKER WALTON, "cuando la vida de la ciudad comienza y principia el comercio, parece a las jóvenes naciones un regalo de los dioses al encontrar que el Derecho Romano daba una respuesta a casi todos los problemas que pudieran surgir en estas condiciones nuevas" (51).

Hasta aquí no hemos hecho otra cosa que destacar las causas extrínsecas más importantes que pregonan la supervivencia del Derecho Romano. Quedan ahí, por tanto, (en cuanto no afectan a la esencia o al valor en sí del Derecho de Roma) como meros índices valorativos de diversas oportunidades históricas, efectivamente logradas. Así es en verdad la Historia, en cuyo entretejido difícil, formado por la acción conjunta de los hombres o por la individual de las grandes personalidades, se intercalan a veces los hilos gruesos de la oportunidad o del destino.

Pero estas causas, en realidad (causas coadyuvantes de primer grado, pudiéramos decir) no bastan para explicar por sí solas el milagro de la continuada perennidad del Derecho Romano.

Por eso tuvieron que darse junto a otras —*causas intrínsecas*— que llevaran en su propia esencia la razón de existir del propio Derecho de Roma; tales son la perfección del mismo y su carácter acusadamente universal. Hubiera sido el Derecho Romano un Derecho particularista e imperfecto y de nada hubieran servido estas especiales circunstancias políticas, religiosas y culturales que hemos analizado.

Si el Derecho Romano se mantiene en la Historia es debido más que nada a la gran perfección que ostenta y a su efectivo carácter de universalidad, uno de los más logrados atributos que pueden definir a un derecho calibrado históricamente. Por estas, y no por otras razones, el Derecho Romano persiste; ellas son las que explican el enorme valor humano del mismo, digno de ponerse al lado —según ZUBIRI (52)— de la religión de Israel, la metafísica griega y la misma ciencia moderna.

¿Qué hemos de indicar, por tanto, de esta doble causa intrínseca de pervivencia? ¿Cómo debe ser entendida la perfección y la universalidad del Derecho Romano?

Estamos completamente de acuerdo con un maestro español. No

reside la perfección de este Derecho en ser una mera técnica constructiva de valor formal, como parece destacar Savigny. Característica de la jurisprudencia romana es la ausencia de un sistema perfectamente encuadrado y que obedezca a la aplicación de principios lógicos fundamentales. "La producción jurídica de Roma (observa agudamente U. ALVAREZ) no va de arriba abajo, sino de abajo arriba, de la realidad a su solución; pero se intenta dar a esta resultante un valor general, gracias a la utilización, *dentro de cada caso*, de un absoluto rigor lógico y de un sutilísimo y exacto sentido de la justicia" (53).

Ya destacamos en otra ocasión esta especial característica antidogmática de la jurisprudencia romana, poniendo de relieve su sentido casuístico y práctico cien por cien. Es ello una prueba irrefutable de sabiduría jurídica, pues (dígase lo que se quiera) el derecho es campo de la voluntad humana y ello debe implicar el respeto amplio de la facultad humana del querer, cuando merezca, por su licitud, ser tutelada jurídicamente.

De forma que en este sentido —mucho más que en su aspecto técnico— es perfecto el Derecho Romano. Perfecto como ningún otro Derecho lo ha sido, ya que, como muy bellamente ha destacado un autor, se inspira y se adapta a la realidad de las condiciones humanas, sin que por ello reniegue a alcanzar el ideal; satisface todos los intereses, de los ínfimos a los máximos, y los morales no menos que los materiales, en proporción a su valor; acopla la regla impuesta para los casos comunes a las exigencias de los casos particulares, sin convertirse, por ello, en inseguro; da la razón a los fuertes, pero no deja indefensos a los débiles donde su defensa puede resultar útil; se erige sobre la sólida base de pocos institutos, presentando simplicidad y al propio tiempo variedad y armonía de estructura; y, en resumen, todo él se encuentra animado de las necesidades, de los sentimientos y de las ideas propias de los hombres dignos, bajo cualquier respecto, del nombre de hombres (54).

Con estos fundamentales atributos no se hace difícil creer en la "vocación de eternidad" del Derecho de Roma. Así fue construído precisamente, con entusiasmo y cariño, por aquellos viejos juristas romanos, calificados por MAETERLINCK (55) en bella metáfora como albañiles que construían para la eternidad (56).

Las razones ya consideradas, al indicarnos la supervivencia del Derecho de Roma, nos llevan de la mano a otros problemas actuales, como vamos a ver a continuación.

Cabe en primer término preguntar si en nuestro actual momento

histórico hay razones que justifiquen el interés del estudio del Derecho Romano. Cuando el espíritu de un Derecho pervive a través de la Historia, no obstante los incesantes avatares de la misma, es porque causas esenciales predicen su prosapia y su valor. Conocerlas en sus conexiones substanciales, en su problematismo histórico, es, desde luego, fundamental, y así lo hemos hecho nosotros. Mas no por ello deja de ser necesario el averiguar si en los tiempos nuevos existen motivos que justifiquen el estudio de una disciplina tan incuestionablemente histórica (sin perder por ello su carácter fundamental jurídico) como es el Derecho Romano.

¿Cuáles son los motivos que, en la actualidad, abonan el estudio del Derecho de Roma? ¿Y cómo deben ser valorados?

Razones poderosas, motivos culturales e históricos de importancia (57), nos llevan en la actualidad a mantener el estudio del Derecho Romano, pues aparte de su valor formativo y pedagógico innegables, posee a la vez un interés marcadamente práctico, ya que constituye el elemento informador de casi todas las legislaciones vigentes en el actual momento histórico.

Procedamos, desde luego, sistemáticamente:

A) *El Derecho Romano, elemento integrador de las actuales legislaciones.*

Una razón fundamental, que siempre se ha venido alegando para defender el estudio del Derecho Romano, es esta que vamos a considerar inmediatamente.

Porque nuestro Derecho tiene un interés práctico inmediato, ya que es útil en sumo grado para conocer el Derecho actual, las leyes positivas modernas. Los grandes principios que sirven de base al mundo jurídico moderno son siempre los que ellos —los romanos— establecieron. Y a nadie es permitido repudiar esta herencia sino al precio de romper con el pensamiento de los juristas; de reemplazar el Derecho por la arbitrariedad o la violencia (58).

Y en efecto. Pensemos sin más en todos aquellos conceptos, de clara estirpe romanística, y que en los mismos sistemas actuales pregonan su ascendencia originaria. Así, por ejemplo, los conceptos de acción y de excepción; de capacidad jurídica y de capacidad de obrar; las líneas fundamentales del derecho sucesorio; los principios informan-

tes del derecho contractual e incluso de los derechos reales; la doctrina de la libertad de las altas partes contratantes; los requisitos para la validez de los actos jurídicos; los vicios de la voluntad en la doctrina del negocio jurídico...

Muy imperfectamente conoceríamos el derecho actual si olvidásemos que todo derecho es un producto histórico y que, por tanto, sólo la Historia puede descubrirnos sus notas específicas, los atributos típicos individuantes. Porque el Código —como alguien ha dicho (59)— no representa sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico, y sólo puede llegarse a una posible “comprensión del mismo —subrayo estas palabras— analizando la raíz remota de donde proceda”.

¿Qué hemos de agregar —concretamente pensando en el Derecho español— si pesan en nuestros antiguos cuerpos legales (Lex Romana Visigotorum, Fuero Juzgo, Partidas), e incluso en el mismo Código, la más profunda influencia romana? (60).

La misma ciencia jurídica española fue integralmente romana, aun con el peso de lo canónico, cuando fue ciencia que influyera en el mundo. Rota en los siglos XVIII y XIX nuestra cultura jurídica tradicional, hemos de predicar ahora el inmediato retorno a nuestros clásicos, y para ello no hay más remedio que volver a un estudio que tan amplia y netamente informara nuestra vieja cultura.

¿Pero tanto debemos al Derecho Romano; tan necesario e imprescindible se nos presenta su estudio?

Indiscutiblemente, sí. Como TRAVIESAS afirmaba: “Este derecho se nos ofrece como el mejor modelo de arte jurídico conocido. Su estudio constituye quizás el más acabado instrumento de educación jurídica de la juventud universitaria. Porque su enseñanza se mantiene en todas partes. Pero, por añadidura, para nosotros tiene un valor excepcional: una enorme masa de reglas de Derecho Romano se halla consagrada en el Código Civil, o puede ser de aplicación directa, como en Cataluña”. Y proseguía: “el conocimiento, por tanto, de este derecho, importa unas veces para la acertada aplicación de las normas jurídicas, cuyo alcance en tantas ocasiones se determina por su historia, y otras porque es norma vigente. Aparte de que en el Derecho Romano tienen ya su justa solución tantos problemas jurídicos actuales”, y concluye con estas palabras de PARTSCH:

“La teoría de las personas jurídicas, la de las cosas y partes de cosas; la teoría del negocio jurídico y la de la declaración de la voluntad; la de la nulidad de los negocios jurídicos; la de la condición y hasta la de la representación, se han desarrollado sobre la base de principios

romanos. Toda nuestra moderna teoría del Derecho de obligaciones está constituida con pensamientos del Derecho Romano, y sus principios han llegado a ser hoy, muchas veces, carne y sangre del nuestro, de tal modo que nos olvidamos también de preguntar si los pensamientos romanos corresponden a las modernas relaciones de la vida y a nuestras sociedades . . . En todo el mundo son hoy los conceptos del Derecho Romano presuposición como de una manera de conceptuar del lenguaje común de los pueblos" (61).

Todas estas razones —y muchas más que pudieran alegarse— abonan, en efecto, el estudio del Derecho Romano. Ahora bien: ¿la fuerte base romana que presentan los principios del Derecho moderno es una razón primordial, o por el contrario, es una razón de interés secundario para el cultivo actual de nuestra disciplina?

Frente a romanistas ilustres, como APPLETON (62), defensores del interrogante que exponemos en su parte primera, hemos de pensar nosotros —con PAUL FREDERIC GIRARD (63) que la razón invocada, aunque de peso, no es exactamente decisiva, ya que de admitirse como fundamental “nos conduciría a estudiar no el verdadero Derecho Romano . . . sino el Derecho Romano tal y como había sido entendido por nuestros antiguos autores”. Y en efecto, continúa el autor citado, “cuando Pothier ha comprendido mal una teoría romana, no es ésta la que ha pasado al Código, sino la interpretada por Pothier. Un estudio así conducido podría ser fecundo en resultados para la inteligencia de los orígenes de nuestras leyes positivas, pero no tendría nada de común con el estudio científico de la legislación romana”.

No parecen ser otras las ideas profesadas por un preclaro romanista alemán, PARTSCH, en la segunda magistral conferencia que pronunciara en Friburgo de Brisgovia sobre la situación de nuestra disciplina (64): “Cuando hablamos —decía— de la necesidad del Derecho Romano para la interpretación de nuestro derecho vigente, no queremos decir en modo alguno que sea en efecto necesario para la interpretación práctica de nuestro Código, ni que sea lícito aportar principios de Derecho Romano para resolver las cuestiones jurídicas actuales. Tal argumento, frecuentemente empleado, es falso desde el momento en que el Derecho Romano no es ni siquiera fuente legal subsidiaria”.

Dejando aparte lo que de exagerado haya en esta afirmación última del Maestro alemán, sí en cambio tendremos que remachar de nuevo —para salir al paso de posibles controversias— el hecho ya en su momento apuntado: que de mantenerse la postura de APPLETON iban a resultar los estudios romanísticos tergiversados en su realidad,

puesto que —ya lo hemos visto— no son los principios romanos en su original pureza los que pasan a los Códigos, sino sus elaboraciones escolásticas posteriores, al menos como regla general. De este modo pudo alegarse contra el Código Civil de Alemania, en frase muy exagerada, pero no menos significativa, que se limitó a poner en versículos el Tratado de las Pandectas de WINDSCHEID (65).

Cuando BIONDO BIONDI sostiene la necesidad de prescindir en el estudio del Derecho Romano de la aportación de los pandectistas, no podemos por menos de darle la razón. El mismo concepto que nos deja WINDSCHEID del Derecho de Pandectas —“Derecho privado común alemán de origen romano” (66)— se nos hace inmediatamente sospechoso porque, en efecto, hace referencias a un derecho elaborado dogmáticamente con el fin de servir a la sociedad moderna, aunque para ello, en muchas ocasiones, haya de prescindirse del sentido auténtico de las fuentes.

Y esto es lo que, desde luego, no es lícito hacer en los tiempos que corren. Prescindir de las fuentes legales (las únicas que nos pueden dar el correcto sentido del Derecho Romano) es un contrasentido y a la par un soberano absurdo, tanto que incluso puede llevarnos a la más radical crisis de nuestro Derecho. Así pudo afirmar el Maestro DE DIEGO (67) que “todo florecimiento de nuestros estudios está ligado con un examen más atento o con una ampliación y mejor conocimiento de las fuentes inmediatas de indagación, y, por el contrario, las épocas de decadencia significan apartamiento de dichas fuentes” (68).

No es solamente este valor del Derecho Romano el único que tenemos que considerar. Aparte de ser el elemento integrador de las actuales legislaciones, el Derecho Romano —por sus notas de universalidad y de perennidad— había sido entendido también como una especie de Derecho Natural, como la “ratio scripta” por excelencia.

En él, más que en ningún otro derecho —se decía— pueden saciar los hombres su sed infinita de justicia (69). Y cuando llega el momento, en la historia de la jurisprudencia, de valorar el papel que en la aplicación del Derecho corresponde al Juez y al Magistrado, también se destaca la misión del Derecho de Roma, fundamental instrumento en la formación de la conciencia jurídica del órgano encargado de administrar justicia.

La “Freirechtsschule”, la escuela de la jurisprudencia libre que KANTOROWICZ (70) había tratado de fundamentar, al propugnar la liberación del juez de toda norma que pudiera ligarle en el acto de juzgar, al defender la desaparición de los Códigos actuales y el pleno ar-

bitrio judicial en la aplicación del derecho, no iba a significar “a sensu contrario” sino la defensa de las formulaciones romanas, de aquellos principios generales —lapidariamente expresados por los grandes juristas de Roma— que contenían “in nuce” las soluciones más justas y sabias a la par.

Para saltar así, un tanto olímpicamente, sobre los preceptos legales de los Códigos, sobre las normas rituarías procedimentales, no cabía, en efecto, otro recurso más viable que el de conceder al juez arbitrio libre en el cumplimiento de su decisiva misión. Desvinculación por un lado del derecho positivo, pero necesidad imperiosa por parte del juez de cultivar esas fundamentales categorías del pensamiento jurídico —y ninguna como las romanas— “donde se halla en todo caso la razón del derecho presente y la raíz del porvenir” (71).

B) *Su valor formativo y pedagógico.*

Otras razones de utilidad se han venido alegando para justificar el estudio del Derecho Romano.

Ya WENGER, en un famoso discurso (72), puso de manifiesto que el Derecho Romano tenía que servir necesariamente de base para todos los posibles acuerdos de carácter internacional en materia de Derecho privado. “No ha mucho —dice— se celebraba el Congreso Jurídico Internacional de Viena, y en él se volvió vivamente a hablar de viejos planes de creación de una especie “*ius gentium*” de obligaciones que sirviese para las relaciones internacionales. ¿Cuál sería el lenguaje (en el sentido de principios jurídicos) en que los juristas de los distintos Estados habrían de manifestarse para que hubiese una posibilidad de concordancia? Ciertamente —decía— que no habría de ser el Derecho comprendido en los párrafos esqueléticos de cualquier Código moderno, sino sencillamente la ciencia jurídica romana”.

También entre nosotros se ha vuelto a pensar, por D'ORS, que puede incluso hoy servir de guía en el estudio del llamado Derecho Internacional, fijándose para ello en el concreto caso de la guerra (73).

Bien sabemos, por otra parte (y ello parece confirmarlo), el carácter genérico y común que ostenta toda norma de Derecho Internacional, basado a nuestro entender, y de modo fundamental, en los principios universales del “*ius naturale*”, uno de los cuales es el tan invocado brocardo jurídico del “*pacta sunt servanda*”. Ya en un trabajo nuestro anterior (74) tratábamos de precisar la ascendencia y el sen-

tido romano de tal regla, formulación evidente del principio de la “*fides*”.

No cabe duda que, en este sentido, el estudio del Derecho Romano es interesante incluso para contemplar —desde un ángulo histórico-práctico de excepcional relevancia— cómo las soluciones romanas pueden servir hoy día de normas orientadoras en la vida jurídica que entre sí mantienen los pueblos. De aquí que en muchas Conferencias y Congresos Internacionales se propugnen principios romanos para la pacífica solución de los conflictos en curso. Es que en las mismas leyes romanas —como destacaba DE SLOOVERE (75)— puede encontrarse la base más firme y fundamental del llamado Derecho comparado de los pueblos.

El Derecho Romano no es tan sólo un instrumento incomparable de educación histórica. El Derecho Romano posee además un valor pedagógico y educativo evidentes, títulos ambos que —sin otras razones— pudieran justificar su estudio, si éste no estuviera ya suficientemente justificado por otras causas.

No queremos profundizar estos motivos, que luego más tarde merecerán nuestra atención al exponer el método de enseñanza. Sólo nos interesa destacar la enemiga del positivismo jurídico contra el Derecho Romano, al desconocerle valor práctico alguno ya que se trata —decían sus autores— de un derecho muerto, irremediabilmente fosilizado en formas vacías de actual contenido.

Un autor alemán, ya citado, WENGER (76), exponía así el pensamiento positivista: “¿Qué hay en todo ello? ¿Qué logramos con toda esa visión, por interesante que sea, de un derecho ya pasado; ordenador de pueblos desaparecidos? Juristas prácticos y con muchos conocimientos positivos del Derecho vigente es lo que debe, en realidad, formar las Universidades”.

El mal venía, indiscutiblemente, de atrás, y el toque de alarma decidido lo había ya dado MOMMSEN a mediados del pasado siglo en dos fundamentales discursos pronunciados en 1848 y 1852 (77). En su primera disertación, MOMMSEN expuso claramente sus ideas entre quienes querían colocar “an die Stelle der Rechts ideen die gedanklose Empirie seiner Zeit”, en lugar de ideas jurídicas el empirismo vacío del pensamiento que entonces dominaba.

En su segundo discurso trató del “porque la Historia del Derecho Romano era necesaria e indispensable para los altos estudios jurídicos”. No vamos a expresar aquí todas las ideas del autor, sino sólo aquellas fundamentales que sean a modo de compendio de su argumentación:

“Queremos con nuestro estudio —dice— desarrollar la fantasía del estudiante presentándole en su conjunto la evolución del Derecho. Queremos agudizar su sentido jurídico para la necesaria deducción de consecuencias, haciéndole apreciar y comprobar que la medula del Derecho permanece inalterable a lo largo de su evolución, y, por último, acostumbrarlo a apreciar la constante transformación de los detalles de las instituciones jurídicas para inclinarle, en definitiva, a una cierta sutileza y flexibilidad en el manejo de las redes del Derecho positivo”.

Si se ha hablado insistentemente del interés formativo del Derecho Romano es porque, en efecto, algo hay en el Derecho de Roma que le eleva al rango señero de las disciplinas humanísticas y algo también en él que despierta en el estudioso la más amplia vocación científica, junto al rigor dialéctico con que abordar, discutir y resolver los casos prácticos planteados, verdaderas piedras de toque del conocer jurídico. Así de esta manera, y no de otra, se va perfilando el espíritu de jurista del investigador, a la par que su vocación decidida por lo histórico (78).

Escuela magnífica de aprendizaje y de formación profesional (en el más amplio sentido de la frase), pocos sistemas jurídicos —por no decir ninguno— pueden arrebatarse al Derecho Romano este legítimo timbre de gloria. En su disciplina se han formado miles de juristas de todos los tiempos y de todos los países. Y el colosal espíritu que anima este Derecho es hoy, a tantos siglos de distancia, algo todavía tan vivo y perdurable que para él semejan dictadas las proféticas palabras del gran vate de Roma: “... semper honos nomenque tuum laudesque manebunt”.

NOTAS

- (39) “Horizonte actual...” cit. pág. 5.
- (40) Amplia y escogida bibliografía en U. Alvarez; op. cit., págs. 7 y ss.
- (41) Vid. E. BARKER: “El concepto de Imperio”. Legado de Roma. Trad. castellana cit. págs. 57 ss.
- (42) Vid. PACCHIONI: “Breve historia del Imperio Romano narrada por un jurista”. R. D. Priv. Madrid, 1944, págs. 252 y ss.
- (43) “Introducción...” cit. pág. 191.
- (44) “Si bien al restablecimiento del Imperio romano de Occidente no va ligado ningún acto formal de restablecimiento del Derecho Romano, no se puede poner en duda la protección que los Carlovingios dispensan al Derecho Romano, consecuencia del favor con que miraron los buenos estudios. Era ya tradición muy extendida en el siglo XII la de que Carlomagno había sentido alta veneración por las leyes de los antiguos romanos. En las Capitulares y en los Concilios presididos por los Carlovingios se recurre al Derecho Romano. En el Edictum Pictense dice Carlos el Calvo: “Super illam (Romanam) legem vel contra ipsam legem nec antecessores nostri quodcunque capitulum statuerunt, nec nos aliquid constituimus”. DE DIEGO: “Introducción...” cit. pág. 191, núm. 2.
- (45) Vid. PACCHIONI: “Il sacro romano Imperio e le norme di Diritto internazionale privato”. Studi Bonfante I, págs. 606-607.
- (46) DE DIEGO: “Introducción...” cit. pág. 190. No estimamos de notoria trascendencia la distinción doctrinal sobre el carácter del Derecho en esta época, separando la genuina personalidad de la ley entre los francos de la nacionalidad, de la ley en los pueblos visigóticos (Vid. TORRES LOPEZ: “Lecciones de Historia del Derecho Español”. II, Salamanca, 1933, págs. 104-105) pues de todas formas se salva la subsistencia del Derecho propio de los pueblos dominados. Respecto a la tesis de GARCIA GALLO: “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en época visigoda” A. H. D. E. XVI, 1936-1941, propugnadora del carácter territorial de las leyes visigóticas, aquí tan sólo podemos indicar que todavía sigue estando sometida a revisión.
- (47) Vid. PARKER WALTON: “Historical introduction to the Roman Law” 4ª edic. Edimburgo, 1920, pág. 11. - DE DIEGO: “Introducción” cit. pág. 191; U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. pág. 12.
- (48) U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. nota anterior.
- (49) Vid. PARKER WALTON: “Historical introduction...” cit. pág. 10.
- (50) Vid. U. ALVAREZ: “Horizonte...” cit. pág. 13.
- (51) Cfr. PARKER WALTON: “Historical introduction...” cit. pág. 10.
- (52) “Naturaleza, Historia, Dios”. Madrid, 1944, pág. 19.
- (53) “Horizonte actual...” cit. págs. 12-13.
- (54) PEROZZI: “Istituzioni...” cit. I, págs. 5-6. Son bellas y elocuentes palabras, íntegramente transcritas, merecedoras de ocupar la primera página de una antología de elogios.

- (55) Cit. por LAPRAT: "La notion du dépôt romain dans la commende cathlique". Mél. Huvelin, pág. 189.
- (56) Cfr. también HUVELIN: "Leçon inaugurale de l'Ecole française de droit de Beyrouth" (14-IX-1913); en Mél. Huvelin, pág. 2: "Este derecho lo habían construido los romanos como sus propios monumentos; lo habían edificado con materiales tan sólidos y tan perfectamente trabados entre sí que hubo de desafiar al tiempo mismo".
- (57) En un libro reciente, "Europa und das römische Recht". Munich, 1947, el ilustre romanista alemán KOSCHAKER vuelve de nuevo sobre el formidable tema del valor del Derecho Romano en unos momentos decisivos para la cultura jurídica europea.
- (58) LAPRAT: "La notion du dépôt..." cit. pág. 189.
- (59) "Horizonte..." cit. pág. 31.
- (60) Respecto a la influencia del Derecho Romano sobre otras legislaciones, vid. la bibliografía copiosa que apunta U. ALVAREZ: op. cit. pág. 14 ss., en especial las notas 12-15 y 35-36, estas últimas con referencias exclusivas a España.
- (61) Prólogo a la versión española de la 17 edición alemana de las Instituciones de Derecho Privado Romano de SOHM, MITTEIS, WENGER, Madrid, 1928, págs. VII, VIII.
- (62) "Nôtre enseignement du Droit romain..." cit. Mél. Cornil, págs. 48 ss.
- (63) "Manuel élémentaire..." cit. pág. 5.
- (64) La obra de PARTSCH que condensa su pensamiento en este sentido: "Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität". Bonn, 1921.
- (65) Indicado por FERRINI: Opere, IV, pág. 427 y ALBERTARIO: Studi V, pág. 56. Vid. además I. MARTIN: "El estudio del Derecho Romano actual". Murcia, 1944, pág. 22 n. 1.
- (66) "Diritto delle Pandette". Trad. ital. de FADDA Y BENZA, Torino, 1925, I, pág. 1.
- (67) "Introducción..." cit. pág. 186.
- (68) Es en el terreno de la filología donde, sobre todo por la obra de WOLF ("Prolegomena ad Homerum", 1795), se inicia un nuevo método de análisis crítico de los textos. NIEBUHR, como sabemos, se encarga de aplicar el criticismo wolfiano a la Historia. "Según él, para poder remontarse de los términos subjetivos al conocimiento de los hechos objetivos, al conocimiento de la Historia "tal como acaeció", era indispensable conocer la historia de la tradición de estos hechos". MARX, Rudolf: "Jacobus Burckhardt. Su personalidad y su obra". Apéndice a BURCKHARDT, J. "Reflexiones sobre la Historia Universal". Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1946, págs. 37-38.
- (69) Referencias a WINDSCHEID y PETRAZYCKI, en U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. págs. 37-38.
- (70) Vid. sobre todo su obra capital "Die Kampf um die Rechtswissenschaft", 1900.
- (71) U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 39.
- (72) "Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft". Vol XI de los "Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte", 1927. El citado discurso fue pronunciado el 3 de noviembre de 1926 al tomar po-

- sesión de su cátedra en la Universidad de Viena. Vid. recensión de KÜBLER en Z. S. S. 48 (1928), págs. 659 ss.
- (73) "Presupuestos críticos..." cit. pág. 25.
- (74) "La bona fides en el Derecho Romano". Tesis doctoral, sin publicar todavía.
- (75) "Teaching Roman Law as a basic comparative Law". Bull. Ist. Dir. Rom. 1936-1937, pág. 463.
- (76) "Der heutige Stand..." cit. nota 73.
- (77) MOMMSEN: "Gesammte Schriften" III Bd. Juristischen Schriften, Berlín, 1907, pág. 168.
- (78) Vid. sobre estas cuestiones U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 44 sig.