

**- ESTUDIOS DE DERECHO -**

**Directores:**

**Dr. Alfonso Uribe Misas**  
Rector de la Univ.

**Dr. Eudoro González Gómez**  
Decano

-1-

# ESTUDIOS

# El Contrato de Transporte en la Legislación Mercantil Colombiana

(Conclusión)

Los artículos 259, 260 y 261 de nuestro Código de Comercio definen las diversas partes que intervienen en la celebración del contrato, la denominación jurídica de quien ejerce la industria del transporte y la posibilidad de existencia de otra intervención más dentro del contrato: la del asentista o sub-porteador.

Lo primero que cabe observar es que, a diferencia de la generalidad de los contratos, en que sólo existen dos partes, en el transporte se opera la concurrencia de tres partes: Quien se halla al principio del contrato o quien lo celebra; quien verifica la conducción y quien se halla al final del contrato o donde se agota éste, si se me permite esta presentación gráfica no muy exacta pero sí clara. Ello como norma general, según pasamos a verlo.

“Denomínase cargador, remitente o consignante el que por cuenta suya o ajena, encarga la conducción”. Es quien celebra el contrato, quien despacha la mercadería; se halla pues al principio del contrato,

ya que con la concurrencia de otra voluntad da nacimiento a él. Está en el primer extremo dentro del desarrollo del contrato.

El cargador puede encargar la conducción bien por cuenta propia, ora por cuenta ajena, al tenor de lo establecido en los artículos 1506 y 1507 del Código Civil.

Ya me referí a la teoría de la estipulación por otro, que algunos han sostenido dentro del contrato que estudio, cuando el consignatario es ajeno a la estipulación inicial por haber obrado el consignante en alguno de los casos del Código Civil acabados de citar, y manifesté que consideraba aplicables tales disposiciones a la legislación mercantil por virtud del precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Código de Comercio.

“Llámase porteador el que contrae la obligación de conducir...” Es el lazo que une los dos extremos del contrato: al consignante con el consignatario; y es quien verifica la operación material de la conducción. Ya habrá ocasión de ver cómo el porteador constituye la parte de más difícil estudio dentro del contrato.

Nuestra Ley, al referirse al porteador, dice que éste puede ser persona natural o jurídica, o empresario particular o público de conducciones, y omite tales expresiones cuando define el consignatario y el consignante, en mi concepto sin razón alguna para ello.

Tales expresiones legales debieron omitirse, pues sólo sirven para crear confusiones al incorporarlas en la definición de una sola de las partes intervinientes en el contrato y omitirlas en la de las otras. Todas las partes necesariamente habrán de ser personas y respecto de cada una de ellas tiene plena cabida la diferenciación formulada por el artículo 73 del Código Civil colombiano. Evidente es que tanto el consignante como el consignatario pueden ser, no sólo personas naturales, sino también jurídicas. También pueden ambas partes ser empresario particular o público de conducciones, aunque por razón de tal calidad será de poca ocurrencia.

Cualquiera sea la naturaleza de la ruta por la cual se verifica la conducción, quien la hace se denomina porteador; sin embargo, la ley colombiana conserva aún la anticuada denominación de “barquero” para el porteador que cumple su obligación por vía acuática.

“Dícese consignatario la persona a quien se envían las mercaderías”. Es la última parte dentro del contrato y se halla ubicada a la terminación del mismo; en él se agota el contrato; es el último extremo de la cadena.

De mucha importancia es tener en cuenta que en la mayoría de

las veces el consignatario no interviene en la celebración del contrato; esta situación o modalidad *sui generis* tiene consecuencias jurídicas de importancia a las cuales habré de referirme.

Expresé que como norma general en el contrato que estudio entran las tres partes mencionadas; pero él bien puede existir con la sola concurrencia de dos que evidentemente tendrán que ser de manera necesaria el porteador y el consignante. La única parte, de consiguiente, que puede faltar en la estipulación inicial, es el consignatario, ya que éste es quien se halla a la extinción del contrato, no en su nacimiento.

El consignatario puede faltar porque no se haya señalado en el contrato, como cuando se estipula la conducción de una mercadería para dejarlo en un lugar determinado de una ciudad, sin entregarla a persona alguna en particular.

En relación con la ausencia del consignatario surge un problema jurídico muy controvertido y es el de saber si falta o no cuando, sin intervenir en el contrato, se niega con motivos legales a recibir la mercadería transportada. Al referirme más concretamente a él volveré sobre este tema.

No debe tampoco perderse de vista, porque tiene consecuencias jurídicas importantes, la peculiaridad que presenta el contrato de transporte, de poder reunir en una, varias partes que de por sí son diferentes. El Código de Comercio colombiano trae un caso expreso al consagrar en el artículo 260 que “una misma persona puede ser al mismo tiempo cargador y consignatario”.

Es el caso, por ejemplo, de que una sociedad que tiene su casa principal en Medellín contrata la conducción de varias mercancías desde su casa principal hasta la ciudad de Bogotá, para ser entregadas aquí en una sucursal de la misma sociedad.

La reunión en una misma persona de las calidades de consignante y consignatario, no interfiere para nada en la delimitación jurídica de ambas partes y de consiguiente pueden ejercerse con toda libertad los derechos propios de cada una de ellas. Esto, naturalmente, desde que no exista acuerdo en contrario, es decir, desde que las relaciones contractuales se dejen al libre juego legal preestablecido.

Las calidades de porteador y consignatario pueden también reunirse en una misma persona. Tal, verbigracia, si vendo unas mercaderías a un empresario de conducciones comprometiéndome a entregarlas en una plaza diversa a aquella en que celebren el contrato, y al mismo tiempo convengo con el comprador el transporte de la mercadería a la plaza dicha.

En el caso propuesto la responsabilidad del porteador para con el consignatario desaparece si antes de empezar la ejecución del transporte se ha operado la tradición de la mercadería al porteador; en caso de que no se haya operado la tradición, dicha responsabilidad, como bien se comprende, se aparta fundamentalmente de las normas generales, por virtud de la confusión en un mismo sujeto de las calidades de porteador y consignatario.

Conviene anotar la pluralidad de porteadores que pueden presentarse dentro de un mismo contrato; ello es de diaria ocurrencia cuando se trata de transporte largo o que exige el uso de varias rutas diversas. En tal caso los demás porteadores diversos al primitivo contratante se denominan por lo común sub-porteadores, aunque algunas legislaciones los llaman co-porteadores (expresión inadecuada en mi sentir), y la nuestra asentistas, que son quienes se encargan de una operación particular y determinada de transporte.

Se ha entendido por "asiento" el sub-contrato de transporte.

Finalmente, refiriéndome no ya a las partes que intervienen en el contrato y a sus denominaciones jurídicas, sino a quienes ejercen, por sí o sus criados asalariados, la industria de conductor de personas o mercaderías, es de anotarse la clasificación de nuestra Ley, en empresarios particulares y empresarios públicos de conducciones.

La distinción anotada es de gran significación jurídica por cuanto no son unas mismas las normas legales aplicables a los empresarios particulares y a los públicos. Es, desde el ángulo de vista de la responsabilidad de las partes, fundamentalmente diversa la posición de ellas en el contrato ajustado con ambas clases de empresarios.

Lo que constituye esencialmente la noción jurídica del empresario público de conducciones, es la circunstancia de tener abierto al público un establecimiento, y haberlo anunciado prefijando en dichos anuncios los períodos del transporte, el precio por el mismo y las condiciones en que se realiza.

La legislación nacional es tan estricta en esta materia, que hace responsable al empresario o al porteador, según el caso, de cualquiera alteración por omisión, exceso, etc., aun contractual, de cualquiera circunstancia prefijada en los anuncios. No solamente estatuye tal responsabilidad sino que aun prohíbe hacer de cualquier modo, bien en cuanto al precio, ora en relación con el período de conducción o ya en lo que atañe a las condiciones de ejecución del contrato, de mejor condición a persona alguna.

Entre nosotros existe la costumbre, cuando del transporte de pa-

sajeros se trata, de que los vehículos retardan las salidas en relación con la hora ya anunciada, debido a la falta de venta de la totalidad del cupo; tal proceder es abiertamente ilegal (artículos 319 y numeral 3º del artículo 322 del Código de Comercio) y bien puede servir de fundamento a una acción indemnizatoria de perjuicio aplicando la doctrina contenida en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano.

Es de importancia anotar que ciertas empresas públicas de conducciones pertenecen en Colombia a la categoría administrativa de los servicios públicos y de consiguiente el Estado ejerce una directa función intervencionista sobre ellas, a fin de procurar la realización concreta de la noción jurídica del servicio público. Por ello controla las tarifas, rutas, periodicidad de viajes, condiciones de transporte, etc. etc.

También es importante anotar cómo cuando el contrato se celebra con un empresario público de conducciones es cuando se presenta la figura del "contrato por adhesión" a la cual ya me referí. Se argumenta que encontrando el consignante las condiciones de realización del convenio fijadas de antemano, no hace más que "adherir" a ellas cuando confía el transporte de las mercaderías a un empresario de la clase mencionada.

Ni siquiera puede el remitente tratar de variar en algo alguna siquiera de tales condiciones-estipulaciones, porque aunque el empresario quisiera acceder a la alteración, se lo impide su calidad intrínseca de empresario público de conducciones.

En relación con esta clase de empresarios el problema jurídico principal, existente en nuestra legislación, es el de la validez o invalidez de la cláusula limitativa de la responsabilidad. Al final de estas modestas líneas de grado me referiré al tema cuestionado, que es de vital importancia y de suma controversia.

La segunda clase de empresarios de conducciones —particulares— son los que, ejerciendo la industria de conductor, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personal o mercaderías a precios convenidos. (Artículo 271, inciso 2º, del Código de Comercio).

Son el antídoto del empresario público; no están sujetos como éste a normas fijas e iguales para todos en las condiciones de ejecución del contrato, al mismo precio, a cumplimiento de horario, etc.; no son servicios públicos; no tiene ni remota validez la noción administrativa de "contrato por adhesión"; sobre ellos no ejerce su labor intervencionista el Estado.

En el caso del empresario particular de conducciones se presenta

en toda su plenitud el régimen legal de la libre contratación, de la más absoluta autonomía de la libertad. El empresario puede preferir a quien desee, haciéndolo de mejor condición, ya en cuanto al porte o precio fijado por el transporte, o bien en relación con las condiciones del mismo, o en lo que atañe a la periodicidad de los viajes.

Antes de formular algunas acotaciones a las partes intervinientes en el contrato, es de trascendencia anotar otras características —además de las ya enunciadas— que modelan la esencia jurídica del contrato y que convienen así al celebrado con los empresarios particulares como con los públicos, y son aplicables de consiguiente a ambos, y también a quien ocasionalmente se obliga a conducir pasajeros o mercaderías, por aplicación de lo estatuido en el artículo 270 del Código de Comercio colombiano.

La última disposición legal citada, al determinar la aplicabilidad de las normas mercantiles sobre la materia a quienes de manera ocasional y transitoria, sin tener la calidad de comerciantes, se ocupan del contrato de transporte interviniendo en él como una de las partes —el porteador— no hace más que corroborar la tesis ya expuesta de la objetividad del transporte como acto de comercio, mercantil —en consecuencia— por naturaleza y sujeto siempre por su misma índole a la jurisdicción comercial, sin que interese para nada la calidad de comerciante o no de quienes lo celebran ni la habitualidad o profesionalidad de los mismos, en el último caso.

A este respecto nuestra legislación acoge el principio adoptado por otras leyes extranjeras, como la suiza, la alemana y la argentina, según anotaciones de Vivante y Estasén en las obras ya citadas.

Al estudiar la naturaleza del transporte y aplicarle a éste la clasificación general de los contratos, omití voluntariamente para tratarla ahora, una delimitación de contratos adoptada por los más modernos expositores, especialmente de la escuela inglesa, y no consagrada en forma de definición expresa por nuestra legislación, aunque es evidente que tenemos contratos que encuadran dentro de las diferentes especies según la clasificación de que hablo.

Me refiero al estudio de los contratos en consideración a las personas con quienes se celebran. Desde este punto de vista es universalmente aceptada la distinción entre contratos en consideración a la persona (intuito personae) y aquellos en que dicha consideración no es tenida en cuenta. La razón de tal distinción es fácilmente comprensible, ya que aparece claro la existencia de contratos en que la persona del contratante juega papel tan decisivo en la celebración del mismo, que se

convierte en factor propio de su esencia; faltando la persona determinada, no existe el contrato, y por regla general sus obligaciones son intransmisibles, aun por herencia.

Tales son las convenciones que se celebran en consideración a las condiciones personales, morales, éticas, de quienes en ellas intervienen; ejemplos son el contrato que se celebra con un pintor determinado, en consideración a las características propias de su pintura, para que confeccione una obra, y también el contrato de sociedad, para referirme a uno típicamente mercantil.

Me he detenido en esta consideración porque nuestra Ley, al igual que la francesa, consagra de manera expresa el principio de la no consideración de la persona que ejecuta el transporte, en el contrato materia de este estudio. Es decir, que el contrato de transporte no se celebra, por norma general, en consideración a la persona del porteador. Puede, pues, servir este contrato de ejemplo de la tesis opuesta a la de los contratos intuito personae.

Qué obligación primera, fundamental, genera el transporte?

Todo contrato, ya lo manifesté, impone la obligación de dar o de hacer o de abstenerse de hacer alguna cosa. El contrato a que me refiero ya vimos que da origen a una obligación de hacer, cual es la de conducir, transportar.

Pues bien: por virtud de no ser el transporte un convenio que se celebra en consideración a la persona del porteador, éste puede confiar a otro la conducción de la mercadería. Así lo consagra el artículo 265 del Código de Comercio; es un caso de intervención de sub-portedores, llamados por nuestra legislación con la denominación de asentistas.

De la circunstancia de que la disposición citada haga responsable al porteador con quien se celebra el contrato de las resultas de la conducción para con el cargador, no puede deducirse el carácter de intuito personae del contrato, ya que dicha responsabilidad es únicamente una obligación de fin, no de medio, como que se refiere nada más a las resultas de la conducción misma y no al hecho de haber confiado la ejecución del contrato a otra persona.

Corrobora la tesis que sostengo la disposición consagrada por el artículo 269 del mismo Código, el cual establece que "las obligaciones que impone este contrato no se extinguen por la muerte de los contratantes, y sus herederos deberán llevarlo a cumplido efecto".

Cuál es la posición jurídica de las varias partes en este contrato? Es decir: cuáles son las obligaciones y derechos de cada una de ellas?

Nuestra Ley ha detallado las obligaciones y derechos de las partes, siendo, en lo que atañe a las obligaciones, las de más difícil estudio, las correspondientes al porteador, por la forma casuista e injurídica algunas veces, como las regula.

Por esta razón, y por no presentar mayores dificultades la reglamentación de las obligaciones y derechos del consignante y el consignatario, apenas haré una corta alusión a éstos para detenerme en los aspectos más fundamentales de las responsabilidades legales del porteador.

Consecuente con la tesis de la consensualidad del contrato por oposición al carácter real atribuido por otras legislaciones como la francesa, dispone el artículo 279 del Código de Comercio Colombiano que el cargador está obligado a entregar las mercaderías al porteador bien acondicionadas, y en el tiempo y lugar convenidos, y a suministrarle los documentos necesarios para la libre circulación de la carga.

De la disposición aludida se coligen las obligaciones del cargador. Ellas son:

Se obliga a entregar las mercaderías para que puedan ser conducidas; cabe preguntar, qué clase de entrega exige la ley.

Aparece claro que no puede referirse a la entrega que configura la naturaleza real del contrato porque ello contradiría la disposición contenida en el artículo 269 del mismo Código y de consiguiente, debe concluirse que la entrega a que hace alusión el artículo 279 mencionado puede hacerse de cualquiera de los modos consignados en el artículo 754 del Código Civil nacional, no sólo porque no existe disposición legal comercial que deba aplicarse de preferencia a dicho texto civil, sino porque éste consagra la forma jurídica para verificar dicha entrega.

Desde luego, la entrega que se verifica dentro del contrato de transporte, si bien puede hacerse por cualquiera de los modos dichos, no implica tradición de la cosa entregada en el sentido jurídico del vocablo, es decir, como enajenación de la propiedad sobre la cosa materia de la conducción.

Otra obligación inherente a la calidad de cargador es la de entregar las mercaderías bien acondicionadas y en el tiempo y lugar convenidos.

Cualquiera transgresión de estas obligaciones que dicen relación a la entrega misma, hace responsable al cargador y exonera al porteador. Si la mercadería no es entregada "bien acondicionada" de acuerdo

con las circunstancias de la conducción y las normas de la costumbre, el porteador se exonera de la responsabilidad por las averías que puedan ocurrir, siempre que demuestre la falta de cuidado del cargador y la ausencia de negligencia propia en el hecho causante de la avería. La prueba le corresponde al porteador de la mercancía por virtud de la presunción que en su contra establece la Ley, como tendré ocasión de observarlo.

Si se incumple la obligación de entregar por parte del cargador, por no hacer la entrega en el lugar o en el tiempo convenidos, el porteador puede solicitar la rescisión del contrato y el pago de la mitad del porte estipulado, o verificar la conducción y en este caso puede hacerse indemnizar por el mayor costo que el incumplimiento del cargador le haya ocasionado (artículo 281 del Código de Comercio).

Juzgo esta disposición una norma errada e injurídica en lo que se refiere a la facultad que concede al porteador, correlativa a la que se concede al cargador, como se estudiará adelante.

El transporte, como todo contrato, produce obligaciones que son perfectas jurídicamente desde el momento mismo del nacimiento del contrato, y por su carácter estrictamente consensual la primera obligación del cargador es la de entregar al porteador la cosa materia de la conducción.

Si no se cumple con esa obligación de entregar, lo jurídico no es que se dé a la contraparte la facultad de rescindirle pero conservando derecho sólo a la mitad del porte estipulado que constituye la razón de existencia para ella del contrato, sino que pueda rescindirle o compeler al cargador a su cumplimiento, en ambos casos con una completa indemnización de perjuicios, entre los cuales debe hallarse el valor íntegro del porte convenido.

La norma general de Derecho consagrada por nuestra legislación civil de manera absoluta y que se anuncia diciendo que "en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado", se ha entendido como una norma de aplicación absoluta —en concordancia con las reguladoras de la indemnización de perjuicios— en el sentido de que ella conlleva la facultad de exigir todos los perjuicios originados en el incumplimiento.

No se ve la razón para que el principio así entendido no tenga aplicación en el contrato de transporte.

También se impone al cargador la obligación de entregar, juntamente con la mercadería, los documentos necesarios para la libre conducción de la carga, esto es, para que pueda ser transportada sin difi-

cultades de orden administrativo. Podrá el porteador pedir la rescisión del contrato, si el cargador incumple tal obligación?

Aunque la ley no lo dice en forma expresa, como lo hace al referirse al incumplimiento por razón del tiempo y lugar convenidos para la entrega, considero que sí tiene el porteador la facultad dicha por cuanto ella significa la aplicación de la norma sobre la condición resolutoria en los contratos bilaterales y la falta de entrega de los documentos necesarios a la libre circulación de la mercadería implica un incumplimiento del contrato por el cargador.

Por ello procede con lógica la Ley cuando establece que los comisos, multas y, en general, todos los daños y perjuicios que sufre el porteador por estar desprovisto de los documentos indispensables a la legítima circulación de las mercaderías, serán de la exclusiva responsabilidad del cargador.

Existe en este contrato un principio que constituye una modalidad sui generis de él, cual es el de que una sola de las partes puede variar unilateralmente las condiciones del mismo. En efecto: el artículo 286 del Código de Comercio dice textualmente: "El cargador puede variar el destino y consignación de las mercaderías mientras estuvieren en camino, siempre que no las hubiere negociado con el consignatario u otro tercero; y el porteador deberá cumplir la orden que recibiere...".

Importa pues, la disposición copiada, una facultad que tiene por ministerio de la Ley el cargador para variar a su voluntad una de las estipulaciones contractuales cual es la relativa al lugar de destino de la mercadería, sin que el porteador pueda impedirlo, siempre que no implique recargo en el porte por variación de ruta o prolongación del viaje.

Tal disposición no la considero muy jurídica por cuanto debe ser privativo de todas las partes concurrentes a la celebración del contrato y no privativo de una de ellas, todo lo que implique modificaciones del mismo; de otro modo, se violaría el principio de la igualdad en la capacidad legal para contratar.

Por lo que hace al consignatario, la principal obligación es —además de las correlativas a la posición jurídica del cargador y también y principalmente del porteador— la de dar recibo a éste de las mercaderías y pagarle el precio por el acarreo cuando sea de su cargo. Además, no puede en ningún caso cubrir dicho precios con las mercaderías conducidas, contra la voluntad del porteador, por prohibición expresa contenida en el artículo 317 del Código de Comercio.

De acuerdo con la Ley colombiana el pago debe verificarlo el

consignatario, siempre que a él corresponda, pasadas veinticuatro horas después de la entrega de las mercaderías, y si no se efectúa el pago puede el porteador pedir el depósito de ellas y obtener la venta en pública subasta para cubrirse con su valor (artículo 315 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 310 del mismo Código).

Pero tal concesión de plazo para verificar el pago del porte estipulado fue abolida por el artículo 8º de la Ley 73 de 1935, que es del siguiente tenor: "El porteador goza del derecho de retención sobre los efectos que conduce, hasta que les sean pagados el porte y los gastos que hubiere suplido.

"Este derecho se transmite de un porteador a otro, hasta el último que verifique la restitución.

"No habrá lugar a depósito hasta que cese el derecho de retención".

Esta disposición equivale a hacer exigible el valor de la conducción una vez cumplida ésta, y de consiguiente a abolir el privilegio del plazo para el pago consagrado por el Código de Comercio en favor del consignatario.

Algunos han estimado que la Ley 73 de 1935 por virtud de su preinserto artículo 8º dejó sin validez, o al menos sin aplicación práctica, el derecho del porteador para hacer depositar la mercadería con el objeto de obtener la venta de ella y cubrirse así el valor de la conducción. El argumento de quienes sostienen tal tesis, es el de que el depósito se ha hecho innecesario por cuanto las mercaderías no se entregan al consignatario, usando del derecho de retención consagrado en la ley de 1935.

En mi opinión se trata de una interpretación equivocada de la ley, originada en una interpretación exagerada de ella, ya que el derecho al depósito de la mercancía no sólo no fue inutilizado por la ley mencionada, sino revivido por ella en el último inciso del artículo copiado.

Lo que sucede es que las circunstancias precedentes a la verificación del depósito son diversas: antes, en el antiguo régimen del Código, el depósito lo solicitaba el porteador después de una entrega obligada de la mercadería; hoy, en el nuevo régimen legal, lo solicita después de una entrega voluntaria de ella, ya que bien podría negarse a dicha entrega ejerciendo el derecho de retención que le confiere el nuevo estatuto legal. Como se ve, la efectividad del depósito es la misma, pues en ambos casos se utiliza para obtener la venta en pública subasta

de la mercadería transportada y obtener así el pago del valor del porte estipulado.

En algunas legislaciones como la española, la italiana y la alemana, se halla consagrado el derecho de retención puro y simple, sin establecer el de depósito. Las mismas legislaciones consagran también, al igual que la nuestra, una prelación absoluta en favor del porteador y en relación con los objetos conducidos, para cubrirse antes que ningún otro acreedor con el valor de las cosas porteadas, el precio de la conducción.

Es indudable que dentro de la compleja reglamentación del contrato que estudio, la parte más difícil a la vez que importante, es la que dice relación a los derechos y obligaciones —por el delicado juego de responsabilidades que ella entraña— del porteador, esto es, de quien se obliga a efectuar la conducción, sea ella de mercancías, correspondencia o pasajeros.

Por ello importa sobre manera la determinación exacta de la responsabilidad del porteador en cada una de las diversas circunstancias contempladas en nuestra legislación, a la vez que un estudio serio sobre la conveniencia o inconveniencia de la citada legislación.

Desde cuándo empieza a ser responsable el porteador?

Siendo su principal obligación la de conducir, parece lógico que sólo cuando ésta empiece aparezca la responsabilidad consiguiente. Esta tesis tiene su plena validez jurídica en aquellas legislaciones en que el transporte es un contrato real, que implica por consiguiente, la entrega de la cosa para su perfeccionamiento; mas en nuestro Derecho positivo —ya lo he anotado— el transporte es un contrato consensual, como nos lo enseña claramente el artículo 263 del Código de Comercio y en consecuencia se reputa perfecto el contrato por el solo consentimiento expreso o tácito de las partes.

Como todo contrato consensual, éste produce obligaciones desde su existencia, vale decir, desde su perfeccionamiento; por consiguiente, desde antes de empezar la conducción ya el porteador está obligado para con el cargador, o lo que es lo mismo, ya aquél es responsable para con éste por incumplimiento de su obligación. En qué consiste ésta?

De la obligación que el contrato impone al cargador, cual es la de entregar el objeto motivo de la conducción, lógicamente se deduce la primera obligación de quien va a cumplir esa conducción, que no puede ser otra sino la de recibir la misma cosa conducida. El artículo 290 del Código de Comercio dice textualmente:

“El porteador está obligado a recibir las mercaderías en el tiem-

po y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de personas inteligentes y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato.

“La violación de cualquiera de estos deberes somete al porteador a la responsabilidad de daños y perjuicios, a favor del cargador”.

Analizando el artículo transcrito, vemos que él impone al porteador diversas obligaciones con cuya transgresión se hace responsable de daños y perjuicios para con la otra parte contratante: Primera. Recibir las mercaderías; Segunda. El recibo de las mercaderías debe hacerse en el tiempo y lugar convenidos por los contratantes; Tercera. Debe efectuar la conducción “según el uso de personas inteligentes”; Cuarta. Como corolario de la anterior obligación, tiene la de vigilar y custodiar los objetos durante la conducción (aquí se configura lo que para algunos tiene del contrato de depósito el que estudiamos); Quinta. Tiene asimismo la obligación de emprender y concluir el viaje, debiendo efectuar dicha conducción en el plazo (relación de tiempo) y por el camino (relación de lugar) que señale el contrato y finalmente, tiene el porteador la obligación de entregar las mercaderías a la persona natural o jurídica a quien vayan dirigidas, la cual toma el nombre de consignatario. Estudiemos por separado cada una de estas obligaciones que son otras tantas fuentes de responsabilidad.

Primera. - Acabamos de observar cómo la obligación que se le impone al porteador de recibir las mercaderías, es consecuencia de otra obligación correlativa en el cargador (la de entregar) y de la naturaleza propia de este contrato; se requerirá un recibo material de las mercancías, es decir, la aprehensión directa de ellas por el porteador a fin de que éste se haga responsable? No tratándose de un contrato real y produciendo sólo la obligación de entregar por una parte y de recibir por la otra, no se requiere en forma alguna que dicho recibimiento se haga en forma directa, inmediata, mediante contacto de las partes contratantes.

Bien claro es a este respecto el inciso 2º del artículo 298 del Código de Comercio que dice así: “Su responsabilidad (la del porteador) principia desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición o a la de sus dependientes...”

De manera que el porteador empieza a ser responsable, a responder por los objetos a él confiados, desde el momento en que quedan a su disposición o a la de sus dependientes, las mercaderías que va a conducir. Cuándo se produce este momento?

Es preciso distinguir: si existe carta de porte o carta-guía debe

mirarse lo que al respecto se disponga en ella; si ésta no existe, o si existiendo nada dice sobre el particular, se precisa una sub-distinción: si el contrato se ha ajustado con un empresario público de transportes o con empresarios particulares. En el primer caso dicha obligación se cumple "en el primer viaje que emprenda al lugar a que fuere destinada (la mercadería)" al tenor del artículo 291; debe observarse que ese primer viaje no está a la voluntad del porteador, puesto que tratándose de una empresa pública de conducciones es forzosa la publicación de su itinerario en lo referente a los períodos, al precio, a las horas de salida y llegada y a las condiciones generales en que se cumple la obligación, debiendo ser por tanto conocido del cargador el tiempo preciso en que debe llevarse a efecto el primer viaje en cumplimiento del contrato.

Mas, si nos encontramos en el segundo de los casos propuestos, es decir, cuando no existiendo carta de porte o existiendo ésta, nada se ha dicho sobre el momento en que se entiende verificada la entrega por la disponibilidad de las mercancías con respecto al porteador y el contrato se ha ejecutado con un empresario particular, debemos atenernos a lo que, para el cumplimiento de las obligaciones nacidas de contratos consensuales, dispone el artículo 1551 del Código Civil Colombiano.

El contrato que estudio tiene, no sobra repetirlo, una característica sui generis que es preciso recalcar y que por consiguiente no se encuentra en ningún otro contrato: es la de poder ser resuelto (el Código usa, impropriamente, el término "rescindible"), después de perfeccionado el acto jurídico y antes de su completa realización de una manera unilateral por parte del cargador, remitente o consignante. Es claro que desde el momento en que la ley le está otorgando al cargador una opción para desistir por su sola voluntad de la ejecución completa del contrato, no puede el porteador obligarlo a la entrega de las mercaderías; pues si ésta no se realiza, debe entenderse en aquél la intención de aprovecharse de la opción consagrada por la ley.

Pero como no sería justo ni razonable que el cargador por su sola voluntad pudiese disponer arbitrariamente sobre el cumplimiento o incumplimiento de prestaciones mutuas, nacidas de una manera en todo acorde con la ley, dispone que, si la resolución del contrato se verifica antes de empezar la conducción de las mercaderías, el consignante pagará al porteador la mitad del porte estipulado, y si ella tiene efecto después de comenzado el viaje, debe pagarse el precio completo que se haya convenido por la realización del contrato.

Sin embargo, la tesis anotada tiene una variación consignada en nuestro Código de Comercio. Me refiero al caso previsto en el numeral 1º del artículo 297, ya que sin haberse realizado la entrega por parte del cargador (lo que haría presumir el ánimo en éste de resolver el contrato) puede el porteador cobrar el precio completo del porte, aunque no realice la conducción, siempre que justifique —de acuerdo con el numeral 2º del citado artículo— que no ha logrado conseguir carga directa para el mismo lugar que se había fijado en el contrato.

En mi concepto la disposición consagrada en el artículo 267 del Código de Comercio, como ya lo expresé, constituye un absurdo, un texto exótico dentro de nuestra legislación, ya que no veo razón alguna que sirva para justificar el incumplimiento unilateral sin indemnización completa para quien tiene el derecho correlativo a la obligación que se incumple.

De grande importancia, por el cúmulo y diversidad de responsabilidades a que da origen, es no sólo el momento y las condiciones en que deba hacerse la entrega, sino también el modo mismo, la manera como son entregadas las mercancías; su importancia radica en que, participando el contrato de transporte de las modalidades del depósito, el porteador está obligado para con el consignatario a entregarle exactamente las mismas mercancías que recibió del cargador en cuanto a calidad, cantidad, modo como le fueron entregadas para su conducción, manera de haberse empacado las mercancías, etc. De lo dicho nos ocuparemos cuando estudiemos la obligación de entregar, por parte del porteador.

No sobra indicar, cómo si el consignante tiene la facultad de resolver el contrato antes de empezar la conducción, no sucede lo propio con el porteador puesto que ella es precisamente su principal obligación y el incumplimiento de ésta, daría al primero, no sólo el derecho de pedir la resolución del contrato con la consecuente abstención de pagar alguna cantidad por el porte estipulado, sino además el poderle exigir la indemnización de todo daño y perjuicio que justificare haber sufrido.

Como única excepción a esta tesis existe el caso fortuito (previsto en el artículo 268 del Código de Comercio) acaecido antes de empezar la conducción y que imposibilite al porteador para cumplirla, siempre que al caso fortuito no haya precedido un hecho o culpa de éste; esta excepción es lógica y concordante con la regla general de que el caso fortuito en cuya producción no se tuvo ninguna participación, exonera de la obligación.

Y me he referido sólo a la resolución antes de empezar la conducción, porque ya veremos que, aunque en muy diversas circunstancias y en ningún caso por su mera voluntad como puede hacerlo el remitente, también el porteador goza de opción para la resolución del contrato de estudio.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos enunciar la siguiente regla: el porteador no puede exigir del cargador la entrega de las mercaderías para su conducción por cuanto éste puede resolver unilateralmente el contrato; mas el consignante sí puede exigir del porteador que empiece la conducción de las mercaderías (con la sola excepción prevista en el artículo 268 del Código de Comercio) como quiera que es esta la obligación que configura el contrato de transporte.

Cómo puede compaginarse lo expuesto con la disposición categórica del artículo 279 del Código ya citado, que impone al cargador la obligación de entregar las mercaderías y con la no menos clara del artículo 281 que para corroborar la anterior, otorga al porteador la facultad de solicitar la rescisión (debería ser "resolución") del contrato o el derecho de exigir de aquél el aumento de costos que pueda ocasionarle el retardo en la entrega por parte de éste?

Mas es que el artículo 267 del mismo Código, constituye una excepción ilógica, injurídica, quizás absurda por romper un principio de general aceptación en todas las legislaciones conocidas, ya que está basado en deducciones de irrefutable raciocinio como es el de que donde exista acuerdo de voluntades para producir obligaciones mutuas, sólo pueden incumplirse éstas por el mismo acuerdo de las mismas voluntades.

Segunda. - Establecido que la primera obligación del porteador es la de recibir y que ella no implica una entrega material de la cosa, importa establecer con precisión dónde —relación de lugar— y cuándo —relación de tiempo— ha de llevarse a efecto el recibo.

Refiriéndonos al lugar donde deba verificarse el cumplimiento de la obligación de entregar por parte del remitente y de recibir por parte del porteador, tenemos que atenernos a lo que diga la voluntad de los contratantes manifestada en el correspondiente documento (carta de porte, en este caso); pero si en ésta nada se ha dicho, qué entender al respecto?

Debemos aseverar que en el caso propuesto se siguen las normas generales que sobre el cumplimiento de las obligaciones trae el Código Civil colombiano, de modo que, como se trata en el contrato de trans-

porte de la entrega de cuerpos ciertos, debe ella hacerse en el lugar donde existan éstos.

En cuanto al tiempo para cumplir la obligación que estudiamos, hemos de seguir como regla básica la misma que se sigue en la interpretación de toda clase de contratos, ya tantas veces mencionada: la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente pero inequívocamente; la ley que no se haya dictado por razón de orden público y consiguientemente sea inderogable por la voluntad individual del hombre, sólo tiene por misión el llenar los vacíos que la espontánea contratación no ha previsto, viniendo en ayuda de los contratantes cuando éstos han guardado silencio, cualquiera que sea la causa o la razón de dicha mudez; por esto la ley tiene la calidad de supletoria, ya que el legislador presume —con una presunción propia del hombre— lo que para determinados casos y en análogas circunstancias hubiesen expresado los demás hombres.

En el punto que estudio, la ley establece que, en caso de no ponerse de acuerdo los contratantes de una manera inequívoca sobre el momento preciso en que debe cumplirse esta obligación del contrato, se entiende que el recibo de la mercadería debe realizarse en el tiempo indispensable según las diversas circunstancias de lugar, modo y manera de cumplir la obligación. Es el plazo tácito del Código Civil para la ejecución de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales y consensuales principalmente, plazo eminentemente variable según las modalidades de la obligación que se cumple y el cual está claramente establecido por el inciso 1º del artículo 1551 del Código Civil.

Todo lo dicho debe entenderse tal, si el contrato se ha celebrado con un empresario particular de transporte, pues si ha sido con un empresario público de conducciones y no se ha fijado el tiempo de entrega en el indicado documento, ya hemos visto que se halla acondicionado por el primer viaje que emprenda el porteador, oportunidad que debe ser conocida del consignante en virtud de la publicidad del itinerario de la citada empresa.

Tercera. - En este tercer numeral podemos encerrar las restantes obligaciones numeradas con excepción de las que dicen relación a la entrega al consignatario de las mercaderías conducidas, porque él se concatena con el modo como debe cumplirse la natural obligación del contrato a que me estoy refiriendo: la de conducir. Trataré de estudiar con el detenimiento debido el aspecto propuesto, ya que me encuentro en la parte más empírica y casuista del Código, plagada de textos contradictorios y en veces absurdos, bien por lo excesivamente gravoso que

hace el contrato para una de las partes que en él intervienen, ora por la manera de estructuración de la prueba que deja a uno de los contratantes casi en absoluta imposibilidad para aportar la prueba que haga valer sus derechos.

La obligación primordial del porteador —no sobra repetirlo— y sin la cual no existiría el contrato es la de verificar la conducción “según el uso de personas inteligentes”, lo que equivale a hacerlo responsable hasta de la culpa leve, realizando así el principio general consignado en el artículo 1604 del Código Civil que hace responsable de la culpa leve a un contratante cuando el contrato reporta provecho para ambos.

Mas la obligación de conducir implica forzosamente un período de tiempo más o menos largo, ya que es imposible la ejecución de la citada obligación de una manera instantánea, lo que determina para el porteador la obligación de cuidar, vigilar, controlar las mercancías durante todo el tiempo que dure la conducción. Esto determina, de acuerdo con los principios generales y con los particulares de nuestra legislación positiva, el que, el porteador en su calidad de vigilante, de custodio de lo que se le ha entregado para el consignatario, sea un mero depositario del remitente y como tal obedezca a la ley del contrato de depósito.

De grande importancia es el hecho anotado porque constituye un nuevo factor de distinción de responsabilidad y sabido es que todo este contrato es un juego de responsabilidades donde todas las partes que en él intervienen —consignante, porteador, consignatario, asentista, comisionista de transporte, etc.—, buscan la manera de exonerarse de su responsabilidad, localizando ésta, en veces por sólo hechos que pasan casi inadvertidos, en otras personas diferentes.

En lo que tiene de depósito el contrato que estudio, qué responsabilidad compete al porteador como depositario?

El Código Civil Colombiano establece que el depósito propiamente dicho es gratuito, respondiendo el depositario únicamente de la culpa grave ya que este contrato reporta utilidad exclusivamente para el depositante; mas por el artículo 2247 del mismo Código se permite la libre estipulación sobre la responsabilidad de las partes así como el pago de una remuneración al depositario, de donde deducimos la responsabilidad por parte de este último hasta la culpa leve, pudiendo llegar por la expresa voluntad de los contratantes a responder por la culpa levísima.

Dice así el citado artículo 2247: “Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa.

“A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave.

“Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:

“1º. - Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario;

“2º. - Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración”.

El numeral 2º del texto transcrito es precisamente el aplicable al porteador dentro del contrato de transporte, puesto que tiene un interés pecuniario en el contrato principal, del cual es accesoria la obligación como depositario.

No podemos olvidar que el hecho de que dentro del contrato general de transporte, tenga una de las partes que en su celebración interviene —el porteador— y de un modo accesorio una responsabilidad como depositario, no significa que los elementos constitutivos de este contrato influyan de alguna manera en los del transporte para darle a éste su configuración jurídica propia, porque si ello fuera así, el transporte sería un contrato real como lo es el depósito y ya anotamos cómo —por declaración expresa de la ley— el transporte es un contrato esencialmente consensual.

Obedeciendo a la ley del depósito es como el porteador se hace responsable de las averías y pérdidas de todos o una parte de los objetos que conduce; pero antes de entrar en el análisis de esta clase de responsabilidad, veamos, por cuestión de método, la que le incumbe en relación con la vía a seguir.

Podría parecer casuista esta forma de estudiar la responsabilidad, relacionándola con los diversos aspectos del contrato como si toda ella no fuera una sola, derivada de una única fuente; pero me veo precisado a hacerlo en la forma que dejo expuesta porque si bien la responsabilidad es una, tiene ella muy diversas y diferentes manifestaciones que es preciso analizar y porque nuestro Código de Comercio es en la regulación del contrato que estudio, demasiado casuista, reglamentario si se me permite la expresión, lleno de detallitos pequeños que hacen del transporte un verdadero juego de responsabilidades en donde por simples acciones —muchas veces demasiado pequeñas para advertirlas— puede uno de los contratantes eximirse en mayor o menor grado de la responsabilidad que le compete.

Ojalá, ahora cuando está funcionando la Comisión encargada de estudiar el Código —que es ya bastante anticuado en muchos aspectos— para introducirle las reformas que aconseje la época actual, inmensamente más compleja y desarrollada que aquella en que se expidió, se hiciese más científico el contrato de transporte mediante principios ge-

nerales, sin tanta profusión de detalles, volviéndolo más equitativo, pues veremos cómo mientras algunas disposiciones permiten para un porteador un enriquecimiento sin causa alguna justificativa —como no sea la ley, lo que es absurdo— otras lo permiten para el consignante siendo, en ambos casos, antijurídico e ilógico.

a) - *Responsabilidad por la vía a seguir*: Para analizar la responsabilidad que compete al porteador en relación con la vía o el camino que debe emplear para cumplir la conducción, se precisan varias distinciones: Es claro que en determinados casos —por la índole de quien cumple la conducción— la vía se haya fijado de antemano, con anterioridad al contrato y de una manera unilateral, siendo lógico presumir que el consignante conoce esa vía y al celebrar el contrato sin hacer reparo alguno la acepta para la ejecución de la obligación respectiva. Desde este punto de vista el consignante es “adherente” ya que “se adhiere” a lo establecido anteriormente por el otro contratante; así por ejemplo, si envió una mercancía para una ciudad donde llegan automóviles, ferrocarril y avión y utilizo para dicho envío la empresa automotora, se entiende —salvo estipulación— que la vía escogida por el consignante es la carretera por donde el porteador cumple regularmente la conducción.

Lo mismo sucede —y con mayor razón— cuando la vía se determina por la naturaleza de quien cumple la conducción. Es claro que no podría una empresa marítima, fluvial o aérea transportar mercaderías por tierra, pues si esto ocurriese, dejaría la empresa de ser porteador para convertirse en comisionista de transporte o asentista, según el caso.

Existe un tercer caso que se impone por el solo sentido común: cuando únicamente haya una vía para el lugar donde deben ser entregadas las mercaderías; evidente que por ella es por donde debe llevarse a efecto la ejecución del contrato.

Finalmente, podemos señalar otra circunstancia en donde la vía se halla determinada unilateralmente, actuando el cargador como “adherente” en cuanto a esa determinación dentro de la estructuración general del contrato; me refiero a aquel que se celebra con un empresario público de transporte. En tal caso, la vía se ha hecho pública con antelación, lo mismo que las condiciones de periodicidad, precio y tiempo, no pudiendo ser variada al dar cumplimiento a la obligación.

Pero, si no se trata de ninguno de los casos estudiados, qué vía debe emplear el porteador? En este caso en todo contrato, hay que cumplir las disposiciones del mismo; de tal modo que, si en la carta de porte o carta-guía que es el título apto para justificar la existencia y

condiciones del contrato, se ha determinado la vía que debe emplearse, se atenderá a lo que se exprese en dicho documento, sin que le sea permitido a quien verifica la conducción variar unilateralmente el camino, pues ello le acarrea la responsabilidad especial que paso a estudiar. Lo dicho se conforma plenamente con la norma general del artículo 1602 del Código Civil, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”.

Y si en el contrato no se ha fijado la vía y no se trata de ninguno de los casos expuestos? Dice así el artículo 292 del Código de Comercio:

“Si la ruta no estuviere designada, el porteador podrá elegir, habiendo dos o más, la que mejor le acomode, con tal que la elegida se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías”.

Es evidente que el espíritu de esta disposición es el de favorecer al consignante, poniéndolo a salvo de demoras más o menos injustificadas; si esto es así, estimo que no tiene precisamente el porteador la obligación de elegir el camino que “se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías” cuando por otra ruta diversa —aunque más larga en su extensión— puede cumplir la conducción (sea por la naturaleza del vehículo que utilice o por cualquiera otra causa) en el mismo tiempo y quizás en mejores condiciones de seguridad para las mercaderías, que por aquella que “se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías”.

Ya vimos que el porteador posee, respecto de las mercaderías que conduce, la calidad de depositario; como tal, está obligado a conservar esas mercancías, es decir, a entregarlas sin ningún deterioro. Si, siguiendo la disposición del artículo 292 copiado, prevé el porteador que los objetos a él confiados pueden sufrir alguna avería o deterioro, lo que se evitaría empleando un camino más extenso, podría, desatendiendo la disposición aludida, escoger la vía más larga, con el consiguiente retardo en el tiempo de entregar las mercancías?

El interrogante planteado tiene especial importancia, pues encontrándose el porteador con el mandato del artículo 292, a la vez que con la obligación de conservar las mercancías, puede hallarse en la alternativa de saber cuál de las dos obligaciones tiene preferencia. Supongo, eso sí, que la vía a seguir no se ha determinado en forma alguna para que pueda tener cabida el problema enunciado.

Para ser más claro, pondré un ejemplo: Pedro contrata con Juan (porteador) la conducción de unas mercaderías para entregarlas en determinada ciudad; no se ha estipulado nada sobre la vía a seguir. A dicha ciudad, confluyen una carretera (que es el camino más corto y

recto) y un ferrocarril (que es una vía más larga y por consiguiente más dispendiosa).

Sucede que el tiempo de ejecución del contrato es un tiempo invernal y amenazan derrumbes en la carretera, peligro que no existe en la otra vía. ¿Qué hacer? Por qué ruta debe cumplir el porteador su obligación?

Estimo que armonizando el interés de ambas partes, no puede tomarse la disposición contenida en el artículo 292 del Código, de una manera absoluta, rígida, inflexible; porque, de ser así, se haría responder al porteador de averías que previó y quiso evitar, lo que resulta antijurídico e injusto. Y es que teniendo éste la libre elección de la vía por donde va a cumplir su obligación, con la sola limitación del tiempo que pueda demorar en cumplirla, pues no otra cosa significa la expresión "con tal que la elegida se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías"; cómo disociar esta obligación con la no menos expresa, clara y terminante de conservar las mercaderías, respondiendo de su pérdida o avería?

Y como no podemos olvidarnos de que se precisa siempre la armonización de los intereses de ambos contratantes, de tal modo que, si visto desde un ángulo unilateral —el que corresponde únicamente al porteador— cabe la interpretación que acabamos de dar, dicha interpretación hay que hacerla conformándola a los intereses del consignante o cargador que es la otra parte a que me he referido, en el contrato que vengo estudiando.

Porque indudablemente existirán casos en que se puede deducir con la sola vista de las cláusulas del contrato, o del modo como se celebró, o de las circunstancias que a su celebración antecedieron o bien por la naturaleza de las mercancías que se entregan para la conducción, que el factor tiempo juega papel decisivo en su ejecución, importándole al cargador la rapidez con que obre el porteador en el cumplimiento de su obligación, caso en el cual éste no puede exonerarse de afrontar el riesgo que ha previsto.

Lo expresado se funda en que por lo común en todo contrato bilateral existe un margen de álea, de contingencia, que se traduce en la posible ganancia o pérdida que reporta uno de los contratantes.

Ahora bien: si se deduce del estudio de la carta-guía o de la forma como fue celebrado el contrato por no existir ésta, o de la naturaleza de los objetos conducidos que sufriendo el consignatario retardo en recibir dichos objetos no se causa por ese hecho ningún perjuicio y en cambio sí se ha empleado un mayor coeficiente de seguridad en la

conducción, es para mí evidente, que no se le puede exigir responsabilidad alguna al porteador, pretextando el no cumplimiento del mandato contenido en el artículo 292 de nuestro Código de Comercio. Aceptar esta hipótesis, sería propiciar un abuso del derecho que traería un enriquecimiento donde no hubo perjuicio económico alguno.

Aún más: llevada hasta sus últimas consecuencias la hipótesis enunciada, podríamos encontrarnos con que sin perjuicio alguno para el consignatario y habiéndole aprovechado económicamente el retardo del porteador (en el cual no tuvo ninguna intención dolosa, ni la menor imprevisión) tuviese aquél derecho de exigir mayor provecho alegando la inobservancia del citado artículo 292; para que no se vaya a creer que estoy especulando sobre suposiciones tal vez irreales, pongo un ejemplo que nos hace ver con claridad la realidad y fácil aparición del caso propuesto: Se envían para determinada plaza unos sombreros que se venderán a \$ 20.00 cada uno; el porteador, teniendo la facultad para escoger la vía, elige la más larga y dispendiosa (previendo una posible mayor demora por la ruta más corta), resultando un retardo de ocho días en el cumplimiento de su obligación de entregar al consignatario; como consecuencia de la demora en el recibo de los sombreros, éstos se han agotado en dicha plaza y el consignatario vende —por el hecho anotado— cada sombrero de la nueva remesa a \$ 30.00 cada uno. Tendrá derecho a exigir del porteador indemnización, cuando el retardo lo ha beneficiado y éste ha ocurrido sin culpa y sin intención dolosa de ninguna especie?

Otro motivo de responsabilidad para el porteador —en relación con la vía a seguir— lo constituye la variación voluntaria que haga de ella, cuando se encuentra convenida. A este respecto dice el artículo 293 del Código de Comercio: "La variación voluntaria de la ruta convenida hace responsable al porteador, tanto de la pérdida, faltas o averías, sea cual fuere la causa de que provengan, como de la multa que se hubiere estipulado".

Analizando la disposición copiada vemos que por ella se hace responder al porteador hasta del caso fortuito o de la fuerza mayor inclusive, puesto que no otra cosa significa la expresión "sea cual fuere la causa de que provengan". Se comprende fácilmente el por qué de la exigencia de que la ruta se haya convenido de una manera contractual (no puede en ninguna forma aplicarse este artículo a los casos ya planteados en que la vía se halla unilateralmente determinada), ya que si ella es de la libre elección del porteador no es esta disposición, sino la

contenida en el artículo 292 —ya estudiada— la pertinente para regular las relaciones de las partes contratantes.

A primera vista podría parecer quizás riguroso o demasiado rígido el texto que me ocupa, pero en mi concepto éste se justifica plenamente, pues la variación de la ruta ya señalada, variación que es hecha de una manera libre, voluntaria, sin que ninguna fuerza mayor u obstáculo más o menos difícil de superar haya compelido al porteador a verificar el cambio de ruta, importa por parte de éste una violación del contrato, un incumplimiento de una de las cláusulas del mismo, que en sana lógica jurídica debería otorgarle al cargador el derecho de resolverlo y exigir indemnización de perjuicios por su inobservancia.

Es este artículo que comento la realización exacta de la excepción consagrada en el numeral 1º del artículo 283 del mismo Código, ya que si el porteador no ha contribuido al advenimiento del caso fortuito, sí ha existido un hecho voluntario suyo que le ha precedido.

Aún podemos señalar otro caso de opción para la elección de la vía por parte del porteador, aunque ésta se encuentre convenida de una manera expresa en la carta-guía; mas se trata ya, no de la variación espontánea que acabo de estudiar, sino de aquella que se hace por la sobrevinencia de un obstáculo de fuerza mayor ajeno por completo a su voluntad. Dice el artículo 294 del Código que estudio:

“Si después de comenzado el viaje sobreviniere un obstáculo de fuerza mayor, el porteador podrá rescindir el contrato, o continuar desde luego el viaje por otra ruta o por la designada después de removido el obstáculo.

“Elegida la rescisión, podrá depositar la carga en el lugar más próximo al de su destino, o retornará al de su procedencia, y en uno y otro caso cobrará todo el porte estipulado.

“Si la ruta que tomare fuere más larga y dispendiosa que la designada, el porteador tendrá derecho a un aumento de porte; pero si continuare el viaje por la ruta convenida, después de allanado el obstáculo, no podrá exigir indemnización alguna por el retardo sufrido”.

Exige el texto copiado que se haya dado principio a la ejecución del contrato por parte del porteador, pues si la fuerza mayor acaeciére antes de empezarse la conducción nos encontraríamos con la situación de excepción contemplada en el artículo 268.

No creo que se justifiquen las excepcionales ventajas que por esta disposición se le otorgan al porteador, ventajas aún más excepcionales que lo primeramente imaginado, si consideramos que cabe, podemos decir que exclusivamente al porteador la estructuración de la prueba so-

bre el acaecimiento de la fuerza mayor, quedando casi absolutamente imposibilitado el cargador para aducir contra-pruebas que desvirtúen el hecho alegado por el porteador.

Salta a la vista que la facultad otorgada al porteador para que escoja libremente sobre la rescisión (es más técnico hablar de “resolución”, mas usaré el término “rescisión” por ser el del Código) o la ejecución del contrato, sin que cuente para nada la voluntad del otro contratante, puede reportar para el cargador un perjuicio proporcional al enriquecimiento del porteador; no se trata aquí de ese margen de contingencia, de álea de que ya hablé y que representa en todo contrato bilateral el posible resultado económico del mismo para las partes; la situación es bien distinta: se trata sencillamente del cumplimiento normal de obligaciones recíprocas en el curso del cual ha sobrevenido un caso fortuito que, de acuerdo con la norma general del derecho, debería libertar al obligado y darse por terminada la ejecución de la obligación. Así podría resultar para la parte contra quien obra el caso fortuito (cargador, remitente o consignante, en nuestro caso) menor perjuicio del que le puede acarrear la observancia retardada, y recargada por el coste de una vía más larga y dispendiosa si es elegida por el porteador, del contrato.

Se me argüirá que el cargador tiene —según el art. 267— la facultad de rescindir el contrato, por su sola voluntad, en cualquier momento durante la ejecución de él y que por consiguiente en el caso de ocurrir el obstáculo de fuerza mayor previsto en el art. 294 del Código y que el porteador trate de cumplir su obligación por una vía más larga y dispendiosa con evidente perjuicio para el consignante, éste, en uso de la disposición mencionada, puede declarar resuelto el contrato.

En verdad que la objeción no carece de fuerza. Mas como uno de los principios de interpretación legal prescribe el que las disposiciones de una misma ley deben ser entendidas en forma que ellas concuerden entre sí y resultaría absurdo que en un mismo texto legal, en un mismo capítulo y en regulación de una misma materia existiesen al mismo tiempo y con la misma operancia dos disposiciones que se contradicen la una a la otra, estimo que la única interpretación que cabe del art. 267 citado, es la de que su vigencia puede invocarse en cualquier momento con la sola excepción del art. 294 que otorga al porteador amplia facultad para guiarse según su único criterio. En esta forma la objeción propuesta se desvanece.

El segundo inciso de la disposición últimamente transcrita consagra asimismo para el porteador una ventaja indebida ya que lo faculta

para dejar la carga en el lugar en que se ha presentado el obstáculo (que desde luego será el más próximo al de su destino) lo que puede representar un claro perjuicio para el consignante, siendo lo más lógico que —como la fuerza mayor liberta de la obligación— si el cargador sufre perjuicios por el depósito que haga el porteador en un lugar diverso a aquel a que está destinada la carga, éste tenga la obligación de retomarla al lugar de su procedencia, sin que esta obligación exista en una forma opcional como lo expresa actualmente la ley. Es de observarse cómo, cuando el porteador rescinde el contrato, sea que retorne la carga o que la deposite, tiene derecho a cobrar la totalidad del porte estipulado, lo que es conforme con la enunciación jurídica de que en los contratos bilaterales la fuerza mayor liberta a quien la sufre en el cumplimiento de su obligación, no a ambas partes.

Pero si ocurre el caso de fuerza mayor y el porteador deposita la carga en un lugar diverso al de su destino, usando de la facultad que le da la disposición que estudio, se comprende claramente que dicho depósito no puede hacerlo de cualquier manera, sino por el contrario, con las mayores seguridades posibles pues en su carácter de depositario quien conduce los objetos debe responder por su conservación hasta el momento de verificar la entrega "a contento del consignatario". En este caso el consignatario sería el mismo consignante.

El tercer inciso del art. 294 de nuestro Código de Comercio, consagra otro anacronismo que no tiene razón de ser. Si la fuerza mayor liberta al obligado, si el porteador puede cobrar el recargo de porte cuando cumple su obligación por una ruta más larga y costosa que la fijada, si desde el momento en que ocurre la fuerza mayor el porteador queda libre de cumplir su obligación de conducir, conducción que verifica de una manera voluntaria después de removido el obstáculo sin que nada jurídicamente lo obligue a ello, qué razón existe para que no pueda cobrar un recargo justo en el valor del porte, por el retardo sufrido en espera de la remoción del obstáculo? Estos son casitos particulares que regula el Código, detallitos en que la Comisión Reformadora debe fijarse para hacer una ley más general y más técnica, sin dejar en unos casos desamparado al consignante y en otros imponiéndole al porteador obligaciones desde todo punto de vista excesivas.

b) *Responsabilidad por la Conservación de las Mercaderías.* - Dijimos antes que el hecho de la conducción entraña forzosamente un período de tiempo durante el cual el porteador tiene que vigilar, responder por la conservación de las mercancías; y dijimos antes también, que por este nuevo factor de responsabilidad es por lo que aquél posee el

carácter de depositario de acuerdo con el Código Civil. Pero, si tendrá realmente el porteador el carácter de depositario?

Me atrevo a pensar que no, ya que me parece se ha confundido el ser depositario con el aplicársele las normas de tal; son dos situaciones bien diferentes: Existen en las instituciones jurídicas situaciones particulares en que a determinada persona natural o jurídica se le aplican determinadas normas de derecho sin que ello signifique que dicha persona sea de la calidad o especie jurídica de aquella cuyas normas le son aplicables. Ejemplos de esta aseveración nos lo dan: el art. 2090 del C. C. que manda regir las sociedades civiles anónimas por las mismas reglas que las anónimas comerciales sin que por esto aquéllas tomen el carácter de éstas; en el propio C. de C. encontramos la disposición del art. 270 que hace obligatorias para "las personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías" todas las normas relacionadas con el contrato de transporte, sin que ello quiera decir que los actos efectuados por dichas personas sean comerciales para que caigan bajo la jurisdicción de ese Código, pues de acuerdo con el art. 10 del mismo, determinados actos aunque estén regidos por dicha ley, no tienen el carácter de comerciales.

Pues bien: Cuál es entonces, la situación jurídica del porteador en relación con el aspecto que pueda tener de depósito el contrato de transporte? Para mí resulta evidente que sin tener el porteador la calidad intrínseca de depositario, sin ser depositario, sí le son aplicables las reglas de tal.

En efecto, el art. 2244 del C. C. dice textualmente:

"El depósito propiamente dicho es gratuito.

"Si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito *degenera* en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; pero bajo todo otro respecto, está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal". (He subrayado yo para que se observe la trascendencia del léxico empleado por el Código, que origina la deducción de las consecuencias a que me estoy refiriendo).

La disposición copiada dice claramente cómo sin ser depositario (por el solo hecho de pactar una remuneración que es lo que pasa en el transporte) puesto que no existe dicho contrato sino otro muy diverso en su configuración y en sus consecuencias jurídicas —el de arrendamiento de servicio— sí le son aplicables las normas del depositario a quien cuida de unas mercancías, cobrando por ello un determinado estipendio.

Armonizando el texto citado con las reglas pertinentes del C. de Co., se llega a la clara conclusión de que el porteador no es depositario, no tiene la condición de tal, mas si se le aplican las mismas reglas que le son aplicables a quien posea en el sentido jurídico de la palabra el carácter de depositario; y es que, cómo puede existir un depositario en el contrato de "arrendamiento de servicio"?

Por la parte final del artículo del Código Civil que estudio, es por lo que el porteador es responsable de las pérdidas y averías que puedan sufrir los objetos a él confiados, en la misma forma que lo fuera un depositario, lo cual significa que en el contrato comercial de transporte el porteador es responsable por pérdidas y averías en idéntica situación que en el contrato civil de depósito, lo es el depositario.

La tesis que sostengo es ampliamente corroborada por el art. 299 del Código de Comercio que dice, estableciendo las obligaciones del porteador: "Es asimismo obligado a la custodia y conservación de las mercaderías, en la misma forma que el depositario asalariado".

El uso de la expresión "en la misma forma" es bien significativo y está diciendo claramente que el legislador quiso equiparar al porteador con el depositario e imponerle al primero la misma responsabilidad que al segundo, a cada uno dentro de la esfera de su diversa situación jurídica, sin confundir el contenido jurídico del uno con el del otro.

Entrando de lleno en la responsabilidad que incumbe al porteador en relación con pérdidas y averías de las mercancías, ella no presenta mayores dificultades; en el primer caso —el de pérdida— el porteador debe pagar el valor de ellas por el precio que tengan en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, es decir, la entrega al consignatario.

Aquí hallo una clara diferenciación entre el depositario y el porteador, a la vez que un argumento más contra quienes sostienen la calidad de depositario en el porteador, ya que, si éste fuera depositario debería pagar en caso de pérdida y de acuerdo con las normas del depósito, el valor de los objetos según su precio en el momento en que se hizo el depósito y no en el momento en que debería verificarse la entrega del mismo.

Cuando ocurre no la pérdida sino el deterioro de las mercaderías, está obligado el porteador a pagar el valor del mismo, salvo que el deterioro sea de tal naturaleza que deja a las mercaderías inservibles para su consumo o venta, pues en este supuesto debe pagar al consignatario el valor íntegro del objeto perdido.

Existe otro caso especial en el aspecto que me ocupa y es cuando

entre varias mercancías unas se averían hasta quedar inútiles para su uso y otras no; en tal evento es justa la disposición legal que obliga al consignatario a recibir los objetos ilesos siempre que por sí solos pueden ser útiles, es decir, que no sean complemento de los objetos inservibles. No sobra advertir que los casos de responsabilidad que acabo de enumerar, sólo ocurren cuando por el hecho o la culpa del porteador se produce la pérdida o avería de la mercancía, pues si la una o la otra son el resultado de la fuerza mayor, del caso fortuito o del vicio interno de la mercancía, la responsabilidad del porteador desaparece al tenor del art. 283 del C. de Co., con las excepciones allí establecidas.

c) *Responsabilidad General del Porteador:* A propósito de la fuerza mayor y del caso fortuito, cabe preguntar: hasta de qué culpa responde el porteador? Cómo responde de ella? A quién corresponde el "onus probandi" o carga de la prueba? De qué manera se estructura ésta?

Nos encontramos entonces con la parte menos técnica en la reglamentación de este contrato y sobre la cual, debería la comisión de reformas al código de comercio fijar su atención, para expedir una ley más general y comprensiva, a la vez que para coordinar textos del Código con otros posteriores que han venido a crear conflictos, a dar lugar a muy diversas interpretaciones por el vacío y la contradicción que ellos han suscitado.

El art. 306 del C. de Co. dice en su letra: "El porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte.

"Se presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador.

"Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

De acuerdo con un principio general del derecho en los contratos que reportan beneficio para ambos contratantes, éstos deben responder en el cumplimiento de sus obligaciones hasta de la culpa leve y sabido es que quien responde de esta clase de culpa, responde asimismo de la grave, ya que ésta se encuentra incluida en aquélla; el contrato de transporte como bilateral, oneroso y conmutativo que es significa beneficios para ambas partes y por ello la responsabilidad del porteador se

extiende hasta la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones de recibir, conducir, conservar y entregar los objetos a él confiados.

Se consagra por la disposición transcrita una presunción de culpa en el porteador en caso de pérdida o avería de la mercancía y de retardo en el cumplimiento de su obligación de entregar. De qué clase de presunción se trata? Es evidente que no nos hallamos con una presunción de derecho porque el legislador no lo dice, porque el léxico en que está redactado el texto no lo deja entender y porque si bien no existe ningún motivo de orden público o de intervención estatal que justifique en este caso una presunción de tal índole, sí existe uno muy poderoso para demostrar la razón de ser de una presunción legal, en el caso que estudio: la desigualdad enorme de las partes en lo que a responsabilidades y a estructuración de la prueba se refiere.

Cuál es, en relación con la prueba, la consecuencia natural y lógica de esta presunción? Sencillamente por ella se echa la carga de la prueba, se le impone al porteador la obligación de probar su no culpabilidad en el suceso que ocasionó el retardo o produjo la avería o pérdida de la mercancía. De tal modo que, mientras aquél no aporte esa prueba, mientras no demuestre su ausencia de dolo y culpa en el hecho que produjo el daño reclamado, el Consignante o Consignatario —según el caso— puede por el solo hecho del retardo o del perjuicio, reclamar la indemnización correspondiente fundándose en la negligencia o culpa del porteador.

Se justifica la existencia de la presunción que analizo?

Para mí es clara la imperiosa necesidad de la existencia del texto anotado, por la notoria desigualdad existente en la posición de ambas partes dentro del contrato de transporte; si no conociésemos esta disposición, de acuerdo con la regla de que "quien afirma debe probar su aserto" al consignante tocaría demostrar la culpabilidad del porteador, lo que le es casi imposible ya que quien envía una mercancía está actuando en parte bien diferente de quien la conduce y por tanto de donde debió suceder la pérdida o avería de la misma.

Sin embargo de lo dicho, existe un problema de vasto contenido y alcance: me refiero a la cláusula limitativa de la responsabilidad. Debemos analizar en ella su incidencia con la disposición del art. 306 arriba copiado, tanto como su eficacia, sus consecuencias y su validez dentro del derecho positivo colombiano. Dice el art. 329 del C. de Co., en el capítulo relativo a los *Empresarios Públicos* de Conducciones:

"Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no

los eximen de indemnizar cumplidamente a los pasajeros y cargadores las pérdidas que justificaren haber sufrido".

Corroborara ese mismo principio y lo establece en una forma más terminante el artículo 8º de la ley 52 de 1919, que a la letra dice: "En los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes, y aunque las hagan constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos".

Se ve clara una contradicción en lo referente a la prueba, al coordinar las tres disposiciones de que hablo; pues: si existe la presunción de culpa en el porteador, lo que quiere decir que él tiene la carga de la prueba, por qué se obliga al consignante a probar los prejuicios sufridos cuando éstos pasan de determinada cantidad?

Ante la contradicción anotada, la jurisprudencia ha resuelto el problema de la única manera que es posible hacerlo, para que se concatenen todas las disposiciones, sin excluir ninguna, pues si la ley 52 de 1919 es posterior y en consecuencia podrían algunos sostener que deroga la disposición contenida en el artículo 306 del Código, la existencia de ésta es de una necesidad tal que su derogatoria sería causa de un mayor desequilibrio en la posición de los contratantes.

Ha dicho la jurisprudencia nacional que la presunción consagrada en el artículo 306 sólo tiene validez en cuanto a la responsabilidad pecuniaria establecida en la cláusula limitativa y de ahí en adelante entra a operar la disposición del artículo 8º de la ley 52 de 1919 que invierte la carga de la prueba.

Pongamos un ejemplo para entender mejor la interpretación jurisprudencial: si con un empresario público de transportes se envía una carga por \$ 20.000.00 y en la carta-guía, recibo o conocimiento que otorga el empresario existe una cláusula expresando que la empresa sólo responde hasta por \$ 10.000.00 y la carga entregada se pierde en su totalidad, se presume la culpabilidad del porteador y el consignante puede cobrarle por el solo hecho de la pérdida sin necesidad de aportar otra prueba, la cantidad que figura en la cláusula limitativa de su responsabilidad (hasta \$ 10.000.00 en el caso propuesto), más en lo que los perjuicios excedan de lo expresado en la cláusula limitativa (los \$ 10.000.00 restantes, en el ejemplo anotado) toca al consignante la carga de la prueba.

Conviene anotar, sin embargo, que la jurisprudencia referida no

ha sido constante y, por el contrario, existe también en el sentido de hacer de cargo del porteador la exoneración de toda culpabilidad cualquiera sea el valor de la mercadería y aunque él exceda de lo previsto en la cláusula limitativa. Adelante me permitiré transcribir alguna jurisprudencia en tal sentido.

d) - *Responsabilidad especial*: Existe dentro de la legislación colombiana un caso particular de responsabilidad, consagrado en el artículo 295 del Código de Comercio; dicho texto dice:

"El porteador responde de la inobservancia de las leyes y reglamentos de hacienda, salubridad y seguridad públicas, tanto en el curso del viaje, como en su entrada al lugar del destino de las mercaderías".

Esta disposición se encuentra complementada por el artículo 296 del mismo Código, que estatuye: "Si la inobservancia hubiere sido ordenada por el cargador o consignatario, el porteador quedará exento de toda responsabilidad civil; pero tanto él como el cargador o consignatario serán castigados con arreglo a las leyes o reglamentos que hubieren violado".

Se funda esta responsabilidad, en la obligación correlativa del cargador quien está impelido a suministrar al porteador todos los documentos necesarios a la libre circulación de la mercancía, siendo de cargo de aquél los comisos, multas y, en general, todos los daños y perjuicios que sufre éste por la carencia de los citados documentos; de lo que antecede podemos deducir que la aplicación del último texto copiado sólo tiene lugar cuando el consignante ha cumplido su obligación de entregar los documentos referidos, pues si esta entrega no se ha efectuado el porteador es quien primera y únicamente responde ante la autoridad que sanciona la violación cometida, pero tiene derecho para resarcirse a su vez, cobrándole perjuicios al consignante por el incumplimiento de su obligación.

Prevé nuestra ley en relación con el aspecto que analizo, el caso de que la inobservancia o violación de la norma haya sido ordenada por el consignante, lo que da derecho al porteador para cobrarle los perjuicios sufridos ya que es exclusivamente éste quien debe responder en primer término por la infracción cometida. En mi opinión, esta disposición consagra un absurdo y debe ser eliminada de todas maneras ya que está permitiendo que los particulares concerten por sí y ante sí la violación del derecho positivo, pues no otra cosa significa el artículo 296 transcrito, que liberta al porteador de los perjuicios civiles por la transgresión del derecho que, aunque ordenada por otro, ha sido voluntaria y deliberadamente cometida.

Mas se me dirá que la ley está libertando al porteador de la responsabilidad civil solamente y ni a éste ni al consignante lo liberta de la penal. Pero, es que está permitida la libre violación del derecho que siempre es uno, sólo porque éste no es aquel que establece y sanciona los delitos sino el que "determina especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas; de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles"?

La documentación a que alude el artículo, se compone, entre otros papeles de: la factura, el visó consular o salvo-conducto diplomático de la misma, el certificado de prioridad de cupos, en el orden internacional y de acuerdo con reglamentaciones más modernas, se exige también en el comercio internacional y para poder procederse a la nacionalización de la mercancía: el acreditamiento del pedido que se va a nacionalizar así como el permiso necesario concedido por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. En el campo nacional son obligatorios, entre otros documentos, las guías y conocimientos correspondientes para que no se pase la mercancía como contrabando.

f) - Cabe ahora el estudio de dos casos particulares establecidos por el Código, de los cuales el primero ocurre cuando el cargador contrata, no el envío de una mercancía, sino la traída de ésta "al domicilio del cargador" dice la Ley, pero me parece que no tiene que ser precisamente a dicho domicilio.

Tiene el aspecto propuesto una modalidad propia que conviene no pasar inadvertida y es la facultad que se le otorga al porteador para cobrar todo el porte estipulado, aunque no realice la conducción, siempre que justifique uno de los siguientes hechos:

1º - Que el cargador, o su comisionista, no le ha entregado las mercancías ofrecidas;

2º - Que a pesar de sus diligencias no ha conseguido otra carga para el lugar de su procedencia.

Si el numeral 1º se justifica plenamente por cuanto su existencia implica por parte del cargador un efectivo incumplimiento de su obligación de entregar, bien se haga dicha entrega por él mismo o su delegado (comisionista), no así el numeral 2º que implícitamente da al porteador la facultad para resolver unilateralmente el contrato.

En efecto: Entre consignante y porteador existe un contrato puro y simple, por el cual el último se compromete con el primero a traerle de determinado lugar cierta mercancía; esta es su obligación pura y simple: Qué razón de principios o qué regla jurídica existe para sostener que la ejecución del contrato esté supeditada a la sola voluntad de uno

de sus partes (el porteador) si éste —a pesar de sus diligencias— no logra conseguir carga para el lugar de su procedencia?

La excepción que esta regla constituye, choca con los basamentos generales del derecho y es otro motivo de desigualdad jurídica dentro del contrato de transporte, pues queda a la libre voluntad del porteador el cumplir una obligación que no está sujeta a ninguna modalidad, como es la de traer determinada mercancía por un precio también determinado. El aditamento de que se hayan hecho las diligencias necesarias para conseguir otra carga, puesto por la ley, no modifica en lo más mínimo nuestro razonamiento.

En mi parecer el último inciso del artículo 297 del Código de Comercio tampoco debiera existir como precepto legal, pues no encuentro tampoco su razón de ser, ya que lo importante es indagar si el contrato, siendo legal, se ha cumplido de buena fe y de acuerdo con sus cláusulas. Lo establecido por el citado inciso, es más lógico que se deje a la espontánea contratación.

*Responsabilidad por retardo:* El segundo caso particular a que he hecho alusión, se refiere a la responsabilidad del porteador en relación con la multa estipulada para el caso de retardo en la entrega de las mercaderías.

Existirá siempre la multa como indemnización del retardo?; o más claro: En caso de no existir convenio alguno y se produzca el retardo, habrá lugar a la multa?

A primera vista parece el interrogante anterior una pregunta tonta, sin resultado práctico de ningún interés; pero vamos a ver el anacronismo —en esta materia— de que adolece la ley y la importancia que encierra el interrogante planteado.

La multa como indemnización del retardo de que trata el artículo 305 del Código de Comercio es en su esencia una cláusula penal accesoria a la obligación de entregar en el tiempo oportuno, ya que su ejecución sólo puede exigirse por el cumplimiento retardado de la obligación y mientras éste no se produzca, aquélla es inoperante.

Es este un caso en que la cláusula penal es legal, vale decir, establecida por la norma jurídica independientemente de la voluntad de los contratantes. En esta materia el Código de Comercio consagra principios opuestos a los contenidos en el Código Civil, pues mientras en aquél la exigencia de la cláusula penal es compatible con la exigibilidad de indemnización de perjuicios, además de ser legal —como acabo de explicarlo— en éste, ella es esencialmente convencional —en ningún caso se hace operante por disposición de la sola ley civil, sin el concurso

de los contratantes—, y es, salvo pacto expreso, incompatible en su exigibilidad con la indemnización de perjuicios (artículos 1599 y 1600 del Código Civil).

El artículo 305 del Código de Comercio en su inciso segundo no deja lugar a dudas sobre la existencia legal —independiente del querer de las partes— de la cláusula penal por el mero hecho del retardo, con la excepción del caso fortuito o fuerza mayor. De modo que, si no se ha pactado en contrario y el porteador retarda culpable o inculpablemente —no tratándose de caso fortuito o fuerza mayor— la entrega de las mercaderías al consignatario, éste o el cargador pueden, acreditando únicamente el hecho del retardo, con prescindencia de cualquiera otra circunstancia, exigir la indemnización de que habla el inciso 2º del citado artículo 305, indemnización que es aparte de la que pueda corresponder por pérdidas, desfalcos, averías y perjuicios en general, al tenor del inciso último del citado texto.

En mi sentir es errado e inconveniente el establecimiento en forma imperativa legal de la cláusula penal, pues creo que las obligaciones accesorias que obran como medios coercitivos para dar un mayor margen de seguridad en la ejecución de los contratos, deben dejarse —como sucede en el Derecho Civil— a la iniciativa privada ya que el ordenamiento jurídico general se garantiza suficientemente con la acción que tiene el contratante para exigir indemnización de todos los perjuicios que se le hayan causado con el incumplimiento de la obligación correlativa a su derecho.

Además el implantamiento legal de la cláusula a que me refiero, puede fácilmente dar lugar a situaciones jurídicas en que por aplicarse la ley se contraviene la más elemental equidad, siendo aquí que el fin propio de aquélla es hacer que ésta se realice en la sociedad: Supongamos que por causa del retardo (causado sin la menor culpa del porteador) se hayan agotado con anterioridad las mercaderías entregadas y éstas se venden por ese hecho a un precio superior al esperado, produciéndole al consignatario una ganancia mayor de la que había previsto. Será justo que invocando el hecho del retardo —que le ha aprovechado y el cual se ha producido sin culpa alguna por parte del porteador— exija el consignatario o el consignante indemnización de quien sí ha podido sufrir un perjuicio claro por el retardo que él no quiso?

Sin embargo, con un criterio literal sobre la aplicación de la ley, ello es posible ya que no otra cosa dice el texto legal, en su letra, que no en su espíritu.

Ya dije cómo al contrario de lo que sucede en el campo civil,

el el comercial la exigencia de la cláusula penal no excluye la exigibilidad de la obligación y de toda clase de perjuicios que el demandante acredite haber sufrido (inciso 3º, artículo 305, Código de Comercio).

No está por demás señalar —para evitar el que se nos diga que estamos confundiendo el concepto de cláusula penal— la única diferencia, no sustancial sino meramente accidental y carente de toda importancia, que advertimos en los textos legales que he venido comparando —el civil y el comercial— tal como ellos están concebidos, con absoluta prescindencia de los pactos sobre el particular, ya que se trata de una materia que admite la más amplia libertad de contratación individual.

Ateniéndonos sólo a los textos legales, observamos que en la ley civil la cláusula penal existe “para asegurar el cumplimiento de una obligación”, no de una parte de la obligación principal como sí existe en la ley comercial, ya que la oportunidad o inoportunidad —factor tiempo exclusivamente de la entrega, es apenas una parte y un aspecto de la obligación principal— entregar las mercaderías sanas y salvas, después de haber cumplido la conducción y la vigilancia de las mismas— y no precisamente toda la obligación misma.

La diferenciación que acabo de hacer es demasiado sutil y sin ninguna trascendencia ni efectos prácticos, pues los contratantes poseen plena libertad, así en el campo civil como en el comercial, para pactar la cláusula penal bien en relación con la obligación a que ella accede, bien haciendo referencia únicamente a uno de los aspectos como ha de ser cumplida la obligación principal.

En todo caso —en mi opinión— no es campo propicio para la norma jurídica el entrar a establecer multas o cláusulas penales por el incompleto o indebido cumplimiento de la obligación; ella debe limitarse a garantizar la indemnización de los perjuicios, que la parte acredite haber sufrido.

g). *Cláusula limitativa de la responsabilidad*: Queda claro por lo ya expuesto que la cláusula limitativa de la responsabilidad que acostumbra en sus conocimientos varios empresarios públicos de transportes, no tiene valor alguno en nuestro derecho desde luego que por ella no se exime al porteador de indemnizar todos los perjuicios que el cargador justifique haber sufrido; el solo y único efecto del texto que comento es el de invertir la carga de la prueba para aquello en que no está amparado el consignante por la presunción del artículo 306 del Código de Comercio.

Se puede sostener la bondad de la inversión de la carga de la prueba, en este caso concreto?

Se presenta aquí otro aspecto fundamental, en el cual se precisa una corrección que cambie por su base el sistema vigente, pues para mí es indudable que la existencia de los artículos 329 del Código de Comercio y 8º de la ley 52 de 1919, están creando para el porteador una situación de privilegio y de excepción que no tiene razón de ser, ya que deja al cargador casi en absoluta imposibilidad para conseguir la prueba que por las citadas disposiciones se le está exigiendo.

La situación de privilegio para el porteador se hace presente si consideramos la forma especial de estructuración de la prueba, por las modalidades peculiares inherentes a la naturaleza del contrato. Si el porteador alega el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad que excede a la cláusula limitativa, cómo puede el consignante contra probar la existencia del caso fortuito alegado, siendo que éste debió haber sucedido en un lugar que escapa al control de aquél?

Y en esta imposibilidad se halla no sólo cuando trata de exigir perjuicios que exceden a la limitación del porteador, sino aun aquellos en los cuales está protegido por la presunción de culpa del artículo 306. Por lo dicho, sería muy conveniente y necesario que la Comisión de Reformas del Código, estudiase la manera de dar al consignatario una más eficaz y mayor participación en la configuración del elemento probatorio ya que en el sistema vigente es únicamente al porteador a quien corresponde tan delicada misión y salta a la vista la inferioridad en que se encuentra el cargador para hacer valer sus legítimos derechos. En último análisis todo litigio se resuelve en los medios probatorios.

Por qué estudiamos la existencia de la cláusula limitativa de los empresarios públicos de conducciones y no en los particulares? La razón es obvia y la constituye precisamente la diferencia entre las dos clases de empresarios: mientras se caracterizan los primeros por una acción demasiado directa del Estado sobre ellos; por la obligación de hacer públicas sus tarifas, sus itinerarios, sus condiciones de viaje, sus horas de salida y de llegada teniendo que ceñirse estrictamente a todo lo anunciado; por la terminante prohibición de hacerse ellos o hacer a cualquiera personas de mejor condición que a otras y por consiguiente otorgarles a aquellas mayores facilidades que a éstas (como prelación en el transporte, mayor rapidez en el mismo, menores tarifas, mayor seguridad para la carga, etc. etc.), los segundos se distinguen por su autonomía para contratar, pudiendo hacer a cualquiera de mejor condición

que a otro y pudiendo pactar la responsabilidad que a bien tengan, en cada caso particular.

En relación con la cláusula limitativa de la responsabilidad es muy importante distinguir dos aspectos fundamentales de ella a los cuales ya he hecho alusión: es el primero lo concerniente a la validez o invalidez de la cláusula limitativa, y lo segundo dice relación a la inversión o no inversión de la carga de la prueba.

En el primer aspecto propuesto nuestra jurisprudencia y los varios comentaristas están conformes en aseverar la absoluta nulidad de tal cláusula; mas en lo que atañe al aspecto probatorio del valor excedente al estipulado en la cláusula a que me refiero, la jurisprudencia ha sido muy variada sosteniendo en veces que dicha cláusula sí comporta una inversión de la carga de la prueba, y en otras —las más de las veces— que no implica tal inversión. También los comentaristas difieren grandemente con relación a este punto.

En sentir de algunos el artículo 8º de la ley 52 de 1919, ya copiado, tiene su origen en la ley francesa de 17 de marzo de 1905 conocida con el nombre de "Ley Rabier" la cual estableció la prohibición de la referida cláusula.

La estipulación a que me refiero es más o menos del siguiente tenor: A menos de una declaración en contrario hecha expresamente por el consignante, en la parte principal de este documento se entenderá, y así queda expresamente convenido entre las partes, que el valor de cada bulto o unidad transportada no excede de . . . . . (generalmente se pone una suma demasiado exigua, como \$ 50.00, o \$ 100.00, o \$ 200.00) y hasta por esa cantidad indemnizará la compañía en caso de pérdida o avería. En caso de que el valor de cada bulto o unidad de transporte exceda de dicha cantidad y exista la declaración respectiva hecha por el consignante, la compañía liquidará y el consignante aceptará, el flete liquidado al tipo de la tarifa corriente, más una prima adicional del dos por mil sobre el valor declarado, siempre que se compruebe su culpa. En todo caso de pérdida o avería se exigirá la presentación de los documentos comerciales que acrediten el costo de la mercancía.

Conviene observar que tal cláusula es internacionalmente standard y se la encuentra en todos los documentos que expiden las grandes compañías transportadoras extranjeras y también las compañías nacionales.

El artículo 329 del Código de Comercio colombiano y el 8º de la

ley 52 de 1919 ya copiados, son de por sí claros y no dejan lugar a duda sobre la nulidad de la estipulación a que me refiero.

Sin embargo, los empresarios han tratado de hacer una interpretación en mi sentir forzada, para sostener la validez de tal cláusula no obstante lo absoluto de las disposiciones citadas.

Afirman que las estipulaciones semejantes a la que he puesto de modelo, no son en sí propiamente limitativas de la responsabilidad sino cláusulas penales, y que éstas son perfectamente legales al tenor del artículo 1592 de nuestro Código Civil.

Tal disposición reza: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Juzgo forzada e inaceptable la teoría dicha porque es evidente que no es lo mismo cláusulas penales y cláusulas limitativas, y que estos términos no son sinónimos.

La jurisprudencia ha establecido la diferenciación existente entre ambas especies de cláusulas cuando ha dicho que en la llamada penal se estipula una suma fija e invariable para asegurar el cumplimiento de la obligación; hay en ella exacta fijeza en el guarismo determinado; se dice, por ejemplo, \$ 50.00, o \$ 100.00, o \$ 200.00 sin que al hacerla efectiva pueda haber lugar a alzas o deducciones de ninguna clase.

En cambio, cuando de la cláusula limitativa se trata, entonces lo convenido es hasta una suma determinada; se señala un máximo sujeto siempre a deducciones. Se dice, por ejemplo, que la compañía responde en caso de extravío de la mercadería por un valor hasta de \$ 50.00, o hasta de \$ 100.00, o hasta de \$ 200.00, o que no exceda de dichas cantidades y bien puede suceder que en un caso particular los perjuicios causados al cargador o al consignatario, según el caso, no alcancen a dicha suma y de consiguiente la cantidad a reembolsar es inferior al valor fijado en la cláusula limitativa. Por ello, ésta se halla sujeta a variaciones, lo que no sucede con la cláusula penal.

Esta diferencia es por sí suficiente para señalar como diversa la esencia de ambas cláusulas y por ello rechazar la similitud que se ha pretendido establecer.

Si bien es claro que las cláusulas penales son perfectamente valederas de acuerdo con el texto civil mencionado, no lo es menos que también tienen el mismo valor legal las cláusulas limitativas por virtud de las disposiciones comerciales.

Para ilustrar más la cuestión a estudio me parece oportuno trans-

cribir alguna doctrina de expositores y jurisprudencia americana, basada sobre disposiciones muy semejantes a las consagradas por la legislación colombiana.

El Código de Comercio argentino trae el siguiente inciso del artículo 204: "Los reglamentos o estipulaciones de las empresas que hubieren ofrecido sus servicios al público excluyendo o limitando las obligaciones y responsabilidades impuestas por este Código, serán nulas y sin ningún efecto".

El doctor Carlos C. Malagarriga comentando tal disposición afirma lo siguiente en las páginas 409 y 410 del tomo primero de su obra: "Las Cláusulas de irresponsabilidad. La segunda parte de nuestro artículo, que por referirse a toda clase de transporte, debió figurar aparte, decide netamente una cuestión muy controvertida en el derecho europeo y en especial, en el derecho francés, y la resuelve en un sentido justo si se tiene en cuenta que las cláusulas de irresponsabilidad serán, de existir, no el resultado de un convenio libre de voluntades iguales, sino una imposición de las empresas realizadas valiéndose de su situación".

La jurisprudencia de dicho país ha dicho que "Las empresas responden del equipaje recibido por el valor que se justifique, en caso de pérdida. Los reglamentos de la empresa, aun aprobados por la autoridad competente, carecen del valor legal en cuanto contraríen el Código de Comercio. Si el justo valor de los objetos extraviados no puede ser justificado, procede juramento estimatorio. (Cám. Com., Tomo 81, página 302)".

El doctor Ramón S. Castillo en el Curso de Derecho Comercial dictado en la Facultad de Buenos Aires, expresa lo siguiente refiriéndose al inciso segundo del artículo 204 del Código de Comercio argentino, ya transcrito: "Fundamento de la prohibición. Las estipulaciones por las que se excluye o limita las obligaciones y responsabilidades impuestas por el Código a las empresas de ferrocarriles, salvo las indicadas en los puntos precedentes, son de ningún valor (artículo 204 del Código).

"En general las convenciones limitativas de la responsabilidad son válidas cuando no dejan sin efecto la responsabilidad por el dolo o la culpa grave.

"Empero, tratándose de empresas que ejercen un monopolio —como lo ejercen de hecho entre nosotros las empresas de ferrocarriles— la convención que ellas propusieran limitando su responsabilidad, tendría que ser aceptada necesariamente por los que no pudieran prescindir de ese medio de transporte. Las empresas harían la ley a este res-

pecto. Para evitar abusos de esa naturaleza se ha considerado conveniente prohibir tales convenciones.

"Ventajas o inconvenientes. - La prohibición es discutida en la doctrina, porque si bien consulta el interés general al hacer una causa posible de abusos y de perjuicios, por otra parte agrava considerablemente la responsabilidad de las empresas, por lo cual éstas deben imponer a los cargadores una contribución mayor, para cubrir el riesgo que no pueden eludir.

"Lo que ocurre en la práctica. - A pesar de la prohibición de la ley, en la práctica se establecen comúnmente las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad, en la carta de porte, o al recibir la carga; pero invariablemente se las ha declarado nulas cuando se ha pretendido hacerlas valer en juicio.

"Sin embargo, algún beneficio han de significar para las empresas, porque subsisten en la práctica de este contrato".

Otro tratadista extranjero, el profesor Gabriel Palma Rogers, de la Universidad de Chile, en su obra "Derecho Comercial", tomo II, página 30, dice lo siguiente:

"El artículo 299 se refiere al valor que pueden tener ciertas cláusulas limitativas de la responsabilidad del porteador que suelen figurar en los mismos billetes impresos que entrega la empresa y así dice:

"Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no los eximen de indemnizar a los pasajeros y cargadores, con arreglo a los artículos precedentes, las pérdidas que justificaren haber sufrido".

"Suelen encontrarse en las boletas de carga, cartas de porte, y aun en los reglamentos de estas empresas, disposiciones que en ciertos casos limitan la responsabilidad de estas últimas, cualquiera que sea el valor de la cosa porteada, a una determinada suma (por ejemplo \$ 50).

"Pues bien, en conformidad a esta disposición del Art. 229, esas cláusulas no tienen valor y, para los efectos de la responsabilidad del porteador, habrá sencillamente que aplicar las disposiciones pertinentes que ya hemos visto. A este respecto hay una sentencia muy interesante de la Corte Suprema que nos evita el entrar en mayores explicaciones sobre este punto, porque en ella se hace un análisis muy detenido y prolijo de estas disposiciones, especialmente de los arts. 220, 224 y 228 del C. de C., y 48 de la Ley de Policía de F.F. C.C., de 1862, que figura con el N° 94 en la ley actualmente en vigencia.

Esta sentencia es de fecha 9 de agosto de 1898, fue dictada en un juicio de Martínez Hnos. con la Empresa de los F.F. C.C. del Estado,

y fue publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1898, Tomo II, pág. 179, N° 171.

"Resumen: - Los señores Martínez demandaron a la Empresa de los F.F. C.C. del Estado porque las mercaderías que enviaron se extraviaron y no se las entregaron, pidiendo que se les reembolsara su valor con indemnización de perjuicios. La empresa se excepcionó alegando que el accidente había ocurrido por causa imprevista (algunos animales habían entrado a la vía y la locomotora se había volcado siendo que ésta tiene la obligación de cerrar la vía) y que a pesar de haberse puesto policía al cuidado de las mercancías éstas se habían perdido en medio de la confusión y que aun en el supuesto, la empresa estaba libre de responsabilidad desde el momento que había empleado la debida diligencia, y como se trataba de bultos cuyo contenido no había sido manifestado, su responsabilidad estaba limitada a \$ 50. La sentencia de primera instancia condenó a la Empresa a pagar sólo \$ 50 por bulto; pero la Corte Suprema revocó este fallo y entre otros considerandos dijo: que el porteador está obligado a la custodia de las mercaderías....., que la pérdida se presume por culpa del porteador a menos que pruebe caso fortuito, que el artículo contiene una excepción que sólo se refiere a joyas, dinero u otros efectos de gran valor y pequeño volumen....., que la Ley de Policía de Ferrocarriles consagra principios análogos....., etc. Con el mérito de todas estas consideraciones dio lugar a la demanda y condenó a la Empresa al pago del valor total de las mercaderías, previo informe pericial".

No obstante la certeza de la doctrina y la jurisprudencia en los países mencionados, parece que en ellos podría llegar a aceptarse esas cláusulas eximentes de responsabilidad por parte del porteador, respecto de sus hechos propios o de los de sus empleados, que comporten culpa leve o levísima, pero no de los que se traduzcan en culpa grave o dolo.

Nuestra jurisprudencia sí ha sido más clara y uniforme en sostener la nulidad de tales cláusulas. Me permito transcribir a continuación apartes de providencias en que se han analizado tanto lo relativo al valor de la cláusula limitativa, como lo relativo a la inversión o no de la carga de la prueba.

En el juicio ordinario de Carlos J. Abusaid contra la Naviera Colombiana, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, dictó el siguiente fallo que fue confirmado por el Honorable Tribunal Superior:

"PERJUICIOS. - El porteador no puede exonerarse de responsa-

bilidad por las faltas, averías y retardos en el contrato de transporte sino con la demostración positiva del caso fortuito.-(Inciso 3° del Art. 306 del C. de Comercio Terrestre, y 105 del C. de Comercio Marítimo)-. Se dirá que el inciso primero del Art. 306 C. T. sólo lo hace responsable de la culpa grave y leve y que demostrando el grado de diligencia abstracto, correspondiente a estas culpas específicas se descarga de responsabilidad. Para el Juzgado no es así. El inciso 3° consagra un principio rígido de responsabilidad. No sólo hay que demostrar el caso fortuito sino también que el deudor ha tenido el cuidado y diligencia necesario para evitar el accidente o modificar los efectos del mismo.

"Es una solución en extremo rigurosa, que algunos tratadistas critican por ser demasiado estricta para el deudor. Exigen tales disposiciones a más de la prueba positiva del caso fortuito, la prueba negativa de ausencia de falta. Así las cosas, la culpa grave y leve a que se refiere el inciso primero y la presunción del inciso segundo del mencionado artículo, juega para demostrar la conducta del deudor anterior y posterior al caso fortuito.

"Conclúyese que en la prueba del caso fortuito y la diligencia anterior y posterior a él, la prueba que exonera de responsabilidad. En el caso de autos no se ha demostrado hecho alguno que equivalga a la fuerza mayor, elemento indispensable de exoneración y por lo tanto Naviera Colombiana es responsable de la pérdida total de los bultos faltantes.

"PREVISION DE PERJUICIOS. - A este respecto el apoderado de la entidad opositora, en síntesis, manifiesta que las cláusulas limitativas de responsabilidad y las penales en el contrato de transportes, son válidas a pesar del Art. 329 del C. de C. T. adicionado por el Art. 8° de la Ley 52 de 1910 según el Art. 11 de la misma.

"Al efecto transcribe los conceptos de tratadistas como Planiol y Ripert y sus colaboradores, según los cuales los Arts. 1150 y 1151 del C. Civil Francés, igual a nuestro Art. 1616; como es obvio se refiere a la fijación previa del monto de la indemnización y no a la causa o naturaleza de la responsabilidad. Transcribe —además— algunos apartes de los anteriores autores y de los tratadistas Josserand y Ripert, para demostrar que las cláusulas limitativas de responsabilidad y las penales en los contratos de transportes son válidas.

"La cláusula penal se diferencia de la cláusula limitativa de responsabilidad, en que la primera determina una cantidad fija como indemnización, cantidad que no podrá disminuirse aun cuando el daño real sea inferior y la limitativa fija un máximo cuya cantidad puede

rebajarse si el daño real es inferior. Indudablemente en Francia, a pesar de la llamada Ley Rabier, expedida el 17 de marzo de 1905, tales cláusulas tienen valor.

"Pero es que la diferencia de la Ley Rabier a nuestra legislación, es grande. Para evidenciarla basta considerar: Se estimó en Francia hasta el año de 1874 que las cláusulas de no responsabilidad eran nulas, por cuanto eran contrarias al orden público al fomentar la negligencia del porteador. Luego y siempre reconociendo que las cláusulas de no responsabilidad no volvían irresponsable al porteador, dijo la Jurisprudencia Francesa con una mala interpretación, que ellas sólo invertían la carga de la prueba. Para llegar a esta conclusión se valieron de un raciocinio falso, al parecer de muchos tratadistas, criterio jurisprudencial que no es el caso de analizar aquí. Los comerciantes reaccionaron contra esta arbitraria interpretación de la jurisprudencia sobre las cláusulas de no responsabilidad, alegando que invertir la carga de la prueba era tanto como consagrar la irresponsabilidad del porteador, ya que ellos no viajaban con la mercancía y les era imposible comprobar falta alguna a cargo de aquél.

"Fue cuando se expidió la Ley Rabier, para aclarar el valor de tales cláusulas y agregó un inciso tercero al artículo 103 del Código de Comercio Francés, el cual quedó así: "El Porteador es responsable de la pérdida de los objetos transportados, excepto el caso de fuerza mayor. (Primer inciso). Es responsable de las averías que no provengan de un vicio propio de la cosa o de fuerza mayor. (Segundo inciso). Toda Cláusula inserta en toda carta de porte, tarifa u otra pieza cualquiera es nula". (Inciso tercero, agregado por la Ley de 1905).

"Se tiene así que en Francia las cláusulas limitativas y penales no fueron anuladas sino las de no responsabilidad. Es decir, fueron anuladas aquellas cláusulas que estatúan sobre la responsabilidad del porteador, en cuanto se referían a la naturaleza o causa de esta responsabilidad pero no aquéllas que se referían al monto de la indemnización.

"Debe tenerse en cuenta que la cláusula de no responsabilidad significa que no es responsable de las faltas imputables porque de las que no lo son, exonera la ley.

"Por eso la Jurisprudencia Francesa en cierta época, y aunque erradamente, interpretó que esas cláusulas sólo indicaban que el cargador o consignatario, debían probar la falta imputable al porteador y la Ley de 1905 la anuló, preceptuando que el porteador para liberarse de responsabilidad de la pérdida de las mercancías debe demostrar

fuerza mayor y de las averías de las mismas, vicio propio de ellas o fuerza mayor, declarando nula toda cláusula en contrario.

"Nada tiene que ver la anterior prohibición con las cláusulas limitativas y penales.

"Entre nosotros existe tanto la prohibición de variar la legislación sobre las causas y modo de incurrir el porteador en responsabilidad en el contrato de transporte, como estipular sobre el monto de la indemnización.

"En efecto, el artículo 329 del Código de Comercio Terrestre se refiere de manera expresa a las cláusulas de máximun o limitativas de responsabilidad. Luego esta prohibición fue adicionada de manera general y para toda clase de empresarios públicos de transporte y por el artículo 8º de la Ley 52 de 1919, según el artículo 11 de la misma. Esta última disposición prohibió de manera categórica las cláusulas que limitan los deberes o responsabilidades que tenga el porteador, según las leyes. Es decir, anuló estipulaciones como las siguientes: inversión de la carga de la prueba, ya que es deber u obligación del porteador, probar caso fortuito para exonerarse según la ley; que el porteador no es responsable de la culpa leve; que el porteador se liberará con la sola prueba negativa de falta de culpa imputable, etc., etc. Son estas las mismas cláusulas que la Ley Rabier anula.

"Pero como ya se dijo, entre nosotros, a más de consagrarse esa nulidad, se anulan también las cláusulas de máximun según vimos ya, por el artículo 329 del Código de Comercio Terrestre adicionado por el artículo 8º de la Ley 52 de 1919.

"Dedúcese de todo lo anterior que las cláusulas de máximun y la cláusula de variación de la carga de las pruebas son nulas. Estas últimas no tienen tampoco valor en Francia, en el transporte terrestre, pues, se vio que *los comerciantes* reaccionaron por la interpretación que la Jurisprudencia hacía en este sentido, porque prácticamente equivalía a dar valor a las cláusulas de no responsabilidad por la dificultad de la prueba. A subsanar este estado de cosas vino la Ley Rabier (similar en el fondo a la disposición del artículo 8º de la ley 52 de 1919), que consagró de manera positiva la nulidad de tales cláusulas.

"La cláusula XVII del conocimiento no parece ser una cláusula penal jurídicamente, como lo sugiere el ilustre apoderado de la Naviera Colombiana. La cláusula limitativa es justamente aquella que fija un máximun, como lo determina claramente la cláusula XVII, matiz que la diferencia de la cláusula penal. Que se hubiera agregado la condición de que Naviera no responde sino hasta cien pesos por bulto, en

caso que no se declare el valor de las mercancías, es más bien la indicación de los casos en que se aplica dicha cláusula, es decir, su significación es la siguiente: se declara el valor, no juega la cláusula limitativa; no se declara el valor, tiene aplicación la cláusula mencionada.

“Se dice que estas cláusulas tienden a salvaguardar los intereses del porteador cuando los cargadores no denuncian la naturaleza y calidad de las mercancías, porque sería injusto que se le hiciese responsable de un valor que no pudo preverse al tiempo del contrato. A esto se observa que la legislación común prevé este caso en el artículo 1616 del Código Civil, limitando la indemnización a los perjuicios que pudieron preverse al tiempo de pasar la convención.

“No dando valor a las cláusulas XVII y III del conocimiento, no es el caso de entrar en el estudio de los contratos llamados de adhesión, forma contractual por medio de la cual se estipularon esas cláusulas en el contrato de autos...”

Por contener un buen estudio de los puntos a que me refiero, y como otra demostración de la última orientación de la jurisprudencia nacional, me permito insertar algunos apartes del fallo proferido en la segunda instancia por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, en el juicio instaurado por Compañías Unidas de Transportes S. A. contra la Naviera Colombiana.

El fallo de primera instancia fue proferido por uno de los Juzgados Municipales de Barranquilla, pero me abstengo de referirme a él, aunque fue confirmado por el H. Tribunal Superior, por considerarlo carente de miramientos de cultura y delicadeza.

La sentencia del Tribunal a que me refiero, expresa lo siguiente:

“Estas disposiciones enmarcan los deberes en lo que respecta a la responsabilidad y la consiguiente obligación u obligaciones que ha de cumplir o se le han de deducir al porteador. Ahora bien, los contratos que elaboran e imponen las empresas transportadoras en sus conocimientos de embarque son los denominados *de adhesión*, en que una de las partes interviene aceptando sin previa discusión con la otra lo que ésta ya ha estipulado como más conveniente a sus intereses. Son, pues, contratos *sui-generis* en los cuales no le es dable a quien contrata con la empresa discutir las cláusulas ya impresas en los respectivos tiquetes, billetes, conocimientos, etc., que son entregados a quien va a contratar. Claro está, que esta forma tan rara de pactar ocasionó o determinó el abuso desmedido de quien podía sin cortapisa alguna imponer las cláusulas que favorecieran sus intereses con mengua o menoscabo de los legítimos intereses o derechos de la otra parte que en

desfavorables condiciones pactaba. Era el predominio del más fuerte en perjuicio de los que necesitaban transportar sus personas o sus mercaderías de un lugar a otro, ocasionando así ventajas que enriquecían a una de las partes y desventajas que ocasionaban el empobrecimiento de la otra. Eran contratos en que en verdad no había acuerdos de voluntades; más claro todavía, no hay acuerdo de voluntades. Esta situación que en forma repetida sucedía vino a atemperarla o a acortarla el legislador del año 19, quien en la ley 52 de ese año, extirpó el abuso de una de las partes en lo que respecta a los contratos de transporte. Dice así el artículo 8º de dicha ley: “En los reglamentos, conocimientos de embarques o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes, no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes; y aunque las haga constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores con las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos”.

Dos partes tiene la disposición transcrita: la primera prohíbe a los empresarios públicos de transporte hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes que en este caso no es otra que la ley del comercio, artículo 306 y sus concordantes; y la otra es la de que no obstante figurar en los conocimientos de embarque, billetes, etc., que expidan los empresarios de transportes, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos. “El caso de autos se enmarca en esta segunda parte de la disposición. Compañías Unidas de Transportes ha comprobado, por propia confesión de Naviera, la pérdida sufrida de un bulto de camisas. Sostiene la entidad demandada que esa sobretasa o recargo en el valor del flete no lo hace a título de transportadora ‘sino de aseguradora’ y que por lo tanto su cláusula III del conocimiento de embarque no es limitativa. Las mercancías se aseguran contra el riesgo en los casos fortuitos o fuerza mayor, estampa el señor procurador de la entidad demandada, los cuales no son de cargo del porteador según la ley y que el asegurar el comerciante su carga es asunto absolutamente voluntario; pero que es inmoral “exigir a un comerciante que asegure su mercancía para defenderse de la negligencia, descuido, mala fe o maniobras criminales de los empleados del porteador. El día que se interprete la cláusula III de los conocimientos de embarque de Naviera como esta empresa quiere interpretarlos ahora, habrá un incentivo poderoso para que los empleados de Naviera “dejen extraviar la mercancía”, ya

que ésta por un bulto de cuatro o cinco mil pesos no pagará, y a su turno no cobrará al subalterno responsable, sino doscientos pesos. El negocio es fantástico".

En relación con el recargo de que se viene hablando y que aparece en la cláusula III de los conocimientos de embarque de Naviera, se encuentra el Decreto 1976 de 1940 en que se prohíbe hacer un cliente de mejor condición que a otro, como también preceptúa uno de los artículos de ese mismo Decreto que las tarifas, se refiere a los fletes, han de ser aprobadas previamente por el Gobierno.

Lo anterior para indicar que la cláusula III del conocimiento de embarque de Naviera es por demás una cláusula limitativa de los deberes o de la responsabilidad que el porteador tiene según la Ley. Que la segunda parte de la cláusula III que se refiere a la sobretasa en los fletes, en manera alguna exonera al porteador de las cargas que la Ley 52 de 1919 le impone en su artículo 8º en relación con el 306 del C. de Comercio y sus concordantes.

No está demás advertir que el artículo de la ley 52 de 1919 es una ampliación o desarrollo del principio contenido en el artículo 329 de nuestro Código de Comercio Terrestre. La Ley panameña de 1915 está concebida en términos casi idénticos al artículo 8º de la ley 52 de 1919 y la cual fue el desarrollo de la disposición del Código panameño de comercio (Anales de legislación panameña de J. P. Arias, 1942, primera edición, página 78)".

Aparece claro a la luz de nuestras disposiciones legales, y de acuerdo con la orientación jurisprudencial, que en Colombia las cláusulas limitativas de la responsabilidad acostumbradas en los respectivos documentos por los empresarios públicos de conducciones, no tienen valor legal alguno.

"Como conclusiones de lo afirmado, pueden deducirse las siguientes:

a) - Las cláusulas limitativas de responsabilidad por pérdidas, faltas o averías, que los empresarios públicos de transportes hagan figurar en las tarifas, reglamentos, cartas de porte, billetes, etc., carecen de todo valor; no solamente dejan intacta la responsabilidad plena de dichos empresarios, sino que ni aun sirven para desplazar la carga de la prueba.

b) - Las cláusulas que limitan la responsabilidad por razón del retardo, si pueden ser estipuladas válidamente, y tienen la virtud de exonerar al porteador de la culpa leve que haya cometido al causarlo;

no liberan sin embargo, de la culpa grave ni del dolo, pero como éstos no se presumen, debe el acreedor probarlos.

Lo anterior debido a que, en mi concepto, no obstante los términos absolutos en que está concebido el artículo 8º de la ley 52 de 1919 en su primer inciso, en el segundo inciso de la misma disposición se habla únicamente de las pérdidas, faltas o averías, sin mencionar para nada el aspecto del simple retardo; además, podría invocarse para sostener la conclusión anotada los antecedentes de la legislación francesa, inspiradora de nuestra acotada ley 52 de 1919.

c) - La nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, se halla establecida legalmente para los convenios ajustados con los empresarios públicos de conducciones exclusivamente; no tienen, pues, operancia alguna los textos legales cuando se trata de empresarios particulares de conducciones; esto, porque como ya lo anoté, con respecto a éstos rige la libre autonomía individual.

d) - Los transportadores públicos están impedidos para acordar condiciones que aparezcan o equivalgan a limitación o exoneración de responsabilidad, o que indirectamente conduzcan a ellas; tales condiciones, cuyo fin es burlar la ley, carecerían de cualquier valor jurídico".

Creo haber estudiado los puntos más sobresalientes del contrato de transporte, figura jurídica por demás compleja, y que se presta como la que más a fundamentales reformas en la Legislación Colombiana a fin de consultar una mayor equidad y un más acertado criterio jurídico.

Medellín, septiembre de 1948.

*Gustavo Bernal Restrepo*

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 inensum 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) "diluir las 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 injertan 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 justinianeo, que el espíritu del Derecho justinianeo, 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

- ius 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". Bologna, 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, Berlin, 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'azione 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, Paris, 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 giustiniane", cit. pág. 38.
- (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: "Fatti 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". *Mémoires 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 185 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 KUBLER 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 atreviera 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”. Turin, 1909. Cit. por U. Alvarez: “Horizonte...” pág. 251.
- (131) Fundamentalmente contenida en el trabajo suyo 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, Paris, 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”. Mém. 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 abbracci i diritti di tutti i popoli che appartengono in senso ampio al mondo antico: Assiri, Babilonesi, Iudiani, Ebrei, Egiziani, Greci, Romani. La scarsità delle fonti, che renderà sempre lacunosissima la conoscenza dei singoli diritti, qui si aggiunge alle “profonde differenze di raza e di cultura” che escludono, rispetto 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", Berlin, 1938.
- (147) KOSCHAKER: "L'alienazione della cosa legata". Conf. Rom. a ric. di G. CASTELLI. Pavia, 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 Oesterreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht, 1 (1946), 241. - "Naturrecht 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 *ousia*, 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 elevara 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 lictor", 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. - Tº 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. Tº 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". Tº 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 à 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 leur colère et s'expose au châtement le plus sévère". Vid. además Cicero: 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 filosofia 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 1º 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 égyptiennes 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-dioleciana 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).

#### IV

### LA ACTUAL SITUACION DEL DERECHO ROMANO:

## 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 hipererítica 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 "Zurück 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 oscurecen 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 construido 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-

río 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 pantéista 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 nacionalsocialista 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 Tubinga 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. Si 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 existencial.

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 existencial 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 affioventi 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 ennemis 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 crisa 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 rassengssetzliche 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 justinianeo 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 österreichischen 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. Últimamente, 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 inaugura (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 destruido 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 anti-dogmática 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 construido 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". Mémoires Huvelin, pág. 189.
- (56) Cfr. también HUVELIN: "Leçon inaugurale de l'Ecole française de droit de Beyrouth" (14-LX-1913); en Mémoires 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. Mémoires 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.

PROF. CARLOS LOPEZ NUÑEZ

**FUENTES DE PRODUCCION Y CONOCIMIENTO  
DEL  
DERECHO ROMANO**

# I

## FUENTES DE PRODUCCION Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

*Esquema previo.*

- A) Conceptos y clasificación.
- B) La costumbre como fuente del Derecho romano.
- C) La ley. Clasificación seguida. Restos de leyes conservadas.
- D) Senadoconsultos. Los Senadoconsultos conocidos en Derecho romano.
- E) Edictos.
- F) Constituciones imperiales. Clasificación. Constituciones imperiales conservadas.
  - I) Las Compilaciones.
  - II) Las Compilaciones privadas de "iura" y de "leges".
  - III) Las Codificaciones del Derecho romano en el Occidente germánico.
  - IV) La Compilación justiniana.
  - V) Las fuentes jurídicas bizantinas.
- G) La jurisprudencia romana como fuente del Derecho. Textos conservados.

## A) CONCEPTOS Y CLASIFICACION

Es incuestionablemente confusa la doctrina de las fuentes del Derecho. Razones especiales contribuyen a mantener este confucionismo, que es necesario superar a todo trance, visto el enorme interés teórico-práctico de la cuestión. He aquí, pues, planteado un problema —efectivamente vital desde el punto de vista romanístico— pero que lleva implícito motivaciones más hondas, que en último extremo arrancan de una doctrina general del Derecho.

Gran parte del confucionismo de que hablamos deriva, como ha visto ISIDORO MARTIN (1), del problema inconcreto de la terminología en curso, y de la gran variedad de acepciones en que puede tomarse la expresión “fuentes del Derecho”.

En un sentido propio, con DE DIEGO, entendemos por fuente “el lugar o manantial donde brota el agua: tórnase, pues, como sinónimo de origen o principio de una cosa” (2), aunque desde luego sea factible extender este significado natural a otros supuestos, como destacara DE CASTRO muy acertadamente (3).

De todos modos, y en un sentido jurídico —por tanto, figurado— con la palabra fuente se designa la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho (4); todo aquello de donde el derecho surge, o, lo que es lo mismo, de donde brotan las normas jurídicas que regulan la vida social (5).

Hemos, pues, destacado el exacto perfil de la idea: cuando hablamos de “fuentes del derecho” no hacemos referencia a otra cosa que al origen del mismo. Aunque bien es cierto que todavía es posible concretar un poco más, buscando —como lo hace DE CASTRO (6)— un triple significado a la expresión, que condense los posibles supuestos de la vida jurídica. Así:

A) *Como fuente del derecho objetivo*, “como la causa última del derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico”. Esta causa última del derecho no está ni en el Estado, ni en el espíritu del pueblo (Volksgeist), sino en Dios, “comienzo e medio e acabamiento de todas las cosas”, como se lee en Las Partidas (7).

B) *Como las fuentes del derecho positivo*, como “las fuerzas so-

ciales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas que para ella constituyen el ordenamiento jurídico". Vienen a ser auténticas "fuentes integradoras" del orden jurídico a estudiar (8). Aquí hemos de hacer referencias a una distinción, muy necesaria a nuestro entender, y silenciada por gran número de autores. Una cosa es el organismo adecuado que produce las normas de derecho, y otra las normas jurídicas producidas.

El primero —por ej., el Senado Romano en la época del Principado— es "fuente de producción" auténtica; las segundas, las normas jurídicas producidas (los Senadoconsultos, p. ej.) no deben, ni siquiera extensivamente, como BIONDO BIONDI proponía (9), ser consideradas como fuentes, sino más bien como "modos de expresión del Derecho" (10).

Fuentes de producción del derecho, repetimos, son ante todo, "los órganos que, según el ordenamiento y la conciencia social del tiempo, tienen la función de crear la norma jurídica" (11). Sólo por razones tradicionales, y mientras no se adopte nueva terminología, hemos de admitir también, consecuentes con la doctrina de los juristas de Roma, que dentro de la rúbrica general "fuentes de producción" del derecho pueda considerarse además la norma jurídica producida (12) por tales órganos.

C) Como las fuentes de conocimiento del derecho positivo; esto es, como aquellas fuentes de investigación de ese orden jurídico, al decir de U. ALVAREZ (13); como aquel conjunto de medios que nos ayudan de modo eficaz a conocer el derecho, de tal forma que aunque no lo engendran generalmente, sí en cambio originan el conocimiento del mismo (14).

Bien es cierto que no hemos de ver una antinomia irreductible entre los conceptos fuentes de producción y fuentes de conocimiento. Antes al contrario, una misma fuente puede serlo de producción, en cuanto que de ella surge el propio derecho, y de conocimiento, en cuanto que de la misma obtenemos nosotros los datos a utilizar en la investigación histórica propuesta (15).

Tradicionalmente se han venido clasificando las fuentes de conocimiento en *directas o jurídicas* e *indirectas o extrajurídicas*, según la mayor o menor proximidad entre el hecho histórico y la fuente. Una ley es una fuente directa de conocimiento; una inscripción sepulcral, por el contrario, lo es indirecta.

Otra clasificación factible es aquella que las divide en *fuentes*

*mediatas y fuentes inmediatas* de conocimiento, según que entre el investigador y el hecho histórico exista o no un elemento intermediario.

Un esquema lo suficientemente explicativo de las fuentes, lo formulamos siguiendo a BONFANTE (16), considerada también por otro lado la sistemática que en España ha adoptado ARIAS RAMOS.

#### A) FUENTES JURIDICAS.

- 1º) Costumbre.
- 2º) Textos jurídicos conservados en:
  - a) "leges latae":
    - a') conservadas en inscripciones;
    - b') referidas en fuentes literarias o jurídicas;
  - b) "leges datae";
  - c) "leges dictae";
  - d) "foedera";
  - e) "senatusconsulta":
    - a') conservados en inscripciones o papiros;
    - b') referidos en fuentes literarias o jurídicas;
  - f) sentencias y actos públicos;
  - g) Constituciones aisladas;
  - h) Constituciones imperiales;
  - i) Textos jurisprudenciales;
  - j) Colecciones mixtas de "leges" y "iura".
- 3º) "Leges barbarorum".
- 4º) "Corpus iuris civilis".

#### B) FUENTES EXTRAJURIDICAS (17).

- a) Historiadores:
  - a') De la Edad antigua: POLIBIO, TITO LIVIO, DIONISIO DE HALICARNASO, DIODORO, APIANO, CESAR.
  - b') De la época imperial: TACITO, SUETONIO, DION CASIO.
  - c') Del período justiniano: PROCOPIO DE CESAREA.
- b) Agrimensores: FRONTINO.
- c) Gramáticos y etimologistas: TERCENIO VARRON, VERRIO FLACO (conservado por FESTO y P. DIACONO), VALERIO PROBO.
- d) Filósofos, retóricos y oradores: CICERON, SENECA, AULO

GELIO, QUINTILIANO, ASCONIO, SERVIO.

- e) Escritores dramáticos: PLAUTO, TERCENCIO.  
 f) Padres de la Iglesia: LACTANCIO, MINUCIO, SAN AMBROSIO, SAN ISIDORO DE SEVILLA (18).

Un estudio definitivo sobre las fuentes romanas no deja de presentar enormes dificultades que —por otra parte— nosotros no pretendemos ni siquiera destacar. Sí en cambio, y en un plan meramente orientador (índice, a la vez, de un estudio sistemático sobre las mismas), pretendemos resumir en lo posible las más fundamentales cuestiones tradicionalmente consideradas en este interesante apartado de los estudios de Derecho Romano.

Es algo bien sabido que la "norma jurídica puede ser establecida, bien por la costumbre, repetición uniforme de actos de la colectividad, que responde a una necesidad jurídica, o bien por la decisión autoritaria de los órganos competentes del Estado" (19). Costumbre y ley son, en efecto, las fuentes primordiales de todo derecho, conforme había indicado ya al comienzo de sus Instituciones el jurisconsulto romano GAYO: "omnes populi... legibus et moribus reguntur". Todos los pueblos se rigen, en efecto, por leyes y costumbres. Pero ¿agotan ellas, en el Derecho de Roma —y en un sentido técnicamente propio— todas las posibilidades?

Indiscutiblemente no. El análisis de algunos textos romanos nos va a descubrir las siguientes categorías de fuentes:

- 1º) Leges.
- 2º) Plebiscita.
- 3º) Senatusconsulta.
- 4º) Constitutiones Principum.
- 5º) Edicta.
- 6º) Auctoritas Prudentium.
- 7º) Mores.
- 8º) Legis actiones.
- 9º) Res iudicatae (20).

## B) LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ROMANO

Según define ULPIANO, las costumbres son los tácitos acuerdos del pueblo inveterados por el largo uso: "tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus" (Reg. 1, 4). Hay una notoria imprecisión en la terminología romana respecto a los términos "mores" y "consuetudo", confundidos a veces con bastante frecuencia en los textos legales, aunque más bien bajo la denominación primera se hagan referencias a los principios morales (21), y bajo la segunda a una habitual actuación de la comunidad o de grupos sociales determinados.

Parece ser que el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre radica en la voluntad presunta de los dioses, conforme lo entendían los antiguos romanos. "A fines de la República —resume HERNANDEZ TEJERO (22)— el valor jurídico de la costumbre resultaba, en opinión de SENN, de la aceptada realización de principios de conducta imperativos, considerados como necesarios para asegurar la existencia de un grupo social, más o menos extenso. Son los jurisconsultos del Imperio —agrega— los que consideran como base de la autoridad de la costumbre el consentimiento tácito del populus, entendido el populus como perpetuación ideal de la nación romana a través de las sucesivas generaciones" (23).

¿Cómo debe valorarse en Roma la costumbre? ¿Llegó a alcanzar el valor de fuente jurídica básica? (24).

Ya sabemos que en la época más antigua de la Historia romana el derecho a la sazón existente es de carácter consuetudinario (25). Como oportunamente subrayamos, antes de que el "ius scriptum" apareciera, se aplican ya normas no escritas, creadas espontáneamente por la conducta reiterada de los miembros de la comunidad, al encauzarse en un determinado sentido. "Sólo cuando la diferenciación de la vida jurídica y social apremia hacia la fijeza y adaptación de esta tradición jurídica a las nuevas necesidades —destacan JORS-KUNKEL (26)— es cuando aparece en la vida el derecho escrito o legal".

Un ilustre romanista italiano, GIOVANNI PACCHIONI (27), ha tratado de probar que no es cierto que el primitivo derecho de Roma se haya originado por la costumbre, entendida ésta en el sentido estricto y técnico actual de la palabra, sino que fueron los reyes y los pontífices, y más tarde los jueces y jurisconsultos laicos, los que sentenciando

y aconsejando determinaron y precisaron las primeras normas de conducta de los ciudadanos.

Así lo había indicado, precisamente POMPONIO (D. 1, 2, 1): "Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certe, sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a legibus gubernabantur" (28) y así también, al decir de PACCHIONI, se deduce sugestivamente de aquellos textos en que se afirma que el "ius civile" más antiguo permaneció hasta las XII Tablas y hasta la publicación del "Ius Flavianum" "repositum in penetralibus pontificum".

¿Qué hemos de pensar nosotros acerca de esta opinión de PACCHIONI? Creemos que, indudablemente, hay mucho de exageración en el aserto y que la frase así interpretada de Pomponio, igual que la opinión de Dionisio —para quien los juicios del Rey eran auténticas leyes— no pueden ser entendidas todo lo literalmente que se quisiera. No tan sólo porque —como ya había indicado BONFANTE (29)— repugna a la lógica, al curso de la evolución ulterior y al propio derecho comparado, el que "ab initio" se quiera presentar el Derecho con un perfil incuestionablemente estatal. Es que además (lo sabemos positivamente por la historia) el juez en esta etapa lejana no es un verdadero órgano del Estado, cuando su hacer consiste en observar las normas reconocidas "ab antiquo" por las familias y las gentes. El mismo Colegio de los Pontífices mantiene en el campo del derecho privado "sólida y fuerte hasta lo posible la roca de la tradición frente a la plebe", por lo cual si en algo proceden las declaraciones de Pomponio o de Dionisio serán tan sólo en el campo del Derecho público y penal, mas no en el orden privatístico precisamente (30).

Aunque también en la época preclásica conservan las costumbres una relevancia decisiva, sin embargo parece indudable la supremacía de la ley sobre las mismas. Análogamente ocurre, como es lógico suponer, durante el período clásico de la jurisprudencia romana. Mas sabido es, por otra parte, que el más fino sentido político lleva a los romanos a respetar los hábitos y las costumbres locales (31), que eran generalmente observadas como si de la ley se tratase (32), tanto que —según un texto de Juliano (D. 1, 3, 32)— la misma costumbre puede incluso derogar la ley (33).

Posteriormente —y en una fase nueva en la histórica evolución del Derecho de Roma— Constantino hubo de reaccionar contra la doctrina de Juliano. Aunque la costumbre —dice Constantino— tiene desde luego gran valor, no puede por cierto prevalecer sobre la "ratio

ius" o sobre la ley (C. 8, 52 [53], 2). Es que "los tiempos habían cambiado demasiado. Diocleciano y Maximiano habían sustituido el Principado por una Monarquía de puro tipo oriental, y la tendencia a la uniformidad administrativa y a la unificación jurídica del Imperio dominaba en todos los terrenos" (34).

Justiniano, dos siglos más tarde, hace suya la Constitución citada de Constantino, y por ello sigue la costumbre teniendo el carácter de fuente del derecho "sólo para las materias no previstas ("praeter legem") en la ley imperial", siempre que no se opusiera a la "ratio iuris", al espíritu general que dominaba el sistema jurídico. Desde ahora las costumbres, para adquirir valor general y eficacia segura, han de ser elevadas a leyes por mandato del Emperador (Nov. 106).

La superioridad de la ley sigue, por tanto, siendo innegable en esta época justiniana (35), aunque no debe olvidarse nunca el hecho de que en la práctica las costumbres provinciales triunfan a veces frente a la legislación de Roma (36).

### C) LA LEY. CLASIFICACION SEGUIDA. RESTOS DE LEYES CONSERVADAS

Varios son los significados que en la terminología jurídica romana adopta la palabra ley —así, por ej., entre otros, el de pacto añadido a un contrato en el mismo instante de su celebración; el de convención realizada entre particulares; el de cláusula determinada de un negocio jurídico, etc.— pero de todas formas, propiamente hablando, es factible determinar un doble sentido para su preciso y cabal análisis terminológico.

Un sentido lato, primeramente, como principio o regla del derecho cualquiera que sea y como quiera que haya sido establecida, y un sentido estricto o constitucional, en cuanto acuerdo tomado por el pueblo en pleno, al revés de lo que ocurría con el "plebiscitum", creado por el acuerdo tan sólo de la plebe. En este último sentido, la célebre definición gayana, (I, 3): "lex est quod populus iubet atque constituit" (37).

Es un hecho bien significativo que los juristas romanos, cuando procedían a la enumeración de las fuentes, comenzaban siempre por la ley (38), destacando de este modo su valor máximo en la jerarquía de las mismas. Si el derecho consuetudinario se originó por la espontánea repetición de actos por parte de la comunidad, la ley aparece —por el contrario— como fruto reflexivo de la labor creadora de un órgano jurídico competente.

Sin pretensiones algunas de estudiar a fondo la materia; sólo con la idea de reseñar sinópticamente las más admisibles clasificaciones nomológicas romanas, hemos de ver en seguida aquella tradicional, resuelta en la tricotomía conocida de "leges rogatae, datae y dictae" (39).

#### A) "Leges rogatae o latae".

Aquellas leyes votadas en los Comicios "rogante magistratu", conforme Capitón las definiera (40).

Eran los Comicios, como sabemos, verdaderas Asambleas legislativas directas del pueblo romano. Nada de representación alguna: el pueblo romano era un auténtico legislador, pero legislador tan sólo desde el momento en que es convocado expresamente por el Magistrado o el Tribuno de la plebe para el ejercicio de la votación; para prestar o

no su consentimiento a las propuestas del Magistrado. El poder de los Comicios —curiados, centuriados y por tribus— ha sido estudiado superiormente por NOCERA, a cuya exposición nos remitimos (41).

Solamente nos interesa destacar ahora que la estructura interna de las leyes comiciales constaba de las cuatro partes siguientes:

a) *index*; título propio de la ley;

b) *praescriptio*; nombre y títulos del magistrado o tribuno proponente; día y lugar en que la ley se votó y cuando la votación se celebrare en los "comitia tributa", la indicación de la tribu que votó en primer término y del ciudadano primer votante;

c) *rogatio*; texto propio de la ley, generalmente dividido en "capita" o capítulos;

d) *sanctio*; indicadora de las medidas adoptadas para asegurar su observancia (42).

Las leyes comiciales prohibitivas (43) se clasifican también en la nomología romana de una manera triple:

a) *leges perfectae*, que declaran nulos los actos que las contravengan; así la "lex Furia Caninia" y la "Aelia Sentia de manumissionibus";

b) *leges minus quam perfectae*, que sin declarar los actos nulos determinan una pena para el contraventor; así la "lex Furia testamentaria", al prohibir los legados de más de mil ases;

c) *leges imperfectae*, que ni establecen la invalidez de los actos realizados en contra de sus disposiciones, ni determinan tampoco sanción alguna. Ejemplo: la "lex Cincia de donis et muneribus".

#### B) *Leges datae*.

Distintas de las "leges rogatae" son las "leges datae", normas dictadas por aquellos magistrados a quienes se les encomendaba la organización administrativa de las provincias o colonias sometidas por Roma. Nacen, precisamente, en virtud de esta delegación especial legislativa realizada por el pueblo en la persona del magistrado —conforme había indicado KRÜGER (44)— y en oposición manifiesta a las "leges rogatae", según hemos podido comprobar.

#### C) *Leges dictae*.

Las "leges dictae" —tercer miembro de la tricotomía predicha— vienen a ser aquellos estatutos conteniendo normas para la administra-

ción de ciertos bienes del Estado o de los Municipios, o bien aquellas normas jurídicas que cada uno podía establecer sobre el modo con que habían de gozar de las cosas que le pertenecían, o le habían pertenecido, los arrendatarios, concesionarios, compradores, etc. (45).

#### RESTOS DE LEYES CONSERVADAS.

##### A) *leges rogatae vel latae* (46).

###### a') Conservadas en inscripciones:

- 1º) Tabula Bantina (B. 275, 1 - A. 250, 1 - AS. 387, 2)
- 2º) Lex de praedonibus coercendis (A. 251, 2 - AS. 286, 1).
- 3º) Lex Acilia repetundarum (B. 276, 2 - A. 251, 3 - AS. 387, 3).
- 4º) Lex (Thoria?) agraria (B. 276, 2 - A. 251, 4 - AS. 387, 3).
- 5º) Lex Cornelia de XX quaestoribus (B. 277, 3 - A. 252, 5 - AS. 388, 4).
- 6º) Lex Antonia de Termessibus (B. 277, 4 - A. 253, 7 - AS. 388, 5).
- 7º) Ley quae dicitur Rubria de Gallia Cisalpina (B. 277, 5 - A. 254, 8 - AS. 388, 6).
- 8º) Tabula Heracleensis (B. 278, 7 - A. 255, 9 - AS. 390, 8)
- 9º) Fragmentum Atestinum (B. 278, 6 - A. 255 - AS. 389, 7).
- 10º) Lex de Imperio Vespasiani (B. 280, 8 - A. 317, 2 - AS. 391, 9).
- 11º) Frag. Florentinum, Fr. Clusinum, Fr. Mediolanense (B. 280, 9 - AS. 391, 10).
- 12º) Lex convivalis quae dicitur Tabula (B. 280, 10 - AS. 391, 11).

###### b) *Referidas en fuentes literarias y jurídicas.*

- 1º) Lex duodecim Tabularum (B. I 143 s. y II 89 s. - A. 67 s. AS. 392, 1).
- 2º) Lex Aquilia de damno (B. 280, 2 - AS. 393, 2).
- 3º) Lex Atinia de usucapione (B. 281, 6 - AS. 394, 3).
- 4º) Lex Cincia de donationibus (B. 281, 5 - AS. 395, 4).
- 5º) Lex Cornelia de sicariis et veneficiis (B. 281, 9 - AS. 395, 5).
- 6º) Lex Falcidia (B. 281, 10 - AS. 395, 6).
- 7º) Lex Iulia agraria (B. 281, 9 - A. 253, 6 - AS. 395, 7).
- 8º) Lex Iulia de adulteriis (B. 281, 12 - AS. 395, 8).

- 9º) Lex Iulia de vi publica et privata (B. 281, 11 - AS. 395, 9).
- 10º) Lex Iulia et Papia Poppea (B. 281, 14 - AS. 396, 10).
- 12º) Lex Papiria de Sacramentis (B. 281, 4 - AS. 396, 12).
- 13º) Lex Plaetoria de iurisdictione (B. 280, 1 - AS. 396, 13).
- 14º) Lex Quinctia de aqueductibus (B. 281, 13 - A. 317 - AS. 396, 14).
- 15º) Lex Silia de ponderibus publicis (B. 281, 3 - AS. 396, 15).
- 16º) Lex Sulpicia rivalicia (B. 281, 7 - AS. 396, 16).

##### B) *Leges datae.*

- 1º) Lex municipalis Tarentina (B. 282, 1 - A. 256, 1 - AS. 396, 1).
- 2º) Lex Pompei Strabonis de civitate danda (B. 282, 2 - A. 256, 2 - AS. 397, 2).
- 3º) Lex Coloniae Genetivae Iuliae (B. 283, 3 - A. 257, 3 - AS. 397, 3 - D'ORS, 88 s.).
- 4º) Lex Coloniae Narbonensis (B. 283, 4 - AS. 398, 4).
- 5º) Lex Salpensana et lex Malacitana (B. 283, 5 - A. 318, 1, 2 - AS. 398, 5).
- 6º) Fragmentum legis Hispaniensis (B. 286, 10 - AS. 399, 6).
- 7º) Fragmentum Tudentinum (B. 286, 9 - AS. 399, 7).
- 8º) Fragmentum Ovetense (AS. 400, 8).
- 9º) Fragmentum Onubensis (AS. 400, 9).
- 10º) Fragmentum legis Lauriacensis (AS. 400, 10).
- 11º) Ara legis Hadrianae (B. 286, 8).
- 12º) Lex de Villae Magnae Colonis (B. 285, 7 - A. 319, 5).

##### C) *Leges dictae.*

- 1º) Lex Metallii Vipascensis (B. 287, 445 - A. 318, 3, 4 - AS. 400).
- 2º) Leges arae novae Augusti (Narbonensis) (B. 287).
- 3º) Lex templi Iovis (Furfensia) (B. 287).
- 4º) Lex arae urbanae (B. 287).
- 5º) Lex parieti faciundo Puteolana (B. 288).
- 6º) Lex arae Iovis (Salonensis) (B. 288).
- 7º) Leges lucorum (B. 288).
- 8º) Lex rivalicia et leges de aquaeductibus (B. 288).
- 9º) Inscriptiones sepulchrales variae (B. 288).
- 10º) Lex dedicationis (Brixiana) (B. 288).
- 11º) Lex aquae de Lamasba (B. 288).

#### D) SENADOCONSULTOS. LOS SENADOCONSULTOS CONOCIDOS EN DERECHO ROMANO

"Senatus consultum est —define GAYO (I,4)— quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis de ea re fuerit quaesitum".

No es el senadoconsulto, por tanto, sino aquella resolución del Senado dotada de fuerza legal (47). Sabemos por Historia externa que el Senado romano no era "per se" un cuerpo legislativo, sino más bien un órgano deliberante (48), y así lo había advertido Ulpiano (D. 1, 3, 9) al afirmar que "non ambigitur Senatum ius facere potest". Sin embargo, es a comienzos del Principado cuando la importancia del Senado aumenta considerablemente.

"De puro cuerpo consultivo, en lenta evolución impuesta por las necesidades de gobierno de un vasto Imperio —dice PACCHIONI (49)— se transformó en un cuerpo esencialmente político-administrativo al que, en definitiva, estaban subordinados los magistrados, en cuanto que de él recibían instrucciones y orientaciones para toda suerte de actividades". Bajo el mando de Augusto adquiere el Senado, en efecto, los poderes judiciales, así como los electorales bajo Tiberio.

Ahora bien ¿"quid dicendum" del poder legislativo? ¿Cuándo lo adquiere el Senado romano?

Una auténtica, una verdadera potestad legislativa, el Senado no la alcanza hasta la época imperial y ello debido no a una modificación legal de la Constitución política del Estado, sino a la fuerza de las circunstancias (50): si Augusto quería guardar las formas de un régimen republicano no le quedaba, en efecto, otro recurso que el de concederle al Senado una auténtica potestad legislativa.

Lo que ocurrió con ello fácilmente se comprende: el Senado no fue sino un instrumento dócil al servicio del Emperador (51). Son vanos los intentos en contra (52), y si todavía antes de Adriano aparecen distinguidos senadoconsulto y *oratio* imperial (D. 5, 3, 20) más tarde, en la época de los Severos (D. 27, 9, 1, 1), el senadoconsulto no es ya sino un vano e inoperante formalismo, en cuanto lo decisivo va a ser ahora la proposición del príncipe ("*oratio Principis in senatu habita*"); esto es, el proyecto legal que el Príncipe presentaba al Senado, bien por sí, bien mediante sus cuestores.

Como vemos, se había llegado prácticamente, a un límite máximo

en la reducción de las atribuciones senatoriales: la proposición del Príncipe adquiere una importancia decisiva, que nunca podrá desconocerse, bastando tan sólo la lectura "*in senatu*" para que automáticamente se convierta en ley (53).

*Principales S. C. conservados en inscripciones o en papiros.*

- 1º) S. C. de Bacchanalibus. (B. 289, 1 - A. 257, 1 - AS. 401, 1).
- 2º) S. C. de Thisbaeis. (B. 290, 2 - A. 258, 2 - AS. 402, 2).
- 3º) S. C. de Tiburtinis. (B. 290, 3 - A. 258, 3 - AS. 402, 3).
- 4º) S. C. de artificibus graecis. B. 290, 4 - AS. 402, 4).
- 5º) S. C. de Asclepiade Clazomenio sociisque o de tribus navarchis (B. 290, 5 - A. 259, 4 - AS. 403, 5).
- 6º) S. C. (et epistola consulum) de Oropis (B. 290, 6 - A. 259, 5 - AS. 403, 6).
- 7º) S. C. de Coronea. (AS. 403, 7).
- 8º) S. C. de Adramitium. (AS. 403, 8).
- 9º) S. C. de ludis saecularibus. (B. 291, 9 - A. 319, 1-4).
- 10º) S. C. Calvisianum de pecuniis repetundis. (B. 291, 11 - A. 320, 5).
- 11º) S. C. Claudianum (*oratio Claudii*) de iure honorario Gallis dando. (B. 291, 13 - A. 320, 6).
- 12º) *Oratio Claudii de aetate recuperatorum et de accusatoribus coercendis* (B. 292, 14 - A. 320, 7).
- 13º) S. C. Hosidianum et Volusianum de aedificiis non diruendis (B. 292, 15 - A. 321, 8).
- 14º) S. C. de Aphrodisiensibus. (B. 290, 7).
- 15º) S. C. de pago Montano. (B. 290-91, 8).
- 16º) S. C. de Stratonicensibus (B. 291, 10).
- 17º) S. C. de Collegiis funeraticiis. (B. 291, 12).
- 18º) S. C. de nundinis saltus Beguensis. (B. 291, 292, 16).
- 19º) S. C. de Cyzicenis. (B. 293, 17).
- 20º) S. C. de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis. (B. 293, 18).

*Senadoconsultos referidos en fuentes literarias o jurídicas.*

- 1º) S. C. de philosophia et retoribus. (B. 293, 1).
- 2º) S. C. tria contra Iudeos. (B. 293, 2).
- 3º) S. C. de dis placandis ob hastas Martias motas. (B. 293, 3).

- 4º) S. C. de imperio Caesaris et Pompei. (B. 293, 4).  
 5º) S. C. de sex aquaeductibus. (B. 293, 5).  
 6º) S. C. de mense Augusto. (B. 294, 6).  
 7º) S. C. Vellaeorum. (B. 294, 7).  
 8º) S. C. Ostorianum. (B. 294, 8).  
 9º) S. C. Trebellianum. (B. 294, 9).  
 10º) S. C. Macedonianum. (B. 294, 10).  
 11º) S. C. Rubrianum. (B. 294, 11).  
 12º) S. C. Iuncianum. (B. 294, 12).  
 13º) S. C. Iuventianum. (B. 294, 13).  
 14º) S. C. Orfitianum. (B. 294, 14).

## E) EDICTOS

Los Magistrados romanos superiores estaban investidos, según sabemos, del "ius edicendi"; esto es, del derecho a expresar o indicar la norma por la que habría de regirse la relación jurídica a su conocimiento: "dicere ius" (54). Esta era, precisamente, la específica misión del pretor: la "iuris dictio", el definir el derecho en las controversias privadas que surgieran.

Pues bien, este "ius edicendi" del que hablamos —que en un sentido amplio puede ser definido como el derecho que tenían los supremos magistrados romanos "de dar a conocer su voluntad al pueblo mediante manifestaciones, en su origen orales y después escritas" (55)— este "ius edicendi" plasma ciertamente en los "edicta" (de "e dicere": publicar), especie de bandos o providencias que dirigen los magistrados romanos al pueblo en general (56), como ocurre con el Edicto pretorio, integrado —según sabemos— por aquellas normas que hacen públicas los pretores y a las que prometen acomodarse en el desempeño de su jurisdicción, sujetando a ellas su libre arbitrio judicial (57).

Importante y trascendental en grado sumo es el hecho de la publicación del edicto pretorio, tanto que se nos manifiesta efectivamente como el último avance hacia la publicidad del derecho, abriendo además el rápido proceso formativo de la primera jurisprudencia verdaderamente popular, como muy certeramente ha destacado PACCHIONI.

Y en efecto: "el Ius Flavianum", la primera publicación del edicto pretorio y la introducción de la enseñanza pública del Derecho debida a Tiberio Coruncanio (primer Pontífice máximo plebeyo) hacia el 500 ab u. c./254 a. C. son tres hechos relacionados entre sí por un mismo hilo conductor, que puede resumirse muy bien en las palabras con que Pomponio explicaba la razón por la que se publicaban los edictos "ut scirent cives quod ius de quaque re, quisque (sc. praetor) dicturus esset, seque praemunirent" (D. 1, 2, 2, 19). Son, en definitiva, tres hechos que, juntos, corroboran unas de las más significativas transformaciones de la constitución político-social de los romanos; es decir, el paso de un régimen religioso y secreto a un régimen jurídico laico y totalmente dominado por el principio de la publicidad (58).

Eran los cónsules, procónsules, los jefes militares, los censores, el dictador, los tribunos de la plebe, los cuestores, los gobernadores de provincia, los ediles curules, los "duoviri", los "quattuorviri", los "praefecti

urbis", el "praefectus praetorio", los que podían publicar edictos —"ius edicendi habent magistratus populi romani" (Gayo 1, 6)—, pero el edicto del pretor era, sin género alguno de dudas, el que destacaba sobre todos por su máxima importancia.

Emanación natural del "imperium" que a este magistrado correspondía, vienen a ser a modo de ordenanzas indicadoras de su actuación futura en orden al ejercicio de su misión jurisdiccional, según dijimos.

Podían hacerse públicos, bien oralmente, ante la asamblea del pueblo (contio) —forma ésta la más antigua de todas— bien por escrito: sobre mármol (tal el de Augusto en favor de los judíos), pergamino, bronce, tablillas enceradas, y sobre todo en tablas de madera blanca o blanqueada (album), en los comienzos del año en que comenzaba a desempeñar su función.

A veces, la finalidad del edicto era la adopción de circunstanciales medidas de tipo administrativo o político ("edicta repentina", como se conocen en la terminología moderna), en cuyo caso duraban hasta que desaparecían estas circunstancias excepcionales. Lo normal era que el edicto tuviese la específica misión que llevamos ya señalada: indicar las normas de derecho que el magistrado edicente habría de aplicar, y ofrecer las fórmulas procesales idóneas a las partes litigantes (59). Esta clase de edicto jurisdiccional permanecía en vigor hasta tanto que el pretor desempeñaba su cargo, esto es, durante un año.

Tratándose, como se trata, de una especie de bando de tipo personal del magistrado ejerciente, lo lógico es que conservaran vigencia tan sólo mientras ocupara su cargo. Incluso ocurre, en un principio, que no llegan a constituir fuente legal: los mismos pretores que los promulgan podía libremente apartarse de sus normas (60), por lo cual —para acabar con tan ilógica situación— una Lex Cornelia del 67 a. C. obligaba a los mismos a respetar los preceptos enunciados en sus Edictos: "ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent" (61).

El pretor sustituto no tiene la obligación de acatar el edicto de su antecesor, pudiéndolo modificar o renovar a su prudente arbitrio (edictum novum), aunque —como lógicamente se presume— al sentirse la necesidad de hacer regular y permanente la función jurisdiccional, garantía ciudadana indiscutible, bien pronto determinadas normas edictales van adquiriendo estabilidad y fijeza, a la vez que pasan de uno a otro edicto (edictum traslatitium) a modo de fondo casi invariable, al menos en líneas generales. Y tanto es así que ya en el Imperio las normas edictales se consideran a modo de un sistema definitivamente completo y perfecto, cuya publicación anual acaecía automáticamente,

sin más modificaciones que aquellas impuestas por el Príncipe o por el Senado al magistrado ejerciente (62).

Es por ello por lo que en el año 130 de nuestra era el Emperador Adriano encarga al más famoso jurista de su tiempo, SALVIO JULIANO, la codificación del edicto pretorio, consistente en la inmutable y definitiva redacción del mismo ("Edictum perpetuum Salvii Juliani"), el cual no ha llegado hasta nosotros (63), pero sí fragmentos de los comentarios que sobre él escribieron los juristas del siglo II y principios del III de Cristo.

Gracias a estos fragmentos dispersos ha sido factible su reconstrucción, no tan sólo en lo que atañe a su contenido y a la sistemática adoptada, sino también a veces en su más exacto sentido literal, como lo demuestra el hecho de ir en ocasiones precedidas de la expresión "ait praetor".

Un notable intento en la reconstrucción del Edicto fue debido a RUDORFF (64), pero es al gran romanista alemán OTTO LENEL a quien cabe la suprema gloria de la más perfecta y rigurosa reconstrucción. Su famosa obra "Das Edictum perpetuum", publicada en Leipzig en 1883 —uno de los más grandes acontecimientos científicos en nuestra disciplina— marca un hito difícilmente superable en los estudios del Derecho de Roma (65).

La estructura del edicto del pretor romano revela las siguientes principales divisiones:

- 1º) *Parte introductiva*, que engloba los medios necesarios para obtener el respeto y la obediencia de los ciudadanos, al mismo tiempo que las normas comunes previas de carácter procesal: así, p. ej., las rúbricas "si quis ius dicenti non obtemperaverit" entre las primeras, y las de "vadimoniis" y de "in integrum restitutionibus", entre las segundas.
- 2º) *Parte central*, que lleva por título "De iudiciis" y abarca las "formulae actionum" tuteladoras de los derechos privados subjetivos: así "de rebus creditis"; "de tutelis", "de bona fidei iudiciis", etc.
- 3º) Todas aquellas normas referentes a la *herencia pretoria* ("bonorum possessio") según un criterio analógico más o menos precedente.
- 4º) Normas relacionadas con la "*res iudicatae*" y con la *ejecución de las sentencias*.

5º) Apéndice en tres secciones; a saber: “*de interdictis*”; “*de exceptionibus*”; “*de stipulationibus praetoriis*”.

Respecto a la función que el edicto pretorio iba a desempeñar en el proceso evolutivo del Derecho de Roma, ya hemos hablado lo suficiente en su lugar oportuno. Bástenos ahora destacar de nuevo que es debido al edicto del Pretor romano como se logra el tránsito de un “*ius civile*” primitivo, severo y formalista, austero, como la raza soberbia de Roma, a un nuevo derecho fundamentado en la “*aequitas*”, ágil y espiritualista, de mayor perfección y universalidad, por cierto, que el viejo derecho de la etapa precedente.

## F) CONSTITUCIONES IMPERIALES. CLASIFICACION. CONSTITUCIONES IMPERIALES CONSERVADAS.

Una nueva fuente de derecho surge en Roma durante la Epoca imperial: aquellas leyes directamente emanadas de la “*voluntas Imperatoris*”. En las mismas obras de los juristas de la época aparece ya formulado el viejo principio de que cuanto el emperador ordenaba “*legis vicem obtinet*”. Lo había indicado ya, en la Roma de los Antoninos, y al precisar el alcance jurídico de la “*Constitutio Principis*”, el jurista Gayo (I. 5, 6): “*Constitutio Principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quin id legis obtineat cum ipse imperator per legem imperium accipiat*”.

Sin embargo, no obstante la afirmación gayana, razones poderosas hay para sostener (66) que los primeros pasos del Príncipe por este camino legislativo —como dice ARANGIO— fueron en verdad bien prudentes. Ya sabemos que en la nueva organización del Estado romano instaurada por Augusto —trasunto externo remozado de la constitución republicana— aparecía el Emperador como un “*princeps civitatis*”, mientras el Pueblo y el Senado continuaban siendo los titulares efectivos de la soberanía. El “*princeps*” de esta primera época carece del poder legislativo, aunque otra cosa haya de afirmarse de aquellos Emperadores —a partir, sobre todo, de Diocleciano— que inauguran una nueva etapa en la historia de Roma: la del Imperio absoluto. Es que en esta fase nueva “*quod principi placuit, legis habet vigorem*” (67), de forma que el Emperador se convierte en órgano todopoderoso del Estado, asumiendo no tan sólo la facultad legislativa, sino también la administración y la jurisdicción romana.

Las decisiones imperiales, según decíamos, llamábanse “*Constitutiones*” o “*Placita principum*” (68), entre las cuales hay que destacar, además de las “*leges datae*” y “*orationes*” ya estudiadas, las siguientes:

### A) *Edicta*.

El Emperador, en virtud de su “*Imperium proconsulare*”, gozaba de un auténtico “*ius edicendi*”, y por ello podía, como los demás magistrados, publicar los edictos oportunos, edictos que tenían una estructura propia (69) y que incluso subsistían después de la muerte del

Emperador —con tal de no ser especialmente derogados— sin necesidad de renovación o confirmación alguna (70).

#### B) *Decreta*.

Decisiones o fallos dictados por el Emperador sobre un litigio sometido a su conocimiento (cognitio), bien directamente o bien en apelación, pero de todos modos después de oír la opinión de los juristas asesores que integraban su "Consilium principis" (71).

#### C) *Mandata*.

Normas jurídicas —verdaderas órdenes de servicio— dictadas por el Emperador para regular la actuación de cada uno de sus funcionarios imperiales. Constituían generalmente instrucciones de orden administrativo, que en un principio tenían tan sólo validez para el funcionario a quien iban dirigidas, aunque luego más tarde se extendían al sucesor, presentando idéntico o muy semejante contenido las dirigidas a funcionarios que desempeñaban una misión análoga. Excepcionalmente los "mandata" interesaban al Derecho privado, como ocurría con aquellos de Trajano en que se estableció el principio de la validez del testamento militar, realizado sin atenerse a las prescripciones legales (D. 29, 1, 1 pr.).

De la época de Antonino Pío, y hallado en Egipto, se conserva una especie de prontuario (Gnomon), utilizado por un funcionario de la Hacienda imperial, administrador de la "res privata" ("idios logos"). Especie de "liber mandatorum", el llamado "Gnomon del Idios logos", típico "mandata traslatitia", tiene un interés enorme para el estudio del derecho fiscal aplicado en una de las más florecientes provincias del Imperio romano (72).

#### D) *Rescripta*.

Medios de interpretación auténtica —como los "decreta"— son los rescriptos, contestaciones que da el Emperador por escrito sobre puntos jurídicos discutidos, a petición de los particulares o de los funcionarios imperiales. Las consultas ("suggestiones", "consultationes", "relationes") que elevaban los funcionarios, corporaciones, municipios, etc., solía el Emperador contestarlas en forma de carta ("epistula"), redactadas en una especial secretaría, denominada "ab epistulis".

Las consultas realizadas por las partes en litigio, o en general, por los particulares ("libelli"; preces"; "supplicationes") se contestaban en la secretaría "a libellis", precisamente al pie de la misma solicitud elevada. De aquí el nombre de "subscriptions" con que se designan estas respuestas, que obtenían el visto bueno del Emperador con la fórmula "scripsi o "rescripsi".

Con la reforma constitucional de Diocleciano y Constantino, según indicamos, las Constituciones imperiales pasan a ser verdaderas leyes para todo el Imperio de Roma (73). Los antiguos "mandata" se designan ya, en la legislación imperial de la última época, con los nombres de "edicta" o "leges edictales" (74). La misma distinción entre "decreta" y "rescripta", al transformarse el procedimiento del Tribunal imperial, deja, en efecto, de tener valor.

Es que ahora las sentencias imperiales se dictan sólo en última instancia y en forma de rescripto, por consulta o a instancia del juez inferior ("appellatio more consultationis"), después de dictarse la sentencia y cuando fueran impugnadas legalmente (75).

Lo que sí conserva todavía profundo significado es la distinción entre aquellos preceptos que el Emperador dictaba como legislador efectivo ("leges generales") y aquellas otras resoluciones especiales, establecidas al actuar como juez o jurisconsulto. ¿Hubo, sobre el particular, un criterio seguro distintivo?

Disposiciones diversas se dictan precisamente encaminadas a este fin (76), pero es lo cierto que el Emperador puede crear normas fundamentales de derecho, aun en la resolución de casos concretos, perfectamente determinados (C. 1, 14, 3 pr. al final). El mismo Emperador Justiniano concede valor general a sus Decreta o Rescripta imperiales que contuvieran interpretaciones auténticas de otras leyes anteriores. Este, y no otro, es el verdadero sentido (77) de una discutida Constitución: C. 1, 14, 12.

Junto a las "leges generales" (78) existía también en el Bajo Imperio, aunque inferiores a ella, una nueva categoría de disposiciones imperiales, de ámbito aun todavía impreciso: la "sanctio pragmatica", generalmente dictada para provincias o grupos de personas o con carácter temporal. Por una Constitución anastasiana (año 491) se declaran nulas las "pragmaticae" que se opusieran a las "leges generales" (79).

*Constituciones imperiales conservadas:*

Son muy numerosas las Constituciones imperiales conservadas, especialmente en inscripciones, tanto que su número supera en mucho al de los S. C. y al de las leyes. Vamos a indicar tan sólo las más importantes, por no ofrecer una lista muy copiosa:

- 1º) Edictum Augusti de aquaeducti Venafranco (B. 303, 3 - A. 321).
- 2º) Edictum Augusti ad Cyrenenses (B. 302, 2 - A. 321 - AS. 408 n. 234).
- 3º) Edictum incerti principis de sepulchris violatis (A. 322, 3).
- 4º) Edictum Claudii de civitate Anaunorum (B. 303, 4 - A. 323).
- 5º) Edictum Neronis (?) de temporibus accusationum (B. 303, 3 bis - A. 324, 6).
- 6º) Edictum Vespasiani et rescriptum Domitiani de inmunitatibus medicorum (A. 324, 7).
- 7º) Rescriptum Comodi de saltu Burunitano (B. 305, 17 - 324, 8).
- 8º) Rescriptum Severi et Caracallae de praescriptione longi temporis (B. 306, 19 - A. 325, 9).
- 9º) Constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda (B. 307, 20 - A. 325, 10 - AS. 367 n. 15).
- 10º) Edictum Octaviani triumviri de privilegiis veteranorum (B. 302, 1).
- 11º) Epistola Hadriani ad Ramnium (B. 304, 11).
- 12º) Rescriptum Gordiani de liberorum professione (B. 307, 23).
- 13º) Rescriptum Diocletiani (?) de litibus destitutis (B. 308, 24).
- 14º) Rescriptum Diocletiani de pretiis rerum venalium (B. 308, 25).

## I) LAS COMPILACIONES:

Las Constituciones imperiales van multiplicándose sensiblemente, a la par que ganan en complejidad y en amplitud. No hay necesidad de exponer el confusionismo que tal situación legal iba lógicamente a producir, sobre todo si se considera la dificultad notoria de distinguir claramente entre las "leges generales" y aquellas otras que sólo se aplicaban en casos concretos y particulares, junto con el hecho constatado de la falta de un sistema perfecto de publicidad, e incluso de una técnica jurídica elemental, puesto que se descuida en grado sorprendente la coordinación entre las normas nuevas y las antiguas.

Para resolver estas dificultades, no pequeñas por cierto, se acomete en la época de Diocleciano la tarea fundamental de compilar las constituciones vigentes, con vista a la práctica del Derecho. No vamos a realizar un estudio completo de las Compilaciones. Siguiendo, empero, la tónica que en esta materia de las fuentes nos hemos impuesto desde el principio, queremos tan sólo destacar conceptos primarios y fundamentales.

A) *Codex Gregorianus.*

Realizado en tiempo del Emperador Diocleciano por un jurisconsulto llamado Gregorio o Gregoriano, tal vez profesor de la Escuela de Berito. Se dedica especialmente a la sistematización del Derecho privado, y engloba numerosos rescriptos: el más antiguo de todos, de Septimio Severo (año 196) y el más moderno, del año 295 d. C. Dividido en libros —tal vez 15— y éstos en títulos, las constituciones se ordenan con arreglo a un criterio cronológico en sus títulos respectivos.

B) *Codex Hermogenianus.*

Compilado también bajo Diocleciano por un jurista que algunos autores identifican con Hermógenes, el autor de un "Epitome iuris", aparece el Código Hermogeniano a modo de complemento y continuación del anterior, reuniendo en un solo libro los rescriptos promulgados por Diocleciano en los años 293 y 294. Tanto este Código como el Gregoriano fueron completados posteriormente (80), y aunque no llegaron hasta nosotros, es posible reconstruir en parte su contenido por los frag-

mentos que de ellos tomaron la "Collatio", la "Consultorum veteris" y las leyes romano-bárbaras (81).

### C) *Codex Theodosianus*.

Si los Códigos anteriores no gozaban de carácter oficial, otra cosa ocurría con el *Codex Theodosianus*. El Emperador Teodosio II, por una constitución del año 429 (C. Theod. 1, 1, 5), nombra una comisión especial codificadora, con el propósito de recoger, en un cuerpo sistemático, las leyes imperiales promulgadas a partir de Constantino, junto con las normas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y aquellos preceptos del derecho clásico considerados como vigentes.

Fracasada esta inicial tentativa, nombra de nuevo en el 435 una segunda comisión (C. Theod. 1, 1, 6), al objeto de recopilar tan sólo las constituciones vigentes a partir de Constantino, y con expresa autorización para modificar los textos, al fin de evitar contradicciones imprevistas. Publicado en Oriente el 15 de febrero del 438, comienza a regir a partir del 1º de enero del 439, en todo el Imperio romano, después de su reconocimiento por Valentiniano III.

Da, al revés que los Códigos anteriores, mayor importancia al derecho público que al privado, y en sus 16 libros (subdivididos en títulos, que engloban las constituciones por orden cronológico) reúne disposiciones de Derecho civil y penal, legislación sobre asuntos eclesiásticos y militares, Derecho fiscal, reglamento de policía, normas relativas a las atribuciones de los magistrados, etc.

Gran parte del Código ha podido conservarse (82) y también, por otro lado, la "lex romana Wisigothorum" reproduce parte del mismo (83).

### D) *Novelas post-teodosianas*.

Con el nombre de *Novelas post-teodosianas* se conocen aquellas Constituciones imperiales publicadas después del *Codex Theodosianus* por los Emperadores Teodosio y Valentiniano y sus sucesores (años 438 a 468). Tanto en Oriente como en Occidente se hicieron varias Colecciones de las mismas, de las cuales sólo se han conservado tres, precisamente occidentales (84).

### E) *Constitutiones sirmondianas*.

Colección de 18 constituciones formadas en las Galias entre 425 y 438, de un evidente contenido eclesiástico, en cuanto que dan las normas reguladoras de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Publicadas por primera vez en París (1631) por el jesuita SIRMOND, no cabe en la actualidad duda alguna acerca de su autenticidad, al menos si se descarta la constitución primera "objeto de una larguísima disputa crítica en la que no se ha llegado a decir la última palabra" (85).

### F) *Otras Constituciones*.

Debidas a Constantino y a sus sucesores, por las que se establecían normas en orden a la persecución de las herejías y a las controversias teológicas de la época. Se encuentran refundidas en distintas colecciones de Derecho canónico (así la colección QUESNEL), y en actas conciliares sobre todo (86).

## II) LAS COMPILACIONES PRIVADAS DE "IURA" Y DE "LEGES".

Las Compilaciones privadas de "leges" y de "iura", especialmente dedicadas a los Tribunales de justicia son:

### I) *Vaticana fragmenta*.

Compilación a cadena realizada en Occidente por un particular (hacia el año 320), con fines incuestionablemente prácticos, nos ofrecen los "Fragmenta Vaticana" una notable colección de "iura" y de "leges" (378 son los fragmentos conservados) llegada hasta nosotros en un palimpsesto del siglo IV-V, que el Cardenal ANGELO MAI descubriera en 1820. Los fragmentos se distribuyen bajo las rúbricas "de usufructo"; "de excusatione"; "ex empto vendito"; "de re uxoria ac dotibus", y otras sobre la donación y la representación "in iudicio". Gran parte de las Constituciones imperiales están tomadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y los pasajes doctrinales citados proceden casi todos de juristas del final de la época clásica, como son Papiniano, Paulo y Ulpiano (87).

## II) *Collatio legum mosaicarum et romanorum.*

En los manuscritos se conoce con el nombre de "Lex Dei quam praecepit Dominus ad Moysen", y se trata de una compilación realizada aproximadamente en la misma época de los Fragmenta Vaticana, conteniendo algunas Constituciones de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y textos determinados de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, puestos en parangón con el Pentateuco.

La finalidad perseguida por el compilador, tal vez un jurisconsulto cristiano, es la de probar la tesis —absurda a todas luces— de que las leyes romanas derivan precisamente de las hebreas. Grande es la importancia de la "Collatio", pues nos permiten observar hasta qué punto la literatura clásica, especialmente los comentarios de la última época, estaban ya desfigurados en aquel tiempo (88). Hay aquí un campo enorme para la crítica, donde efectivamente tanto queda por hacer (89).

## III) *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti.*

Se trata de una colección de respuestas jurídicas, dadas probablemente por un jurisconsulto desconocido de las Galias, de fines del siglo V o principios del VI, y dedicada a la instrucción de los abogados, "destino éste absolutamente incomprensible en la mentalidad de un jurista clásico, lo que demuestra hasta qué bajo nivel la jurisprudencia de la época había descendido y en qué íntima relación se hallaba con la retórica" (90).

Editada primeramente por CUJACIO (quien le dio el título), la "Consultatio veteris" fue redactada basándose en Constituciones de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y en los fragmentos de aquellas "Sententiae" de Paulo, que constituían casi la única fuente de conocimiento de la empobrecida doctrina occidental (91).

## IV) *Libro siro-romano de Derecho.*

Conocido también con los nombres de "Leges saeculares", *Δικαιώματα* o "Leges Constantini Theodosii Leonis". Magistralmente estudiado por NALLINO (Vid. sobre todo, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano". Studi Bonfante I, págs. 201 ss.) se trata de la traducción siria (mediados del siglo VIII) de un manual escolar de Derecho Romano, redactado en griego, entre 476-480. Comprende no

tan sólo normas de Derecho penal, tributarias y edilicias, sino también normas del viejo "ius civile", que desde hacía varios siglos carecían ya de vigor en la propia Roma (92). Con esto se comprende que el Libro en cuestión iba a resultar en gran parte inutilizable para la jurisdicción eclesiástica de la Iglesia siria a que se destinaba (93).

## III) LAS CODIFICACIONES DEL DERECHO ROMANO EN EL OCCIDENTE GERMANICO:

A la caída del Imperio Romano de Occidente (476), ante el empuje arrollador de los pueblos bárbaros, llega a sentirse la necesidad imperiosa de codificar el Derecho Romano vigente en los países dominados, toda vez que el vencedor permite a cada pueblo que se rijan por su derecho propio.

La aparición de las leyes romano-bárbaras se explica, por tanto, como una lógica consecuencia del principio de la personalidad del derecho. Téngase presente que —como dice ARANGIO (94)— "la aplicación del Derecho Romano ofrecía por la variedad de sus fuentes las mismas dificultades que, desde hacía tiempo, atormentaban la vida jurídica del Imperio, agravadas en este caso por la decadencia de la cultura occidental. ... De aquí la necesidad de modestas compilaciones en las cuales las normas de cotidiana aplicación fuesen recogidas para uso de los Tribunales".

Las compilaciones romano-bárbaras fueron las siguientes, según un riguroso orden cronológico:

### I) *Edictum Theodorici.*

Publicado hacia el año 500 por el Emperador Teodorico, se caracteriza porque en él no se dan los criterios generales que acabamos de exponer, toda vez que se aplica tanto a los bárbaros como a los romanos del imperio ostrogodo, de acuerdo en todo con la política fusionista preconizada por este Emperador.

Consta de 154 capítulos, tomados, sin indicar las fuentes empleadas, de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, las Novelas post-teodosianas, las Sentencias de Paulo y la obra de Ulpiano "De officio proconsulis" (95).

II) *Lex Romana Wisigothorum*.

La "Lex Romana Wisigothorum", Código de Alarico o Breviario de Aniano fue publicada en el año 506 por el rey visigodo Alarico II, al fin de que sirviera para los romanos del reino visigodo (96).

Carece de una sistemática, aun elemental, y en su redacción se utilizan el Código Teodosiano, las Novelas post-teodosianas, un extracto de las Instituciones de Gayo ("Epitome Gaii"), una gran parte de las "Sententiae" de Paulo; Constituciones tomadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y un corto pasaje de las Respuestas de Papiniano. Con la única excepción del "Epitome Gaii", todos los textos van provistos de su correspondiente comentario o "interpretatio", en forma de paráfrasis para las sentencias y a modo de resumen para las constituciones (97).

Su importancia es indiscutible, no sólo por la influencia que ejerce, sino también porque gracias a ella podemos reconstruir colecciones legales determinadas que, de otro modo, permanecerían desconocidas: así los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y las "Sententiae" de Paulo.

III) *Lex Romana Burgundionum*.

También la ley romana de los borgoñones —designada durante mucho tiempo con el nombre de Papianus— era una ley destinada a los romanos del Imperio de los borgoñones, siendo promulgada por el rey Gundobado (507 al 516, fecha esta última en que murió el monarca borgoñón). Basada, como la anterior, en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, Novelas post-teodosianas, Sentencias de Paulo e Instituciones de Gayo, la "Lex Romana Burgundionum", con sus 46 títulos, adolece de errores sensibles, aparte de que se mezclan, en su contenido romano, preceptos del derecho borgoñón (98).

## IV) COMPILACION JUSTINIANA.

El Emperador Justiniano, que ocupa el solio romano imperial en el 527, se impone la magna labor —intentada, como hemos visto, por los compiladores anteriores y, sobre todo, por Teodosio II— de realizar una recopilación oficial de las leyes del imperio y resúmenes de las obras jurídicas, adaptadas a las necesidades de los tiempos nuevos.

"Distintas circunstancias favorables concurren —dice ARANGIO (99)— a facilitar esta labor: de una parte el mayor progreso científico logrado por las Escuelas de Berito y de Constantinopla, que permitían trazar con firmeza las líneas maestras del nuevo sistema dentro del cual habían de ser colocadas las antiguas y nuevas instituciones; de otra, el haber podido disponer el Emperador de un hombre apropiado para tal empresa, estudioso doctísimo, coleccionador de las obras de la antigua jurisprudencia, conocedor de las exigencias del momento y técnico expertísimo en la legislación: Triboniano" (100).

a) *El primer Codex y las "Quinquaginta decisiones"*.

Por la Const. "Haec quae necessario" de 13 de febrero de 528 nombra Justiniano una comisión legislativa, presidida por el "ex quaestor sacri palatii" Juan, al fin de lograr una codificación de las disposiciones utilizables contenidas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, Novelas post-teodosianas y las demás Constituciones imperiales dictadas con posterioridad a ésta, con entera libertad para alterar su texto si fuese necesario y ordenándolas con arreglo a un criterio cronológico.

Promulgado el Código el 7 de abril de 529 por la Const. "Summa reipublicae", entra a regir, con fuerza de ley, a partir del 16 de abril siguiente. Este "Codex vetus", como veremos, fue objeto de una revisión cuatro años más tarde, debido a la cual esta obra originaria no ha logrado conservarse (101).

Una vez promulgado el Codex, el Emperador Justiniano dictó gran cantidad de Constituciones con vista sobre todo a resolver las controversias planteadas por los juristas clásicos, para eliminar las posibles antinomias y modificar o suprimir las normas anticuadas. Parece ser que las dictadas en la segunda mitad del 530 fueron reunidas en una Colección llamada "Quinquaginta decisiones", cuyo original tampoco ha llegado hasta nosotros (102).

b) *El Digesto*.

El 15 de diciembre del 530 Justiniano promulga la Const. "Deo Auctore", por la que crea una comisión codificadora que, presidida por el "quaestor sacri palatii" Triboniano, iba a comenzar la enorme y difícil tarea de recoger, sistematizándolos, los fragmentos de los ju-

ristas que gozaban del "ius respondendi", para formar con ellos un cuerpo homogéneo y completo de doctrina legal.

Concede para ello poder amplio a fin de evitar, en lo posible, las repeticiones y contradicciones de los textos jurisprudenciales, que deben armonizarse en una vasta y superior unidad: "in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium" (Deo Auctore, 1).

El 16 de diciembre del 536, la famosa Const. bilingüe Δέδωκεν o "Tanta", dirigida al Senado y "ad omnes populos" publicaba ya el Digesto —rápido y eficaz fruto del trabajo de la comisión (103)— ordenando que entrara en vigor a partir del 30 del mismo mes.

Los Digesta o Πανδέκται se dividen en 50 libros y éstos (con la única excepción de los libros 30, 31 y 32) a su vez en títulos. Los títulos están integrados por fragmentos sacados de los escritos jurisprudenciales (104), en especial de los juristas clásicos, Ulpiano, Paulo y Papiniano sobre todo. De la época preclásica se citan algunos fragmentos de Alfenio, Q. Mucio y Elio y de la postclásica sólo pocos pasajes de Hermogeniano y de Aurelio Arcadio Carisio.

#### e) Las Instituciones.

Todavía se estaba realizando la compilación del Digesto, y ya el Emperador Justiniano decide que —para el uso de los escolares, conforme lo había indicado ya en la Const. "Deo Auctore"— se llevase inmediatamente a la práctica el proyecto de compilar un elemental tratado de derecho. Por la Const. "Imperatoriam maiestatem" de 21 de noviembre de 533 se publican las Instituciones justinianeas, dedicadas, en efecto, a la "cupida legum iuventus", comenzando a regir con fuerza legal, no obstante tratarse de un Manual dedicado a la enseñanza, el día 30 de diciembre de 533, al mismo tiempo que el Digesto (Const. Tanta).

Las fuentes que utilizaron Triboniano, Doroteo y Teófilo para tal compilación (aparte de algunos fragmentos del Digesto aún sin terminar) son las Instituciones de la época clásica y postclásica, en especial las de Gayo, Ulpiano, Florentino y Marciano, Calistrato y Paulo, las "regulae" atribuidas a Ulpiano y las "res cottidianae" de Gayo (105).

Estructuradas en cuatro libros, según el modelo gayano, cada libro se divide en títulos —con su correspondiente rúbrica indicadora—

y éstos a su vez en una introducción ("principium" o "proemium") y en párrafos numerados (106).

#### d) El segundo Código.

Como se habían introducido serias innovaciones en la legislación, después de publicado el primer Código se hizo necesaria una revisión del mismo, una edición más completa en que se incluyesen las nuevas disposiciones —constituciones— y se eliminase todo cuanto en la primera estuviese en contradicción con ellas (107).

Y en efecto, a la vista de tales objetivos, el nuevo "Codex Iustinianus repetitae praelectionis", dirigido también por TRIBONIANO, se publica el 15 de noviembre del año 529 mediante la Constitución Cordi. Comprende las Constituciones dictadas desde Adriano hasta Justiniano (el mayor número de ellas son debidas a Diocleciano y Maximiano) clasificadas en doce libros distribuidos en títulos, dentro de los cuales las Constituciones se agrupan cronológicamente, expresando en ellas el nombre del Emperador y el del particular o autoridad destinataria (inscriptio), a la vez que la fecha del mismo (subscriptio). Las más extensas se dividen también en principios y parágrafos (108).

#### e) Las Novelas.

Justiniano había indicado ya, al publicar el "Codex repetitae praelectionis", la necesidad de introducir en lo futuro dentro de su obra codificadora aquellas reformas y adiciones necesarias: "leges novellae", leyes nuevas, que deberían ser recogidas, por último, en un Código definitivo (Const. Cordi, 4 in fine).

En efecto, a partir del 529 se promulgaron gran cantidad de Novelas, en latín o en griego, reguladoras, por lo general, de cuestiones secundarias pero —como dice ARANGIO— en ocasiones profundamente innovadoras y a veces tan extensas que constituyeron la reglamentación completa de ciertas instituciones jurídicas privadas, como el matrimonio y la sucesión legítima (109).

Nunca fueron oficialmente reunidas, aunque —a iniciativa privada— poseemos algunas estimables colecciones: así el "Epitome Iuliani" (124 Novelas, 2 duplicadas); el "Authenticum" (134); la llamada "Colección de novelas griegas" (168 y, por último, los "edicta Iustiniani" (13), apéndice de la colección anteriormente citada en un manuscrito de Venecia (110).

## V) LAS FUENTES JURIDICAS BIZANTINAS.

Cuando el Emperador Justiniano hubo terminado su enorme tarea, creyó conseguir en su compilación del Derecho la más perfecta sistemática, a la par que la máxima perfección posible.

"In aeternum valiturum" (Summa reip. 3) pretende que sea su Código, ya que toda su labor legislativa la estima impulsada precisamente por afanes de perennidad, deseos que le llevan a sostener que "non tantum nostro, sed etiam omni aevo, tam instanti quam posteriori leges optimas ponere" (Tanta circa, 13). Así es como lógicamente pueden explicarse aquellas severas prohibiciones contra las posibles obras de comentarios, sin que fuesen valederas más que las traducciones escrupulosamente literales del texto latino y las llamadas "paratitla", índices sumarios con referencias a los textos paralelos (Deo Auctores, 12 y Tanta, 21).

De todos modos, la realidad evidente fue otra, ya que tan absurdas disposiciones no fueron observadas ni en vida del propio Emperador, el cual tal vez autorizara a violarlas, concediendo para fines didácticos algún especial privilegio (111).

Dentro de las fuentes jurídicas bizantinas (112) tenemos que destacar en primer término las Paráfrasis del siglo VI sobre las distintas partes de la compilación justiniana: así la *Paráfrasis griega de las Instituciones*, que —en contra de la opinión de FERRINI— hay que atribuírla a Teófilo.

Se trata de una amplia exposición de la "Instituta" a la que aclara en sus puntos más oscuros, todo ello con una notable profusión de ejemplos. También al mismo Teófilo se debe un *Índice del Digesto*, a la vez que en el mismo siglo DOROTEO, CIRILO, ESTEFANO y los llamados ANONIMOS se dedican a la misma sistemática labor (113).

Un autor anónimo, ya en el siglo VII, reúne "en cadena", agregándole sus propias anotaciones, las partes de los índices anteriores más logrados. También publica una obra (*περι ἐναντιωφανῶν*) sobre las contradicciones del Digesto, y por el nombre de la misma se le conoce luego: Enantiofane.

En el siglo VIII se publica un modesto compendio de Derecho Romano llamado *Ecloga*, debido al Emperador León Isaúrico y a su hijo Constantino Coprónimo; una *colección de derecho marítimo* ('Ροδίων ναυτικός), otra de derecho militar (*νόμος στρατιωτικός*) y una tercera, conocida con el nombre de "leges rusticae" (*νόμος γεωργικός*), integrada

por un complejo de normas de derecho privado y penal, a efectos de proteger la propiedad rústica.

A finales del siglo IX se redactan dos compilaciones breves: un manual llamado *Prochiro*, del cual se hizo una segunda edición —*Epanagoge*— que se publica entre los años 833 y 836.

Indiscutiblemente, la más importante de las codificaciones bizantinas es aquella compilación conocida con el nombre de *Basilicas* (τα Βασιλικά: "res regiae vel imperatoriae") ideada por el Emperador Basilio y compuesta por su hijo León el Sabio (866-911), donde se compendia, en el espacio de 60 libros (divididos en títulos, capítulos y párrafos) el derecho justiniano entonces vigente: extractos de las Instituciones, Digesto, Código, Novelas y de algunos preceptos legales posteriores (114).

Más tarde, el texto de las Basilicas se refunde con el comentario del Anónimo ("Escolios - comentarios - antiguos") y por último, entre los siglos XI y XII, se le adicionan notas marginales ("Escolios - comentarios - nuevos"). Muchas veces se extractan las Basilicas hasta el *Hexabiblos* de HARMENOPOULOS (1345), compendio de Derecho greco-romano dividido —de aquí su nombre— en seis libros.

Podemos citar un Epítome de cincuenta títulos; la "Synopsis Basilicorum"; la llamada Peira de EUSTACIO; la "Synopsis minor" de ATALIOTA y el "Tipucitu —¿dónde se encuentra?—, de gran utilidad este último para la reconstrucción de los libros perdidos de las Basilicas.

### G) LA JURISPRUDENCIA ROMANA COMO FUENTE DEL DERECHO. TEXTOS CONSERVADOS.

La jurisprudencia es, sencillamente, la ciencia del Derecho. "Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia" la había definido Ulpiano (D. 1, 1, 10, 2), en un sentido como vemos, amplio por demás. Vamos a considerar nosotros el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, en esa forma elemental, meramente indicadora, que venimos empleando, y para ello —ya que la Historia del Derecho Romano así lo exige— necesariamente abordaremos el problema desde sus orígenes, viendo el sentido que recibe luego en sus diversas fases evolutivas.

En la época legendaria romana, y también en los comienzos de la era republicana, el Colegio Pontifical —como sabemos— monopoliza por completo la función jurisprudencial. Se comprende perfectamente, sin más que consideremos los innegables puntos de contacto existentes entre lo religioso por un lado y lo jurídico por otro, en esta lejana fase de la Historia romana. No vamos a hacer hincapié sobre esto —tampoco sería el momento oportuno— ya que en otra ocasión analizamos a fondo el problema (115).

Si en cambio nos interesa subrayar que en esta remota etapa no existe propiamente enseñanza pública del Derecho, y que tanto los formularios de las acciones procesales, como el calendario de los días hábiles en la administración de la justicia, tanto la minuciosa reglamentación de los trámites procedimentales como la guarda cuidadosa de aquel viejo "ius civile" oculto durante tanto tiempo, al decir de VALERIO MAXIMO (II. 5, 2), entre las ceremonias de los dioses inmortales, eran las típicas actividades jurídicas del Colegio Pontifical.

Y así las cosas hasta que en el 304 a. C. GNEO FLAVIO, liberto y escriba de APIUS CLAUDIO CAECUS, publica por vez primera en la Historia del Derecho de Roma los formularios de las "legis actiones" y el calendario jurídico "Ius Flavianum". Un siglo después, TIBERIO CORUNCANIO, primer plebeyo Pontifex Maximus, comienza a dictar públicamente sus "responsa" sobre cuestiones jurídicas. El hermetismo pontifical había quedado definitivamente vencido: se había superado ya una etapa oscura y difícil en la Historia de la jurisprudencia de Roma.

La nueva jurisprudencia laica que se instaura, cuya triple acti-

vidad se centra, como sabemos, en el *respondere, cavere, agere* (evacuación de consultas; redacción de formularios para que los actos jurídicos puedan realizarse con absoluta viabilidad; colaboración en la actuación del litigante), esta jurisprudencia republicana que señalamos, presenta los seis caracteres siguientes: a) ser eminentemente nacional; b) creadora (116); c) democrática y popular; d) pública; e) gratuita; f) técnica (117).

Una nueva fase en la ciencia jurídica romana es el período clásico jurisprudencial, que abarca fundamentalmente los dos primeros siglos de nuestra Era, y que se instaura con el Principado. Es el momento de esplendor máximo; son los años gloriosos en que el Derecho de Roma alcanza su mayor prestigio y en que se acrisolan sus efectivos valores universales.

Los Emperadores romanos, como ya hemos indicado, supieron en todo momento fomentar las posibilidades de evolución que llevaba en sí la jurisprudencia, y aprovecharla para los fines de su política y de la administración del Estado (118). Y en efecto: la tónica la iba a dar Augusto con la creación del llamado "ius respondendi".

Si en la fase anterior señalada los dictámenes de los juristas no constituían una específica fuente legal, dependiendo su valor solamente de la mayor o menor fama o prestigio profesional de quienes los emitían (119), ahora iba a experimentarse un cambio notable en cuanto al valor de las respuestas de los juristas. El "ius publice respondendi ex principis auctoritate" autorizaba al jurista en posesión de este privilegio para emitir sus dictámenes en nombre del Emperador: "ex auctoritate sua", por lo que de este modo adquieren valor de fuente legal (120). Posteriormente Adriano, mediante un rescripto del que nos habla Gayo en sus Instituciones (I, 7), establece que la "responsa" de los jurisconsultos investidos del "ius respondendi" tendrían fuerza legal, en el caso de no existir discrepancia en sus opiniones (121). Mas no es sólo esto: "el Emperador Adriano reforma también el "Consilium Principis", y desde entonces los más renombrados juristas van a formar parte activa del mismo, cargos cuyo desempeño —dice un autor— les daba estímulos y enseñanzas para sus labores profesionales como jurisconsultos (122).

Las características fundamentales que se pueden predicar de la jurisprudencia clásica son las mismas que afirmábamos de la preclásica, con las excepciones siguientes, hijas del nuevo momento histórico romano: pérdida de su carácter nacional tan exclusivo, y anulación parcial también de su sentido democrático.

En su lugar, y a modo de compensación, la jurisprudencia clásica gana en cosmopolitismo, universalidad y orientación sistemática; gana también con la rigurosa selección de sus jurisconsultos, y adquiere, por último, un acentuado sentido de prudente tradicionalismo. El sentir íntimo de la misma a este respecto en su carácter evidentemente traslaticio.

Es cierto que las fuentes autoritarias del Derecho aumentaron en número en esta época del Principado, pero no lo es menos que ninguna de ellas llegó a ser abundante, por cuya razón la tarea de la jurisprudencia encaminada a colmar las lagunas y a señalar la esfera de aplicación de cada norma, se hizo más necesaria que en los últimos siglos de la República (123). Y en efecto: la actividad jurisprudencial clásica, que cuaja en una copiosa literatura jurídica, es brillante y fundamental en extremo.

No sólo en el "agere", "cavere" y "respondere" se centra la actuación del jurista clásico. También en su nueva actividad de consultor se extiende ahora su profunda y compleja labor jurídica. Son las "responsa", las "quaestiones", los comentarios, las monografías y "Digesta", los "Enchiridia", "regulae", "sententiae", "definitiones", "institutiones", etc., etc., aquellas formas de literatura jurídica que canalizan su labor indiscutible. Analizar ahora, particularmente, el alcance de la misma; estudiar las razones del antagonismo entre las dos escuelas jurisprudenciales más famosas —sabiniana y proculeyana—; considerar por último la obra literaria de los juristas más destacados de la época, es algo que por ahora no podemos ni tan siquiera intentar, habida cuenta las razones que ya atrás dejábamos consignadas.

Con Paulo y con Ulpiano podemos decir se agota la fuerza creadora de la jurisprudencia clásica. Razones especiales iban determinando este fenómeno, durante los siglos III y IV. El reconocimiento por Constantino de la religión cristiana; la fundación de Constantinopla con el desplazamiento consiguiente del centro de gravedad del Imperio; el centralismo del Estado cada vez más operante son, desde luego, como PACHIONI destaca (124), los más fundamentales motivos de esta sensible decadencia.

No hallamos ningún original jurista en esta época postclásica (125). "Allí donde la construcción dogmática —escribe ARANGIO— fuese audaz; allí donde fuese preciso deducir sutilmente el pensamiento del jurista de los conceptos del "ius civile"; allí donde estuviesen en juego aquellas delicadas relaciones entre los distintos sistemas jurídi-

cos... los profesores postclásicos, y especialmente los orientales, tropezaron con tales dificultades que se vieron obligados a prescindir de los viejos manuscritos" (126).

Toda la labor del momento se centra, precisamente, en compilar, ordenar y compendiar el enorme legado de los clásicos. Se hace necesario, por otra parte, establecer criterios uniformes valorativos acerca de la jurisprudencia clásica. No todos los juristas, en efecto, iban a tener la misma categoría, y vano es pretender que sus decisiones vayan a estar provistas todas de un mismo valor.

Una famosa disposición de los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III —la llamada "Ley de Citas"— de 9 de noviembre del 426 (Cod. Theod. I, 4, 3), va a establecer en este sentido que los únicos juristas cuyas obras pudieran citarse directamente ante los Tribunales, serían Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino. Si se utilizaban los argumentos doctrinales de otros juristas, era necesario que hubiesen sido adoptados por algunos de los cinco autores citados. Cada cita habría, además, de comprobarse mediante la exhibición del manuscrito. Caso de no existir acuerdo unánime entre los cinco juristas reseñados, el juez debía acatar la doctrina de la mayoría. En el supuesto de un empate, se aceptaba el criterio de Papiniano. Caso de igualdad de pareceres, y sin haber opinión de Papiniano, el juez quedaba en libertad para seguir la opinión que estimase más justa y conveniente (127).

Escasa es también la literatura jurídica de la época, reducida a compendios como los "Tituli ex corpore Ulpiani" y las Sentencias atribuidas a Paulo, amén de las colecciones de "iura" y "leges", analizadas en su momento oportuno.

#### *Textos conservados de la jurisprudencia romana.*

- 1º) Maeciani assis distributio (B. 317, 1 - P. 59, 5).
- 2º) Gaii Institutionum commentarii quattuor (B. 317, 2 - P. 56, 1).
- 3º) Fragmenta interpretationis Gaii Institutionum Augustodunensia (Gayo de Autún) (B. 318, 3).
- 4º) Pomponii liber sing. regularum (B. 318, 4).
- 5º) Papiniani responsa (B. 319, 5 - P. 59, 7).
- 6º) Papiniani quaestiones (B. 319, 6).
- 7º) Pauli Sententiae (B. 319, 7 - A. 361).
- 8º) Pauli Institutiones (B. 320, 8).
- 9º) Pauli ad Edictum. L. XXXII (B. 320, 9).
- 10º) Ulpiani Institutiones (B. 320, 10).

- 11º) Tituli ex corpore Ulpiani (B. 320, 11 - P. 58, 2 - A. 362 s. - D'ORS, 103 s.).
- 12º) Ulpiani ad Edictum, Ulpiani ad Sabinum, Ulpiani Disputationes (B. 321, 12).
- 13º) Ulpiani de off. proconsulis (B. 322, 13).
- 14º) Modestini regularum (B. 322, 14).
- 15º) Fragmentum de iudiciis (B. 322, 15 - A. 361).
- 16º) Fragmentum de iure fisci (B. 322, 16).
- 17º) Fragmentum Dositheanum (B. 323, 17).
- 18º) Tractatus de gradibus cognationum (B. 323, 18).
- 19º) Stemmata cognationum (B. 324, 19).
- 20º) Fragmentum de formula fabiana (B. 324, 20).
- 21º) Eiusdem codicis nova fragmenta (B. 324, 21).
- 22º) Scholia sinaitica (B. 324, 22 - A. 439 s. - D'ORS, 118 s.).
- 23º) Fragmentum de iure criminali (B. 325, 23).

## NOTAS

- (1) I. MARTIN: "Notas didácticas sobre las fuentes del Derecho". Murcia, 1944, págs. 7-8.
- (2) DE DIEGO: "Introducción..." cit. pág. 112.
- (3) F. DE CASTRO: "Derecho Civil..." cit. I, pág. 267.
- (4) SANCHEZ ROMAN: "Estudios de Derecho Civil", I, Madrid, 1890, pág. 21.
- (5) HERNANDEZ TEJERO: "Historia e instituciones de Derecho Romano". Madrid, 1949, pág. 12.
- (6) "Derecho Civil..." cit. pág. 266 ss.
- (7) Vid. I. MARTIN: "Notas didácticas..." cit. pág. 11.
- (8) Así ALVAREZ, U.: "Horizonte..." cit. pág. 303.
- (9) BIONDO BIONDI: "Corso di Istituzioni di Diritto Romano", I, Catania, 1929, págs. 10-11.
- (10) Así I. MARTIN: "Notas didácticas..." cit. pág. 14 y ss.
- (11) BIONDO BIONDI: "Corso..." cit. pág. 10.
- (12) GAYO, I, 2; Inst. just. 1, 2, 3 - D. 1, 1 y pr.
- (13) "Horizonte actual..." cit. pág. 303.
- (14) DE DIEGO: "Introducción..." cit. pág. 113. - DIAZ: "Instituciones de Derecho Romano". Barcelona, 1913, I, págs. 23 ss.
- (15) Todavía es posible destacar otro nuevo sentido de la expresión fuentes: como fuente de los derechos subjetivos, como el origen de esa "facultas agendi" que no puede por menos de situarse sino en la misma norma objetiva. Así I. MARTIN: art. cit., págs. 9, 10.
- (16) Vid. su "Historia del Derecho Romano" cit. II, 275, ss. - Para completar la exposición: ARANGIO RUIZ: "Historia del Derecho Romano", cit. págs. 250 ss. y 317 ss.
- (17) Vid. ARIAS RAMOS: "Derecho Romano" cit. I, pág. 18.
- (18) Otra sistemática en I. MARTIN: "Notas..." cit. pág. 39; U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 304 ss.; TORRES LOPEZ: "Lecciones..." cit. pág. 67 ss. - SANCHEZ PEGUERO: "Sobre una posible sistemática para el estudio y la interpretación de las fuentes jurídicas en la Historia del Derecho Romano". R. D. Pr. 1941, págs. 396-397. Un estudio completo sobre los problemas de la heurística en BAUER: "Introducción al estudio de la Historia". Trad. esp. Barcelona, 1944, págs. 220 ss., y desde el punto de vista romanístico en KRÜGER: "Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts", 2ª edic. Leipzig, 1912. - KIPP: "Geschichte der Quellen des römischen Rechts", 4ª edic. Leipzig, 1919, y COSTA: "Storia delle fonti del Diritto Romano". Turín, 1909. - Muy recientemente aparecida en Viena, L. WENGER publica una monumental obra: "Die Quellen des Römischen Recht", 1953, que no hemos podido consultar aún.
- (19) HERNANDEZ TEJERO: "Historia e instituciones..." cit. pág. 12.
- (20) Vid. D. 1, 2, 12 - D. 1, 1, 7. - Inst. 2, 3 a 9 - Gayo I, 2 a 7 - D. 1, 1, 6, 1 - D. 1, 4, 38.
- (21) Para FESTO: "mos est institutum patrium, pertinens maxime ad religionem ceremoniamque decorum antiquorum". VARRON define a la costumbre como

- un "communem omnium simul habitantium", SUIDAS la concibe como "ethos" y "nomos ágraphos". Tomados de BRISSONIUS: "De verborum quae ad ius pertinent significatione". París, 1596 v. mos.
- (22) "Historia..." cit. pág. 13.
- (23) Vid. especialmente A. STEINWENTER: "Studi Bonfante", II, pág. 419 ss. - W. WESTRUP, en "Revue d'hist. du droit", XI (1931), págs. 1-18; SENN: "La coutume: la leçon romaine sur le fondement de la force obligatoire de la coutume". R. H. D. 1933, pág. 213 ss. - FLUMENE: "La consuetudine nel suo valore giuridico". Sassari, 1925. - A. SCHILLER: "De consuetudine in iure romano". B. I. D. R. 1938, pág. 347 ss. - KASER: en Z. S. S. 59 (1939) págs. 52 y ss., y 60 (1940), pág. 95 ss. Referencias bibliográficas en U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. págs. 305-306 n. 56. - Últimamente, aporte KASER, "Das altrömische ius" cit., la obra de WENGER, nota 18 in fine.
- (24) Vid. SCHULZ: "Prinzipien..." cit. pág. 9 n. 39. - GROSSO: "Premesse..." cit. Torino, 1946, pág. 115, n. 1.
- (25) Vid. BONFANTE: "Por una revisión de la teoría de la consuetudine". Riv. dir. comm. 1934, I, pág. 274 ss.
- (26) "Derecho Privado Romano", cit. pág. 2.
- (27) "Manual de Derecho Romano", cit. pág. 27 ss.
- (28) Ni en Gayo, I, 2 ni, en efecto, en D. I, 1, 7, se habla de la costumbre. "Essa però, nella giurisprudenza imperiale, viene individuata e determinata in funzione del parallelo colla lex; soprattutto interessante è un famoso passo di Giuliano: D. I, 3, 32". - GROSSO: "Premesse generali..." cit. pág. 46.
- (29) "Historia..." cit. I, págs. 274-275.
- (30) Estamos de acuerdo con BONFANTE sobre este particular - vid. nota anterior-, opinión a la que también parece adherirse HERNÁNDEZ TEJERO: "Historia..." cit. pág. 13.
- (31) D. 50, 17, 34 - D. I, 1, 34.
- (32) D. I, 3, 34 a 38.
- (33) El texto en cuestión indudablemente está interpolado. Vid. SCHULZ: "Prinzipien..." cit. pág. 9, n. 39. - U. ALVAREZ: "Curso elemental de Derecho Romano". cit. Madrid, 1948, fasc. I, pág. 101. - PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 28 ss.
- (34) PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 31.
- (35) Vid. C. 4, 32, 36 - Nov. 134, c. 1.
- (36) Vid. D'ORS: "Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en Roma". Rev. Gen. Legisl. y Jur., volumen 179, pág. 499.
- (37) Vid. PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 89.
- (38) GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 47. La ley, desde el punto de vista doctrinal primera fuente del "ius civile", en el mismo autor, pág. 80 ss.
- (39) Puede verse sobre el concepto de ley PETERLONGO: "Lex nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana" Estr. Ann. Univ. Perugia, 49, pág. 6 ss.
- (40) Esta definición fue parafraseada por Gayo en sus Instituciones I, 3. Ya sabemos que la "rogatio" era función de aquellos magistrados que gozaban del "ius agendi cum populo" (cónsules, pretores) o de aquellos cuasi-magistrados investidos del "ius agendi cum plebe" (Tribunos, ediles de la plebe).

- (41) Vid. NOCERA: "Il potere dei comizi ed i suoi limiti". Milán, 1940. Vid. también ARANGIO, BONFANTE y DE FRANCISCI, en sus respectivas Historias, como libros que deben consultarse, recogiendo bibliografía completa.
- (42) Vid. especialmente ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. págs. 113-117.
- (43) Ya Cicerón había dado la siguiente definición de ley: "Quae scripto sancit quod vult, aut iubendo, aut vetando" (De leg. I, 6) indicando, por ello, esta segunda categoría de leyes comiciales.
- (44) "Geschichte der Quellen..." etc. Trad. española de la edic. 1ª alemana. Madrid, sin fecha, pág. 167. Su opinión la comparten GIRARD: "Manual..." cit. pág. 39 y ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 110. Vid. en contra MOMMSEN: "Compendio de Derecho público". Trad. esp. cit. pág. 541.
- (45) ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. pág. 318 n. 1. Destaca el autor su carácter común al derecho público y privado y su semejanza con la "lex data" cuando emanaba del magistrado representante del Estado.
- (46) Obsérvese que en la enumeración de cada una de las leyes nos remitimos a las "Historias" de BONFANTE y de ARANGIO, citados, y al "Horizonte actual del Derecho Romano", de ALVAREZ SUAREZ, U., donde se consideran con más o menos detenimiento, aportándose la bibliografía a manejar. Las siglas son, pues, B. (Historia) de Bonfante); A. ("Historia" de Arangio) y AS. ("Horizonte...") etc. de U. Alvarez), seguidas de números indicadores de las páginas. La "Historia" de BONFANTE es en la trad. castellana, y siempre referida al tomo II a no ser que se diga lo contrario.
- (47) Vid. GROSSO: "Premesse..." cit. págs. 98-99.
- (48) En la fase monárquica el Senado era el *Consilium publicum*, especie de Consejo asesor del rey, y ya en la época republicana le correspondía la *auctoritas patrum* o ratificación de los acuerdos comiciales, aunque —según parece— sin una patente función legislativa, al menos en los primeros siglos de la República. Vid. LORETE LORINI en Studi Bonfante IV, pág. 379 ss.
- (49) "Manual..." cit. I, pág. 109.
- (50) JORS-KUNKEL: "Derecho Privado Romano" cit. pág. 18.
- (51) Respecto a la posición del Príncipe en la determinación de los senadoconsultos vid. GROSSO: "Premesse..." cit. págs. 108 ss.
- (52) Vid. STROUX: "Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius" (Sitzungsberichte München, 1929, 8), págs. 70 ss.
- (53) El derecho de proponer S. C. era del Magistrado que había convocado al Senado, y tal vez de los Senadores. Correspondía al Príncipe un "ius primae, secundae, tertiae relationis", especie de derecho de veto, de incuestionable eficacia. También, como la ley comicial, constaba de tres partes fundamentales. El procedimiento legislativo senatorial en ARANGIO: "Historia", cit. págs. 289-291.
- (54) GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 82. - ARANGIO: "Historia...", cit. pág. 184. - Cfr. además BETTI: "La creazione del diritto nella iurisdicção del pretore romano", en Studi Chiovenda. - DE MARTINO: "La giurisdizione nel Diritto Romano". Padova, 1937.
- (55) PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 62.
- (56) Vid. GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 84.
- (57) SOHM: "Instituciones..." cit. pág. 65.

- (58) PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 65.
- (59) Era rara la forma imperativa. No se emplea el "ita ius esto" de las XII Tablas sino "iudicium dabo", "bonorum possessionem dabo", etc.
- (60) Vid. GROSSO: "Premesse..." cit. pág. 85: "dovesse poi ritenersi vincolato almeno in linea di massima... in proposito a quella *fides* che rappresentava per i Romani, in quell'epoca, una forza eficiente e vincolante..." - PUGLIESE: "Actio e diritto subiettivo". Milano, 1939, pág. 133. ss.
- (61) Como ha descado HRUZA: "Zum römischen Amtsrechte". Innsbrück, 1907, pág. 22 ss. La Lex Cornelia no es que vaya a destruir la libertad jurisdiccional atribuida al pretor, sino solamente a poner obstáculos legales a su ejercicio abusivo.
- (62) ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. pág. 188.
- (63) La terminología "edictum perpetuum" como prueba PRINGSHEIM, es efectivamente tardía: vid. "Symbolae friburgenses in onorem D. LENEL". Friburgo, 1934. Cit. H. TEJERO: "Historia..." cit. pág. 20 n. 4.
- (64) "De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt". Leipzig. 1869.
- (65) Una 3ª edic. de la obra de LENEL en Leipzig, 1927, con el título: "Das Edictum perpetuum; ein Versuch zu einer Wiederherstellung". Recensiones en PARTSCH, Z. S. S. 30, pág. 490 ss.; 31, pág. 407 ss., y PRINGSHEIM: Z. S. S. 48, pág. 726. ss.
- (66) Vid. ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. pág. 293 ss. - PACCHIONI: Ob. cit. I, pág. 117 ss.
- (67) D. 1, 4, 1, pr. Cfr. además D. 1, 2, 2, 12 KRELLER en Z. S. S. 41, pág. 262 cc. trató de probar la substancial falsedad de estos testimonios. En su contra, PEROZZI, "Istituzioni..." cit. I, pág. 57 ss.
- (68) Sobre Constituciones imperiales vid. DE FRANCISCI: "Storia..." cit. II 2, I, pág. 522 ss. - BIONDO BIONDI: "Prospettive..." cit. pág. 51 ss. - GROSSO: "Premesse..." cit. págs. 99-107.
- (69) Comenzaban con una fórmula indicadora de la personalidad y la autoridad del Emperador que los daba: "Imperator Caesar Augustus pontifex maximus tribuniciae potestate XVII imperator XVI dicit". Seguía luego, en primera persona, el texto de la disposición.
- (70) Vid. JORS-KUNKEL: "Derecho Privado romano", cit. págs. 21-22, con bibliografía.
- (71) PLINIO EL JOVEN: Epist. 4, 22; 6, 22; 6, 31; MARCELO: D. 28, 4, 3; CALISTRATO: D. 4, 2, 13 y PAULO, en fragmentos notables de los "libri decretorum" y los "libri imperialium sententiarum". (LENEL: "Paling", cit. I, pág. 959 ss. y 1.111 ss.), nos han dejado noticias de interés acerca del procedimiento empleado por el Tribunal imperial, en cuyo análisis no podemos detenernos.
- (72) Vid. U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 406; JORS KUNKEL: "Derecho..." cit. pág. 25 n. 21 y en especial ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 322.
- (73) Vid. la tesis de LUZZATO, en "Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini". Milán, 1946 p. 265.
- (74) KRÜGER: "Quellen" cit. pág. 301 n. 8.
- (75) Justiniano en la Nov. 124 prohíbe, al fin de acelerar el procedimiento, la llamada "consultatio ante sententiam".

- (76) Constantino establece que "rescripta quocumque modo impetrata, non valere contra ius" (C. Theod. 1, 2, 2). Teodosio y Valentiniano (C. Theod. 1, 2, 11 y C. 1, 14, 2, 3) determinan los requisitos formales que han de tener las leyes imperiales: ser dirigidas al Senado o ser emitidas como edictos o como "leges generales".
- (77) Así PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 122.
- (78) Como define ARANGIO, "edicta" o "leges generales" son aquellas "constituciones de eficacia general que expresaron, en lo sucesivo, de manera clara y precisa, la voluntad imperial de crear nuevas normas". "Historia..." cit. pág. 427.
- (79) Tales leyes se aplicaban en las dos partes del Imperio hasta que al publicarse el Cd. Theod. se dispone que las leyes dictadas por cada uno de los dos Emperadores sólo tendrían valor en el territorio regido por el colega cuando se remitiesen a éste con la correspondiente "sanctio pragmatica", quedando el destinatario en absoluta libertad para rechazarlas o modificarlas.
- (80) Vid. ROTONDI: "Studi sulle fonti del cod. Giustiniano" en Scritti giuridici I, pág. 110 sigte.
- (81) Vid. sobre las Cod. Gregoriano y Hermogeniano, aparte de ROTONDI, cit. en la nota anterior. JORS en Pauly-Wissowa 4, pág. 164 ss. - SCHERILLO en Studi Ratti, pág. 249 ss. - MOMMSEN: Z. S. S. 52, pág. 139 ss. y 10, pág. 345. - BONFANTE, "Historia..." cit. II, pág. 37 ss. y 311-313. - Bibliografía completa en U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 408 N. 225.
- (82) Los manuscritos más importantes se conservan en la Biblioteca Vaticana (libros IX - XVI) y en la Biblioteca Nacional de París (libros VI - VIII). Un manuscrito de Milán conserva también fragmentos del libro I.
- (83) Vid. respecto a sus ediciones, la bibliografía que inserta ARANGIO "Historia..." cit. pág. 433. - BONFANTE: "Historia..." cit. II, pág. 314-315. - ALVAREZ (U.): "Horizonte..." cit. pág. 409 n. 236. - D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 121 n. 180, sobre todo. Sobre interpolaciones: GRANDENWITZ, en Z. S. S. 34 pág. 274 ss.; 38 pág. 35 ss. - D'ORS: op. cit., págs. 121-122.
- (84) Bibliografía en U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 410, n. 237.
- (85) D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 123 n. 186. - Vid. además BONFANTE: "Historia..." cit. II, p. 316 y respecto a la bibliografía utilizable U. ALVAREZ: "Horizonte..." cit. pág. 410 n. 238.
- (86) Así en las de Efeso (431); Calcedonia (451) y Constantinopla (552). También en la Historia eclesiástica de EUSEBIO DE CESAREA, en la "Collectio Avellana", etc. Notas bibliográficas en BONFANTE: "Historia..." cit. II, pág. 316, 6.
- (87) Vid. sobre los problemas de su autenticidad D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 114-116. - ARANGIO: "Historia..." cit. págs. 358-359 y 447-448. - BONFANTE: "Historia..." cit. II, p. 325, 1.
- (88) JORS-KUNKEL: "Derecho Privado Romano" cit. pág. 56.
- (89) D'ORS: "Presupuestos..." cit. págs. 116-117, con abundantes notas bibliográficas. BONFANTE: "Historia..." cit. II, pág. 326, 2.
- (90) Así D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 112.
- (91) ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. pág. 448.

- (92) PACCHIONI: "Manual..." cit. I, pág. 130.
- (93) Notas bibliográficas en D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 120-121.
- (94) "Historia..." cit. pág. 449-450.
- (95) ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 450. - BAVIERA: "Fontes Iuris Romani Anteiustiniani" II, Florencia, 1940, págs. 683 ss.
- (96) Esta es la tesis tradicional. GARCIA GALLO: "Nacionalidad y territorialidad del Derecho visigodo". AHDE, volumen 13 (1936-1941) pág. 168 ss., sostiene, contra esta afirmación, su carácter territorial. Respecto a la bibliografía que suscita su tesis, vid. su "Curso de Historia..." cit. pág. 84 n. 2.
- (97) Bibliografía en JORS-KUNKEL: "Derecho Privado Romano" cit. pág. 61. - GARCIA GALLO: "Historia..." cit. pág. ... ss. - GIRARD: "Manual..." citado, pág. 84. - ARANGIO: "Historia..." cit. págs. 451-452.
- (98) Edic. BAVIERA: "Fontes..." cit. pág. 713 ss. Otras edic. en JORS-KUNKEL: "Derecho Privado romano", cit. pág. 61 n. 5.
- (99) "Historia..." cit. págs. 452-453.
- (100) Respecto al ideal perseguido por Justiniano en su política codificadora, vid. BIONDO BIONDI: "Giustiniano, primo principe e legislatore cattolico". Milán, 1936. ISIDORO MARTIN: "Los principios orientadores de la codificación justiniana". Murcia, 1945.
- (101) Bibliografía en JORS-KUNKEL: "Derecho Privado Romano", cit. pág. 65 n. 2.
- (102) DI MARZO: "Le Quinquaginta decisiones". Palermo, 1899-1900; KRÜGER, en Festschrift für Bekker, 1907, pág. 3 ss. - ROTONDI: Scritti giuridici I, pág. 227 ss. - JORS en Pauly-Wissowa: R. Enzy. IV, pág. 2.275 ss. - BONFANTE: Bull. Ist. Dir. Rom. 32 (1922) pág. 278 ss.
- (103) ¿Cómo se explica la rapidez tan manifiesta en esta labor codificadora? La tesis de BLUHME, y los puntos de vista mantenidos por HOFFMANN, EHRENZWEIG, PETERS, ARANGIO, ALBERTARIO, en torno al problema, no pueden ser dilucidados aquí. Citamos a BONFANTE, "Historia" cit. II, pág. 123 ss. - ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 459 ss. - D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 133 ss. - ALBERTARIO: "Introduzione storica..." cit. pág. 17 ss.
- (104) Estos frags. se llaman también leyes, y están encabezados con el nombre del autor y de la obra a que pertenecen. En la Edad Media fueron divididos los de alguna extensión en párrafos o párrafos, llamándose al primero "proemium" o "principium"; pr. Como es lógico, los escritos jurisprudenciales no recogidos pierden su vigencia legal en la práctica de los Tribunales y su valor en la enseñanza: así, p. ej. la ley de Citas.
- (105) Al revés de lo que ocurre en el Digesto, no se indican en las Instituciones los nombres de aquellos autores de donde se toman los pasajes. Respecto a las noticias referentes a las innovaciones justinianas, los compiladores utilizan el Codex publicado en el 529 y las Const. posteriormente publicadas. Vid. ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 465 ss., con bibliografía sobre las fuentes utilizadas. Sobre el método seguido por los compiladores en la composición de las Instituciones, BONFANTE: "Historia..." cit. II, pág. 153 ss.
- (106) Vid. ZOCCO ROSA: "Le Istituzioni di Giustiniano secondo la critica mo-

- derna". Palermo, 1896, y otros libros del mismo autor cit. por D'ORS: "Presupuestos...", pág. 129 n. 215.
- (107) ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 467 ss.
- (108) Respecto al problema de las interpolaciones en el Códex: D'ORS: "Presupuestos..." pág. 126 ss. con notas bibliográficas de los fundamentales trabajos de GRADENWITZ, ALBERTARIO, SCHULZ y KÜBLER, sobre todo.
- (109) ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 468 ss. Vid. también BONFANTE: "Historia..." II, pág. 78 ss.
- (110) Vid. NOAILLES: "Les collections de Nouvelles", 1912; WENGER: "Sb. Akad." München, 1914, 5, 22 ss.; 1928, 4, 3 ss. Cit. JORS-KUNKEL, pág. 69 n. 1.
- (111) ARANGIO RUIZ: "Historia..." cit. pág. 481.
- (112) Nos referimos tan sólo a las fuentes legales posteriores a Justiniano, en contra del concepto amplio de otros autores.
- (113) Indices del Codex son realizados por TALALEO e ISIDORO, contemporáneos de Justiniano, y por TEODORO y ANATOLIO, ya bastante posteriores a Justiniano.
- (114) Edic. principales de las Basílicas en ARANGIO, op. cit. 485, n. 1. - Problemas críticos: D'ORS: "Presupuestos..." cit. pág. 140 ss. con moderna bibliografía.
- (115) Vid. nuestra tesis doctoral, en publicación, "La teoría romana de la bona fides".
- (116) Vid. GROSSO: "Premesse..." cit. págs. 49 ss.; 53 y 56.
- (117) Un estudio de los principales juristas de la época y del carácter y contenido de sus más importantes obras en ARANGIO: "Historia..." cit. I, pág. 324. - DE FRANCISCI: "Storia" cit. y los tratados más fundamentales de Derecho Romano.
- (118) JORS-KUNKEL: "Derecho Privado..." cit. pág. 34.
- (119) Vid. p. ej. ARANGIO: "La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana". Foro ital. 1934, p. 4<sup>a</sup>, págs. 16 ss. - BIONDO BIONDI: "Interpretatio prudentium e legislazione". Bull. Ist. Dir. Rom. 1936, pág. 141 ss.
- (120) D. 1, 2, 2, 49. - FERRINI: Opere, II, 510 ss. - DE VISSCHER: "Le ius publice respondendi" RHD. 1936, pág. 615 ss. - Bibliogr. en WLAŠAK: "Klass. Prozessformel" (Sb. Akad. Wien. 202, 3) pág. 44 n. 14.
- (121) WIEACKER: "Stud. z. hadrianischen Justizpolitik" (Freib. rechtsgesch. Agh. 5, 43 ss.; en Jörs Kunkel, ob. cit. pág. 35 n. 5), sostiene que el texto de Gayo reproduce el punto de vista postclásico, ya que la alegación de leyes y escritos de los juristas no fue usual en los Tribunales del Imperio de Adriano. Afín es la tesis de SOLAZZI: Studi Riccobono I, pág. 95 ss. y de BESELER en Z. S. S. 56 (1936), pág. 41. - Vid. también a ARANGIO: "Historia..." cit. pág. 328 ss. y LONGO-SCHERILLO: "Storia del Diritto Romano", Milán, 1944, pág. 276.
- (122) JORS: "Derecho Privado..." cit. pág. 36, con bibliografía a la que nos remitimos. Respecto a la desaparición del "ius respondendi" hay autores que, como ROSSI ("Dell'autorità dei responsa prudentium nel Diritto Romano". Studi Senesi, III, 1886) estiman su abolición en tiempos de Teodosio, mientras que otros en cambio —tal MASSEI ("La citazioni della giuris-

prudenza classica". Scritti Ferrini, Milán, 1946, pág. 403 ss.)— creen que se produjo en el período comprendido entre Constantino y Teodosio.

- (123) Vid. ARANGIO: "Historia..." cit. págs. 330 ss. y 385. - BONFANTE: "Historia..." cit. I, pág. 479 ss. - PACCHIONI: "Manual..." cit. pág. 40 ss. - JORS-KUNKEL: "Derecho Privado Romano", cit. pág. 37 ss., aparte otros Manuales.
- (124) "Manual..." cit. págs. 51-52.
- (125) Así los autores de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Así INOCENCIO, CARISIO y aquellos juristas bizantinos que se llamaron LEONCIO DE CONSTANTINOPLA, CIRILO, DEMOSTENES y PATRICIO DE BERITO. Vid. PRINGSHEIM: "Beryt und Bologna" en Festschrift Lenel, Leipzig, 1922, pág. 204 ss. - COLLINET: "Histoire de l'Ecole de droit de Beyrouth". París, 1925.
- (126) "Historia..." cit. pág. 435.
- (127) Respecto a la interpretación de la Ley de Citas, vid. PACCHIONI, "Manual..." cit. pág. 427, n. 1 y particularmente JORS en Pauly-Wissowa, "Real Encyc", 3, pág. 2.608 ss. - CONRAT, en Mél. Fitting, I, pág. 289 ss. - DE FRANCISCI: Conferenze per il XIV Cent. delle Pandette, pág. 28 ss. - GRADENWITZ, en Z. S. S. 34, pág. 275 ss.

## II

## FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

## BIBLIOGRAFIA ROMANISTICA SELECCIONADA

- I) Enciclopedias de la Antigüedad clásica.
- II) Obras históricas auxiliares.
- III) Vida y cultura romana.
- IV) Religión y Filosofía.
- V) Historia del Derecho Romano.
- VI) Derecho Político y Administrativo.
- VII) Derecho Penal.
- VIII) Derecho Procesal.
- IX) Economía y Hacienda.
- X) Manuales y Tratados de Derecho Privado Romano.
- XI) Historia de las fuentes.
- XII) Inscripciones.
- XIII) Papiros.
- XIV) Ediciones y colecciones de fuentes.
- XV) Colecciones de textos y casos prácticos con fines de docencia.
- XVI) Trabajos monográficos diversos: Actas, Mélanges, Festschriften, etc.
- XVII) Revistas de especialización.
- XVIII) Obras lexicográficas para el estudio del Derecho Romano.
- XIX) Indices de interpolaciones.

No intentamos realizar en el siguiente repertorio —huelgan las razones— un exhaustivo índice de las fuentes de conocimiento de nuestra disciplina. No es que se oculte la utilidad de la labor. Pero no es esta la ocasión ni el lugar propicio para ello. Tan sólo indicamos las obras más utilizables fundamental y subsidiariamente para la elaboración doctrinal de una disciplina de tan rancia solera histórica y jurídica. Por ello el panorama bibliográfico se hace abrumador. Una auténtica carga, un verdadero “onus librorum” gravita hoy más que nunca sobre los hombres cansados del romanista. El presente repertorio —en que se ha procurado recoger las publicaciones más recientes conocidas— ha de ser, por naturaleza, limitado. Tan sólo un valor positivo presta: el de ser un instrumento de trabajo más para la elaboración de la asignatura.

## I) ENCICLOPEDIAS DE LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA

- Daremberg-Saglio*: "Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines". - París 1877-1918.
- Gerke y Norden*: "Einleitung in die Altertumswissenschaft". Berlín, 1914-1918.
- Mommsen, Marquardt, Krüger*: "Handbuch der Römischen Altertümer". Leipzig, 1871-1888.
- Paul y Wissowa*: "Real - Encyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft". Fundada por A. Pauly y desde 1893 bajo la dirección de G. Wissowa primero y W. Kroll y K. Mittelhaus después. Stuttgart.

## II) OBRAS HISTÓRICAS AUXILIARES

- Albertini*: "L'Empire Romain". París, 1939, 3ª edic. en "Peuples et Civilizations", de Halphen y Sagnac.
- Barbagallo*: "Il problema delle origini di Roma da Vico a noi". Milano, 1926.
- Bloch*: "Les Origines de Rome". París, 1946. — "L'Empire Romain, évolution et décadence". París, 1922.
- Boak, A. E. R.*: "A History of Rome to 565 A. D." New York, 1929, 2ª edic.
- Bouché-Leclercq*: "Leçons d'Histoire Romaine. République et Empire". París, 1909.
- Bury*: "History of the Later Roman Empire". London, 1923.
- Cambridge Ancient History (The)*: En 10 vol. Cambridge, 1928-1939. Publícala Bury, Cook, Adcock, Charlesworth - Especialmente véanse los vols.: VII (1928); VIII (1930); IX (1932); X (1934); XII (1939).
- Cary*: "A History of Rome". London, 1945.
- Cavaignac*: "Histoire de l'Antiquité". 3 vols. París, 1919, 1913, 1914, respectivamente. Bajo la dirección del mismo autor ha aparecido una "Histoire du monde", cuyos tomos más interesantes para nosotros son: V, 1. "La Paix Romaine" por Cavaignac (París, 1928), y V, 2. "L'Empire Romain et l'Eglise", por Zeiller, J. (París, 1928).

- Cornelius*: "Untersuchungen zur frühen Röm. Geschichte". Munich, 1940.
- De Sanctis*: "Storia dei Romani". 4 volúmenes. Torino, 1907; 1917; 1922.
- Dessau*: "Geschichte der Römischen Kaiserzeit". Berlín, 1924-26 (3 vols.)
- Domaszewski, A. Von*: "Geschichte der Röm. Kaiserzeit". 3ª edic. Leipzig, 1922.
- Ferrero*: "Grandezza e decadenza di Roma". Milano, 1902. — "Nouvelle Histoire Romaine". París, 1936.
- Glotz, G.*: "Histoire Generale", I) "Histoire Ancienne". En esta colección, la "Histoire Romaine" abarca 4 vols.: I) "Des origines a l'achèvement de la conquête" por E. Pais, adaptada por J. Bayer. II) "La République Romaine de 133 a 44": 1ª secc. "Des Grecques a Sulla" por G. Bloch y J. Carcopino (París, 1935); 2ª secc. "César" por J. Carcopino (París, 1936). - III) "Le Haut Empire", por L. Homo (París, 1933). - IV) "Le Bas Empire jusqu'en 395"; 1ª parte: "L'Empire Romain de l'avenement des Séveres au Concile de Nicée" por M. Besnier (París, 1937); 2ª parte: "L'Empire Chrétien" por M. Piganiol (París, 1947). - Para el siglo V es necesario consultar en la misma colección, "Histoire du Moyen Age", I: "Les destinées de l'Empire en Occident". F. Lot (París, 1928).
- Heitland*: "The Roman Republic". Cambridge, 1923.
- Homo*: "Nouvelle Histoire Romaine". París, 1946. — "L'Empire Romain". París, 1925.
- Iglesias, J.*: "Visión titoliviana de la Historia de Roma". Madrid, 1948.
- Koch*: "Historia de Roma". Trad. esp. Barcelona, 1930.
- Kornemann*: "Römische Geschichte; I) Die Zeit der Republik; II) Die Kaiserzeit". Stuttgart, 1938-1939.
- Mommsen*: "Röm. Geschichte". 9ª edic. 1903-1909. Trad. esp. de A. García Moreno, 1876-1877, 9 vols.
- Meyer*: "Geschichte des Altertums". 5 vols. Stuttgart, 1897-1902.
- Niebuhr*: "Röm. Geschichte". 3 vols. Berlín, 1820-33. Trad. franc. de Golbéry, París, 3 vols. París, 1830-40.
- Pais, (E.)*: "Storia d'Italia dai tempi più antichi alla fine delle guerre puniche". Torino, 1898-1899. — "Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli". Roma, 1913-20; 5 vols.
- Pallottino*: "Etruscologia". Milano, 1942.
- Piganiol*: "Histoire de Rome". París, 1949, 3ª edic.
- Renard*: "Initiation à l'Etruscologie". Bruxelles, 1941.

- Rostovtzeff*: "A History of the Ancient World". Vol. II: "Rome". Oxford, 1937.
- Seeck*: "Geschichte des Untergangs der Antiken Welt". 6 vols. Berlín, 1895-1920.
- Solari*: "La crisi dell'Impero Romano". 4 vols. Milán, Génova, Roma, 1933, ss.
- Stuart, J.*: "Companion to Roman History". Oxford, 1912.

### III) VIDA Y CULTURA ROMANA

- Bayley*: "The legacy of Rom". Oxford, 1923. Trad. española. Madrid, 1942.
- Buckland*: "A Manual of Roman Private Life". Cambridge, 1925.
- Carcopino*: "La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio". Trad. esp. Buenos Aires, 1943, de la francesa, 1939.
- Dill*: "Roman Society in the last century of the Western Empire". Londres, 1899.
- Frank*: "Life and literature in the Rome Republic". Cambridge, 1930.
- Friedländer*: "Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von Augustus bis zum Ausgang der Antonine". Leipzig, 1919-21. Trad. esp. Fondo de Cultura Económica, México, por W. Roces, bajo el título: "La Sociedad Romana", 1947.
- Grenier*: "Le génie romain dans la religion, la pensée et l'art". París, 1925. Trad. española, Barcelona, 1927.
- Homo*: "La civilisation romaine". París, 1930.
- Paoli*: "Urbs. La vida en la Roma antigua". Trad. española, Barcelona, 1944.
- Poulsen*: "Vida y costumbres de los romanos". Trad. española; Madrid, 1950.

### IV) RELIGION Y FILOSOFIA

- Altheim*: "Römische Religionsgeschichte". 5 vols. Berlín, 1931-1933.
- Arnold*: "Roman stoicism". Cambridge, 1911.
- Bayley*: "Phases in the Religion of Ancient Rome". London, 1933.
- Beurlier*: "Essai sur le culte rendu aux Empereurs". París, 1891.
- Boissier*: "La Religion romaine d'Auguste aux Antonines". 2 vols. París, 1878.

- Carcopino*: "Aspects mystiques de la Rome païenne". París, 1941.
- Carter*: "The Religious Life of Ancient Rome". Cambridge, 1912.
- Cumont*: "Les religions orientales dans le paganisme romain". París, 1929.
- Fustel de Coulanges*: "La cité antique". París, 1868.
- Grenier*: "El genio romano en la religión, el pensamiento y el arte". Trad. esp. Barcelona, 1927.
- Levi, A.*: "Storia della Filosofia romana". Firenze, 1949.
- Pohlenz*: "Grundfragen der Stoischen Philosophie", 1940.
- Ramsay*: "The Church in the Roman Empire before A. D. 170". London, 1903.
- Tacchi-Venturi*: "Historia de las religiones". 3 vols. Barcelona, 1947. - "La religión de los romanos". Art. por Marco Galdi, en el tº II, pág. 155 ss.
- Überweg und Heinze*: "Grundriss der Geschichte der Philosophie". Berlín, 1912.
- Vorländer*: "Geschichte der Philosophie". Tübingen, 1921.
- Warde-Fowler*: "The Religious Experience of the Roman People". London, 1911.
- Windelband*: "Lehrbuch der Geschichte der Philosophie". Tübingen, 1921.
- Zeller*: "Religion und Philosophie bei den Römern", Leipzig, 1877.

### V) HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

- Arangio Ruiz*: "Corso di Storia del Diritto Romano". Nápoles, 1931. Trad. española, Madrid, 1943.
- Bonfante*: "Lezioni di Storia del Diritto Romano". Roma, 1919, 21 y 34. Trad. española de Santa Cruz: "Historia del Derecho Romano". 2 vols. Madrid, 1944.
- Carle*: "Le origine del Diritto Romano". Torino, 1888.
- Castillejos*: "Historia del Derecho Romano". Madrid, 1935.
- Clark*: "History of Roman Private Law". 2 vols. Cambridge, 1914.
- Costa*: "Corso di Storia del Diritto Romano". 2 vols. 1901-1903. - "Storia del Diritto Romano Privato dalle origini alle compilazioni giustinianee". Torino, 1920. Trad. esp. Madrid, 1930.
- De Francisci*: "Storia del Diritto Romano". 3 vols. Roma, 1940, 1938, 1940. - "Sintesi storica del Diritto Romano". Milano, 1948.
- Guarino*: "Storia del Diritto Romano". Milán, 1948.

- Hinojosa*: "Historia del Derecho Romano". Madrid, I, 1880. II, 1885.
- Ihering*: "Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts". 1894. Hay traduc. francesa de Meullenaere: "Histoire du développement du Droit Romain". Paris, 1900.
- Jolowicz*: "Historical Introduction to the study of Roman Law". Cambridge, 1932.
- Kantorowicz - Buckland*: "Studies in the Glossators of the Roman Law". Cambridge, 1938.
- Karlowa*: "Römischen Rechtsgeschichte". 2 vols. Leipzig, 1885, 1901.
- Kaser, Max*: "Das altrömische ius". Gotinga, 1949.
- Kreller, H.*: "Römische Rechtsgeschichte". Tübingen, 1936.
- Kübler*: "Geschichte des Römischen Rechts". Leipzig, 1925.
- Kunkel*: "Römische Rechtsgeschichte". Heidelberg, 1948.
- Longo, Scherillo*: "Storia del Diritto Romano". Milano, 1946.
- Pacchioni*: "Breve historia del Derecho Romano". Trad. esp. Madrid, 1944.
- Pou y Ordinas*: "Historia Externa del Derecho Romano". Barcelona, 1895.
- Savigny*: "Geschichte des Römische Rechts im Mittelalter". Heidelberg, 1834-51.
- Schulz, F.*: "History of Roman Legal Science". Oxford, 1946.
- Stroux*: "Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik". Postdam, 1949.
- Vinogradoff*: "Roman Law medieval Europe". 2ª edic. Oxford, 1929. Trad. italiana de Riccobono, Palermo, 1914.
- Voigt*: "Römische Rechtsgeschichte". 3 vols. Leipzig. Stuttgart, Berlin, 1892-1902.
- Walton*: "Historical Introduction to the Roman Law". Edinburgh, 1920.

#### DERECHO POLITICO Y ADMINISTRATIVO ROMANO

- Abbott-Johnson*: "Municipal Administration in the Roman Empire". Princeton, 1926.
- Arias Ramos*: "Compendio de Derecho público romano e Historia de las Fuentes". Salamanca, 1942.
- Arnold-Schuckburgk*: "The Roman System of Provincial Administration". London, Oxford, 1914.
- Bandel*: "Die Römischen Diktaturen". Breslau, 1910.
- Baranger*: "La théorie des auspices et ses applications en droit public et privé". Paris, 1941.

- Bouchè-Leclercq*: "Manuel des institutions romaines". Paris, 1896.
- Bury*: "The constitution of the later Roman Empire". Cambridge, 1910.
- Caspary*: "Sur la notion de souveraineté en Droit Romain". Paris, 1936.
- Cicogna*: "I consigli dei magistrati romani e il Consilium Principis". Padua, 1910.
- Costa*: "Storia del Diritto Romano Pubblico". Firenze, 1920.
- Grant*: "From imperium to auctoritas". Cambridge, 1946.
- Hann, L.*: "Das Kaisertum". Leipzig, 1913.
- Hammond*: "The Augustan Principate in theory and practice during the Julio-Claudian period". Cambridge, 1933.
- Herzog*: "Geschichte und System der Römischen Staatsverfassung", I, II, Leipzig, 1884-91.
- Hirschfeld*: "Die Kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocleian". 2ª edic. Berlin, 1905.
- Homo*: "Les Institutions politiques Romaines: de la Cité a l'Etat". Paris, 1927.
- Jolliffe*: "Phases of corruption in Roman administration in the last century of the Roman Republic". Chicago, 1919.
- Kornemann, E.*: "Doppelprinzipat und Reichsteilung in Imperium Romanum". Berlin, 1930.
- Kromayer*: "Staat und Gesellschaft der Römer". 2ª edic. 1923.
- Leifer*: "Die Einheit des Gewaltgedanken im Römischen Stratsrechts". Munich, 1914.
- Levi*: "La Costituzione romana dai Gracchi a Giulio Cesare", Firenze, 1928.
- Madwig*: "Die Verfassung und Verwaltung des Römischen Staates". Leipzig, 1882-1881.
- Magdelain, A.*: "Auctoritas Principis". Paris, 1947.
- Marquard*: "Römische Staatsverwaltung". 3 tomos, 3ª ed. 1884-1885.
- Meyer*: "Caesar's Monarchie und das Prinzipat des Pompeius". Stuttgart, Berlin, 2ª edic. 1919.
- Mispoulet*: "Les Institutions politiques des Romains". Paris, 1882-83.
- Mommsen*: "Römisches Staatsrecht". Leipzig, 3 vols. 1887-88. Traduc. francesa de Girard, Paris 1887-96 en 7 vols. Trad. esp. compendiada de ésta, publicada por la España Moderna, s. f. trad. de Dorado Montero.
- Niccolini*: "Il tribunato della plebe". Milano, 1931. - "Il fasti dei tribuni della plebe". Milano 1935.
- Niese*: "Staat und Gesellschaft der Römer". Leipzig, 1910.
- Nocera*: "I potere dei comizi e i suoi limiti". Milano, 1940.

- Pais, E.*: "Ricerche sulla Storia e sul Diritto pubblico di Roma", 6 vols. Roma, 1915-16-18-21.
- Phillipson, C.*: "The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome". London, 1911.
- Premmerstein, A. Von.*: "Vom Werden und Wessen des Prinzipats". München, 1937.
- Reid.*: "The Municipalities of the Roman Empire". Cambridge, 1913.
- Rosenberg.*: "Der Staat der Alten Italiker". Berlin, 1913.
- Rudolph, H.*: "Stadt und Staat im Römischen Italien". Leipzig, 1935.
- Ruggiero.*: "Studi sul Diritto Pubblico Romano da Niebuhr a Mommsen". Firenze, 1875.
- Schulz.*: "Das Wessen des Römischen Kaisertums des ersten zwei Jahrhunderts". Paderborn, 1916.
- Serafini.*: "Il Diritto Pubblico Romano". vol. I, Pisa, 1896.
- Taubler.*: "Imperium Romanum", I: "Die Staatswertrage". Leipzig, 1913.
- Taylor.*: "A Constitutional and Political History of Rome". London, 1923, 5ª edic.
- Voci.*: "Il Diritto Romano, I) Diritto Pubblico". Milano, 1946.
- Vogt, S.*: "Vom Reichsgedanken Der Römer". Leipzig, 1938.
- Warde Fowler.*: "Julius Caesar and the foundation of the Roman Imperial System". New York, London, 1904.
- Wenger.*: "Die Verfassung und Verwaltung des Europäischen Altertums". Leipzig, 1911.

## VII) DERECHO PENAL

- Brasiello.*: "Sulle linee e i fattori dello sviluppo del Diritto penale romano". Modena, 1938.
- Costa.*: "Crimini e pene da Romolo a Giustiniano". Bologna, 1921.
- De Visscher.*: "Le régime romain de la noxalité". Bruxelles, 1947.
- Falchi, F.*: "Diritto Penale romano". 1932-1937.
- Ferrini.*: "Diritto Penale romano, teoria generale". Milano, 1899. - "Esposizione storica e dottrinale del Diritto Penale romano". Milano, en la Enciclopedia de Pessina. I, 1905.
- Levy.*: "Privatstrafe und Schadenersatz in Klassischen Römischen Recht" Berlin, 1915; I: 1918; II: 1, 1922. - "Die Römische Kapitalstrafe". Berlin, 1931.
- Mommsen.*: "Römisches Strafrecht". Leipzig, 1899.
- Piques.*: "Essai sur le vol á l'intérieur de la domus". Dijón, 1938.

- Rein.*: "Kriminalrecht der Römer", 1884.
- Siber, H.*: "Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des Römischen Freistaates". 1936.
- Wlassak.*: "Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer". Hölder, 1917.
- Zocco-Rosa.*: "La forma primigenia del Diritto Penale romano". Catania, 1887.

## VIII) DERECHO PROCESAL

- Alvarez Suárez.*: "Derecho Procesal civil romano"; Madrid, 1951.
- Aparici Díaz.*: "La bipartición del proceso civil romano". Sevilla, 1946.
- Apelt.*: "Die Urteilsnichtigkeit im Römische Prozess". Schramber, 1937.
- Arangio Ruiz.*: "Cours de Droit romain: les actions". Nápoles, 1935. Trad. española de Gutiérrez Alviz. Madrid, 1945.
- Aru, L.*: "Il processo civile contumaciale". Roma, 1934.
- Bekker.*: "Die Aktionen des Römischen Privatrechts". 2 vols. 1871-1873.
- Biscardi, A.*: "La protezione interdittale nel processo romano". Padova, 1938.
- Carrelli.*: "La genesi del procedimento formulare". Milano, 1947.
- Collinet.*: "La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien". París, 1947.
- Costa.*: "Profilo storico del processo civile romano". Roma, 1918.
- Giffard.*: "Leçons de procedure civile romain". París, 1931.
- Karlowa.*: "Beiträge zur Geschichte des Römischen Zivilprozess". Bonn, 1865.
- Keller-Wach.*: "Der Römische Zivilprozess und die Aktionem". 1883. Traduc. francesa bajo el título: "De la procédure civile et des actions chez les romains". 1870.
- Palermo.*: "Il procedimento cauzionale nel Diritto romano". Milano, 1942.
- Santa Cruz Teijeiro.*: "Principios de Derecho Procesal romano". Valencia, 1947.
- Scialoja.*: "Procedura civile romana". (ristampa), Roma, 1936.
- Stracham-Davidson.*: "Problems of the Roman Criminal Law". Oxford, 1912.
- Wenger.*: "Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts". München, 1924, traduc. italiana de 1938; idem inglesa, de 1940.
- Wlassak.*: "Römischen Prozessgesetz". 2 vols. 1888-91. — "Zur Geschichte der Kognitur", 1893.

- "Zum Römischen Provinzialprozess". 1919.
- "Anklage und Streitfestigung im Kriminalrecht Römer". 1917.

## IX) ECONOMIA Y HACIENDA

- Bott*: "Die Grundzüge der Diokletianischen Steuerverfassung". Frankfurt, 1928.
- Charlesworth*: "Trade routes and commerce of the Roman Empire". Cambridge, 1926.
- Deléage*: "La capitation du Bas Empire". Mâcon, 1946.
- Dopsch*: "Wirtschaftliche und Soziale Grundlagen der Europäischen Kulturentwicklung aus der Zeit von Caesar bis auf Karl den Grossen". Viena, 1923-24, 2 vols.
- Frank*: "An Economic History of Rome to the End of the Republic". London, 1927. - "An Economic Survey of Ancient Rome". Baltimore, 1933, 1938, 4 vols.
- Humbert*: "Essai sur les Finances et la Comptabilité publique chez les romains". París, 1886.
- Louis*: "Le travail dans le monde romain". París, 1912.
- Piganiol*: "L'impôt de capitation sous le Bas-Empire Romain". París, 1916.
- Pohlmann*: "Geschichte der Sozialen Frage und des Sozialismus in der Antiken Welt". München, 1925.
- Rostovtzeff*: "The Social and Economic History of the Roman Empire". Oxford, 1926. — Trad. italiana de Sanna, Firenze, 1933, y española de López Ballesteros. Madrid, 1937.
- Salvioli*: "Il Capitalismo antico. Storia dell'Economia romana". París, 1929.
- Vinogradoff*: "Social and Economic conditions of the Roman Empire in the fourth century". En la Cambridge medieval History, I (1911), pág. 543 ss.
- Weber*: "Die Römische Agraargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats und Privatrecht". Stuttgart, 1891.

## X) MANUALES Y TRATADOS DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- Albertario*: "Corso di Diritto Romano". Vol. I (1936); II (1937); III, 1938.  
"Studi di Diritto Romano", 5 volss. Milano, 1947.

- Alvarez Suárez, U.*: "Apuntes de Derecho Romano". Fasc. I. Madrid, 1948. Fasc. II, Madrid, 1951.
- Arangio Ruiz*: "Istituzioni di Diritto Romano". 4ª edic. 1937. Ultima, Nápoles, 1946.
- Arangio Ruiz-Guarino*: "Breviarium iuris romani". Milano, 1943.
- Arias Ramos*: "Derecho Romano". 3 vols. Madrid, 1940.
- Bernier*: "Cours de Droit Romain". 2ª annés. París, 1945-1946.
- Betti*: "Corso d'istituzioni di Diritto Romano". Parte generale, I (1939); II (1941).  
"Diritto Romano". I. Parte generale, 1935.
- Biondi (Biondo)*: "Istituzioni di Diritto Romano". Milano, 1946.  
"Corso di Diritto Romano. Diritto ereditario". Parte generale. Milano, 1934.  
"Successione testamentaria". I. Milán, 1936.  
"Successione testamentaria. Donazione". (Trattato di Diritto Romano diretto de *Albertario*) X. Milano, 1943.
- Bonfante*: "Istituzioni di Diritto Romano" 10 edic. 1934. Trad. esp. de la 8ª italiana. Madrid, 1929.  
"Corso di Diritto Romano". I. Famiglia, 1925; II, La Proprietà, 1927; II, Proprietà sez. II. Roma, 1928; VI, Le Successioni, parte generale, 1930.
- Buckland*: "A Manual of Roman Private Law". Cambridge, 1939.
- Collinet et Giffard*: "Précis de Droit Romain", 2 vols. París, 1928-1929.
- Cornil*: "Ancien Droit Romain: Le problème des Origines". París, 1930.
- Cug*: "Manuel des Institutions Juridiques des Romains". 2ª edic. París, 1928.
- Czyhlarz*: "Lehrbuch der Institutionen". 18ª edic. Corregida por San Nicoló: Wien-Leipzig, 1924.
- Dauvillier*: "Droit Romain". 3 vols. Toulouse, 1943-44; 1945-46; 1944-45.
- Dernburg*: "Pandekten". 1902-1903. Trad. ital. de Cicala. Torino, 1903-1907.
- Díaz, E.*: "Instituciones de Derecho Romano". 2 vols. 4ª edic. Barcelona, 1929. Ultima, 1947.
- Dumont*: "Manuel de Droit Romain". París, 1947.  
"Cours de Droit Romain". París, 1944-45; 1945-46.
- Endeman*: "Römische Privatrecht". Berlín, 1925.
- Ferrini*: "Manuale de Pandette". 3ª edic. Baviera, 1908.
- Girard*: "Manuel élémentaire de Droit Romain". París, 1929.
- Giffard*: "Précis de Droit Romain". París, 1945-1946.  
"Cours de Droit Romain approfondi". París, 1945-1946.

- Hernández Tejero*: "Historia e Instituciones de Derecho Romano". Madrid, 1949.
- Heussler*: "Institutionen des Röm. Privatrecht". 2 vols. Leipzig, 1886.
- Hubrecht*: "Cours de Droit Romain"; París, 1946.  
"Manuel de Droit Romain". II. París, 1943.
- Huvelin*: "Cours élémentaire de Droit Romain". París, I (1927); II (1929).
- Iglesias, J.*: "Instituciones de Derecho Romano". 2 vols. Barcelona 1950-1951.
- Kipp*: "Das Römische Recht". Berlín, 1930.
- Krüger*: "Kursus der Institutionen". 10ª edic. 2 vols. 1893.
- Kübler*: "Lehrbuch des Römischen Rechts". Leipzig, 1925.
- Lévy-Bruhl (H.)*: "Cours de Droit Romain approfondi". París, 1944-1945.  
"Cours de Droit Romain". París, 1946.
- Longo, C.*: "Corso di Diritto Romano. Il mutuo". Milano, 1933.  
"Il deposito". Milano, 1933.  
"Diritto di famiglia". Milano, 1946.  
"Le obbligazioni". Catania, 1934.  
"Fatti giuridici, Negozi giuridici, Atti illeciti". Milano, 1935.  
"Distinzioni delle cose. La Proprietà". Milano, 1935.  
"La Cose. La Proprietà e i suoi modi d'acquisto". Milano, 1935.
- Longo (Giannetto)*: "Manuale elementale di Diritto Romano". Torino, 1939.
- Mainz (C.)*: "Cours de Droit Romain". 4ª edic. Bruxelles, 1874-1876.
- Di Marzo*: "Istituzioni di Diritto Romano". Milano, 1938. Ultima edic. Milán, 1946.
- Monier*: "Manuel élémentaire de Droit Romain". 2 vols. 5ª ed. 1945.
- Noailles*: "Répétitions écrites de Droit Romain approfondi". París, 1943.
- Pacchioni*: "Corso di Diritto Romano". Tº I (1918); II (1920); III (1922).  
"Manuale di Diritto Romano". Torino, 1935. Trad. esp. Valladolid, 1942.
- Perozzi*: "Istituzioni di Diritto Romano". 2 vols. Roma, 1906-1908. 2ª edic. Roma, 1928.
- Petit*: "Traité élémentaire de Droit Romain". 1925. Trad. esp. de la 9ª francesa, 1926.
- Puchta*: "Institutionen". 10ª edic. 2 vol. Leipzig, 1893.
- Riccobono*: "Lezioni d'Istituzioni di Diritto Romano". Palermo, 1906-1907-1908.

- Römisches Recht*: Vol. I por *Fritz Schwind*: "Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes", y  
Vol. II por *Hans Kreller*: "Grundlehren des Gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in des geltende Privatrecht". Wien, 1950.
- Salkowski*: "Institutionen des Systems und der Geschichte des Röm. Privatrecht". Leipzig, 1907.
- Sanfilippo*: "Istituzioni di Diritto Romano". Napoli, 1944.
- Santa Cruz Teijeiro*: "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, 1945.
- Savigny*: "System des heutigen Römischen Recht". Berlín, 1840-1849.
- Scialoja, V.*: "Corso d'Istituzioni di Diritto Romano" (Ristampa), Roma, 1934.  
Trad. esp. 1876-1879.
- Scherillo*: "Lezioni di Diritto Romano: Le Cose. Parte 1ª". Milano, 1945.  
"Einführung in das Studium der Digesten". Tübingen, 1916.
- Schulz, F.*: "Prinzipien des Römischen Rechts". München, 1934.
- Serafini*: "Istituzioni di Diritto Romano". 2 vol. Edic. esp. con notas de *Trias*, Barcelona, 1915.
- Sohm*: "Institutionen des Römischen Rechts". 17ª edic. 1923. - Trad. española por *W. Roces*, 1928.
- Sokolowski*: "System des Römischen Rechts". 3 vols. 1910-1911-1912.
- Solazzi*: "Diritto ereditario". Nápoles, 1932.
- Taubenschlag*: "Das Römische Privatrecht zur Zeit Diokletians". 1919, 1920.
- Vocĭ, P.*: "Istituzioni di Diritto Romano". Milán, 1949.
- Weis, Egon*: "Institutionen des Römischen Privatrechts". Basilea, 1949.
- Windscheid*: "Lehrbuch des Pandektenrechts". 9ª edic. 1906, 1907.  
"Diritto delle Pandette". Trad. ital. I, 1925; II, 1925; III, 1925; IV, 1926; V, 1926.

## XI) HISTORIA DE LAS FUENTES

- Beseler*: "Beiträge zur Kritik der Römischen Rechtsquellen", 4 vols. 1910.
- Bruns-Pernice-Lenel*: "Geschichte und Quellen des Römischen Rechts", 1915.
- Cogliolo*: "Manuali delle fonti e della giurisprudenza romana". Torino, 1885.
- Costas*: "Storia delle fonti del Diritto Romano". Milano, 1909.
- Ferrini*: "Storia delle fonti e della giurisprudenza romana". Milano, 1885.

- Kipp*: "Geschichte der Quellen des Römischen Rechts". Leipzig, 1919.  
*Krüger*: "Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts". Leipzig, 1912. Trad. española en la Epoca Moderna, s. f.  
*Riccobono*: "Lineamenti della Storia delle fonti e del Diritto romano". Milán, 1949.  
*Rosemberg*: "Einleitung und Quellenkunde zur Römischen Geschichte". Berlín, 1921.  
*Wenger*: "Die Quellen des Römischen Rechts". Wien, 1953.

## XII) INSCRIPCIONES:

### 1º) GRANDES COLECCIONES ANTOLOGICAS

- "Corpus Inscriptionum Latinarum". Academia de Berlín, 16 vols. publicados a partir de 1863.  
 "Exempla Inscriptionum Latinarum in usum praecipue academicum". Berlín, 1873, sig. apud. G. Wilmanns.  
 "Inscriptiones Latinae Selectae". 3 vols. Berlín, 1892-1916. Edit. H. Dessau.  
 "Selections of Latin Inscriptions" de R. H. Barrow. Oxford, 1934.

### 2º) TRATADOS

- Batlle Huguet*: "Epigrafía latina". Barcelona, 1946.  
*Cagnat*: "Cours d'Épigraphie latine". 4ª edic. París, 1914.  
*D'Ors, A.*: "Epigrafía jurídica romana". Madrid, 1953.  
*Luzzatto*: "Epigrafía jurídica greca e romana". Milano, 1942.  
*Ricci, S.*: "Epigrafía latina". Milano, 1898.  
*Ruggiero*: "Dizionario epigrafico di antichità romana". Roma, 1886, sig.  
*Sandys, J. H.*: "Latin epigraphy". Cambridge, 1927.  
*Stella Maranca*: "Epigrafía jurídica romana". Roma, 1926.

## XIII) PAPIROS

- Calderini*: "Papiri latini". Milano, 1945.  
 "Manuale di Papirologia antica, greca e romana". Milano, 1938.  
*Collomp*: "La Papirologie". París, 1927.

- D'Ors*: "Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano". Madrid, 1948.  
*Gradenwitz*: "Einführung in die Papyrskunde". Leipzig, 1900.  
*Maroi*: "Papirologia giuridica". Roma, 1939.  
*Meyer*: "Justistische Papyri". Berlín, 1920.  
*Mitteis-Wilcken*: "Grundzüge der Papyrskunde". Berlín-Leipzig, 1912.  
*Modica*: "Introduzione allo studio della Papirologia giuridica". Milán, 1914.  
*Pressendanz*: "Papyrskunde und Papyrusforschung". Leipzig, 1933.  
*Schubart*: "Einführung in die Papyrskunde". Berlín, 1918.  
*Taubenschlag*: "The Law of Graeco-Roman Aegypt in the ligh of the Papyri". New York, 1944, 1950.

## XIV) EDICIONES Y COLECCIONES DE FUENTES

### A) DE FUENTES JURIDICAS PRE-JUSTINIANEAS

- Bremer*: "Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt". Leipzig, 1896-1901.  
*Bruns-Gradenwitz*: "Fontes iuris romani antiqui". 7ª edic. Tübingen, 1909.  
*Girard*: "Textes de Droit romain". 5ª edic. París, 1923.  
*Haenel*: "Corpus legum ab Imperatoribus romanis ante Iustinianum latinarum quae extra Constitutionum codices supersunt accedent, res ab imperatoribus gestas quibus romanis iuris historiae et imperii status illustratur". Leipzig, 1887.  
 "Codex Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus". 1842.  
*Krüger*: "Codex Theodosianus, recogn..."; fasc. I y II (sólo los libros I-VIII). Berlín, 1923-26.  
*Mommsen-Mayer*: "Theodoriciani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondialis et Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes". Berlín, 1905, 3 vols.  
*Riccobono, Baviera, Ferrini, Furlani, Arangio*: "Fontes iuris romani anteiustiniani". Pars prima: Iterum edidit *Salvator Riccobono*. Florencia, 1941.  
 Pars altera: Edidit *J. Baviera*. Florencia, 1941.  
 Pars tertia: Edidit *V. Arangio*. Florencia, 1943.  
*Seckel-Kübler*: "Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae". Leipzig, 1908-1911.

## B) DEL CORPUS IURIS CIVILIS

- "Corpus Iuris Civilis", editio stereotypa. I) "Institutiones", rec. *Krüger*; "Digesta" rec. *Mommsen*, retract. *Krüger*. - II) "Codex Iustinianus" rect. et retract. *Krüger*. - III) "Novellae" rec. *Schoell*, opus absolvit *Kroll*. - Berlín, 1928-29.
- Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja*: "Digesta Iustiniani Augusti recognoverunt et ediderunt...". 1 vol. Milano, 1931.
- Calvo Madroño*: "Imperatoris Iustiniani Institutionum libri quattuor". Edic. bilingüe. Madrid, 1913, 3ª edic.
- García del Corral*: "Cuerpo del Derecho Civil romano". Edic. bilingüe, conforme con el texto latino de los hermanos *Kriegel*. Barcelona, 1889-1898, 6 vols.
- Kriegel*: "Corpus iuris civilis". 17ª edic. Leipzig, 1887.

## C) DE FUENTES LEGALES POST-JUSTINIANEAS

- Ferrini*: "Theoph. (o Pseudo Theop.): Paraphrasis graeca Institutionum". Trad. latina. 2 vols. Berlín, 1887-1889.
- Heimbach*: "Basilicorum libri XL". Leipzig, 1833-1870.
- Zepon*: "Basilika". 2ª edic. 5 vols. Atenas, 1910-1912.

## D) RECONSTRUCCIONES EDICTALES

- Lenel*: "Das Edictum perpetuum, ein Versuch seiner Wiederherstellung". 3ª edic. corregida. Leipzig, 1927. (1ª edic. Leipzig, 1883; 2ª edic. Leipzig, 1907). Trad. francesa de *Peltier*: "Essai de reconstitution de l'edit perpetual". París: vol. I, 1901; II, 1903.
- Rudorff*: "Edicti perpetui quae reliqua sunt". 1896.

## E) OBRAS DE JURISCONSULTOS CLASICOS

- Arangio-Ruiz*: "Frammenti di Gaio". Núm. 1181. Pubblicazioni della Società Italiana per la Ricerca dei Papiri. Florencia, 1933.
- De Zulueta*: "The Institutes of Gaius". Oxford, 1946.
- D'Ors*: "Institutiones de Gayo". Madrid, 1945.
- Hernández Tejero*: "Reglas de Ulpiano". Madrid, 1946.
- Lenel*: "Palingenesia iuris civilis". 2ª edic. 2 vols. Leipzig, 1907.
- Mommsen, Krüger, Studemunt*: "Collectio librorum iuris anteiustinia-

ni". 3 vols. Berlín, 1878-1912; 7ª edic. 1923. - I) "Gaii Institutiones" (ed. *Krüger* y *Studemunt*) - II) "Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum, fragmenta minora saeculorum p. Ch. n. secundi et tertii" (rec. *Krüger*) - III) "Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et romanarum legum Collatio (rec. *Mommsen*); "Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti, Codices Gregorianus et Hermogenianus, alia minora" (ed. *Krüger*).

*Seckel* y *Kübler*: "Gaii Institutiones". 8ª edic. Leipzig, 1938.

## XV) COLECCIONES DE TEXTOS Y CASOS PRACTICOS CON FINES DE DOCENCIA

- Betti*: "Esercitazioni romanistiche sul casi pratici". Vol. I. Padua, 1930.
- Castillejos*: "Ejercicios y casos de Derecho Romano". Madrid, 1930.
- D'Ors*: "El esclavo prestado con una flauta y otros casos de Derecho Romano para principiantes". Santiago, 1945.
- Levet, Perrot, Fliniaux*: "Textes et documents pour servir a l'enseignement du Droit romain". París, 1931.
- Schuld y Schwerin*: "Texte zu übungen in Römischen Privatrechts". I. Bonn, 1925.
- Zittelmann*: "Digestenexegese. 20 Fälle aus der Römische Recht". 1920.

## XVI) TRABAJOS MONOGRAFICOS DIVERSOS

## A) ACTAS DE CONGRESOS

Citamos, entre otras muchas:

- "Acta Congressus Iurid. Intern." Edit. Pontificium Institutum utriusque iuris. Roma, 1935.
- "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano". Pavia, 1934-35.
- "Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana". Pavia, 1934.

## B) MÉLANGES, SCRITTI, FÉSTSCHRIFTEN, STUDI, etc.

Entre otros, aparte los más recientes en honor de Albertario, Bonfante, Riccobono, Schulz, etc., reiteradamente citados en la presente Memoria, merecen destacarse los:

- Scritti Ascoli, 1930.  
 Scritti varii dedicati a Carlo Arno, 1928.  
 Scritti Ferrini, 1947.  
 Scritti Mancaloni, 1938.  
 Studi in onore di Albertoni, 1934.  
 Studi Besta, 1938.  
 Studi Calisse, 1939.  
 Studi in onore di F. Carnelutti, 4 vols. 1950.  
 Studi in onore di Silvio Perozzi, 1925.  
 Studi Fadda, 1906.  
 Studi in onore di Silvio Perozzi, 1925.  
 Studi Solazzi, Nápoles, 1948.  
 Studi dedicati alla memoria di P. Zanzucchi, 1927.  
 Études Andreades, 1940.  
 Mélanges Appleton, 1903.  
 Mélanges du droit romain dédiées a G. Cornil, 1926.  
 Mélanges de Visscher, 1949.  
 Mélanges Fitting, 1907.  
 Mélanges Gerardin, 1907.  
 Mélanges Girard, 1912.  
 Mélanges Huvelin, 1938.  
 Mélanges Iorga, 1933.  
 Mélanges P. Thomas, 1930.  
 Festschrift für Bekker, 1907.  
 Festschrift für Hanausek, 1925.  
 Festschrift für Koschaker, 1939.  
 Festschrift für Lenel, 1932.  
 Festschrift Sieber, 1941.  
 Festschrift Wenger. Munich, I (1944), II (1945).  
 Festschrift für Zitelmann, 1923.  
 Festschrift für A. Zycha, 1941.  
 Gedächtnisschrift für E. Seckel, 1927.  
 Gedenkschrift für L. Mitteis, 1925.  
 Symbolae Van Oven, 1946.

Recueil Lambert, 1938.  
 Miscellanea Vermeersch, 1935.

## XVII) REVISTAS DE HISTORIA DEL DERECHO Y DEL DERECHO ROMANO

Pueden destacarse, aparte de otras propiamente jurídicas y que suelen insertar estudios de Derecho Romano, las siguientes:

## a) ALEMANAS

- "Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung". Weimar, 1880 sig.  
 "Zeitschrift für Rechtsgeschichte", 1815-1878, continuada en la revista anterior.  
 "Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft". Stuttgart, 1878 sig.

## b) ITALIANAS

- "Archivio Giuridico", 1867, ss.  
 "Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano". Roma, 1888 ss.  
 "Iura"; "Rivista Internazionale di Diritto romano e antico". Roma, 1950 sig.  
 "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche". Roma, 1886 ss.  
 "Studia et Documenta Historiae et Iuris" Pontificium Institutum utriusque iuris. Ciudad del Vaticano, desde 1935.

## c) FRANCESAS

- "Revue Historique (Nouvelle, desde 1897 al 1922) de Droit Français et Étranger", París, 1855, ss.

## d) BELGAS

- "Revue Internationale des Droits de l'Antiquité". Bruxelles, 1948 sig.

## e) INGLESAS

- "Oxford Studies in Social and Legal History", 1902 sig.

## f) ESPAÑOLAS

"Anuario de Historia del Derecho Español". Madrid. Ultimamente englobando una sección romanística.

### XVIII) OBRAS LEXICOGRAFICAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

#### VOCABULARIOS JURIDICOS Y DICCIONARIOS

*Dirksen*: "Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum". Berlín, 1837.

*Gutiérrez Alviz*: "Diccionario de Derecho Romano". Madrid, 1948.

*Heumann-Seckel*: "Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts". Jena, 1926.

*Monier*: "Pétit vocabulaire de Droit Romain". 2ª edic. París, 1934.

#### XIX) INDICES DE INTERPOLACIONES

*Beseler*: "Beiträge zur Kritik der Römische Quellen". 5 vols. - I al IV, Tübingen, 1910, 1911, 1913, 1920; V, Leipzig, 1931.

*Chiazzese*: "Confronti testuali". Annali Palermo, 1934.

*Guarnieri Citati*: "Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani". Milano, 1927. Suplemento en Studi Riccobono, I. Palermo, 1934, pág. 701 ss. "Index interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur". Editionem a Ludovico Mitteis inchoatan ab aliis viris doctis perfectam curaverunt, *Ernestus Levy*, *Ernestus Rabel*. I, Weimar, 1929; Suppl. 1, id., 1929; II, 1931; III, 1935. El índice se limita tan sólo al Digesto.

- II -

## **CRONICA DE LA FACULTAD**

•

## DOCTOR ALBERTO BERNAL NICHOLLS

Desde principios del mes pasado hizo dejación del cargo de Rector de la Universidad el doctor Alberto Bernal Nicholls, ilustre médico Antioqueño.

La obra realizada por el doctor Bernal Nicholls, se caracterizó por el entusiasmo con que supo impulsar obras de gran aliento para el progreso de la Universidad. Todas y cada una de las secciones le merecieron la mejor atención y los mayores desvelos y con su ánimo e inteligencia dirigió todos los actos conmemorativos del sexquicentenario del Alma Mater.

Al retirarse del alto cargo de Rector de la Universidad puede llevarse la satisfacción de haber cumplido una obra cultural verdaderamente patriótica y acreedora de la gratitud de Antioquia.

## DOCTOR ALFONSO URIBE MISAS

Para reemplazar al doctor Bernal Nicholls en la Rectoría de la Universidad fue designado por el Gobierno Departamental el doctor Alfonso Uribe Misas, eminente hombre público y una de las más recias figuras del foro antioqueño.

El arribo del doctor Uribe Misas a la dirección de los destinos universitarios ha sido recibido con entusiasmo y beneplácito, pues desde muchos años atrás su nombre ha estado vinculado al prestigio del Alma Mater, cuando con lujo de competencia desempeñó el cargo de Decano de la Facultad de Derecho.

Conocedor profundo del derecho, ha realizado una intensa labor científica en este campo y actuado con brillo no solamente en el ejercicio de su profesión de abogado, sino también en elevadas y merecidas posiciones que le ha confiado el gobierno y el pueblo colombiano, principalmente como Ministro ante el gobierno italiano y senador de la república, en varios períodos.

**DOCTOR IGNACIO NARANJO ARANGO**

Desde principios del mes pasado hizo dejación del cargo de Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el doctor Ignacio Naranjo Arango. El ejercicio del decanato del doctor Naranjo Arango se distinguió por el esmero y entusiasmo en el estudio y solución de todos los problemas de la Facultad.

Jurisconsulto de gran prestigio supo planear y realizar una labor de vastos alcances para el futuro. Aunque su ejercicio fue breve, los profesores y alumnos sintieron siempre por él profunda admiración y aprecio.

El nuevo decano de la Facultad ha tenido el acierto de llamar al doctor Naranjo Arango a regentar la cátedra de derecho civil primero, desde la cual está realizando una admirable labor docente y contribuyendo eficazmente al progreso científico de la Facultad.

**DOCTOR EUDORO GONZALEZ GOMEZ**

Para reemplazar al doctor Naranjo Arango en el decanato de la Facultad ha sido designado por el Gobierno Departamental el doctor Eudoro González Gómez, uno de los juristas más eminentes del país y catedrático de vasto y merecido prestigio.

Llega el doctor González Gómez a regir los destinos de la Facultad, después de una larga y meritoria labor docente al frente del profesorado interno, desde el cual ha formado ya brillantes generaciones de juristas. Su nombre, pues, no es nuevo en los anales de la Universidad porque desde hace mucho tiempo lo ha incorporado en la lista de sus más ilustres servidores.

Tanto los profesores como los estudiantes registramos complacidos el nombramiento del doctor González Gómez: los primeros, porque reconocemos en él a una de las figuras más eminentes del foro colombiano; y, los segundos, porque admiran, el maestro que con verdadero desprendimiento ha dedicado las mejores épocas de su meritoria vida a la formación de los futuros juristas.

Son, pues, nuestros deseos, que el ejercicio del decanato por parte del doctor González Gómez se prolongue por muchos años para bien de Antioquia, de la Universidad y de la cultura jurídica del país.