

P. KOSCHAKER

EUROPA

y el

Derecho
Romano



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

M A D R I D

P. KOSCHAKER

EUROPA Y EL DERECHO ROMANO

Es propiedad.

Reservados todos los derechos en castellano a Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid, 1955.

Copyright by Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid, 1955.

P. KOSCHAKER

EUROPA

y el

Derecho Romano

Versión completa y directa del alemán por

JOSE SANTA CRUZ TEIJEIRO

Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Valencia



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

M A D R I D

*A Salvador Riccobono,
infatigable paladín del
estudio del Derecho romano,
y amigo.*

INDICE DE MATERIAS

	Páginas
PRÓLOGO DEL TRADUCTOR	XV
PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN ...	3-5
PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN	9-13
CAPÍTULO I.—¿Qué es Europa? ...	17-23
» II.—La génesis de Europa	27-40
» III.—La coronación imperial de Carlomagno	43-49
» IV.—El imperio carolingio	53-62
» V.—Cristianismo, Estado y Cultura	65-73
» VI.—El Imperio alemán, la idea de Roma y la cuestión de las investiduras	77-97
» VII.—Los glosadores y sus precursores	101-139
» VIII.—Los comentaristas	143-164
» IX.—Los humanistas	167-190
» X.—Estudio del Derecho romano y recepción	193-213
» XI.—La recepción del Derecho romano y sus problemas:	
A) Ambito de la recepción	217-224
B) El Derecho romano según los germanistas alemanes y el Nacional-socialismo	224-239
C) ¿Pudo evitarse en Alemania la recepción como obra de juristas?	239-243
XII.—Derecho de juristas:	
A) El estamento de juristas creador del Derecho de juristas	247-263
B) Derecho de juristas y centralismo político	263-265
C) Derecho de juristas y Derecho legal	265-275
D) Derecho de juristas e Historia del Derecho ...	275-278
E) La actividad de los juristas en el Derecho de juristas; Derecho de juristas y Derecho libre.	278-284
F) Derecho de juristas y Derecho popular. El Derecho y especialmente la legislación, ¿son populares?	284-300
G) Derecho profesoral	300-307
» XIII.—Los juristas como portadores o adversario de la recepción del Derecho romano ...	307-309
A) Inglaterra	309-318
B) Francia	318-320
C) Alemania	320-347
XIV.—El Derecho natural especialmente en Alemania	349-361

	Páginas
CAPÍTULO XV.—Savigny y la Escuela histórica alemana:	
A) Apogeo de la Escuela. Derecho profesoral ...	365-371
B) Su relación con el romanticismo. Idea cultural del imperio	371-378
C) Historia del Derecho y Dogmática jurídica ...	378-383
D) Crítica de sus métodos históricos	383-390
E) La escuela histórica y el Derecho natural ...	390-398
F) Su carácter alemán	398-400
G) Crítica de la Escuela ...	400-406
H) Consideración de conjunto	406-409
» XVI.—La dirección neohumanística	409-411
A) La situación de la romanística a partir del Código civil alemán y la aparición de la dirección neohumanística	413-418
B) Sus particularidades y efectos, singularmente en Alemania	418-430
C) Estimación y crítica	431-439
» XVII.—Derecho romano y Nacional-socialismo:	
A) Punto 19 del programa del partido y medidas del Nacional-socialismo contra el Derecho romano	441-446
B) El imperio nacional-socialista ¿sucesor del an- tiguo imperio alemán?	446-469
C) Efectos de las medidas adoptadas por el Na- cional-socialismo contra el Derecho romano.	469-472
» XVIII.—La crisis del Derecho romano	473-474
A) Emplazamiento de las disciplinas jurídicas en la ciencia. La crisis del Derecho romano.	475-483
B) Ensayos para combatirla	483-488
C) El Derecho romano y la Europa actual	488-494
SUPLEMENTO	497-516

PROLOGO DEL TRADUCTOR

Por estimar muy sugestivos y de candente actualidad los problemas que el autor trata en este libro, por el gran prestigio y justa nombradía del profesor KOSCHAKER, hemos accedido con ilusión, al deseo de Editorial Revista de Derecho Privado, de que aceptáramos el encargo de traducir a nuestra lengua Europa und das römische Recht.

Este libro del ilustre romanista y orientalista alemán, es un libro importante. Lo es, con independencia de la actitud que el lector adopte, relativamente a las opiniones que en la presente obra se sustentan. Se puede suscribir o recusar el parecer del autor respecto a los problemas que éste estudia, pero no se le puede negar acierto y muy relevante en su enunciación, en el planteamiento de las multiformes y graves cuestiones que van entrañadas en este fenómeno palmario, innegable de nuestros días: la crisis del Derecho romano.

Esta crisis es evidente y nadie puede escamotearla. El estudio que en épocas de humanismo floreciente y de vivo sentimiento de "europeidad", apasionaba a la gran masa de estudiantes de jurisprudencia de nuestro continente, se halla hoy reducido a ser monopolio exclusivo de una minoría extremada, la cual ha dado a la ciencia romanística un carácter extraño y esotérico, entroncándola con la filología clásica y con la arqueología y privándola de valor actual, vivo y pragmático, el cual constituía el mayor aliciente que su cultivo ofrecía al jurista.

La victoria alcanzada en nuestros días por la dirección iniciada en aquella vieja escuela de Bourges, rediviva en la actual corriente del neo humanismo, es de una evidencia incontestada-

ble. Nuestro neo humanismo, en efecto, no es otra cosa que una renovación, con mejores instrumentos y con una crítica más rigurosa, de aquella tendencia, que es conocida en la historia de la cultura con la expresión de mos gallicus. Pocos son los romanistas contemporáneos que no están adscritos más o menos paladinamente al neo humanismo. Para caracterizar esta tendencia, donosamente, con gracejo que a decir verdad, no es muy frecuente en la proverbial gravitas germánica, alude KOSCHAKER a las notas que suele ofrecer en nuestros días un escrito cualquiera que verse sobre un tema romanístico. Tal género de trabajos suele aparecer embutido de textos griegos, de sutiles disquisiciones gramaticales, de difíciles cuestiones interpolacionísticas. Tanto, que el jurista que acude al libro o revista, en consulta de un trabajo de esta especie, afanoso de poder formar, o cuando menos ilustrar, su criterio jurídico, de hallar una guía segura que le oriente y conduzca por el intrincado dédalo de cuestiones que plantea la complejidad económica y social de nuestros días, sufrirá una amarga decepción, al tropezar con un lenguaje casi cabalístico para él y con argumentos de muy ceñida dialéctica, sí, pero ininteligibles en su mayor parte, por referirse a materias que, por ajenas, no le interesan.

Esta orientación tan extraña a la mentalidad del cultivador del Derecho, tan científica como carente de interés práctico, es la que determina principalmente, en opinión de KOSCHAKER, esa deserción multitudinaria de la juventud que en el campo romanístico se va produciendo con progreso alarmante, esa falta creciente de interés por el estudio del Derecho de Roma, deserción y desinterés que, dicho sea de paso, no pueden ser eficazmente combatidos, con coacciones académicas tales como el "Zwangsprüfung" o examen obligatorio.

El jurista siente absoluta indiferencia, cuando no franca repulsión, por todos esos bizantinismos filológicos, de que se halla rebosante la moderna literatura de Derecho romano. Si se

quiere prender la atención del escolar e interesarle por esta disciplina, es preciso esforzarse por dar al estudio del Derecho de Roma un sentido vivo y actual, destacando el valor formativo que tiene para el jurista su función insustituible en la creación de una dogmática válida para los sistemas jurídicos europeos y aun mundiales, el acervo de Derecho natural que en el Derecho romano subyace. Si no se quiere arrumbar el Derecho romano como mero tema arqueológico, propio para ser conservado y admirado en la vitrina de un museo, es indispensable hacerle objeto de esa "aktualisierung" que preconiza con tanta insistencia nuestro autor.

Ya Buckland y Mc. Neir, con una visión práctica del problema, característica del temperamento y mentalidad ingleses, han acertado a plasmar en una forma más o menos conseguida y superable, esa tendencia vivificadora y actualizante del Derecho de Roma.

Por nuestra parte, no creemos que la tarea del "mos italicus" y del pandectismo se halle en la actualidad totalmente agotada. No pienso que el Derecho romano haya dado de sí todo lo que puede dar y que hoy no sirva ya para otra cosa, que para campo en que puede ejercitarse la crítica de textos y la palíngenesia. Si así fuese, habría que desterrarlo sin contemplaciones de las Facultades de Derecho, buscándole un refugio en las de Letras para estudiarlo en éstas como algo que fué y que ya no es. El valor dogmático del Derecho romano, su eficacia como instrumento formativo y educador del pensamiento jurídico, el modus operandi de los juristas de Roma, su casuismo, el cual, siendo como es fina individualización jurídica, cuidadosa adecuación de las soluciones a los casos, constituye firme garantía de justicia por la exclusión de abstraccionismos y generalizaciones peligrosas, y sobre todo, su radical esencia europea, le otorgan un valor de medio insuperablemente eficaz para crear la superestructura jurídica de la comunidad europea, tan

endeble y maltrecha en la actualidad y le aseguran un porvenir lleno de posibilidades.

Desde luego que éstas no pueden consistir en el absurdo empeño de restaurar la vigencia de sus normas positivas ni en propugnar el anacronismo que implicaría esforzarse en hacer revivir en estos tiempos su espíritu y sus tendencias, todo aquello que responde en él, a exigencias de efímera condicionalidad histórica, si no que suponen la pervivencia de lo que ofrece de aprovechable para nuestra época y de lo que tiene en él un valor de perennidad. Para condensar en una fórmula todas estas perspectivas, tal vez sirviera la de Rodolfo Ihering: Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus, por el Derecho romano pero más allá (1).

El traductor siente en conciencia el deber de consignar aquí que no comparte, por estimarlas inexactas y apasionadas, las ideas a que parecen responder ciertas interpretaciones del autor en orden al catolicismo. El deber de fidelidad al original no supone en modo alguno, en el caso a que me refiero, aceptación del pensamiento de KOSCHAKER.

JOSÉ SANTA CRUZ

(1) *Geist des römischen Rechts*, Erster Teil, Leipzig, 1924, pág. 14.

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Accediendo al deseo manifestado por la señora viuda del Prof. Koschaker, quiero exponer aquí los motivos que justifican esta nueva edición, inalterada, de la obra del ilustre romanista. Esta justificación viene impuesta por la circunstancia de que si Koschaker no hubiera muerto el 1 de junio de 1951 dejando un doloroso vacío entre los cultivadores de la ciencia romanística, no hubiera seguramente autorizado una reimpresión estricta de su libro. Reiteradamente, en sus últimos años, consideró Koschaker indispensable una reelaboración de su obra, y por no haberla llevado a cabo todavía, hubo de rechazar la oferta que le fué hecha de una versión española de la misma. El haberse interferido otros planes y quehaceres en la vida del autor, impidió que llegase a realizarse su propósito de corregir la presente obra.

Es indudable que tal propósito, tan insistentemente declarado por Koschaker, obliga a la posteridad, pero es evidente también que hay razones poderosas que nos inducen a creer que el autor, dadas las actuales circunstancias, no se hubiera opuesto a la publicación de una nueva edición inalterada de su libro. La primera edición, aparecida en 1947, se agotó totalmente antes de la reforma monetaria de 1948, en un momento, por tanto, en que se iniciaba de nuevo el intercambio con el extranjero. Ello determinó que el libro de Koschaker resultase fuera de Alemania inaccesible al amplio círculo de lectores para el que precisamente se destinaba. Cuando en los últimos años llovían peticiones de la obra, la Editorial se dirigió a la señora Koschaker, con el ruego de que le

autorizase a reimprimir la primera edición de aquélla. Este ruego sumió a la señora Koschaker en una perplejidad perfectamente explicable si se tienen en cuenta las repetidas manifestaciones de su marido a que antes aludimos. En tal situación, esta señora acudió a mí y a otros especialistas en demanda de consejo, y, con perfecta unanimidad y decisión, convinimos los consultados en que era ineludiblemente preciso autorizar la reimpresión proyectada. Estábamos convencidos de que el libro de Koschaker, tanto en lo que respecta a las cuestiones y problemas en él enunciados, como en lo que se refiere al modo de tratar éstos, tenía un alto interés para el historiador del Derecho y para todo lector aficionado a la historia de la cultura. Nuestra unanimidad en aconsejar la reimpresión obedecía no sólo a la rica serie de conocimientos y noticias que este libro contiene, sino también al amplio programa de investigación y a las sugerencias e incitaciones que ofrece a los historiadores del Derecho, cualquiera que sea el origen y dirección ideológica de éstos. El problema que el autor desarrolla, tiene plena vigencia, no obstante el deseo de Koschaker de rectificar y corregir algunos puntos de su obra tal como ésta aparece concebida y realizada en su primera edición.

No había más posibilidad que la de la reimpresión. No cabía encomendar la obra a otro especialista para que éste la reelaborase y corrigiese, pues tal procedimiento carece por completo de viabilidad en una obra como la presente, en que un gran investigador despliega un poder de creación y una personalidad pletóricamente originales. Tanto en lo que concierne al rigor lógico de la obra como en lo que atañe a la insinuante forma de su exposición, el autor revela una individualidad tan fuerte y personal, que de confiarse la tarea de corregir este libro a otras manos que las de su autor, se hubieran deformado irremisiblemente las líneas arquitectónicas de la obra, con la consiguiente mengua de su calidad. Por ello

es preferible mantener el libro tal como salió de la pluma de su autor, aun cuando por el estado de los conocimientos de nuestra disciplina entonces, y por la orientación que la obra refleja, hayamos de considerarla como un producto de aquellos tiempos.

Con las anteriores consideraciones caen por su base los reparos que pudieran hacerse a esta reimpresión y hasta es probable que si el autor hubiera sabido que la muerte había de sobrevenirle antes de realizar la proyectada corrección de su obra, se hubiera contentado con reimprimirla.

A la señora Koschaker, así como a la casa editora, deben los especialistas imperecedera gratitud por haber autorizado y publicado esta reimpresión, que tanto ha favorecido los trabajos en un campo de la ciencia rico y fértil y en cuyo cultivo nos precedió Pablo Koschaker con sus magníficas aportaciones.

MAX KASER

Münster en Westfalia, julio de 1953.

PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

En el otoño de 1938 publiqué un trabajo titulado La crisis del Derecho romano y de la ciencia romanística del Derecho. El deseo de redactar unas adiciones a una proyectada traducción italiana de esta obra, cuyo manuscrito se halla a cargo del profesor Lo Verde, de la Universidad de Catania, me ofrece ocasión para ocuparme de nuevo con los problemas propios del tema que es objeto del citado trabajo. Además, el abogado Pantazopoulos, preparaba en Atenas una traducción griega del mismo. Hoy, después de la catástrofe de la segunda guerra mundial, que ha costado a Alemania el sacrificio de una buena parte de su historia, la traducción a una lengua cualquiera de la obra de un profesor alemán no puede ofrecer, ciertamente, perspectivas muy halagüeñas. Tengo el penoso deber de testimoniar mi gratitud a los dos señores antes mencionados, por sus inútiles desvelos, así como al amigo Salvador Riccobono, de Roma, el cual a sus ochenta y tres años, mantiene viva su fe en la misión que el Derecho romano ha de cumplir hoy en el mundo de la cultura, tan conturbado en la actualidad, y tal vez precisamente por efecto de esta misma conturbación que padece; al ilustre profesor que conserva un juvenil entusiasmo y lo sabe comunicar a los demás y que ha dado nombre a la Academia de Derecho romano creada en la Universidad de Washington, el "Riccobono Seminar of Roman law in America". Mi gratitud a este gran romanista por la parte tan activa que tuvo en la traducción italiana de mi obra. Constituye para mí un especial honor, que acepto jubiloso, el

que su interés por este libro mío le haya llevado a condescender a que su nombre sea destinatario de la dedicatoria.

El libro que ahora aparece gracias al apoyo que hallé en la Editorial, no es una segunda edición ampliada y completada de mi primer escrito; es un libro nuevo, de horizonte más amplio, en el que se mantiene la idea fundamenatl de aquel escrito, a saber, que el Derecho romano constituye un exponente de la cultura europea. Aquella mi primera obra se proponía vindicar el estudio del Derecho romano, de las impugnaciones y anatemas de que el Nacionalsocialismo le hizo objeto al considerarlo en el programa del partido como factor de la "ordenación materialista del mundo". Es indudable que este régimen obtuvo grandes éxitos con las medidas que adoptó contra el estudio del Derecho romano, las cuales, si no llegaron a producir la total ruina de éste, le causaron por lo menos gravísimo quebranto. Sin embargo, si hemos de enjuiciar estos hechos con la objetividad deseable en momentos en que muchos de los partidarios de aquel régimen, aparecen de la noche a la mañana convertidos en sus más encarnizados detractores, habremos de convenir en que el éxito de tales medidas se debió más que a su fuerza espiritual, al ambiente propicio que encontraron. Los juicios que sobre el Derecho romano se han emitido en Alemania oscilan entre la exaltación casi divinizadora de aquél y el odio feroz que a muchos inspira. Este radical extremismo de actitudes es una prueba más de doctrinarismo a ultranza y de falta de equilibrio espiritual. El período que precedió en Alemania al Nacionalsocialismo fué de repudiación del Derecho romano o, en el mejor de los casos, de indiferencia frente a él por parte de los juristas. En estos antecedentes pudo muy bien apoyarse el Nacionalsocialismo, y puede decirse que aquella misma actitud de repudiación o indiferencia perdura hoy aún después de la desaparición de aquel régimen político.

El deseo de comprender este ambiente espiritual y la oposición que contra el Derecho romano halló su fundamento en tal ambiente, me inspiró la idea de trazar la historia del estudio de esta disciplina. Su exposición no puede descender al detalle minucioso, sino que atiende solamente a las ideas directrices, a la situación del Derecho romano en Europa, a su influjo en los grandes países de este continente y a su repercusión extraeuropea. Como, por otra parte, quienes cultivaron el Derecho de Roma con fines prácticos fueron los juristas, me he atrevido, animado por recientes y valiosos estímulos, a trazar una sociología del Derecho creado por aquéllos, la cual, basada en un estudio comparado del Derecho de juristas romano, anglonorteamericano y francés, es tratada aquí, si no me equivoco, por vez primera. Figuran también en esta obra ensayos sobre el problema de la recepción, no sólo en Alemania, sí que también en otros países. Por este camino me propuse explicar por qué siendo el Derecho romano un Derecho de la antigüedad, que sufrió seculares ocasos, resucita con los Glosadores de Bolonia y es ventajosamente utilizado durante ocho siglos por la teoría y la práctica de los más importantes Derechos de Europa. De este modo se consiguen también puntos de vista que permiten explicar, por qué hoy su estudio, a pesar de haber experimentado un cierto reflorecimiento en las esferas doctas, se halla expuesto al peligro, no sólo en Alemania, sino en toda Europa, de perder todo influjo en los juristas. Finalmente, se señalan en la presente obra medios y procedimientos, que si bien no constituyen novedad alguna, deben ser rescatados del olvido, por parecernos adecuados para conjurar el grave peligro que sobre el Derecho romano se cierne en la actualidad.

El estado actual del estudio del Derecho romano es ciertamente muy serio si se pretende que sea hoy tal Derecho, como fué antiguamente, un elemento vivo en la formación ju-

ridica. No gusto de profetizar. El lector juzgará. Al decir lector, pienso menos en el especialista que en un jurista cualquiera inclinado a meditar, pues aunque el Derecho romano fuese totalmente abolido o perdiese la importancia que tiene para la masa de juristas, no por ello dejarían de constituir estos hechos un tema adecuado para la meditación. Este libro debe ayudarla, pero téngase en cuenta que la presente obra no ha sido escrita para aquellas gentes que piensan que los juristas constituyen un obstáculo al progreso.

Los frecuentes y cada vez más intensos ataques aéreos de los últimos tiempos de la guerra, cuando en Tübingen se preparaba y en parte se escribía el presente libro, dificultaron extraordinariamente las comunicaciones e imposibilitaron el servicio de préstamo de libros entre las bibliotecas alemanas. Las lagunas y deficiencias de estas bibliotecas, que se acusan incluso en las más excelentes y menos perjudicadas por la guerra, como las de Inglaterra, Francia e Italia, no podían ser suplidas recurriendo a otras. Sin embargo, alguna ayuda pudo prestarme la Biblioteca del Instituto de Derecho extranjero y Derecho internacional privado, que tuvo en Tübingen su sede provisional. A su Director, profesor Heymann, hago presente aquí mi gratitud, con el dolor profundo de que la muerte nos haya privado de un germanista como él, tan relevante y que tan comprensivamente supo valorar el Derecho romano. Debo también especial agradecimiento al profesor Mitteis (H.) por las indicaciones bibliográficas referentes a la historia del Derecho francés que tuvo la bondad de facilitarme.

Me contraría tener que recomendar al lector que atienda al suplemento. Justifícase éste por las anómalas circunstancias en que el presente libro fué escrito, singularmente por la de haberme visto privado durante largo tiempo de la posibilidad de utilizar mi biblioteca particular. Cuando, por fin, gracias a la propicia disposición del Gobierno militar francés, pude

disfrutarla de nuevo, buena parte de esta obra se hallaba ya impresa, y las adiciones que por la recuperación de mis libros me fué posible hacer no podían ya ser incorporadas al texto.

A pesar de este suplemento, el especialista echará de menos mucha bibliografía. No me ha sido posible utilizar entonces, ni ahora, la literatura sobre la especialidad, que a partir de 1939 apareció en los Estados que se hallaban en guerra con Alemania. Para esta literatura publicada en territorio anglonorteamericano hay un índice muy cumplido y sustancioso debido a Berger Schiller titulado «Bibliography of anglo-american studies in roman, greek, and graeco-egyptian law and related sciences» (Seminar III 75-94, Wáshington, D. C.) y que abarca la producción bibliográfica hasta el año 1945. La esperanza de poder gozar todavía la normalización de la Universidad alemana, no la permiten ya mis muchos años. Debo, pues, pedir indulgencia para este defecto, confiando en que por lo menos en lo esencial no perjudique al trabajo que ahora ofrezco.

P. KOSCHAKER

Walchensee (Alta Baviera), mayo de 1947.

CAPITULO PRIMERO

¿QUÉ ES EUROPA?

No hay rama alguna de la ciencia del Derecho que tenga un carácter tan europeo como la rama del Derecho privado, y ello porque desde que comienza éste a cultivarse, hace unos ochocientos cincuenta años, en la Escuela de los Glosadores de Bolonia, siempre ha sido como la piedra angular de la construcción que llamamos Europa.

Y Europa, ¿qué es?

No deja de ser notable que la literatura alemana se haya ocupado poco de esta cuestión, no obstante estar la Historia del pueblo alemán tan llena de motivos para forzarle a estudiarla. En tiempo reciente, en la segunda mitad de la guerra, la literatura nacional-socialista ha mostrado un cierto interés por este problema, interés suscitado en parte muy principal por los éxitos militares cosechados por Alemania durante la primera parte de la contienda. El concepto de Europa con que operaban los ensayos literarios a que aludimos, estaba fuertemente influido por consideraciones de orden finalista. Sobre éstas discurrirémos al final del libro (1). Poco antes de estallar la guerra, aparecieron en el extranjero dos obras que se ocupan *ex profeso* de este tema, las cuales menciono ahora porque en el trabajo que se cita en el prólogo y en el que yo debía haber tomado posición de jurista, frente al problema de Europa, las he silenciado. Estos libros son el del inglés Cristoval Dawson (2) y el póstumo del conocido historiador belga Henri Pirenne, publicado por su hijo y por su discípulo Vercauteren

(1) Vid. cap. XVI, B.

(2) *The making of Europe* In introducción to the history of European unity. London, 1935. Han aparecido dos traducciones alemanas de este libro: una de Mühlenkamp titulada *Die gestaltung des Abendlandes Eine Einführung in die Geschichte der Abendländischen Einheit* (1935), y otra de Schmidthüs, *Die Wahre Einheit des europäischen Kultur* (1936).

en 1936, con el título un tanto extraño, *prima facie*, de *Mahomet et Charlemagne* (Bruselas 1936).

Como veremos más adelante, Pirenne ha conseguido estudiar el origen de Europa bajo una nueva luz, en tanto acierta a fijar las relaciones de los Estados dentro del panorama mundial en la época carolingia y en conexión con las pretensiones islámicas.

Si intentáramos formular una respuesta provisional a la cuestión antes planteada, podríamos decir que Europa es, ante todo, un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales clásicos y germánicos con preponderancia del factor romano, y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano (3). Todos estos factores culturales influyen de modo decisivo en la formación intelectual de las clases sociales superiores y, a través del cristianismo, también en las mismas masas populares (4). Europa encontró su forma política en la época de Carlomagno. El imperio alemán, que sucedió al carolingio tras la disolución de éste, pese al arraigo que el designio de sus-

(3) Claramente se revela el contenido de este libro en el título que le ha puesto su traductor alemán Hübinger: *Geburt des Abendlandes. Untergang der Antike am Mittelmeer und Aufstieg des Germanischen Mittelalters*, 1941. Este libro no ha hallado en la literatura alemana, a lo que creo, una muy cálida acogida. Vid. Th. Mayer, *Deutschland und Europa* (Discurso en la Universidad de Marburgo, núm. 3, 1940, p. 8 y 10), el cual acepta la tesis de Pirenne. Sobre los que disienten, vid. p. 16, nota 6.

(4) Vid. Dawson, loc. cit., 48, 98, 234. H. Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* (1940), 14. Schüssler, *Vom Reich und der Reichsidee in der Deutschen Geschichte* (1942), 7, cuya tesis de que los elementos romanos son mediterráneos y los germánicos europeos, es recusable. Vid. más adelante capítulo XVI. A conclusión semejante, aunque con menos claridad, llega en 1933 Jahrreiss, en su *Europa-germanische Gründung aus dem Ostsee raum*. «Escritos de Geopolítica», cuaderno 5, págs. 15 y sigs, 20 y sigs. y 26 y sigs. Esta Europa germánica a la que deben su fundación y su desarrollo Inglaterra, Alemania y Rusia, no obstante adoptar estos pueblos el pensamiento grecorromano del Estado, no perteneció ciertamente al imperio medieval que abrió contienda con el Papado (¿y Alemania?) y cuya historia tan determinada por el Mediterráneo parece una continuación de la historia de Grecia y Roma. Sólo la Iglesia Católica penetró en estos espacios germánicobálticos, sin echar en ellos hondas raíces y siendo por esta razón desalojada con facilidad por la reforma. Por eso el Báltico es no solamente el mar germánico, si que también el mar protestante.

tituirle halló en los emperadores sajones, especialmente en Otton el Grande, no pudo conseguir en la época de mayor auge y poderío dominar de modo efectivo la Europa occidental (Francia, España, Inglaterra), ni los países escandinavos, pues en todos ellos —singularmente en Francia— encontró (5) esta aspiración de dominio precoces resistencias políticas y literarias (6). Este imperio no podía servir a Europa como forma política viva y sí podía, en cambio, valer como encarnación del conjunto europeo, tanto más cuanto que simbolizaba, no simplemente una idea política, sí que también una idea cultural, a saber, aquella mixtura de germanismo y elemento romano-

(5) Brackmann, *Der römische Erneuerungsgedanke und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl. 1932), 350 y sigs.; *Gesamelte Aufsätze* (1941), 108 y sigs.; Gaspar, *Deutsches Reich u. Kaisertum im Handbuch der deutschen Geschichte*, I (1938), 157 y siguientes; Günter, *Die Reichsidee im Wandel der Zeiten. Hist. Jahrb. d. Görres Gesellschaft*, 53 (1933), 415; H. Mitteis, ob. cit., 121; Rüsen, *Der Weltherrschaltgedanke und das deutsche Kaisertum* (Diss. Halle, 1913), 9, 22; Scholz, *Weltstaat und Staatenwelt in der Anschauung des Mittelalters. Zeitschr. f. Deutsche Geisteswissenschaft*, IV (1941), 85; Tellenbach, *Die Entstehung des deutschen Reichs* (1940), 149 y sigs.

(6) Vid. Koschaker, *Krise d. rom. Rechts*, 153, y la bibliografía que allí se cita. Además, Hartung, *Die Lehre von der Weltherrschaft im Mittelalter* (Diss. Halle, 1909), 63 y sigs.; Scholz, 94, 96; Schüssler, 23 y sigs.; Wolf, *Idee und Wirklichkeit des Reichs im deutschen Rechtsdenken des 16 und 17 Jahrh. (Reich und Recht in der deutschen Philosophie, editado por Larenz, 1943)*, 62 y sigs. Sobre Ordericus Vitalis, el monje de San Evroult en Normandía, el cual en su *historia ecclesiastica* (1120-1142) trata al imperio con marcada hostilidad y sobre Johan von Salisbury, gregoriano, y, por tanto, poco amigo del imperio, que dirige en su *Polycraticus* (1159) palabras fuertes contra el emperador y los alemanes, vid. Brackmann, *Der Mittelalterliche Ursprung der Nationalstaaten* (Sitz. Ber. Berlin, ph. h. kl., 1936), 134; *Die Wandlung der Staatsanschauungen im Zeitalter Friedrichs, I, Hist. Zeitsch.*, 145 (1932), *Ges. Aufsätze*, 344. Además, Bohmer, *Kirche und Stat im England im 11 und 12 Jahrh.* (1899), 421 y sigs., 427 y sigs. En España, F. de Vitoria (1480-1546) representa la opinión que defiende la total independencia de su país frente al imperio, vid. Wolf, 65. Sobre un escrito político en que se pide la eliminación del imperio porque está fundado con violencia, porque el emperador es alemán, y los alemanes son bárbaros, vid. W. Goets König *Robert von Neapel* (Programa del Decanato de la Facultad de Filosofía, Tübingen, 1910).

cristiano, que constituye la esencia de la cultura europea (7). Esta última función del imperio subsiste aún, después de haber perdido éste todo poder político y de haberse perdido también la unidad de la fe, tan importante para el *imperium christianum* de occidente por efecto de la reforma (8). La brecha abierta por éste se llenó en parte con el humanismo, en tanto quedó abolido el tipo de mentalidad creado por la Iglesia y el Estado medievales (9): «the latin grammar —dice Dawson— took the place of the latin liturgy as the bond of intellectual unity and the knight as the representative figures of western culture». De esta cultura europea forma parte también, claro está, la Europa occidental que se oponía, como queda dicho, a las pretensiones del imperio, especialmente Inglaterra, si bien la conexión de ésta con Europa, por efecto de su situación insular, era un poco más endeble, y lo fué más todavía, cuando creado que hubo su gran imperio colonial, incrementó el ámbito de sus intereses extraeuropeos (10). Nada constituye prueba mejor de la fuerza de la idea imperial que la actitud de su adversario más decidido, Francia, pues en esta nación, desde el siglo XI, se acusa el empeño de enlazar su dinastía con los carolingios. Conforme a esta idea, los reyes franceses, orientaron su política matrimonial; su corona, fué estimada como la corona de Carlomagno y a la persona de este emperador se rindió siempre una especie de culto. Así se concibe que muchos reyes

(7) Hintze, *Imperialismus u. Weltpolitik, Gesammelte Abhandlungen*, I, 450 y sigs., 452, quiere ver en la fusión de varias zonas de civilización la característica del gran imperio, y Troeltch, *Gesammelte Schriften*, III (1922), 716, sostiene que en el marco del imperio es únicamente posible, partiendo del supuesto de la cultura europea, una historia universal.

(8) Vid. Srbik, *Die Reichsidee und das Werden deutscher Einheit*, *Hist. Ztschr.*, 164 (1941), 460 y sigs., 462.

(9) Stadelmann, *Personlichkeit und Staat in die Renaissance, Welt als Geschichte*, V (1931), 137 y sigs., 139, y ahora en la colección publicada por el autor titulada *Vom Erbe der Neuzeit*, I (1942), 32 y sigs.

(10) Sobre el modo de efectuarse esta transformación en el campo del Derecho político e internacional, por cuya virtud, a partir de los siglos XVI y XVII, en lugar del pensamiento dominado por los conceptos de Estado continental y soberanía, surge en Inglaterra la idea de un mar, libre de Estados con la mirada puesta en el continente, vid. C. Schmitt, *Staatliche Suveranität*, en la colección *Das Reich u. Europa*, 1941, 80 y sigs.

franceses se sintieran sucesores del emperador romano, contribuyendo de esta suerte a crear los fundamentos ideológicos de la posterior política de expansión que había de culminar en nuevas uniones a costa precisamente del imperio. Nada menos que Napoleón quiso imitar en su coronación aquella otra de Carlomagno, llamando a su hijo y heredero «rey de Roma» (11), y esto porque el rey electo de Alemania, candidato a la dignidad imperial, ostentaba desde el siglo XI el título de *rex romanorum* (12).

Europa no es en modo alguno un producto natural, un supuesto geográfico espontáneo, sino que es una creación de la Historia (13). Ciertamente que la idea y la palabra Europa existieron en la antigüedad (14). Pero tal concepto es puramente geográfico y sólo lentamente, con la ampliación de los conocimientos atinentes a la geografía, va llenándose aquel concepto de contenido y de sustancia. En los tiempos post-homéricos, quizás ya en el siglo VI a. de J. C., el saber geográfico de los griegos va referido a tres continentes: Europa, Asia y Libia; este último, llamado siglos después provincia de Africa, tiene el Nilo por límite extremo oriental. Esta división es producto de la concepción griega del espacio geográ-

(11) Declareuil. *Histoire générale du droit français*, 1925, 427 y sigs.; Fleischmann, *Mélanges Fitting*, II, 1907, 678 y sigs.; Schüssler, 41; Windelband, *Charlemagne in der französische Ausdehnungspolitik en Karl der Grosse oder Charlemagne. Acht Antworten deutscher Geschichtsforscher* (1935), 106, 119; Kämpf, *Pierre Dubois und die geistigen Grundlagen des franz. Nationalbewusstseins um 1300* (Beitr. z. Kulturgeschichte d. Mittelalters, editada por W. Goetz, 54 (1935), 28 y sigs.; Kienast, *Deutschland und Frankreich in der Kaiserzeit* (900-1270), 1943, 112 y sigs., 115 y sigs., 128 y siguientes, 205 y sigs., 212 y sigs. No escaparon estas aspiraciones a los emperadores alemanes, y el intento de Federico I de promover la canonización de Carlomagno (1165) debió contrariar las tendencias francesas de hacer suyo este gran soberano con fines políticos y de propaganda. Vid. Kienast, 136.

(12) Haller, *Der Reichsgedanke der staufischen Zeit*, «Welt als Geschichte», V, 1939, 400 y sigs., H. Mitteis, 301.

(13) Dawson, 3.

(14) Vid. Berger, *Europe*, en Pauly Wissowa Kroll, *Enzyklopaedie der klassischen Altertumswissenschaft*, VI, 1287 y sigs., 1298 y sigs.; Gisinger, *Oikumene*, XVII, 2, 2123 y sigs., y G. de Reynold, *Qu'est ce que l'Europe*, 1941. Debo agradecer esta bibliografía a mi colega J. Vogt.

fico, vigente a la sazón. Trátase de los tres territorios lindantes con el mar Egeo, y con la palabra Europa tal vez se designó originariamente aquella parte de la Tracia que el Bósforo y el Propontis separan del Asia Menor. Europa es fundamentalmente Grecia. Hay que tenerlo en cuenta para poder entender cumplidamente este pasaje de Herodoto (1,4): Asia y los países que la integran son contados por los persas como suyos; Europa y todo lo que es helénico están separados de Asia (15). Aquí el concepto Europa recibe un matiz, una coloración cultural, y tal concepto resulta comprensible solamente, admitiendo que para Herodoto, Europa es Grecia (16). El desenvolvimiento ulterior, la ampliación sucesiva de este concepto, por efecto de los descubrimientos geográficos cartagineses y masiliotas, la extensión del ambito territorial europeo por el occidente hasta el Atlántico, y en dirección septentrional hasta el mar del Norte, no son temas que deban ser tratados aquí. Basta consignar por el momento que el concepto político-cultural de Europa carece de tradición antigua. Su tradición comienza propiamente en la Edad Media. Ello y la circunstancia de que Europa no posee un límite geográfico natural en relación con Asia (17), explica la continua oscilación de sus fronteras orientales. En tiempo de Carlo Magno no alcanzan éstas toda la línea del Elba; más tarde llegan hasta esta línea y se fijan en ella. Sólo consiguen rebasarla con lentitud y penosamente, porque la penetración de la cultura accidental en Oriente tropieza con zonas sujetas al influjo cultural bizantino,

(15) τὴν γὰρ Ἀσίην καὶ τὰ ἐνοικέοντα ἔδνεα βάρβαρα Οἰκιστοὶ οἱ πέρσαι, τὴν δὲ Εὐρώπην καὶ τὸ Ἑλληνικὸν ἤγγηται χεχωρισθαι.

(16) No está en contradicción con esto el pasaje de Herodoto, IV, 45, donde habla el autor de los variables límites orientales de Europa, ya que como tales límites, son atribuidos a este continente, unas veces el río Phasis en Colchis (el actual Rion, en Poti situado en la costa sudoccidental del Cáucaso, que desemboca en el mar Negro), otras el Tanais (el actual Don, que desemboca en el mar Azow). Se piensa en las colonias griegas de la costa norte del mar Negro, las cuales debieron ser directamente conocidas por Herodoto.

(17) Europa, geográficamente es una península de Asia. Los Urales, que en las modernas cartas geográficas marcan la línea fronteriza, no constituye ciertamente un límite natural.

y Bizancio, como veremos ulteriormente, no es Europa, sino la antítesis de Europa en la Historia (18). El cenit del desarrollo cultural de Europa se alcanza en el siglo XIX. Es entonces cuando los países balcánicos se incorporan culturalmente a la comunidad europea y cuando la cultura europea penetra en Rusia profundamente. Merced al imperio colonial hispanoportugués, al de Holanda y al de los franceses e ingleses, la cultura de Europa fué penetrando en otras tierras e incluso —especialmente por lo que se refiere a las conquistas técnicas— en civilizaciones tan viejas como las de China y Japón. Este crecimiento y esta expansión sufrieron con la primera guerra mundial una mengua que se debe al repliegue hacia occidente que la frontera de Europa experimentó en la zona nordoriental, mengua que no se compensó con el reciente ingreso de Turquía en el ámbito cultural europeo.

(18) No tengo por justa la distinción que hace de Reynold entre Europa oriental y occidental y cuyos límites son, de una parte, la desembocadura del Vístula en el mar oriental, y de otra, la del Dniéster en el mar Negro. Esta última sería Eurasia, una zona intermedia entre Europa y Asia. Por otra parte, considera este autor que la civilización europea se desarrolla tan sólo en la parte occidental de Europa, puesto que para él, la Europa oriental (Rusia) pertenece a Asia.

CAPITULO II

LA GENESIS DE EUROPA

¿CUÁNDO y cómo ha surgido Europa? La moderna investigación se muestra conforme en aceptar que Europa adopta una forma claramente perceptible y plástica en la época carolingia y especialmente en los tiempos de Carlomagno (1), y quien se pague de datos precisos, puede fijar como fecha de nacimiento de esta respetable dama, el día de Navidad del año 800, en que el papa León III colocó la corona del imperio sobre las sienes de Carlomagno. No es un azar que en esta época el nombre de Europa aparezca ya no sólo en el lenguaje oficial, sí que también en la literatura docta, empleándose para designar el imperio de Carlomagno. El emperador es llamado con frecuencia *decus, pater, rex Europae* (2), prueba inequívoca de que para los contemporáneos ilustrados, el mundo en aquel momento, comienza a ofrecer un aspecto nuevo. Ahora bien, a este nacimiento precede un largo período de gestación que conviene esbozar.

En los tiempos del imperio romano mundial todavía no existía Europa. El *imperium romanum* fué un imperio mediterráneo (3) que comprendía los territorios que circundan este mar y cuyo centro político y cultural era la ciudad mediterránea de Roma. Por esta razón el Mediterráneo es para los escritores romanos de la época floreciente del imperio *mare internum*,

(1) Vid. Dawson, 214; Pfister Ganshof, *Le regne de Charlemagne jusqu'au rétablissement de l'Empire en Occident*, «Histoire du Moyen age», I, (1940), 492; Stengel, *Kaisertitel und Souveränitätsidee*, «Deutsches Archiv. f. Gesch. d. Mittelalters», III (1939), 25; Tellenbach, 42.

(2) Vid. las pruebas en Koschaker, 9, y, además, Caspar, *Das Papsttum unter fränkischer Herrschaft*, «Zeitschr. f. Kirchengeschichte», 54 (1925), 217 y sigs.; Kampers, *Rex et sacerdos*, «Hist. Jahrbuch d. Görres Gesellschaft», 45 (1925), 495, 496.

(3) Vid. Pirenne, I y sigs.; Lot, *Fin de l'unité romaine*, «Histoire du Moyen age», I (1940), 180.

mare nostrum (4). La ideología fascista que aspiraba, como es sabido, a la *renovatio imperii romani*, era perfectamente consecuente, cuando ofrecía como desiderata política al pueblo italiano la resurrección del *impero mediterraneo* (5). El carácter de imperio mediterráneo que ofrece el imperio romano, no sufre variaciones por el hecho de que Roma extienda su hegemonía a las Galias, hasta Britania, y más tarde, por lo que respecta a Alemania, hasta las fronteras del Rhin y del Danubio. Estos países constituían, en realidad, territorios exteriores, pro-

(4) Vid. de Reynold, 258 y sigs. La idea de Reynold (61, 262 y sigs., 299 y 301), según la cual, la cultura de la Edad Media, es el factor que determina de un modo exclusivo la cultura europea, me parece unilateral.

(5) En la bibliografía históricojurídica italiana se acusa modernamente la tendencia a comprender un cierto grupo de Derechos orientales bajo el concepto vagamente unitario de Derechos del Oriente mediterráneo o Derechos orientales mediterráneos. Entre éstos figuran, además de los grecohelenísticos, el babilónico, egipcio, etiópico, sirio, persa y hebreo, sirviendo el Derecho bizantino como elemento en cierto modo unificador de los anteriores. Vid. como resumen el discurso inaugural de la Universidad de Roma, *Per una scienza giuridica orientalista*, 1920, de Carusi. Esta y otras obras de Carusi han sido impugnadas por el arabista italiano Nallino, contestando Carusi con su escrito *Diritto e filologia* (1925), 86 y sigs. La idea de Carusi halló eco en un destacado historiador del Derecho romano, el profesor De Francisci.

Vid. su artículo *I diritti mediterranei e la loro supposta derivazione comune*, «Riv. italiana di sociologia», 25, 1921, 1-32; *Ancora dei diritti orientali mediterranei e dei loro rapporti*, «Arch. giur.», 88 (1922), 26-63. En la Universidad de Roma existe hoy una cátedra denominada *Istituto di diritto romano, dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto*.

Mi opinión sobre este particular abunda en reparos. La presunta unidad de estos derechos, consiste en que los respectivos pueblos, pertenecieron al imperio mediterráneo de Roma o fueron dependientes de este imperio, recibiéndolo, como es natural, su cultural influjo, aunque sólo parcialmente.

Especialmente en el ámbito del Derecho hay que precaverse contra la tendencia a sobrevalorar este influjo y a querer advertir otras coincidencias en estos Derechos. El mayor reparo debe oponerse a la inclusión del Derecho islamítico en este grupo. Fué el Islam precisamente quien preparó el fin del imperio mediterráneo de Roma, aniquilando, por así decirlo, la idea que sirvió a éste de fundamento. A esta afirmación no pone dificultad el hecho de que la jurisprudencia islamítica experimentara un cierto influjo bizantino. Por otra parte, produce sorpresa el no ver incluidos en este grupo de los Derechos mediterráneos, el Derecho germánico. Los ostrogodos, visigodos, vándalos y burgundos pertenecen al mundo mediterráneo romano y recibieron la influencia cultural de éste de muy distinto modo que los parthos.

vincias, creados para seguridad de las fronteras, los cuales —excepción hecha de las Galias— no experimentaron jamás una romanización profunda.

Tampoco el hecho de que desde el año 476 no hubiera ya *imperator* romano occidental y amplias zonas del imperio se hallaran en poder de los germanos, empeece al carácter mediterráneo de aquel imperio. La división del imperio romano no fué, a pesar de la independencia de las dos mitades del mismo, jamás concebida como destrucción de la idea unitaria que al imperio preside. Esta unidad fué siempre mantenida, y cuando el emperador de Occidente es suprimido, reaparece la unidad jurídica del imperio, encarnada ahora en el emperador de Bizancio. Ciertamente que los súbditos de este imperio ofrecen un aspecto heterogéneo y abigarrado, que entre ellos se encuentra todo, menos un auténtico romano, y que el lenguaje que se usa es el griego. Pero a pesar de todo esto, el imperio era romano por la idea que lo inspiraba. Sus tradiciones, coloreadas por el cristianismo, fueron decisivas, y el *substratum* ideológico del imperio, revelado en una infinidad de particularidades, se mantuvo hasta el final del Estado bizantino, y subsistió con una pasmosa tenacidad, la cual ciertamente se hallaba en razón inversa de su poderío.

El emperador es *Autokrator* o *Basileus* desde Miguel I Rhangabe (811-813) con el aditamento, antes sólo usado excepcionalmente (vid. Ostrogorsky *Geschichte der byzantinischen Staaten* (1941) 137²): «de los romanos», para acentuar de esta suerte, su oposición a los emperadores carolingios, vid. página 39. Los emperadores occidentales cedieron en este punto, y sólo desde Oton II, la cancillería imperial usó regularmente el título de *imperator romanorum*, luego que Luis II (871), en una carta en que reta al emperador bizantino y le llama *Imperator novae Romae*, se aplicó tal título, vid. Dölger *Europas Gestaltung und spiegel der fränkisch-byzantinischen Auseinandersetzung des IX Jahrh en Der Vertarg von Verdun* 843, publicado por Th. Mayer 1943 (215 y sigs.); Schlierer, *Weltherrschaftsgedanke u altdeutsches Kaisertum* Disertación Tübingen, 1934, pág. 5. Bizancio no reconoce nunca este título; a lo sumo y a partir del siglo XIII, lo tolera. Incluso el título de emperador fué aceptado allí a regañadientes. Toda-

vía el emperador Nicéforos dice en 968 a Liuprando de Cremona, embajador de Oton I: *istud non est ferendum immo nec audiendum quod* (Oton I) *se imperatorem nominat*.

Conrado III se niega a recibir a los embajadores byzantinos, porque éstos rehusaban llamarle emperador, y Federico I hubo de quejarse de que el emperador Isaac Angelos en un escrito le llamara *rex Alemaniae*. La corte alemana vengó estos agravios llamando al emperador bizantino *imperator constantinopolitanus*, o como ya había hecho en cierta ocasión el papa Juan XIII, *imperator graecorum*, lo que entrañaba ciertamente un ultraje, si se piensa que en el lenguaje usual de la época, *heleno* era equivalente a pagano. Vid. Burdach *Vom Mittelalter zur Reformation* II 1 (1913-1928), 197, Koschaker 8° Ostrogorsky *Geschichte der byzant. Staates* 17, Rüsen 52 Schließer 99^s, Treitinger *Die Oströmische Kaiser und Reichsidee nach ihrer Gestaltung im höfischen zeremoniell* (Dis. München, 1938), 161, 186, 190 y sigt. Esta disputa sobre los títulos puede parecer hoy cómica, pero sin duda reflejó entonces muy trascendentales cuestiones.

El territorio del imperio bizantino es la Romania, sus ciudadanos son romanos. Constantinopla es la «nueva Roma», la ciudad imperial *πόλις βασιλεύουσ*, como fué Roma desde los Severos *urbs sacra*. En Bizancio se siente entusiasmo por el pasado de Roma y menosprecio hacia los pueblos que viven fuera del ámbito del imperio (*ἐθνη*), como ocurría en Roma con los latinos. Cuando los emperadores de Roma se trasladaron a Constantinopla (según relato del emperador Nicéforo a Liuprando), llevaron consigo el senado y los caballeros, dejando en Roma solamente esclavos, pescadores, panaderos, pajareros, hijos de prostitutas. Del occidente se hace en general poco caso, mientras que en el imperio de los francos, la cultura bizantina es estimada con respeto y con interés. Koschaker 6 y la bibliografía allí citada; además Dölger 204 y sigts. 262 Burdach II, 1, 199 Treitinger 161 y sigt. En resumen, Bizancio es el imperio romano, la continuación de Roma.

Pero este imperio romano es cristiano a la vez y se apoya en la idea de la humanidad, unida en la cultura cristiana bajo la dirección del emperador cristiano, el cual, como David hizo con los judíos, salvó a aquélla de peligros y de persecuciones. El emperador, por su parte, está obligado a propagar la fe y cultura cristianas entre los pueblos bárbaros limítrofes del imperio. A este fin tiene el emperador la Iglesia sometida a estre-

cha sujeción. Es como el rey David, como el mismo Cristo βασιλεὺς καὶ ἱερεὺς *rex et sacerdos* —rey sacerdote, tiene asignadas determinadas funciones litúrgicas, recibe la comunión como los sacerdotes, es, en suma, ἰσόχριστος, esto es, igual a Cristo, y por esta su condición, lava los pies a doce pobres el día de Jueves Santo, lo que en el siglo XX hace también el emperador de Austria. Por otra parte es también Κοσμοκράτωρ, soberano del mundo, γῆς ἀπασης μοναρχος «dueño de toda la tierra» y saludado en las aclamaciones populares como Κοσμοποδῆγος δεσποτης των Ῥωμαίων «poderoso señor de los romanos» y por este su carácter, tiene derecho de precedencia respecto a los demás soberanos. Es también εἰρηνοποιος creador de la paz o también βασιλεὺς εἰρηνικός *imperator pacificus*, denominación que expresa la idea de la *pax romana*, mientras según Torsten Eine *Geschichtliche Studie uber die Entwicklung der Reichsidee*, 1943, pág. 48), esta denominación, que reaparece aplicada a los emperadores occidentales, es auténticamente germánica y designa al emperador como portador de salvación, como santo que «el pueblo del imperio acepta, en la paz y unión de las estirpes que constituyen la entraña del pueblo germánico», vid. además de los citados Treintinger, 124 y sigt.; 129, 136 y siguiente; 139, 164 y sigt.; 219 y sigt., 230.

He descendido a estos detalles porque indudablemente contienen los rasgos característicos del imperio cristiano bizantino, los cuales hallamos también en occidente, en el imperio carolingio y alemán. Basta consultar el registro de materias de la obra de Eichmann, *Die Kaiserkrönung im Abendland II* (1942) 312, y especialmente la palabra *Kaiser* (emperador). Sobre el sacerdote-rey, idea que halla en los papas una fuerte oposición desde el siglo IX, y la condición clerical del emperador alemán, Vid. Eichmann, *Königs und Bischofsweih* Sitz. Ber München ph. h. kl. 1928, núm. 6), 8 y sigs., 50 y sigt., 55 y siguiente; *Kaiserkrönung I*, 7 y sigt., 17, 106 y sigt., 203, 249, 280. La cuestión del influjo byzantino es de estudio urgente. Vid. Treitinger 235 y sigt. Naturalmente, trátase en el fondo de ideas o representaciones romanas, romano-cristianas y bíblicas, pero el camino por el cual llegaron éstas a occidente, se inicia en la preeminente posición del imperio bizantino en Constantinopla en la alta edad media. No me convence, por tanto, la tendencia de la moderna literatura alemana (vid. Brackmann, *Kaisertum und römische Kirche* en *Karl der grosse oder Charlemagne* 85 Gls. Aufsätze 261 y sig. Löwe *Die Karolingische*

Reichsidee und der Südosten (Dis Berlin, 1937), 108, III, Westphal *Das Reich* I, 261 y sigt. H. Mitteis *Staatliche Konzentrationsbestrebungen im grosgermanische Raum*, *Festschr. f. Zycha* 82) a relacionar el *rex-sacerdos* en Carlomagno, con un sacerdocio-realeza germánico, por lo menos en tanto no se tenga mejor información sobre la esencia de éste y sobre su trayectoria hasta llegar a Carlomagno. Carlomagno mantuvo al papa ciertamente en sujeción, limitando la actividad de éste, a lo que exigía el ejercicio de su función espiritual, como lo prueba su famosa carta a León III (M. G. Epp. IV núm. 93, o. 137, anno 796) en que se señala al Papa, la misión de apoyar con sus oraciones la empresa guerrera del emperador, contribuyendo de esta suerte a la victoria del pueblo cristiano. Idea semejante —a ella alude Zatschek *Wie das erste Reich der Deutschen entstand* (1940) 66'— inspira la carta del papa Adriano I a Carlomagno (M. G. Ep. III n.º 62, p. 589 y sigti Anno 774-780). Con toda seguridad Carlomagno se inmiscuyó en cuestiones eclesiásticas y hasta dogmáticas. Pero ello fué consecuencia de su fuerte personalidad —sus sucesores no acertaron a mantener esta actitud— y de su activo interés en la empresa cristiana, nutrido en la lectura de las obras de San Agustín. *Rex* y *sacerdos* es llamado por los dignatarios de su corte y por los obispos (vid. Hartung 27), pero sólo en una ocasión, en una carta a León III (citada por Pirenne 207), se llama a sí mismo rey y sacerdote. Por lo demás esta denominación, lo mismo que la de *novus David*, son usadas por cortesanos y poetas de la corte merovingia, para designar a los reyes de esta dinastía (vid. Eichmann *Königsweihe* 9 y sigt. Kampers *Rex et sacerdos Hist. Jahrb. d. Görres Gesellschaft* 45 (1925) 497. Patzelt *Die Karolingische Renaissance* (1924) 125. También en el concilio de Calcedonia (451) fué aclamado el emperador Marciano por los obispos como *rex et sacerdos*. Por otra parte, la curia utilizó desde Inocencio III, en su lucha contra el imperio, la figura bíblica del sacerdote-rey Melchisedek (vid. Burdach II, 1, 240 y sigt.). Puesto que la idea germánica sacerdocio-realeza, no parece haber estado profundamente arraigada en los cortesanos, poetas latinos y obispos cristianos, hay que aceptar como más probable el origen bíblico-cristiano-byzantino de esta representación. Así, Kampers 500 y sigt. Torsten 49, 64, admite sin prueba, la transformación del concepto bíblico cristiano en otro germánico, en que esta denominación es referida al soberano, considerado como portador del carisma especial de la realeza. Vid. suplementos, p. 354.

Desde el siglo V hasta el VIII, estas doctrinas tuvieron plena justificación. En esta época, el imperio mediterráneo sometido a los emperadores romano-orientales era una realidad (6) y el poderío cultural influjo de éstos no puede ser menospreciado (7). Desde fines del siglo V se aprecia un fuerte incremento del poder bizantino. En el año 488, el ostrogodo Teodorico conquistaba Italia cumpliendo el mandato del emperador Zenón. En época de Justiniano se asientan los bizantinos en algunos territorios de España, aniquilan a los vándalos en África y también a los ostrogodos de Italia. Jurídicamente considerados, tales acontecimientos no constituyen en realidad conquistas de ajenos Estados, sino más bien, empleando una palabra muy del gusto francés después de la primera guerra mundial, «desanexiones», esto es, recuperación de algunas provincias temporalmente perdidas (8). Favoreció esta concepción la actitud de los germanos y sus reyes; éstos se establecieron en el solar del imperio romano, no se mostraron enemigos de la cultura de Roma, sino por el contrario, muy abiertos a las ventajas que esta cultura ofrecía y no aniquilaron la población romana, sino que convivieron con ella. Los reyes germánicos sintieron profunda admiración por la grandeza del imperio romano y del emperador, toman los títulos romanos (*cónsul*, *patricius*, *magister militum*); usan las denominaciones propias de la dinastía flavia y respetan la moneda de oro de los emperadores, lo que asegura curso mundial al sólido bizantino (9). Eran reyes de sus pueblos, pero *foederati* de Roma o de Bizancio, y como tales, generales romanos, a pesar de que cobraban tributos, o según la concepción bizantina, recibían dádivas y obsequios (10). Las manifestaciones de

(6) Vid. Koschaker, 5 y sigs.; Pirenne, 35 y sigs., 126.

(7) Koschaker loc. cit. Ostrogorsky, 30, 42; Pirenne, 44.

(8) Vid. Koschaker, 10 y sigs., y la bibliografía que allí se cita, y, además, Ensslin, *Hist. Jahrb. der Görres-Gesellschaft*, 56 (1936), 505 y sigs.; Hartung, 3, 5, 7; Mitteis, *Staat des Mittelalters*, 28 y sigs.; Norden, en *Kultur der Gegenwart Teil, I, Abt.*, 8; *Griech. und. Lat. Literatur* (1912), 484; Patzelt, *Karolingische Renaissance*, 113; Pirenne, 16, 20 y sigs.; Gogelstein, *Kaiseridee und Romidee. Hist. Untersuchungen*, editados por Kornemann, VII, 1913, 33. Sobre el sólido bizantino (νόμισμα), vid. Ostrogorsky, 23.

(9) Treitinger, 202.

(10) Dawson, 89; Hartung, 6; Koschaker, 11; Pirenne, 9.

D. romano.

Segismundo, rey de los burgundos, al emperador: *vester quidem est populus meus, sed me plus servire vobis quam illi praeesse delectat* y las de Ataúlfo según Orosio *Adversus paganos* VIII 48 (11): «Un día quiso extirpar el nombre de Roma y ser fundador de un imperio gótico, pero poco a poco fué reconociendo que los godos, bárbaros sin freno, no tenían poder bastante para crear un Estado sin las leyes de Roma, y acabó por preferir cooperar con las fuerzas de los godos al mayor esplendor romano», podrán estar inspiradas en un sentimiento de devoción cortesana, pero no constituyen una adulación hipócrita. Los longobardos, últimos conquistadores de Italia, que rompieron toda relación con Bizancio y como arrianos se mostraron enemigos del papa, constituyen una excepción en la tónica general de los pueblos germánicos (12).

Una estimación especial merece el dominio en Italia del ostrogodo Teodorico; algunos modernos historiadores germánicos se inclinan a considerar este dominio como un gran imperio germánico vid. Steinbach *Das Frankenreich Handbuch der deutschen Geschichte* I, 126; Scholz *Germanischer und römisches Kaisergedanke im Mittelalter*, *Zeitschr für deutsche Geisteswissenschaft* III (1940) 129 y, sobre todo, Mitteis (H) *Staatliche Konzentrationsbestrebungen im grossdeutschen Raum Festschr. f. Zycha* (1941) 66 y sigt. Esta concepción pasó a la literatura nacional socialista. Sobre el tema vid. Westphal *Das Reich* I (1941), 129-131; E. Schmidt *Papstum u Kaisertum im Reich und Reichs-feinde*, *Schriften des Reichsinstituts für Geschichte des neuen Deutschland* IV (1943) 36 y sig. 42; Rein *Europa und das Reich. Veröffentlichungen des deutschen Instituts f. aussenpolitische Forschung* publicado por Berber XVI (1943) 11; vid. también Torsten Riche 31 y sigt. 39. Ciertamente que Teodorico extendió sus dominios hacia el norte, incorpo-

(11) Vid. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del Diritto comune*, I (1938) páginas 116 y sigs.

(12) Vid. Koschaker, 6, y las notas 1 y 2, en las que se cita bibliografía. Sobre la administración de Italia en la época bizantina, vid. Besta, 201; Leicht, 50 y sigs.; Ganshof, *L'Italie byzantine et lombarde*, de 565 a 751; *Histoire du moyen age*, I, 210 y sigs.; Solmi, *Storia del Diritto italiano* (3.^a) 1930, 72 y sigs.

rando a ellos la Provence y consiguiendo, mediante una hábil política matrimonial, que le indujo a casar a su hermana y a su hija con otros reyes germánicos, consolidar sus conquistas (vid. Holtzmann *Festschr. Haller* (1940) 99 y sigt. Lot, *Theodoric Historie du moyen age* I, 119 y sigt. Moss, *The birth of the middle age* (1935), 71 y sigt. Pirenne 45. Estos hechos originan la opinión aquí criticada. Si no me equivoco fué primero Stengel *Den Kaiser macht Heer* (1910) 16 *Kaisertitel und suveränitätsidee. Archiv. f. Gesch. d. Mittelalters* III (1939) 3 y sigt., 7 y sigt., 11 y sigt., 22 y sigt., quien llamó la atención de los investigadores sobre el hecho de que mucho antes de Carlomagno, los reyes anglosajones de Inglaterra, y en España los reyes de León, usaban el título de emperador, cuando consiguieron una situación de preeminencia respecto a los demás reyes. Esta referencia a un imperio «libre de Roma», ha hallado en la investigación alemana amplia resonancia y se quiso ver como un eco de la idea hegemónica de este imperio, en el ducado germánico (cid. Lintzel, *Das abendlandische Kaisertum in 9 und. 10 Jahr «Welt als Geschichte»* IV (1938) 444 y sigt. H. Mitteis, *Staat des Mittelalters* 149 y sigt. Scholz 117, 119, y sigt. Srbik, *Hist Zeitschr* 164 (1941) 459; Tellenbach, *Entstehung des deutschen Reichs* 151. Aplícase esta idea al imperio de Teodorico y se llega así a atribuir al mismo un carácter germánico. Ahora bien, el principio de la hegemonía no es específicamente germánico, y aunque lo fuera, no se conseguiría probar con ello que la relación de Teodorico con los visigodos, burgundios, francos, entrañase una posición hegemónica del caudillo ostrogodo. Este nunca fué llamado *imperator*. Teodorico fué germano y penetró en la leyenda alemana con el nombre de Dietrich von Bern. Pero este germano hizo su educación en la corte bizantina, fué adoptado por el emperador, casó con una princesa bizantina, fué *cónsul* romano, *patricio* y *magister militum*; su hija Amalasuntha tenía una mentalidad netamente romana, y su yerno Theodahat se gloriaba de ser un platónico entusiasta. El mismo Teodorico se llama *propagator romani nominis*, en su corte rigió el ceremonial bizantino, y según Casiodoro (*Variae* III, 17 M G auct. ant. XII, p. 88), Teodorico desea que sus godos usen la toga y abandonen sus costumbres rústicas y bárbaras (vid. Schramm *Kaiser, Rom und renovatio* I, 41⁴). Pudo muy bien Teodorico haber abrigado el deseo de fomentar la convivencia y armonía de godos y romanos, designio favorecido indudablemente por

el sistema romano de la tercia y dificultado al mismo tiempo por el arrianismo que Teodorico profesaba, y por la circunstancia de reservarse éste exclusivamente la prestación del servicio militar y los mandos del ejército. La administración romana, por otra parte, seguía su curso. Teodorico reconoció las prerrogativas del emperador romano-oriental y, como magistrado romano, publicó edictos y no *leges* y acuñó moneda con el nombre del emperador, lo que todavía siguió haciendo el rey Teja al tiempo de su lucha desesperada con Narses. (Vid. Schmid *Die letzten Ostgoten* (Abhandl. Berlin ph. h. Kl. 1943, núm. 10) 8. El mismo H. Mitteis *Stadt des Mittelalters* 28 y sigt., reconoce que el Estado de los ostrogodos estaba fuertemente romanizado. (Vid. Besta, *Storia del Diritto italiano Dir. publico* (1941, 26 y sigt. P. S.; Leicht, *Storia del Diritto italiano. Dir publico*² (1940), 50 y siguiente. Lot. 112, 114 y sigt. Moss 69 y sigt. Pirenne 26, 28 y siguiente.

La historia, ha aplicado a Teodorico el sobrenombre de grande. Es posible que éste proyectara organizar su dominio en un verdadero imperio, animado de una fuerte agresividad contra Bizancio. La encarnizada lucha emprendida por Bizancio contra los ostrogodos después de la muerte de Teodorico, prueba que los bizantinos sintieron el poderío de éste como una seria y continua amenaza. Sin embargo, el atribuir a Teodorico el proyecto de organizar un gran imperio germánico me parece una sobrevaloración exagerada de su germanismo a costa de su verdadera individualidad.

Queda todavía la noticia muy bien documentada de que Carlomagno quiso trasladar la estatua ecuestre de Teodorico, de Ravena a Aquisgrán y colocarla ante el palacio del emperador (cid. Löwe 162 H. Mitteis 82; Naumann, *Karls germanische Art en Karl der Grosse oder Charlemagne* 31). Naturalmente hizo esto, movido de la simpatía que profesaba a Teodorico. Sobre los motivos de esta simpatía sólo hay presunciones. La suposición de que Carlomagno viera en Teodorico la encarnación de la idea de un imperio germánico, no es más aceptable que la de que Teodorico fuera para Carlomagno el precursor de la lucha contra Bizancio, y su hostilidad a los bizantinos, la razón de la simpatía de Carlomagno por Teodorico.

A una distancia de doscientos cincuenta años, el hecho de que la lucha comenzase después de la muerte de Teodorico, no debió de pesar mucho en la mente de Carlomagno. Que Carlo-

magno no amó a los bizantinos sería cierto, aunque no poseyéramos los *libri carolini* (vid. Brackmann en *Karl. d. Gr. oder Charlemagne* 86 y sigt. ges. *Aufsätze* 261. Lowe 150 y siguiente. Ostrogorsky 127, Parzelt 118 y sigt.

El poder del imperio romano-bizantino al comienzo de la Edad Media era un poder firme. Sus navíos dominaban el mediterráneo. Italia y la misma Roma se bizantinizaban (13) y el papa era, sí, el primer patriarca del imperio, pero súbdito bizantino. No fueron los germanos quienes acabaron con el *imperium romanum* (14), sino el Islam. Es este un postulado que Pirenne situó bajo una nueva luz. A partir de año 634 el Islam, empezando por Syria, fué despojando a Bizancio una tras otra de sus provincias mediterráneas; se apodera de la costa norte de Africa (697-711¹), además de Egipto (639-641), se establece en Sicilia y en Italia meridional, penetra en España, y atravesando el Pirineo llega hasta el sur de Francia. Con las batallas de Tours y Poitiers (732), los francos, con Carlos Martel, ponen término a las conquistas islámicas (15).

Era este un asentamiento en el solar de Roma muy distinto del de los germanos. Los germanos tuvieron ciertamente una propia concepción del mundo, pero tal concepción no puede compararse al empuje fanático y arrollador de la religión mahometana. El Islam fué tolerante; sin embargo, como dice

(13) Vid. Pirenne, 123.

(14) Vid. Moss, 149 y sigs.; Ostrogorsky, 68 y sigs., 72 y sigs.; Pirenne, 136 y sigs.

(15) En el siglo IX con los abasidas, el Islam recibió también el influjo de la cultura clásica. En realidad, trátase más bien de un movimiento docto que determina que en Bizancio, Siria y Egipto, los sabios del Islam traben conocimiento con la filosofía aristotélica y con el neoplatonismo, con la matemática griega y con la medicina y ciencias de la naturaleza. Estas conquistas científicas son luego conocidas en Occidente, durante los siglos XII y XIII, a través de traducciones latinas de las obras árabes que las recogían, sobre todo desde que en Córdoba, durante el Califato, se crea un centro de superior cultura con gran poder de radiación. Vid. Dawson, ob. cit., 150 y sigs., 166 y sigs., y, en general, Furlani, *La filosofia araba*; R. Accademia d'Italia, *Conferenze e letture del Centro-studi per il vicino oriente. II: Caratteri e modi della cultura arabe* (1943); Mieli, *La science arabe* (1938).

Pirenne (130 y sigs.), sometió la vida toda a la doctrina de Aláh y del Profeta; sojuzgó a los vencidos y les obligó a aprender la lengua de los vencedores. Era éste un mundo extraño que ahora había tomado posesión de las costas meridionales y sud-orientales del Mediterráneo. La Italia meridional y la Sicilia fueron de nuevo conquistadas por los normandos. El mundo árabe no quiso compromiso alguno, ni conciliación, con los elementos grecorromanos, propios de la cultura mediterránea (16).

Las consecuencias fueron la destrucción del poderío marítimo del imperio bizantino y de la cultura mediterránea del imperio mundial de Roma (17). Ciertamente que los bizantinos no cedieron el dominio del mar Mediterráneo a los árabes de un modo absoluto, sino que se afirmaron en la zona oriental de este mar. En la alta Edad Media, por efecto de las Cruzadas, el dominio del Mediterráneo, en parte muy principal, pasa de nuevo a las potencias occidentales, especialmente a las Repúblicas italianas de Pisa, Génova y Venecia. Esta última constituye una perenne amenaza para los Estados bizantinos. Sin embargo, la costa norte de Africa quedó en posesión del Islam, luego que en la primera mitad del siglo XII intentaron los normandos, sin resultado, establecerse en ella (operando a tal fin desde Sicilia), o por lo menos, someterla a protectorado (18). Desde los siglos XIX y XX esta costa es territorio colonial de las grandes potencias europeas; de ellas tomaron los africanos elementos culturales, especialmente de carácter técnico; sin embargo, en lo esencial, todo este territorio pertenece al Islam y no a Europa.

Profundo fué el efecto de las conquistas del Islam en el Mediterráneo, especialmente en lo que se refiere a Bizancio. Los bizantinos eran todavía a la sazón potencia respetable, con predominio marítimo en el mar Egeo; bajo los emperadores sirios en el siglo VIII, fortalecieron su poderío militar y bajo los emperadores macedónicos en los siglos X y XI experimen-

(16) Pirenne, 132 y sigs., 143 y sigs., 153.

(17) Halphen, *L'essor de l'Europe* (1932), 84.

(18) Dawson, 170 y sigs., 173 y sigs., 175 y sigs.; Moss, 187 y sigs.; Otrogorsky, 102 y sigs. 150 y sigs.; Pirenne, 195 y sigs.

taron un renacimiento cultural (19) que les convirtió en centro espiritual de indudable importancia. Ejercieron fuerte influjo en las tierras eslavas, y especialmente en Rusia, transmitiendo a estos territorios la cultura romana con vestiduras bizantinas (20). Ahora bien, Bizancio ya no es entonces una potencia mediterránea; ha perdido las posesiones occidentales, y su dominio en Italia ha experimentado una gran merma por efecto de la invasión longobarda. Por esta razón, la influencia de Bizancio se desplaza hacia Oriente, y a pesar de su fidelidad a las tradiciones romanas, va convirtiéndose más y más en un Estado oriental que debe su fuerza principalmente a las provincias del Asia Menor. La primitiva oposición al oeste y centro del Mediterráneo, apenas sofocada en las clases superiores por la cultura mediterránea clásica que éstas poseían, comienza de nuevo. Esta oposición y la tradicional hostilidad al tardo imperio de Occidente, juntamente con la irrupción mongólica provocada por la debilitación de Bizancio, irrupción que en los años 1237 y 1240 destruye el viejo imperio de Kiew, y hace que a partir de este momento Rusia viva aislada de la cultura de Europa durante cuatro siglos (21), han sido las causas de que este extenso Estado nunca, ni siquiera en el siglo XIX, perteneciera en realidad a Europa. Oriental fué también el movimiento iconoclasta del siglo VIII, que separó a Bizancio del Pontificado romano (22) separación que ni siquiera el Concilio de Nicea del año 787 pudo evitar (23). A esto hay que añadir que Bizancio no estaba a la sazón en condiciones de proteger al Papa contra los longobardos (24). Todo lo expuesto contribuyó a decidir al Papa a des-

(19) Koschaker, 7. 1.^a

(20) Brackmann, *Das Mittelalterliche Deutschland als Vormacht Europas* (Ges. Aufsätze), 15 y sigs.; Halphen, 410 y sigs.

(21) Leich, 76 y sigs.; Ostrogorsky, 107 y sigs., y 110 y sigs.

(22) Ostrogorsky.

(23) Vid. suplemento.

(24) Koschaker, 3, y la literatura allí citada, y, además, Caspar, *Zeitschr. f. Kirchengeschichte*, 54 (1935), 136 y sigs.; Haller (1940), 105 y sigs.; Pfister-Ganshof, *Le regne de Pipin le bref ou le regne de Charlemagne*, «Histoire du moyen age», I, 406 y sigs., 438-448; Pirenne, 198 y sigs., 201-206.

ligarse de Bizancio y a buscar una protección más eficaz en Occidente, en el imperio franco bajo los carolingios, iniciándose unas relaciones, las cuales, al producirse la aniquilación de los Estados longobardos, determinaron al Papa a interesarse progresivamente por el imperio de los francos y a participar en la coronación del emperador Carlomagno (25). Resulta ocioso pensar cómo hubieran ocurrido ciertos hechos históricos de no producirse determinados acontecimientos. En el caso presente, vale la pena, sin embargo, conjeturar lo que hubiera ocurrido, o mejor aún, lo que no hubiera ocurrido, si los árabes no hubieran anulado el imperio mediterráneo de Bizancio, conservando éste sus energías y manteniendo al Papa bajo su dependencia. Una personalidad tan relevante como la de Carlomagno se hubiera dado seguramente a conocer. Es aventurado hipotetizar sobre lo que hubiera ocurrido con el desplazamiento del centro político de Occidente hacia el Norte, es decir, hacia un territorio que para el imperio romano mediterráneo representaba una zona lejana, y sobre si hubiera sido posible la conexión del Papado con este nuevo centro de soberanía política. Ambos momentos caracterizan la nueva situación y son decisivos en la génesis de Europa. Refléjense también en la coronación de Carlomagno por el Papa León III en la Navidad del año 800.

(25) Pirenne, 210. El libro de Pirenne ha hallado en la literatura alemana fuerte oposición. Vid., además, el libro de Patzelt, *Die fränkische Kultur und der Islam* (1932), en el que su autor discute la tesis de Pirenne ya manifestada por éste en otros escritos anteriores, y la literatura citada por Dölger, ob. cit., 264. Además, Kaphahn, *Zwischen Antike und Mittelalter* (1944), 211. No hemos de entrar ahora en esta polémica. Los adversarios de Pirenne no captan bien la tesis de éste sobre la situación política mundial durante el auge de los carolingios en Occidente. Lo mismo puede decirse de la objeción de Dölger, 265 y sigs., de que no es cierto que por efecto de las conquistas árabes, se paralizara el comercio entre el Oriente griego y el Occidente, esto es, el imperio de los francos. Esto no afecta a la cuestión decisiva en la posición de Pirenne. Ciertamente que Bizancio subsistió como poder comercial y marítimo aun después de las victoriosas expediciones de los árabes. Pero luego que por efecto de estas victorias perdió Bizancio las costas meridional y occidental y buena parte de la oriental del Mediterráneo, no puede ya ser considerado como potencia mediterránea, y su posición como continuadora del imperio romano sufre una fuerte merma. Esto es lo que importa puntualizar.

CAPITULO III

LA CORONACION IMPERIAL
DE CARLOMAGNO

SOBRE el sentido y significación del acto de la coronación de Carlomagno se ha escrito muchísimo en estos últimos tiempos, especialmente en Alemania, y en orden a su valoración, discrepan mucho los autores (1). Sin embargo si no me equivoco, se puede apreciar una cierta coincidencia negativa, a saber: la convicción general de que no significa una renovación del antiguo imperio romano (2). Carlo-

(1) Vid. además de la literatura citada por Koschaker, 2, el libro de Heldmann, *Das Kaisertum Karls des Grossen* (1928); Brackmann, *Die Erneuerung der Kaiserwürde im Jahre 800*, *Festschr. f. Hauck* (1916), 129, 133; *Ges. Aufsätze*, 41 y sigs.; *Kaisertum und römische Kirche*, en «Karl der Grosse oder Charlemagne», 80 y sigs., 88 y sigs.; *Ges. Aufsätze*, 261 y sigs.; Caspar, *Das Papsttum unter fränkischer Herrschaft*, «*Zeitschr. f. Kirchengeschichte*», 54 (1935), 214 y sigs., 219 y sigs., y 231 y sigs.; Dawson, 221 y siguientes; Dopsch, *Der Reichsgedanke zur Zeit der Karolinger*, «*Festschr. f. Haller* (1940), 133; Eichmann, *Die Kaiserkrönung im Abendland*, I (1942), 23 y sigs.; Lintzel, *Das abendländische Kaisertum im 9 und 10 Jahrhundert*, «*Welf als Geschichte*», IV (1938), 424 y sigs.; Löwe, *Die Karolingische Reichsidee und der Südosten* (Dis. Berlín, 1937), 157 y sigs.; H. Mitteis, *Staat d. Mittelalters* (1940), 77 y sigs.; Moss, *The birth of the middle ages* (1935), 222 y sigs.; Patzelt, *Karolingische Renaissance* (1924), 122 y sigs., 163; Pfister Ganshof, *Le regne de Charlemagne*, «*Histoire du Moyen Age*», I (1940), 474 y sigs., 479; Pirenne, 208 y sigs.; Steinbach, *Das Frankenreich im Handbuch der deutschen Geschichte*, I (1935), 137; Stengel, *Den Kaiser macht das Heer* (1910), 33 y sigs.; *Kaisertitel und Souveränitätsidee*, «*Deutsche Archiv f. Gesch. d. Mittelalters*», III (1939), 24; Tellenbach, *Röm. und christlicher Reichsgedanke in der Liturgie des frühen Mittelalters*, «*Sitz. Ber. Heidelberg, ph. h. kl.*», 1934-35, nr. 1, 33.

(2) Discrepa Schramm, *Kaiser, Rom und Renovatio*, I, «*Studien der Bibliothek Warburg*», XVII, (1929), 12 y sigs., 42 y sigs.; Holtzmann, *Hist. Zeitschr.*, 159 (1939), 133. Esta opinión no está confirmada por la bula denominada *renovatio imperii romani*, cuya autenticidad no es segura. Trátase de una docta especulación de clérigos cortesanos. El título de la Bula viene

magno no juzgó muy favorablemente este imperio pagano. En los *Libri Carolini*, escrito polémico mandado redactar por Carlomagno contra el Concilio de Nicea, que terminó la cuestión promovida por los iconoclastas, el mundo antiguo es recusado abiertamente, y frente a él se coloca el imperio franco, comparándose el imperio romano con los cuatro animales del libro de Daniel, 2, 40. De los emperadores romanos se dice que deben ser odiados por el cristiano, porque ellos odiaron al Señor. Añádase a esto que Carlomagno no tuvo relación alguna con la antigüedad. Las grandiosas construcciones de los emperadores romanos que en tiempo de Carlomagno todavía debían conservarse en bastante buen estado, nada o poco le decían. Cuando Carlomagno fué a Roma, su viaje, según el biógrafo Einhart refiere, obedeció al deseo de orar ante el sepulcro de los Apóstoles y después de su coronación, Carlomagno, no volvió ya a la ciudad eterna (3). No podemos, pues, suponer en Carlomagno una inclinación apasionada hacia el imperio romano, y menos puede hablarse, naturalmente, de la renovación del imperio romano occidental, ya que éste no fué jamás imperio independiente, sino parte tan sólo del imperio romano (4).

A lo dicho hay que añadir que Einhard, *Vita Caroli*, 28, nos refiere que Carlomagno fué desagradablemente sorprendido por el acto de su coronación (5), y entiéndase bien, no porque disgustara a Carlomagno la dignidad imperial, sino porque le contrarió que ésta le fuera conferida por el Papa (6). Piénsese que trece años más tarde, es el propio Carlomagno

a ser como los versos del obispo Modoin de Auxerre (*M. G. Poetae lat.*, página 385, v. 26 y sig., vid. también Dawson, 222): *rursus in antiquos murata saecula mores aurea Roma iterum renovata renascitur orbi*.

(3) Brackmann, *Ges. Aufsätze*, 6, 73, 266; Dopsch, 136; Patzel, 151.

(4) Esta tesis defendida por el bizantinista Bury (en contra Ostrogorsky-137) es sustentada hoy muy raramente. Vid. Caspar, *Zeitschr. f. Kirchengesch.*, 54 (1935), 239; Hiltebrandt, *Die Kaiseridee* (1941), 27.

(5) Quo tempore imperatoris et augusti nomen accepit; quod primum in tantum aversatus est, ut adfirmaret, se eo die, quamvis praecipua festivitas esset, ecclesiam non intraturum, si pontificis consilium praescire potuisset.

(6) Brackmann, *Festschr.*; Hauck, 133, *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 88 y sigs.

quien corona a su hijo Luis, el piadoso, en Aquisgrán, y esta misma práctica se establece en la *ordinati imperii*, 817, hecha por Luis el piadoso para la coronación imperial de su hijo Lotario (7). También da que pensar el hecho de que estas coronaciones seculares fueran completadas posteriormente por los Papas, coronando Esteban V, en Reims, el año 816, a Luis el piadoso, y Pascual I, en Roma, el año 823, a Lotario (8). Hoy sabemos que la coronación imperial de Carlomagno, habida cuenta de la época en que tuvo lugar, se halló fuertemente influenciada en su forma por el modelo bizantino (9); sabemos que la coronación del *Basileus* por el patriarca de Constantinopla no tuvo, por lo menos originariamente, efecto constitutivo. Más bien poseyó tal efecto, la aclamación por el pueblo reproducida en Roma en forma de *laudes* (10). Además, el Papa tenía una función muy distinta de la que tenía el patriarca, el cual residía en la misma ciudad que el emperador bizantino, esto es, en Constantinopla. En la parte occidental del imperio, más libre de la tutela del emperador que lo estuvo la parte oriental (11), por influjo de San Ambrosio, obispo de Milán, fué la Iglesia (sobre todo cuando en Occidente ya no hubo emperadores) y el Papa con la Iglesia, la representación más auténtica de la romanidad, hecho que se revela con fuerza singular en tiempos de León el Grande (440-461) (12). A ello responde la teoría de los dos poderes formulada en el año 494 por el Papa Gelasio I, según la cual existen dos poderes consti-

(7) Eichmann, *Kaiserkrönung*, I, 34 y sigs., 40 y sigs.; Lintzel, 429; H. Mitteis, *Staat des Mittelalters*, 77 y sigs.; Steinbach, 137.

(8) Brackmann, *Ges. Aufsätze*, 47, 100.

(9) Eichmann, *Kaiserkrönung*, I, 23 y sigs.

(10) Eichmann, 25 y sigs.; Treitinger, 27 y sigs.; Duda Ostrogorsky, 34 y sigs., 35.

(11) Lietzmann, *Das Problem Staat und Kirche im weström. Reich*, «Abhandl. Berlín ph. h. kl.», 1941, núm. 10, 8 y sigs.

(12) Vid. la alocución del Papa al pueblo de Roma con motivo de la fiesta del Príncipe de los Apóstoles (Leonis Magni, sermones, 82, citado según Dawson, 193): «Esto es lo que te ha dado la gloria de ser un pueblo santo, un pueblo elegido, una ciudad sagrada y real; lo que te ha hecho cabeza del mundo por la Silla de San Pedro y a lo que debes el tener un poder, por la fe, mucho más extenso que por su alcance terrenal.» Esto es casi nacionalismo romano con vestidura cristiana.

tuidos por Dios, la *auctoritas sacrata* del Papa y la *regalis potestas*, las cuales sirven para conducir y guiar a la humanidad, prestándose a tal fin recíproco apoyo (13). Sobre si la *donatio Constantini*, falsificada en la curia a mediados del siglo VIII, y por la cual el emperador Constantino, luego que se trasladó a Bizancio, donó al entonces Papa Silvestre I la ciudad de Roma y las provincias de Italia (14), influyó, como Brackmann supone, en la actitud de León III en la cuestión de la coronación, nada puede afirmarse con seguridad (15), ya que indicios firmes de utilización de este documento, sólo se ofrecen en la segunda mitad del siglo IX, cuando un nuevo falsario lo incluye en las Decretales pseudoisidorianas (16).

Sin embargo, aunque León III se hallara en una situación respecto a Carlomagno poco favorable (17), de ello no puede deducirse que fuera aquel, sumiso instrumento en manos del emperador (18). El obispo de Roma, a diferencia de lo que ocurría

(13) Schram, I, 16; Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I (1938), 155 y sigs.

(14) Vid. S. Leicht, *Storia del Dir. it. Dir. Publ.*, 2.^a, 78 y sigs.

(15) Brackmann, *Festschr.*, Hauck, 133; *Ges. Aufsätze*, 41 y sigs., en «Karl d. Gr. oder Charlemagne», 82; *Ges. Aufsätze*, 261 y sigs.; duda Eichmann, *Kaiserkrönung*, I, 28 y sigs.

(16) Vid. Schramm, I, 23 y sigs. Es dudoso que el Papa Adriano I, en la carta MG, Epp, III, pág. 587 que dirige a Carlomagno, y en la que haciendo referencia a Constantino le pide que haga donativos a la Iglesia como los hizo éste, aluda a ella. Vid. Brackmann, *Ges. Aufsätze*, 69. Gran relieve e importancia adquiere la donación de Constantino, en los siglos siguientes de luchas entre el Papado y el imperio. Vid. Burdach, *Vom Mittelalter zu Reformation*, II, 1 (1913-1928), 223 y sigs.; Schramm, I, 71 y sigs.

(17) Vid. Caspar, *Zeitschr. f. Kirchengeschichte* 54 (1935) 219 y sigs.; Pefister Ganshof, «Le regne de Charlemagne», en *Histoire du Moyen age*, I, 448.

(18) Brackmann, *Der römische Erneuerungsgedanke und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. kl., 1932), 348 y sig. *Ges. Aufs.*, 108 y sig., parece situar al Papa en la coronación de Carlomagno, en plano excesivamente destacado al intentar explicar ésta como recurso del Papa para asegurarse frente a Bizancio el imperio de los francos y la nobleza de Roma con la cual tuvo frecuentes diferencias. En todo caso, el intento no tuvo pleno éxito y, por otra parte, Brackmann reconoce muy certeramente que por la aceptación del título de emperador, Carlomagno no se plegó a los deseos de la curia, además de que el acto de la coronación nada tiene que ver con la renovación del imperio romano.

con el patriarca de Constantinopla, se apoya en una tradición. Ciertamente que en él, período del dominio bizantino, la posición del Papa había decaído y que no había transcurrido aún mucho tiempo desde que el papado consiguió liberarse de la opresión de Bizancio. Ahora bien, la coronación imperial, al situar en plano relevante la intervención del Papa, sentaba las bases de la ulterior significación ritual del acto, como otorgamiento de la dignidad de emperador por el Papa, poniendo al mismo tiempo el germen de aquella doctrina tan difundida a partir del siglo IX, que consideraba el *imperium* como un poder que Bizancio concedía al emperador de occidente por la mediación del Papa (19). Setenta años después de la coronación de Carlomagno, el hijo de éste, como justificación del título de emperador que ostentaba, invoca en un escrito dirigido al *basileus* Basilio I, el hecho de haber sido ungido por el Papa; más tarde Oton IV y Federico III se aplican la denominación de «emperadores por la gracia de Dios y del Papa» (20) (21).

El emperador reaccionó contra la política de la curia. La noticia que hallamos en Vidukind de Corvey, que escribió poco después de la coronación de Oton I (962), de que éste, tras la batalla de Lechfelde, fué aclamado emperador por el ejército, hecho que pudiera interpretarse como la expresión de un imperio nacional libre de la intervención de Roma, es de dudosa veracidad (22). Por otra parte, no puede desconocerse que el electo rey de Alemania, por el poder que *de facto* ejercía sobre este país y sobre los territorios vecinos de

(19) Lorscheer, *Annalen* (MG, Script., I, pág. 38): *Quia tunc cessabat a parte Graecorum nomen imperatoris et femineum imperium apud se habebant (la emperatriz Irene), tunc visum est et ipso apostolico Leoni et universis sanctis patribus... seu reliquo christiano populo, ut ipsum Carolum regem francorum imperatorem nominare debuissent*» y además de la bibliografía citada en Koschaker, 5, nota 3, vid. Ercole, *Impero e papato nella tradizione giuridica bolognese*, en *Atti e Memorie della R. Deputazione di storia patria per la provincia di Romagna*, Ser. 4, vol. I, 1910-1911, pág. 4; Brackmann, *Festschr.*, Hauck, 126 y sig., Lintzel, 434 y sig.; Stengel, *Den Kaizer macht das Heer*, 33 y sig.

(20) Koschaker, 8, nota 2.

(21) Vid. Eichmann, *Kaiserkrönung*, I, 246, 267.

(22) Stengel, *Den Kaiser macht das Heer*, 17 y sig., 29, 33 y sig.

Bogoña e Italia (el llamado *regnum*) (23), se hallaba en una situación que podía muy bien considerarse, como requisito previo para la posesión de la dignidad imperial, tanto más cuanto que ya bajo los emperadores sajones se reconoció que el electo rey alemán tenía una suerte de expectativa a la coronación como emperador de Roma. En esta posición y poder especiales del rey alemán, podía apreciarse un como imperio nacional, distinto del imperio mundial que solo el Papa, previo examen de la aptitud del pretendiente podía conceder (24). En la época de los Staufen se afirma más esta concepción (25) y la instrucción de la Kurverein de Rens (1338) contiene su formulación jurídica. La coronación imperial en Roma se reduce a un mero ritualismo hasta Federico III, el último emperador alemán coronado allí, y degenera más tarde en una formalidad potestativa, hasta que por fin desaparece definitivamente. Sólo la obediencia que al Papa prestaba el emperador elegido, constituye el último recuerdo de la primitiva coronación imperial (26). Ciertamente que esta evolución tiene lugar en una época en que las disputas entre el imperio y el papado habían causado a ambas instituciones grave quebranto y una notable mengua de sus poderes, con lo que la cuestión de la coronación había perdido interés y actualidad.

(23) Vid. Stengel, *Regnum und Imperium* (Discursos académicos de Marburgo, núm. 49, 1930). Los límites de Italia determinanse según las doctrinas jurídicas italianas de los siglos XIV y XV conforme a la situación en tiempos de Carlomagno y Oton el grande. Según esto, Venecia no pertenece al *regnum* por ser a la sazón bizantina y lo mismo los reinos de Nápoles y Sicilia, los cuales no son más vasallos del emperador que puedan serlo Francia o España, por ejemplo. Vid. Ercole, 85 y sig.

(24) Vid. Ercole, 92, y ahora especialmente H. Mitteis, *Die deutsche Königswahl* (1944), 105, 123 y sig., 184, 216, 218 y sig., 231 y sig.

(25) Considérense las orgullosas palabras con las que Federico I, según Otto von Freising, rechazó el ofrecimiento de los romanos, de recibir de manos de éstos la corona imperial: «En nosotros está todo lo que os atrevéis a entregar... No ha sido Roma graciosamente donada a los francos y a los alemanes, sino que el valor de éstos fué lo que conquistó Italia a los griegos y longobardos (citado según Heimpel, *Kaiser Friedrich Barbarossa un die Wende der staufischen Zeit*, Discursos de la Universidad de Strasburgo, núm. 3 (1942), 27 y sig. Vid., además, Brackmann, *Ges. Aufs.*, 350 y sig.

(26) Vid. Feine, *Das Werden des deutschen Staats mit dem Ausgang des hl. röm. Reichs* (1936), 5; *Tausend Jahre deutschen Reichs* (1941), 22 y sig.

De todas estas concepciones teóricas ninguna había cuajado ciertamente en el año 800. Pero es indudable que sus gérmenes aparecen ya en estas fechas, tanto la significación curial de la coronación como su interpretación imperial posterior. Según esta última, a Carlomagno corresponde la corona de emperador por el poder que supo conquistar, por su dominio sobre los *regna Francorum et Langobardorum*. Se comprende que a la fuerte personalidad de Carlomagno no había de resultar grato, el recibir, aunque sólo formalmente del Papa como regalo, lo que por sí mismo podía tomar. El pensamiento de Carlomagno en este punto se refleja de modo elocuente en los títulos imperiales (27) que usa y en los que no se contiene la más leve alusión a la participación del Papa en su coronación. Carlomagno es *imperator a Deo* ó *divino coronatus* y «por la Gracia de Dios (*divina largiente gratia*). Siendo precisa como es la intervención del Papa, éste media únicamente como servidor o ejecutor de la voluntad divina, y por esta razón no se cree oportuno mencionarle (28).

(27) Vid. la combinación de los títulos imperiales de Carlomagno, en Caspar, *Zeitschr. f. Kircheng.*, 54 (1935), 260 y sig.

(28) Resulta sintomático que desde el siglo XII en el ceremonial de la coronación, en los *laudes* del pueblo, desaparece la frase *a Deo coronatus*. Vid. Eichmann, *Kaiserkrönung*, I, 246, 267.

D. romano.

CAPITULO IV

EL IMPERIO CAROLINGIO

CON lo dicho nos acercamos a la cuestión de determinar lo que realmente ocurrió en el año 800. La moderna literatura da esta respuesta: un *imperium Christianum* (1) o un imperio franco cristiano (2) con mayor o menor acentuación

(1) Vid., además de la literatura citada por Koschaker, 4, a., Benz., *Ost und West in der christlichen Geschichtanschauung, Welt als Geschichte*, I (1935), 499; Dawson, 214 y sigs., 217; Hartung, ob. cit., 27; Caspar, *Zeitschr. f. Kirchengesch.*, 54 (1935), 196; H. Meyer, *Wesen des Führertums in der germ. Verfassungsgesch.* (1938), 33; Tellenbach *Sitz. Ber. Heidelberg, ph. h. Kl.*, 1934-35, núm. 1, pág. 36 y sig.; *Entstehung des deutschen Reichs*, 42 y sig.

(2) Brackmann, *Der römische Erneuerungsgedanke*, etc. (*Sitz. Ber. Berlin p. h. kl.*, 1932), 348 *Ges. Aufsätze*, 108; «Kaisertum und röm. Kirche», en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 87 y sigs. *Ges. Aufsätze*, 261; Hampe, *Die Persönlichkeit Karls*, id., 14; Lintzel, *Welt als Geschichte*, IV (1938), 428 y sig.; Lowe, 162, 164, 165. H. Mitteis, *Staat des Mittelalters*, 39 y siguientes, 77 y sigs.; *Festschr. Zycha*, 82, Moss, ob. cit., el cual en la página 239 llega a sustentar una opinión indefendible: «Charlemagne appears not as the first western Roman Emperor..., but as the final representative of that long line of heroes and leaders of the barbarian wanderings which is headed by Alaric and Ataulf. No se advierte en lo dicho la profunda oposición existente entre los antiguos Estados germánicos y el imperio de los francos de Carlomagno. Vid. más adelante en el texto Pfister-Ganshof, *Le regne de Charlemagne, Histoire du moyen age*, I, 476 y sigs., 479; Pirenne, 207 y siguientes, 211; Scholz, *Zeitschr. f. deutsche Geisteswissenschaft*, IV (1941), 85; Schüssler, ob. cit., 7. Una especial característica reconoce Brackmann en la coronación de Carlomagno en *Die Anfänge der Slavenmission und die renovatio imperii des Jahres 800* (*Sitz., Ber. Berlin*, 1931, 72 y sigs.; *Ges. Aufsätze*, 56 y sigs., 88 y sigs. —cito según la última edición— poniendo en relación ésta con la evangelización de las gentes eslavas del sureste del imperio, iniciada por Carlomagno después de la aniquilación de los ávaros. Por esto hace referencia a la carta antes citada del Papa León III del año 796. La solución de este problema no era posible sin la cooperación que el Papa le prestó en los años sucesivos. Esta cooperación motivó que el rey de los francos se sometiera de grado a la iniciativa papal del día de Navidad del

del elemento germánico. La segunda fórmula es, sin duda, la más completa y, por consiguiente, la mejor. En tiempo de Carlomagno, en realidad sólo puede pensarse en un imperio cristiano, aunque personalmente el emperador no sintiera una entusiasta devoción por el cristianismo (3). El tardo imperio romano fué también un imperio cristiano, y el bizantino continúa en este punto la tradición romana todavía con mayor intensidad. Llamar al imperio de Carlomagno *imperium christianum*, conduciría inexorablemente a la aceptación de una *renovatio imperii romani*, lo que es, según ya hemos visto, inadmisibile. Además, esta caracterización sería incompleta, pues no tomaría suficientemente en cuenta el verdadero fundamento de la soberanía de Carlomagno. No por casualidad añade Carlomagno al título imperial el de *rex Francorum et Langobardorum*, y en su inscripción sepulcral, según Einhard (*Vita Caroli*, 31), es llamado *imperator*, y se añade *qui regnum Francorum nobiliter ampliavit* (4). Este *regnum Francorum* de Carlomagno es, en esencia, un Estado germánico, y el propio Carlomagno un soberano germano. Ciertamente que Carlomagno no fué alemán ni francés (5), sencillamente porque en su tiempo no hubieron, propiamente hablando, nación alemana ni francesa. Tales naciones se estaban gestan-

año 800 a pesar de que no le agradase la forma en que la misma tuvo lugar. El interés de Carlomagno en misionar los territorios nuevamente conquistados es indiscutible, pues la *defensio eccelsiae* y la conversión de los paganos son fines propios de los reyes germano-cristianos. Vid. Tellenbach, *Sitz. Ber. Heidelberg, ph. h. kl.*, 1934-35, núm. 1, pág. 38 y sig.; Hirsch, *Der Mittelalterliche Kaisergedanke in den liturgische Gebeten, Mitteilungen d. österr. inst. f. Geschichtsforschung*, 44 (1930), y sig. Con todo, me parece que la concepción de Brackmann subestima el interés que tuvo para Carlomagno la dignidad imperial. Vid. también Löwe, 132 y sig.; 136.

(3) Hampe, 30; Löwe, 79; Tellenbach, ob. cit., pág. 36 y sig. Mucho antes de Carlomagno ostentan los reyes germánicos el título de *christianissimus* y el Papa Gregorio Magno les da el tratamiento de *vestra christianitas*. Vid. Löwe, 132, y en lo demás vid. pág. 23 al final.

(4) Löwe, 165 y sig., que (pág. 161) presume que los títulos imperiales sean tal vez obra personal de Carlomagno. Vid. además, Pirenne, 210.

(5) Atinadamente, Pfister-Ganshof, *Histoire du moyen age*, I, 491.

do (6) y fué Carlomagno quien supo, con mano férrea, mantener unidas (7) las estirpes que más tarde formaron la nación alemana; circunstancia que determina el que difícilmen-

(6) Queda esto demostrado en orden a Alemania, con la evolución del significado de la palabra «*peuöisk*», en latín *theodiscus*, posteriormente *teutonicus*, el cual, conforme a su más antiguo sentido, a fines del siglo VIII, designa el lenguaje popular de los francos del N. E. de la Galia, del Mosela y del Mosa y sólo en el curso del siglo IX pasa a significar el conjunto de las estirpes germánicas. Vid. Erdmann, «*Der Name Deutschen*», en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 94 y sig.; Baesecke, *Das Nationalbewusstsein der Deutschen des Karolingerreich nach den zeitgenössischen Benennungen ihrer Sprache*, en *Vertrag von Verdun*, publicado por Th. Mayer (1943), 116 y siguientes; Weisgerber, *Theudisk, Der deutsche Volksname und die westliche Sprachgrenze* (Discursos en la Universidad de Marburgo, núm. 5, 1940). Consiguientemente, aparecen concepto y nombre de un *regnum teutonicum* en el siglo X y más concretamente, con motivo de un acontecimiento del año 920, en los anales de Salzburgo. Vid. Heimpel, *Deutsches Mittelalter* (1940), 188. En el siglo IX no existe todavía el rey alemán. Luis el alemán se llama «rey de Baviera y de los alemanes» y los reyes sajones son *reges Saxonum* o *Francorum et Saxonum*. La idea de un Derecho alemán y de una designación específica del mismo, aparece en el siglo XV. Vid. Merk, *Die deutschen Stämme in der Rechtsgesch.*, *Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.*, 58 (1938), 39; Lintzel, en *Die Anfänge des deutschen Reichs*, ha intentado recientemente demostrar que ya en el siglo IX existió, en las estirpes germánicas tardas, un cierto sentimiento de interdependencia, aun cuando éste diste de ser una conciencia nacional propiamente dicha. Este sentimiento y lo que es su consecuencia, la voluntad de crear una forma estatal de vida, aparece ya en el Tratado de Verdún (843) y no es, por tanto, producto de una mera voluntad dinástica. Vid. apéndice. En aclarar el problema referente al desarrollo del pensamiento de un Estado nacional alemán se ha esforzado recientemente Hugelmann. Vid. sus escritos, *Die deutsche Nation und der deutsche Nationalstaat im Mittelalter*, *Hist. Jahrb. d. Görres Gesellschaft*, 51 (1931), 1 y sig., 445 y sig.; *Nationalstaat und Reichsgedanke im deutschen Mittelalter*, *Welt als Gesch.*, I (1935), 265 y sig.; *Die Gestalt des Reichs in Idee und Wirklichkeit im Wandel der deutschen Geschichte*, *Zeitschr. f. Offentl. Recht*, 16 (1936), 433; *Volk und Staat im Wandel des deutschen Schicksals* (1940).

(7) Para juzgar rectamente, debemos pensar que en el siglo VIII Baviera, por la contigüidad de su territorio con el Norte de Italia, se mostraba muy propicia a los longobardos, y en cuanto a los sajones del tiempo de los Bonifacios, parece ser que estos se sintieron mucho más estrechamente vinculados con los anglosajones del otro lado del Canal que con las vecinas estirpes germánicas tardas. Vid. Brackmann, *Ges. Aufs.*, 87, n. 61; además, Lintzel, *Die Sachsenkriege*, en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 65; *Die Anfänge des deutschen Reichs*, 32; Löve, 2, 3.

mente pueda ser negada al emperador carolingio la paternidad de esta nación. Tal vez se podría decir mejor que Carlomagno fué franco, y como tal, oriundo como toda su estirpe, de Austrasia, país poco romanizado (8) y que por esta razón fué germano, no sólo por su propia somática, sí que también por su modo de pensar y de sentir; un germano para quien el imperio de los francos fué el centro mismo de su soberanía (9) y que a diferencia de los morovingios no gobernó su reino desde París, Soissons u Orleáns, sino desde su misma patria, desde Ingelheim, Aquisgrán o Nymwegen (10); un hombre, en fin, que no careció de ciertas miras unificadoras en orden a las estirpes que le estaban sometidas (11). Este imperio de los francos que originariamente se halló constituido por un grupo de estirpes germánicas, las menos romanizadas, fué por su estructura, por su administración, por su economía, un Estado germánico, aunque esta su condición entrañase en muchos aspectos un cierto carácter de primitivismo y tosquedad. Era por sus características totalmente opuesto al Estado merovingio, el cual, desde este punto de vista, formaba parte de la Romania, aunque sus francos no asentados conforme al sistema de la tercia, conservaran más germanismo que otras gentes germánicas también establecidas en territorio romano (12). Resulta verdaderamente alentador que en problemas como éste, en los que es muy

(8) Aubin, «Die Herkunft der Karolinger», en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 41 y sig.

(9) La idea tuvo gran difusión, como acredita un apunte geográfico de fines del siglo VIII en el claustro de San Emmeran. En él, es Baviera una parte de Germania llamada *Franchono-lant*. Vid. Löwe, 69 y sig.; Tellenbach, *Entstehung des deutschen Reichs*, 43.

(10) Vid. Zatschek, *Wie das Reich der Deutschen entstand* (1940), 272 y sig.

(11) Vid. Erdmann, «Der Name Deutsch», en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 101 y sig.; Hampe, *Die Persönlichkeit Karl*, 11, 16, 25; Naumann, *Karls germanische Art*, 30, 36; Steinbach, en *Handbuch d. deutschen Gesch.*, I, 137. La afirmación de Tellenbach en *Entstehung des deutschen Reichs*, 37, según la cual, Carlomagno consideró a los germanos de su imperio como una unidad popular, es exagerada, y su alcance ha sido restringido posteriormente por el propio autor (pág. 41).

(12) Vid. H. Mitteis, *Staat des hohen Mittelalters*, 39 y sig.

fácil que el investigador se deje influenciar de modo inconsciente por la pasión que pone la propia nacionalidad, sabios franceses y alemanes, hayan llegado recientemente a conclusiones en lo esencial concordantes (13).

Un docto observador de fines del siglo VII —tal era Alcuino, de la corte carolingia— podía muy bien tener, por el hecho de la soberanía de Carlomagno, la impresión de que aquello era un *imperium*, sirviéndole de paradigma para esta apreciación el imperio bizantino todavía existente (14). Ciertamente que el imperio de Carlomagno no se ajustaba con toda exactitud a este modelo, pero como por otra parte en aquella época no era concebible la idea de un imperio germánico y nacional, Alcuino percibió que la nota común de aquel nuevo imperio con el bizantino, fué la fe cristiana (15) (un cristianismo entendido al modo *sui generis* de Carlomagno) y llamó al imperio de Carlomagno *imperium christianum* (16).

Tal vez esta actitud de Alcuino, desde el año 798, pueda

(13) Hago referencia aquí a los ensayos de Pirenne, 207 y sig., 211 y sig., 219 y sig., 228 y sig., 245 y sig., 252 y sig. Vid., además, Moss, 229 y sig., 244 y sig.

(14) Vid. también Günter, *Die Reisedee im Wandel der Zeiten*, *Hist. Jahrb. d. Görres-Gesellschaft*, 53 (1933), 112 y sig.; Hartung, 27. Sumamente instructiva, por la actitud que refleja frente a Bizancio, es la carta de Alcuino MG Epp., IV, pág. 288, en que éste habla de los tres máximos poderes del mundo, a saber: del Papa, cuya situación en Roma es un tanto insegura por los disturbios acaecidos en esta ciudad; del emperador de Bizancio, Constantino VI, depuesto por su madre, la emperatriz Irene, y de Carlomagno, el cual, por la voluntad de Dios, ha sido designado como conductor del pueblo cristiano.

(15) La idea de un *imperium christianum* se halla ya en Occidente desde antiguo, como prueban las preces litúrgicas del siglo VI, en las que hallamos mencionado al *imperator christianus* sustituyendo al *imperator romanus*. Vid. Hirsch, ob. cit., 3; Löwe, 138 y sig.; Tellenbach, *Liturgie* (*Sitz. Ber. Heidelberg ph. h. kl.*, 1934-35, núm. 1), 23 y sig.

(16) La afirmación de Löwe de que, para Alcuino, el *imperium christianum* significa tan sólo la unidad de los fieles, no está en modo alguno confirmada por las cartas que acabamos de citar. Cuando Alcuino habla de los *termini*, de un *dilatare* el *imperium christianum*, hace sin duda referencia a conceptos espaciales.

aclararse con las consideraciones siguientes (17): En ese mismo año, el Papa, por indicación de Carlomagno, crea el arzobispado de Salzburgo; pocos años antes en el Synodo de Frankfurt comienza la disputa con Byzancio; por la aniquilación de los ávaros el imperio de Carlomagno experimentó, en fin, un notable crecimiento de poder, comenzando las misiones en los pueblos eslavos del sudeste. Con estos datos se explica fácilmente, como sostiene Brackmann, que un observador, tan fuertemente interesado como Alcuino, concibiera la idea de un *imperium christianum* (18). Es, pues, innecesario discurrir con Stengel (19) por misteriosos caminos, para llegar a su conclusión de que el concepto germánico y hegemónico de *imperator* de los anglosajones (20), llegó a la corte de Carlomagno a través de Alcuino. Si así fuera, no hubiera vacilado Carlomagno ni un solo instante en llamarse *imperator* antes del año 800, y precisamente esto es lo que no ocurrió (21). Era este un título demasiado entrañado todavía en el imperio mediterráneo, para poder ser conseguido sin la colaboración de una instancia, la cual representaba ciertamente a la sazón esta misma idea imperial con el cuño cristiano. A tenor de los hechos, el imperio de Carlomagno era verdaderamente un *imperium* y podía llamarse tal con más propiedad que el de Bizancio; por otra parte el título de emperador halagaba el orgullo de Carlomagno y venía a significar la equiparación de su imperio con el bizantino.

Bizancio jamás concedió de grado este título, y por eso Carlomagno lo toma de manos del Papa, representante de la

(17) Brackmann, *Die Anfänge der Slavenmission und die renovatio imperii des Jahres, 800* (Sitz. Ber. Berlin, ph. h. kl., 1931), 72 y sig.; *Ges. Aufsätze*, 56 y sig.

(18) Carece de fundamento la idea de que pensara en la romanización de Oriente, por el hecho de la creación del arzobispado de Salzburgo (Westphal, *Das Reich*, I, 202 y sig.).

(19) *Kaisertitel und Suveränitätsidee*, *Deutsches Archiv f. Gesch. d. Mittelalters*, III (1939), 26 y sigs.

(20) Vid. *supra*, pág. 34.

(21) Löwe, 149. Conforme a esto, los obispos que participan en el Sinodo de Frankfurt (794) le saludan como *gubernator omnium christianorum*. Vid. Hartung, 27.

romanidad, a la cual era casi connatural el *imperium*; el Papa, además, era la única autoridad que podía dar al nuevo emperador la consagración cristiano-eclesiástica que los tiempos exigían. En esta mediación del Papa, que Carlomagno quiso por su parte ver reducida a la mínima expresión, radica el germen de las dificultades del futuro (22).

La cuestión del significado de la mediación papal en la coronación de Carlomagno ha sido recientemente objeto de un estudio muy sugestivo de Rota titulado *La consacrazione imperiale di Carlomagno e l'orientazione anti romana della monarchia carolingia* en el cual se utiliza abundante literatura extranjera. En el libro de Rota se destaca la oposición entre la nueva Europa germánica y la *vecchia romanità* con vestidura bizantina.

Seguramente que el Papa tuvo un gran interés en la coronación, y dejando a un lado la seguridad que pudiera ofrecer la dudosa posición personal de León III, es lo cierto que el Papa, con su participación en el acto de la coronación de Carlomagno, se asegura en el rey de los francos un aliado contra Bizancio. Rota parece, en cambio, ir demasiado lejos cuando admite en Carlomagno un sentimiento de repulsión hacia la corona imperial o cuando establece una radical antinomia entre la soberanía germano franca y la dignidad de emperador romano. Ciertamente que Rota coincide en parte en esto con la reciente concepción de un historiador alemán (Heimpel, *Deutsches Mittelalter*, 1941, 66). Para este último la dignidad imperial es como anejo a la idea del imperio, que hace de los francos el pueblo elegido de Cristo e independiente de Roma, el cual dirigido por su rey y protegido por la Iglesia, tiene la misión de instaurar en la tierra la *civitas Dei*. Para Rota, en Carlomagno, la característica más decisiva, era la trascendencia que tenía para él lo religioso; su entusiasmo por la fe cristiana, la protección debida a la Iglesia, eran puntos sobre los que no cabía discutir. De esta suerte la coronación imperial es un recurso de teatro que sorprende a Carlomagno, enredándole en los hilos con que lo envuelve la sutil diplomacia vaticana sin que el emperador advierta las lamentables consecuen-

(22) Calasso, I, 164.

cias de aquel acto hasta que se las descubre la tenaz resistencia de Bizancio.

Yo creo que esta opinión rebaja mucho la personalidad de Carlomagno. Un hombre que como él supo durante su gobierno dominar un poderoso imperio, debió indudablemente poseer un claro talento político y diplomático. Si realmente resultó sorprendido por la coronación, bien pudo rehusarla (aunque esta tuviera lugar con toda solemnidad en el altar mayor de San Pedro) o, cuando menos, no ostentar nunca el título de *imperator*. Pero no sucedió así. Carlomagno no tuvo ciertamente vinculación alguna con el imperio pagano de la antigüedad. Pero hubo también un imperio romano cristiano, y si los teólogos de la corte imperial llaman *novus David* a Carlomagno, éste, por su parte, se hace llamar *novus Constantinus*. De este imperio cristiano nos legó Bizancio una imagen muy viva. Tampoco es exacto afirmar que el título de *imperator*, cuya consecución sin la mediación del Papa, no era posible, nada otorgaba a Carlomagno que éste no tuviera ya con anterioridad (Rota, 201), ni se puede decir que la curia consiguiera, a la sazón, una victoria sobre la idea imperial de los francos (Heimpel). Excluyo de un modo absoluto que al acto del año 800 no precedieran tratos y conversaciones. Cuando se piensa que León III prestó el día 23 de diciembre el juramento que Carlomagno le impuso, por el que negaba las inculpaciones de que fué objeto, y que esto tenía lugar antes de la coronación, es perfectamente presumible que se apresurara el fin de las negociaciones descuidándose lo concerniente al ceremonial del acto. En todo caso Carlomagno no protestó contra la coronación. Es posible que más tarde se le ocurrieran reparos que manifestara a las personas de su confianza y que en tales manifestaciones tuviera su origen la noticia de Einhard. Es, por otra parte exagerado, atribuir a León III la previsión de las ventajas que la política vaticana había de derivar del acto de la coronación. Resulta más sencillo suponer que siguió en esto el modelo bizantino. También brilla por su prudencia, la política de Carlomagno frente a Bizancio. No se aventuró por complacer al Papa, aunque estuviera en guerra con los bizantinos, en la empresa de arrojar a estos de Italia. No tenía reclamación territorial alguna contra Bizancio y lo que realmente le interesaba era conseguir para su imperio la misma legitimidad que tuvo el bizantino.

La novedad que la coronación creó viene expresada de modo muy significativo por el propio Carlomagno en la carta que este dirige (MG. Epp. IV, 555 y sig.) al emperador bizantino Miguel I Rhagabe, después de concertada la paz con Bizancio (813), al decir en ella que el *imperium orientale* y el *imperium occidentale*, deben ir de nuevo unidos en la dirección, y en la protección de la Iglesia. A pesar de la apariencia suave de la forma, la idea que en el fondo encerraba la frase, significaba un duro golpe para Bizancio, puesto que tanto la concepción política romana como la bizantina, no admitieron jamás un imperio oriental y otro occidental, sino un único *imperium romanum* del que Bizancio se creía titular. Según la concepción jurídica bizantina, como observa Dölger muy atinadamente (ob. cit. 212 y sig.) la creación de un imperio occidental por Carlomagno, pareció simplemente la insumisión de un general revolucionario, y sólo con el transcurso del tiempo y por la conciencia de la propia debilidad, reconoció Bizancio bajo Miguel I al nuevo emperador de occidente. Los bizantinos al llamarse βασιλεὺς τῶν Ῥωμαίων, daban claramente a entender que se consideraban, ahora como antes, los herederos únicos del *imperium romanum* (23). Por otra parte, el imperio romano como im-

(23) Vid. *supra*, pág. 29. No puede hablarse de que Carlomagno tuviese la idea de un imperio colegiado del imperio romano. El título de emperador significó para él, a lo sumo, un grado superior del título de rey, tal vez en el sentido de que le facultara a mandar sobre otros reyes y fuera como el antecedente del imperio hegemónico germánico. Así, Dölger, 221 y sig. Carlomagno se avino a esto y no ostentó jamás el título de *imperator romanorum*. La renuncia no pudo serle penosa ya que no aspiró nunca a la renovación del imperio romano. No puedo, por tanto, suscribir la afirmación de Ostrogorsky de que «Roma, ciudad de que procede la idea imperial, jamás tuvo el propósito de constituir un segundo imperio junto a Bizancio». Esta aseveración encuentra algún eco, ciertamente, en algunos testimonios de las fuentes, en la teoría del traslado de los anales de Lorsch, en la leyenda de Carlomagno, en la crónica imperial del siglo XII (vid. Graf, *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*, I, 235; II, 429 y sig.), y en las manifestaciones del propio Alcuino. Tal opinión se apoya en la idea de que hallándose ocupado a la sazón el trono de Bizancio por una mujer, la emperatriz Irene, estaba en realidad como abandonado y huérfano, y, por tanto, Carlomagno tenía derecho a adueñarse de él. Tal aserción no

perio mediterráneo, estaba ya liquidado definitivamente. Bizancio, además, si bien era una potencia mediterránea, experimentó por el empuje del Islam los más rudos quebrantos y sólo pudo conservar a través del tiempo, la tradición ideológica del *imperium romanum*. El imperio creado en Occidente tuvo en el Norte su centro de gravedad y no fué, por tanto, en modo alguno, una potencia mediterránea. El *imperium occidentale* era algo nuevo, en esencia, un *imperium germanico*, el cual, para valer como tal imperio no podía prescindir del entronque con Roma. Los pueblos germanos que en la época de las migraciones consiguieron crear formas estatales en el solar del imperio romano, visigodos y ostrogodos, burgundos, vándalos, longobardos y francos, pertenecían todavía (los últimos tal vez en menor escala) al extenso ámbito del imperio mediterráneo. Por esta razón, los que no fueron aniquilados se romanizaron. Ahora surge en el Norte un poder germánico frente a una Bizancio debilitada por el Islam y frente a una Roma represetada por la fuerza espiritual del pontificado, y al encontrarse con estas culturas no las aniquila, sino que quiere tan sólo alinearse con ellas en pie de igualdad.

descansa en la realidad de los hechos, ni refleja el verdadero sentir de Carlomagno. El alentar tales designios haría de Carlomagno un personaje fantástico. Cuando habla éste de los imperios oriental y occidental, no quiere con ello endulzar la amarga píldora a los bizantinos, sino que caracteriza llana y crudamente la nueva situación a la cual habrían de avenirse aquéllos. Ostrogorsky ha olvidado que una opinión semejante mantuvo ya Brackmann en *Der Mittelalterliche Ursprung der Nationalstaaten* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. kl., 1936), 128. Según esto, el Papa y el clero de Roma, en la coronación del año 800, debieron pensar en la totalidad del imperio romano, y Brackmann relaciona esta conjetura con la noticia bizantina de que en Bizancio se pensara en el casamiento de Carlomagno con la emperatriz Irene. Nuevamente en tal sentido Dölger, ob. cit. 215. Esta política de parte del Papa es inverosímil. En efecto, el Papa se había desligado de Bizancio y ¿es lógico pensar que quisiera ahora vincularse de nuevo y sentir la opresión mucho mayor de un poderío aumentado con la energía combinada de ambos imperios? Resultaba mucho más ventajoso vincularse ahora a los francos y tratar de aprovechar la oposición existente entre uno y otro imperio, agudizada por el hecho de la coronación. La posteridad ha probado la mayor habilidad que entraña esta política.

CAPITULO V

CRISTIANISMO, ESTADO Y CULTURA

EN este amistoso encuentro con Roma medió como no podía menos la Iglesia. Era de gran importancia el que las stirpes germánicas en la época carolingia fueran católicas y ya no más arrianas. La Iglesia era entonces Roma, pero no lo fué siempre (1).

En los albores del cristianismo, cuando éste no era más que una secta oriental cuyos adeptos se reclutaban entre las gentes del bajo pueblo, humildes y desamparadas, se manifiesta una fuerte repugnancia, no sólo hacia las religiones del paganismo, hacia los dioses de éstas, que son demonios para los cristianos, sino también frente al Estado romano y a la cultura clásica en general. Los cristianos, fieles al consejo evangélico «dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César», no se rebelaron contra el Estado, por que éste les era indiferente, porque el reino de los cristianos no era de este mundo. El imperio es una invención satánica y para el cristianismo nada hay tan extraño como el Estado, y como el cristiano es un peregrino en esta tierra, no reconoce patria

(1) Vid. Beloch, *Hist. Zeitschr.*, 84 (1900), 36; Biondi, *L'influenza di Sant' Ambrogio sulla legislazione religiosa del suo tempo* (Publicazioni dell'università cattolica del Sacro Cuore. Science storiche, XVIII), 1940; Causse, *Essai sur le conflit du christianisme primitif et de la civilisation*, *Rev. de l'hist. des religions*, 79 (1919), 175; Dawson, 51 y sig.; Moss, 10 y sig.; Nerrlich, *Das Dogma vom klass. Altertum*, 1894; Norden, *Kultur der Gegenwart*, Parte I, Sección 8 (1912), 483, 494 y sig., 498 y sig.; Palanque, *Saint Ambroise et l'empire romain* (1933); Pasteris, *Umanesimo e cristianesimo nei primi secoli* (1912); Pohlenz, *Klemens von Alexandria und sein hellenisches Christentum* (Nachrichten Göttingen, ph. h. Kl., 1943, Nr. 3), 104 y sig.; Rougier, *Celse ou le conflit de la civilisation antique et du christianisme primitif* (1935); Weinel, *Die Stellung des Christentums zum Staat* (1908); Weise, *Osten und Westen auf dem Wege zum Mittelalter*, *Welt als Geschichte*, IV (1938), 488 y sig.; v. Wilamowitz, *Kultur der Gegenwart*, loc. cit., 266.

alguna como suya, ni al mismo tiempo hay tierra alguna por lejana y extraña que sea, que deje de estimar como su propia patria. A la pregunta sobre cual es su ciudad de origen, responden los mártires: Somos cristianos. La dicha y prosperidad de un Estado, implica la desventura de los otros. Se condena la guerra y la sed de conquista. Los cristianos con sus preces para arrojar al demonio, que desencadena las guerras e induce a la violación de los contratos, prestan al emperador un servicio mucho mejor y más eficaz que los soldados mismos que hacen la guerra. Vivir para la patria, para servir al emperador en lo temporal, es una idea ya superada; las magistraturas, la riqueza, el poder, son venenos peligrosos; la filosofía pagana, la ciencia y el arte, frivolidades; Platón es comparado a un río cenagoso. He aquí una pequeña muestra de la literatura cristiana de los dos primeros siglos, la cual podría ampliarse con facilidad. Esta es la razón de la condena de los cristianos en la polémica pagana.

Para Máximo de Medaura, un retórico pagano de los tiempos de San Agustín, el cristianismo significa la resurrección de la barbarie oriental, y los cristianos, una raza oscura formada por la hez del pueblo, por niños ignorantes y mujeres crédulas; según Celso, los fieles de la nueva religión son los esclavos, las gentes simples, los niños.

Para el cristiano, es más digno de estimación el ignorante y el hombre sencillo, que todos los caudales de sabiduría y de doctrina. En la tienda del zapatero o en el taller del batanero se puede aprender perfectamente el cristianismo. Finalmente, la frase de Guillermo II «camaradas sin patria» aplicada a los social demócratas de su tiempo, hubiera sido justa, referida a los cristianos y en labios de un emperador romano, si éste hubiera tenido el patihos propio del soberano alemán. El paralelo va todavía más lejos si se considera que el socialismo, de origen evidentemente oriental (como forma de protección del débil, halla en el antiguo Oriente su propio hogar), es introducido en el mundo clásico por el cristianismo (2).

Pero la descrita actitud del cristianismo fué sólo el punto

(2) Lo que confío poder probar en otra ocasión.

de partida. Con la misión de San Pablo entre los paganos, el cristianismo tomó contacto con el pensamiento y sentimiento de éstos. Desde luego, en vano se buscaran en el apóstol de las gentes, expresiones tan duras como las aludidas. El cristianismo penetró lentamente en las clases y ambientes cultos y tuvo necesidad de entablar polémica con la cultura clásica. En este sentido es muy importante la obra de los apologetas de los siglos II y III (Justino, Athenagoras, Arístides, Melitón de Sardes, etc.), pues justificaron la nueva religión frente al paganismo, y para conseguir esto, tuvieron que adentrarse en el pensamiento y en la literatura paganos, aproximando la doctrina de Cristo al paganismo, mediante la utilización de muchos cánones e ideas clásicos. El fundamento teórico de estas tendencias, lo proporciona la doctrina del λόγος σπερματικός según la cual, la verdad divina se halla como en germen en la misma literatura pagana, o como más toscamente afirmaba, una modalidad muy difundida de esta teoría: que los escritores paganos hallaron en muchos aspectos la fuente de su inspiración en Moisés y los profetas, y que los griegos aprendieron la ciencia y la filosofía del antiguo oriente y de los sacerdotes egipcios (3).

Poco a poco y en lugar de la tajante repulsión sentida hacia la cultura clásica, repulsión que surge de nuevo de cuando en cuando, se perfila una actitud positiva. Se permite al cristiano leer a los autores paganos, instruirse en ellos, frecuentar las escuelas de retórica y orar por el emperador. Agustín (354-430) que influyó en la Edad Media como ningún otro autor, puede atribuir su conversión al cristianismo, al estudio de las obras de Cicerón (4) y escribir en una de sus cartas que su deseo sería poder sacar del Infierno a aquellos autores que fueron tema de sus estudios literarios y modelos estilísticos dignos de imitación. San Ambrosio de Milán (339-397) cita en sus sermones a Virgilio y a Horacio, y construye su tratado sobre los deberes del ministro de la Iglesia, inspirándose en el de *officiis* de Cicerón y Justiniano, cristianísimo

(3) Vid. Hopfner, *Orient und griechische Philosophie*, cuadernos de *Alten Orient*, IV, 1925.

(4) Zielinski, *Cicero im Wandel der Jahrhunderte* (1929), 116.

emperador, no siente empacho alguno en dedicar los más encendidos elogios al jurista pagano Papiniano (5) y llamar *nos. ter* a Gayo, autor del libro de las Instituciones (6). Desde el siglo v en las escuelas de Derecho, sobre todo en las de Oriente, y concretamente en la de Berito, profesores cristianos emprenden el estudio de los juristas clásicos del paganismo, preparando de esta suerte la compilación justiniana, en la cual, los digestos, colección de fragmentos de los juristas paganos (7) del período clásico, constituyen una prueba contundente de la nueva actitud del cristianismo relativamente a la cultura pagana, en lo que se refiere a la ciencia del Derecho.

Después que el emperador Constantino procuró la reconciliación del Estado con el cristianismo y con ello la idea del imperio romano, hasta entonces arraigada solamente en las calses sociales alta y media, muy quebrantadas por las revueltas del siglo III, prende en una gran parte de las masas cristianas (8), cambia en el cristianismo el concepto del Estado. Cesa la repulsión hacia la organización estatal, no se rehusa ya el servicio militar. Suenan tonos patrióticos, y en las preces de la Misa se pide a Dios: *hostes romani nominis et inimicos catholicae professionis expugna, statum romani nominis ubique defende* (9). El bautismo como sacramento es comparado al juramento que presta el soldado (*sacramentum*); el mismo Cristo es *imperator*, las guerras en defensa del honor son legítimas y el *miles* debe fidelidad al Estado. Finalmente, los obispos romanos —San Ambrosio de Milán constituye el mejor ejemplo— son patriotas (10).

(5) Const., «Deo auctore», etc., 6; «Omnem», etc., 4.

(6) Const. «Imperatoriam maiestatem», etc., 6.

(7) Eran paganos. Es dudoso que el jurista Tertuliano sea el apologista de la Iglesia. Vid. Beck, *Röm. Recht bei Tertullian und Cyprian* (Escritos de Königsberger Gelehrten Gesellschaft, VII, 2, 1933, el cual cree poder afirmar la identidad.

(8) Vogelstein, *Kaiseridee-Romidee, Hist. Untersuchungen*, publ. por Kornemann, VII, 83 y sig.

(9) Graf, *Roma nella memoria del Medio Evo*, II, 1883, 409.

(10) Apreciamos el mismo fenómeno en nuestra época. Partidos políticos que hasta el momento presente se hallaron en lucha con el Estado, se con-

De este modo el cristianismo se vence a sí mismo, va superando la angostura de sus primeras reacciones y aliándose con el *imperium* y con la cultura de éste, se capacita para ser una religión universal (11). Para Prudencio, el poeta cristiano, Roma es la ciudad deparada por la Providencia para operar la unión de toda la humanidad en la fe de Cristo (12) y para San Ambrosio, el único Estado en el que los cristianos *didicerunt sub uno terrarum imperio viventes unius dei omnipotentis imperium fideli eloquio confiteri* (13). La Iglesia se hace romana y el Estado tiene la misión de realizar en la tierra, el reino de Dios, cristiano. Ambos coinciden. Sin embargo, mientras el cristianismo adopta la antigua cultura y se alía con ella, no solamente crea la teología científica que necesitaba, sino que hace más: salva la cultura clásica, a punto de perecer en las revueltas de los siglos III al IV, por que las clases sociales que la cultivaban y mantenían se habían casi extinguido.

Esta cultura —de gran importancia en la edad media— era preponderantemente literaria y propagada por las escuelas de retórica. Las ciencias naturales y las grandes aportaciones realizadas en estas disciplinas por los sabios griegos de la escuela alejandrina, apenas si contaban, y eran más bien miradas con desvío (tal desvío perdura hasta el Renacimiento) por los poderes de la Iglesia (14). En occidente estas disciplinas comienzan a ser conocidas a través de traducciones latinas de las obras de los sabios árabes, en los siglos XII al XIII (15) alcanzando una gran estimación y verdadero florecimiento durante los siglos XVII y XVIII (16).

La aceptación por el cristianismo de la cultura clásica dió

vierten en partidos patrióticos y vibran en ellos tonos nacionales en la medida y proporción con que van consiguiendo influjo y dominio políticos.

(11) Vid. Vogelstein, 58 y sig., 85 y sig., 91.

(12) Dawson, 58.

(13) Palanque, 333 y sig.

(14) Dawson, 50 y sig., 9 y sig.; Norden, *Kultur der Gegenwart*, Parte I, Secc. 8, pág. 501; Rüdiger, *Wesen und Wandlung des Humanismus* (1937), 84 y sig.

(15) Vid. supra, pág. 37^a, más adelante, pág. 108.

(16) Dawson, 152; Hazard, *Die Krise des europäischen Geistes* (1939), 362, 379.

a esta una coloración, un matiz, que podríamos llamar clerical (17). Esto no quiere decir en manera alguna que en los países del Mediterráneo, en Italia especialmente, en el imperio romano tardío, no hubieran seglares doctos tanto paganos como cristianos. Sin embargo, a los germanos instalados en asentamientos un tanto aislados, a las stirpes alemanas y a los anglosajones del otro lado del canal, llega la cultura clásica por medio de sacerdotes y monjes (18). Aquellas stirpes fueron misionadas por monjes irlandeses y por benedictinos de Roma; estos últimos, en Inglaterra, durante el siglo VII (siendo los anglosajones, como lo fueron, una stirpe germánica, situada enteramente fuera del mundo mediterráneo y, por consiguiente, no influenciada en lo más mínimo por el romanismo) (19), mantienen una relación más o menos íntima con la cultura clásica (20). Anglosajón es también Winfrid (Bonifacio) el apóstol de los alemanes en el siglo VIII, y anglosajones son igualmente los hilos que nos llevan a Alcuino en la corte de Carlomagno (21) y al llamado Renacimiento carolin

(17) Piénsese en la obra de Casiodoro, ministro de Teodorico el Grande (muerto el año 575), el cual fundó el monasterio de Vivarium confiándolo a la Orden Benedictina, mandando custodiar en el mismo manuscritos de obras de la literatura clásica y comenzando así al propio tiempo la docta tradición de la Orden de San Benito. Dawson, 64 y sig.; Norden, 495 y sig.; Pirenne, 103; Patzel, *Karolingische Renaissance*, 54.

(18) Al contacto del cristianismo romano con los germanos, aquél estaba ya en posesión de un sistema completo de teología, pero no logró la sumisión completa del mundo germanico, sino que hubieron concesiones recíprocas, similares a las que se produjeron al contacto del cristianismo con el mundo de la cultura clásica y que dieron por resultado la modificación en el primero, de sus elementos específicamente orientales. Los germanos aportaron también a la concepción cristiana su propio pensamiento —la investigación habla de una germanización del cristianismo— y la Iglesia se vió forzada a tolerar algunas prácticas y usos paganos que se conservaron, aunque cristianizados. Vid. Böhrmer, *Das germanische Christentum*, en *Theologische Studien und Kritiken*, 86 (1913), 165-280; V. Schubert, *Die Germanisierung des Christentums*, *Festgabe f. Harnack* (1921), 389.

(19) Pirenne, 252 y sig.

(20) Dawson, 206 y sig.

(21) Brackmann, *Ges. Aufsätze*, 92, se refiere al hecho de que los monjes de los principales monasterios del imperio, usaban durante los siglos VIII y IX, la escritura anglosajona.

gio (22). Ahora bien, debemos precavernos contra la tendencia a supervalorar estos hechos. En efecto, contrariamente a lo que sucede más tarde con el humanismo, este renacimiento no estudia la cultura helénica ni acierta a crear una nueva forma de vida, ni a secularizar el saber. Es, por el contrario, un movimiento específicamente clerical y reducido a las escuelas conventuales y a aquellas otras que tienen su sede en el palacio de Carlomagno (23). Es dudoso que Carlomagno poseyera una formación latina o devoción personal a esta cultura, pero es indudable que la patrocinó determinado por motivos de índole práctica, ya que necesitaba, para proveer los altos puestos de la Administración del Imperio, gentes bien formadas y doctas, las cuales sólo entre el clero podían, a la sazón, ser halladas (24). Como ha observado Pirenne (páginas 250 y sig.), en contraste con lo que ocurre con el Estado merovingio, el cual culturalmente considerado perteneció a Romania, en la época carolingia, se advierte un sensible descenso en el nivel cultural de las gentes. Entre los seglares impera el analfabetismo, y el saber y la cultura, tan enlazados con Roma, es patrimonio casi exclusivo del clero secular y regular. Esta tradición iniciada con Carlomagno, prosigue bajo los emperadores anglosajones. En el reinado de Oton el Grande, los obispos son los pilares de la unidad imperial y los firmes apoyos en que descansa la administración del imperio,

(22) Vid. Dawson, 228 y sig., 234; Dopsch, *Festschr. Haller*, 133 y siguientes; Hampe, *Die Persönlichkeit Karls*, en *Karl der Grosse oder Charlemagne*, 24 y sig.; Patzelt, *Die Karolingische Renaissance* (1924), especialmente 148 y sig., 162 y sig.; Pfeil, *Die fränkische und deutsche Romidee des frühen Mittelalters* (1929), 119 y sig., 137 y sig.; Pirenne, 255; Rota, *Studi Besta*, IV (1939), 196 y sig.; Vercauteren, *La civilisation carolingienne, Histoire du moyen age*, I, 634 y sig.; Westphal, *Das Reich*, I, 200.

(23) Esto lo confirma una capitular de entre los años 786 al 800 (MG, capítulo I, núm. 30, pág. 80): Igitur, quia cura nobis est, ut nostrarum ecclesiarum ad meliora semper proficiat status, obliteratam pene majorum nostrorum desidia reparare vigilantibus studio litterarum satagimus officinam, et ad pernoscenda studia liberalium artium nostro etiam quos possumus invitamus exemplo.

(24) Vid. suplementos.

en contraposición a lo que representa entonces la nobleza (25). Resumiendo podemos decir que el imperio de Carlomagno, por su emplazamiento, por su estructura, por su centro político de gravedad, por la índole de su población, fué un imperio franco y, por tanto, germánico, surgido sobre las dos grandes partes en que el Islam dividió el mundo mediterráneo y en conexión forzosa con ellas. Carlomagno se encontró con que aquel imperio unido conceptualmente a Roma en otro tiempo, era ostentado con pretensión de perfecta legitimidad por Bizancio. Imitando a Bizancio y al propio tiempo situándose en posición antagónica a este, se creó el imperio occidental, y por causa de su oposición al bizantino, necesitó indispensablemente de la colaboración del Papa como jefe supremo de la cristiandad de occidente. Así, pues, de la combinación de elementos germánicos y romanos resultó el *imperium occidentale* europeo, el cual, a la línea divisoria horizontal que el Islam trazara, añadió otra vertical, excluyendo a Bizancio de los límites de Europa. Ahora bien, todos estos cambios, solamente podían operarse, manteniendo el sentido cristiano fundamental, puesto que tanto en el imperio romano tardo como en el bizantino, la idea del imperio universal se inspiraba en una concepción netamente cristiana.

La conexión política con Roma creó para las stirpes germánicas que entraban de lleno en el escenario de la historia universal, la base y el ambiente propicios para recibir la cultura romana, la cual, difundida por monjes y sacerdotes seculares, consigue prontamente, merced a sus vestiduras cristianas, una rápida propagación. Lo que faltó en la época de Carlomagno fué el entronque directo con la cultura clásica de los romanos y con el antiguo *imperium romanum*. El imperio de los Otones, que continuó la tradición carolingia (vid supra p.) apenas si introdujo cambio alguno esencial, y esto mismo puede decirse también de la *renovatio imperii romani* bajo Oton III tan bien descrita por Schramm (26). Es posible

(25) Dawson, 275 y sig.; H. Mitteis, *Staat des Mittelalters*, 113 y siguientes, 126; Heimpel, *Deutsches Mittelalter* (1941), 57 y sigs., 188.

(26) Kaiser, *Rom und Renovatio* (*Studien der Bibliothek Warburg*, XVII), I (1929), 87-187. Vid., además, Dawson, 280 y sig.; Schlierer, *Weltherrschaft*

que los obispos consejeros del joven emperador, Leo de Vercelli y Gerberto de Aurillac (a este último ayudó más tarde el emperador, para conseguir la dignidad pontificia que obtuvo y ejercicio con el nombre de Silvestre II), dominados ambos por tendencias innegables de amor a la antigüedad, proyectasen una especie de restauración del antiguo *imperium romanum*. Una serie de hechos y testimonios de esta época parecen confirmarlo; así, por ejemplo, la residencia del emperador en Roma y el designar esta ciudad como *nostra urbs regia*, la bula imperial llamada *renovatio imperii romanorum*, ciertos giros retóricos en sus leyes y documentos (27) y otros indicios. Por otra parte, Brackmann (28) con sus nuevas investigaciones nos ha enseñado a valorar críticamente la *renovatio imperii* de Oton III y probado que este emperador, tanto en su política exterior como en la eclesiástica, no quebró la línea seguida por el imperio carolingio. Por consiguiente, la conexión con el antiguo imperio romano fué, forma externa, medio para la consecución de otros fines, aspiración fuertemente condicionada por las relaciones políticas que a la sazón se daban en Roma, más bien que finalidad principal y directa (29).

sgedanke und altdeutsches Kaisertum (Dis. Tübingen, 1934), 39 y sig., 41; Tellenbach, *Entstehung des deutschen Reichs*, 157.

(27) Para esto Schramm, I, 127 y sig., 157 y sig.; II, 19 y sig.

(28) *Der römische Erneuerungsgedanke und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl., 1932), 352 y siguientes; *Ges. Aufsätze*, 114 y sig.; *Kaiser Otto III und die staatliche Umgestaltung Polens und Ungarns* (Abhandlungen, Berlin ph. h. Kl., 1939, n. 1), 9 y sig.; *Die Entstehung des ungarischen Staates* (ebenda, 1941, núm. 8), 7 y siguientes.

(29) Se explica la amargura que rezuman las palabras que dirige el emperador a los romanos, cuando éstos se levantaron en armas y consiguieron hacer prisionero al emperador el año 1000 en Castel Sant Angelo. En ellas declara —según se le atribuye— que había sacrificado su patria, sus sajones y alemanes, para extender hasta los últimos confines la gloria del nombre romano. Esta arenga nos ha sido transmitida por Thangmar de Hildesheim en su *Vita S. Bernardi* (MG, Script., IV, pág. 770), el cual fué testigo de oídas. Aunque la composición del documento es tardía puede, si se eliminan ciertas hipérbolas retóricas, contener un fondo de verdad. Vid. Schramm, I, 178; II, 6.

CAPITULO VI

EL IMPERIO ALEMAN, LA IDEA DE ROMA
Y LA CUESTION DE LAS INVESTIDURAS

MUCHO más intensa fué la relación espiritual del imperio alemán con el antiguo imperio romano en la época de los monarcas de las dinastías sálica y de los Staufen (1). A partir de la segunda mitad del siglo XI, comienza la literatura a considerar a los emperadores alemanes como sucesores de los emperadores romanos (2), a numerarlos dinásticamente a par-

(1) Vid. Brackmann, *Die Ursachen der geistigen und politischen Wandlung Europas im 11 und 12 Jahrhundert*, *Hist. Zeitsch.*, 149 (1934); *Ges. Aufsätze*, 229 y sig.; *Der römische Erneuerungsgedanke und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl., 1932), 346 y sig.; *Ges. Aufsätze*, 108 y sig.; *Der mittelalterliche Ursprung der Nationalstaaten* (Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl., 1936), 128 y sig.; *Die politische Wirkung der cluniazensische Bewegung*, *Hist. Zeitschr.*, 139 (1929), 34; *Ges. Aufsätze*, 290 y sig.; *Die Wandlung der Staatsauffassungen im Zeitalter Kaiser Friedrichs, I*, *Hist. Zeitschr.*, 145 (1932), 1 y sig.; *Ges. Aufsätze*, 339; Burdach, *Wom Mittelalter zur Reformation*, II, 1 (1913), 180 y sig., 321 y sig., 448 y sig.; Freischmann, *Über den Einfluss des römischen Rechts auf das deutsche Staatsrecht*, *Melanges Fitting*, II, (1907), 672, 675, 679; Haller, *Der Reichsgedanke der Staufischen Zeit, Welt als Geschichte*, V (1939), 379 y sig.; Hartung, *Die Lehre von der Weltherrschaft im Mittelalter* (Disert. Halle, 1909), 13 y sigs.; Heimpek, *Kaiser Friedrich Barbarossa und die Wende der staufischen Zeit* (Discursos de la Universidad de Strasburgo, III), 1942; Holtzmann, *Der Weltherrschaftsgedanke und die Suveranität der europäischen Staaten*, *Hist. Zeitschr.*, 159 (1939), 251 y sigs.; H. Mitteis, *Staats des hohen Mittelalters* (1940), 211, 284 y sigs., 301 y sigs.; Patzelt, *Karolingische Renaissance* (1924), 154 y sig.; Pomtow, *Über den Einfluss der altrömischen Vorstellungen vom Staat auf die Politik Friedrich I und die Anschauungen seiner Zeit* (Disert. Halle, 1885); Rüsen, *Der Weltherrschaftsgedanke und das deutsche Kaisertum im Mittelalter* (Disert. Halle, 1913); Scholz, *Weltstaat und Staatenwelt in der Anschauung des Mittelalters*, *Zeitsch. für deutsche Geisteswissenschaft*, IV, (1941), 84 y sig.; Schlierer, *Weltherrschaftsgedanke und altdeutsche Kaisertum* (Disc. Tübingen, 1934); Schramm, *Kaiser, Rom und Renovatio*, I, 223 y sig.

(2) No así los emperadores bizantinos, de los cuales, el glosador Mat. de Ca-

tir de éstos (3) y a compararlos con sus antecesores romanos. Los emperadores alemanes son tenidos ahora como descendientes de romanos y troyanos. En la época de los Staufen, el poeta Enrique de Veldeke escribe una Eneida en la que la caballería y la idea imperial aparecen enlazados con la antigüedad clásica. El historiador Otto de Freising considera como predecesores suyos a los historiadores romanos, elogia a Justiniano por haber aniquilado a los ostrogodos y vándalos y le considera como restaurador del imperio; los ejércitos de las cruzadas son ejércitos romanos y los príncipes del imperio valen como *Romanorum principes*.

Si bien los hechos a que acabamos de aludir constituyen manifestaciones de carácter privado, la conexión espiritual con la Roma antigua prende también en formas oficiales. Desde Otton II (982), comienza a ser usual la designación del emperador como *Romanorum imperator* (4) y desde Conrado II la denominación *imperium romanum* se aplica al imperio de modo constante, y es sustituida por la de *sacrum imperium* en tiempos de Federico I. Desde el siglo XI el electo rey alemán es llamado *rex romanorum* (5). Enrique IV crea en 1081 en Roma una *nova curia* con centuriones, tribunos y sena-

raziis, en su *tractatus de principibus*, afirma que no eran *proprie imperatores*. Vid. Silvani, «Germania e impero nella tradizione giuridica bolognese», en *Atti e memorie della R. deputazione di storia patria per l'Emilia e la Romagna*, VI (1940-1941), pág. 10 de la separata.

(3) La Edad Media no siente interés alguno por la Roma republicana, y sí, en cambio, por la imperial, y en esta preferencia se reveló la importancia de la idea imperial en la Edad Media. A partir del humanismo comienza a despertar el interés por la Roma antigua. Los escritores medievales inician sus relaciones partiendo de los reyes y saltando luego a Julio César, a quien consideran generalmente como el fundador del imperio. Vid. Graf, *Roma nella memoria del Medio Evo*, I, 230 y sig., 248 y sig.; Koschaker, 14.

(4) Vid. Caspar, «Deutsche Reich und Kaisertum», en *Handbuch der deutschen Gesch.*, I, 159; Schlierer, 5; Holtzmann, *Gesch. der sächsischen Kaiserzeit* (1941), 281; Schramm, I, 83 y sig., apunta la idea de que, tras estas frases, hubiera una actitud hostil a los romanos, disimulada entonces, por la necesidad que sentía Oton II, en sus luchas contra los árabes, de conseguir el apoyo de aquéllos y de los italianos. Vid. además, Lühr, *Vom mittelalterlichen imperium romanum*, «Die Antike», VII (1931), 127.

(5) Vid. supra.

dores, y en 1084 constituye con los nobles un nuevo tribunal, cuyas formas de actuación se hallan fuertemente influenciadas por la mentalidad y concepciones romanas (6). Ragenwin, cronista de Federico I nos refiere que éste «aspiró a que el imperio conservase la ciudad de Roma con el esplendor que antiguamente tuvo esta ciudad». Este emperador fué uno de los que más decisivamente hizo destacar el carácter romano de su imperio (7). Los emperadores romanos son sus antecesores, y por lo mismo el Derecho romano, es Derecho del imperio (8), hecho éste que en la literatura alemana es considerado como recepción teórica del Derecho romano y cuya trascendencia no se puede subestimar (9). Roma es la *alma urbs* del emperador; el palacio imperial es *sacrum palatium* y *divi* son llamados los precursores del emperador; éste se halla asistido por un senado de príncipes del imperio. Arraiga la idea

(6) Jordan, *Der Kaisergedanke in Ravenna zur Zeit Heinrichs IV*, *Deutsches Archiv f. Gesch. d. Mittelalters*, II (1938), 127.

(7) Pomtow, I.

(8) Federico I en el año 1165 (MG, LLLIV, I, pág. 322, citado por Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I (1860), 617) declara: «Nos igitur praedecessorum nostrorum divorum imperatorum, magni Constantini videlicet et Justiniani et Valentiniani, nec non Caroli et Ludovici vestigiis inherentes et sacras leges eorum tamquam divina oracula venerantes»; y en un escrito dirigido a los obispos (según Schlierer, 47): «duo sunt, quibus nostrum regi oportet imperium: leges sanctae imperatorum et usus bonus praedecessorum et patrum nostrorum». En apoyo de una aplicación de este mismo pensamiento en época anterior, Stobbe, ob. cit., I, 613, y Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, I (1901), 52, refiérense erróneamente a la *Graphia aureae urbis Romae*, la cual, con presunta relación a la época de Oton III, advierte al juez romano designado por el Emperador: «cave ne aliqua occasione Justiniani sacratissimi antecessoris nostri legem subvertas». Tal documento no se remonta, como ha demostrado Schramm, I, 193 y sig., 215 y sig., por lo menos en sus partes esenciales, más allá de los siglos XI o XII. Vid., además, Fleischmann, ob. cit., II, 672 y sig.

(9) El emperador Federico III, en el documento de confirmación de la Universidad de Tübingen, dispone en 1484 que en ella debían aprenderse: *omnes et singulas imperiales leges, constitutiones... quibus sacre memorie precessores nostri romani imperatores ius auctoritatemque dederunt*; y el emperador Maximiliano, en una ordenanza de 1495 habla del «glorioso emperador Justiniano, nuestro antecesor en el imperio», y designa a Constantino el Grande como su predecesor también. Ambos pasajes según Stobbe, ob. cit., II, 110.

de la majestad imperial y se relaciona con el *crimen laesae majestatis* del Derecho romano. En una carta conservada en la crónica de Roger de Hoveden, Federico I exige al sultán Saladino la devolución de ciertos territorios de Oriente sujetos —dice— *nostrae ditioni* y en los cuales acabó «nuestro Craso» su carrera victoriosa (10). Cuando el Papa se niega a coronar al hijo de Federico I (que más tarde había de ser emperador Enrique VI), éste es nombrado César por su padre, siguiendo con ello una costumbre romana (11). Y lo mismo hace Federico II. Paralelamente a todo esto, en la literatura oficial contemporánea, se contienen referencias a un culto formal del emperador, cuyo desarrollo promueve Federico I y su canciller Reynaldo de Dassel.

La actitud que hemos consignado debe reconocer un fundamento, y no sin razón se ha señalado como tal, el hecho de que precisamente en el siglo XI comience la cuestión de las investiduras y con ella el período de la lucha áspera de los dos poderes universales de la Edad Media, el pontificado y el imperio, lucha que termina en el siglo XIV con la derrota de ambas partes contendientes. En 1075 fué publicado el *dictatus papae* de Gregorio VII, en el cual, de forma enérgica, se formulaba la primacía papal y el derecho del Papa a deponer al emperador (13). Esta circunstancia, y lo inaudito que para los contemporáneos era, la deposición de Enrique IV por Gregorio VII, incrementa una ya abundante literatura polémica que data de dos decenios antes (14). El Papa, apoyado por el

(10) Pomtow, 92 y sig.

(11) Vid. von den Stein, *Das Kaisertum Friedrichs II*, pág. 24; Burdach, II, 1 pág. 296. Implica conexión con el *corpus iuris* (D. I, 4, 1), el declarar, como lo hace, que el fundamento de su poder es la *lex regia* del pueblo romano. Vid. von den Steinen, 32, 35; Burdach, 303 y sig.

(13) El ascendiente del pontificado se revela en la coronación imperial. El emperador conseguía primitivamente, mediante la coronación, la dignidad episcopal, ingresando así en el sacerdocio. Terminada la cuestión de las investiduras, el emperador era recibido ya solamente como canónigo en el capítulo de San Pedro, en función de cardenal diácono, resto esto último del antiguo privilegio. Vid. Eichmann, *Königs-und Bischofsweihe* (Sitz. Ber. München, phil. Kl., 1928, núm. 6), 55 y sig. *Kaiserkrönung*, I, 203, 280, 306.

(14) Jordan, ob. cit., 86.

movimiento de reforma cluniacense, entra en la liza con las Santas Escrituras en la mano. Y en verdad que en un imperio cristiano nada eficaz podía oponerse a esta poderosa arma esgrimida por el Papa. Era, pues, lógico, que el poder secular se refugiara en la concepción pagana del imperio romano, para de esta suerte conseguir independizar el poder imperial de toda sujeción al cristianismo (15). Ciertamente hay en esta idea, que apunta a una secularización del pensamiento de la época, algo de verdad. Pero hay que precaverse también contra su exageración. Con razón dice Schramm I, 253: «¿Qué podían valer las argumentaciones históricas para justificar los derechos imperiales, cuando estos no se hallaban todavía legitimados por una vetusta antigüedad y los hechos históricos nada valían frente a un versículo de la Biblia o la sentencia de un santo padre?» Por eso causó más impresión la actitud de Federico I y Federico II proclamando que la dignidad de emperador era recibida por ellos directamente de Dios (16). La conducta del último emperador confirma este escepticis-

(15) Vid. Schlierer, 11 y sig. Como testimonio, relativamente antiguo, de esta literatura puede servir la *defensio Henrici IV regis* de Ravena en 1080, hecha por Petrus Crassus, el cual pretende justificar la posición del emperador como *vicarius Dei* invocando los principios de la sucesión y de la posesión romanas. Para este punto vid. Jordan, 94 y sig.

(16) Vid. Brackmann, *Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl.*, 1936, pág. 136; *Ges. Aufsätze*, 350 y sig., 363; von den Steinen, 32 y sig. La idea es derivada de la Sagrada Escritura por el *Anonymus Eboracensis*, un escrito debido a un clérigo anónimo de York, que consta de varios tratados, cuya época puede fijarse en el filo de los siglos XI y XII, hallándose indudablemente influenciado por la discusión en torno a las investiduras inglesas. Su autor combate con insólito atrevimiento el primado del Papa, del cual, según él, se puede prescindir, y defiende al propio tiempo la incondicional supremacía del soberano temporal, por ser éste *vicarius Dei* también, y por tanto sacerdote-rey. Vid. Böhmer, *Kirche und Staat in England und in der Normandie in XI und XII Jahrhundert* (1889), 177-266; Brackmann, *Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl.*, 1936, pág. 131; *Ges. Aufsätze*, 344, 360 y sig. La misma idea inspira la regla elaborada para la monarquía francesa: *Le roi ne tient a nului, fors de Dieu et a lui*, que hallamos en los *Etablissements de St. Louis*, I, 83 (c. 1.270; vid. Ol. Martín, *Précis d'histoire de Droit français*, 1934, 148), en donde se acentúa la independencia del rey frente a todos, y en especial frente al Papa. Vid. Chenon, *Melanges*, Fitting, 210 y sig.; *Hist. gen. du Droit français*, I, 816 y sig.; Declareuil, *Hist. gen. du Droit français*, 432, 437.

mo. Federico II era un hábil diplomático que dominaba los medios entonces usuales de la propaganda: los manifiestos y las cartas circulares (17).

La idea del antiguo imperio romano juega en él un papel bastante menos importante (18). Cuando se dirige a las masas alemanas, el citado monarca opera con el argumento de la misión religiosa del emperador, de la protección de la Iglesia contra los infieles, con la idea de la cruzada (19) o la cuestión de la reforma de la Iglesia, corrompida y materializada, la cual debe ceñirse a su misión espiritual, abriendo así la lucha con el Papa sobre todas estas cuestiones; cuando quiera granjearse las simpatías de otros soberanos europeos, apela a la solidaridad que debe reinar entre los monarcas de Europa frente a las pretensiones del Papa y en defensa de los derechos del poder secular (20). Este hábil juego con ideas que pertene-

(17) Vid. Vehse, *Die amtliche Propaganda in der Staatskunst Friedrichs II* (1929), especialmente pág. 157 y sig., 175 y sig., y, además, Burdach, II, 1, página 21 y sig.

(18) Con razón afirma Haskins, *Studies in mediaeval culture* (1929), 146, respecto a la utilización de las ideologías propias de la antigüedad romana: «it is always easy to argue from phraseology, and always unsafe, most of all when we are dealing with so realist a mind as Fredericks (II)».

(19) Federico II es un monarca medioeval. Vid. Brackmann, *Ge. Aufsätze*, 376.

(20) Vid. también Torsten, *Riche*, 108. Es esto notable, porque aunque con trazos poco precisos, se prefigura de modo bastante claro la idea de la sociedad de Estados europeos. Brackmann ha reiterado insistentemente que las raíces del nuevo Estado, en que el soberano ocupa una posición firme y fuerte, hay una administración central y las finanzas se hallan ordenadas, deben buscarse en los Estados normandos, Inglaterra, Sicilia y en los varegos de Rusia, los cuales se forman en los siglos XI y XII. Con H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt* 1933), especialmente pág. 260-461, *Staat des Mittelalter* passim, debemos considerar el desenvolvimiento del feudalismo y los diversos caminos por éste recorridos en Alemania, de una parte, y en Francia y en Inglaterra, de otra, y cómo por la consecuente formación de la pirámide feudal, en cuya cúspide está el Rey, se proporcionan a éste los medios de llevar a cabo una lenta centralización del Estado en su persona, mientras que en Alemania el Estado moderno fragua en los territorios, y no en el imperio. Así, se comprende que el llamamiento de Federico II, hallase en Francia y en Inglaterra una acogida llena de simpatía, y en cambio, y simultáneamente, en estos mismos países, la idea del imperio alemán fuese recibida con frialdad y hasta con hostilidad, la cual en los ulteriores decenios revistió en Francia formas agudas. Vid. supra, pág. 19.

cen a zonas muy distintas, pone de relieve la doble personalidad de Federico II, el cual si bien en un aspecto aparece ideológicamente enraizado en la Edad Media, en otro ofrece las características propias de un soberano absoluto y moderno que reina en un Estado siciliano de ascendencia normanda. Esta doble faceta de su carácter no deja de influir fuertemente en su concepción del imperio (21).

La moderna literatura le llama «sultán bautizado» (22) e individualmente es persona que acusa una firme propensión racionalista. En este sentido aprovecha lo que le es útil donde lo encuentra; en su corte de Palermo tiene trato constante con árabes y griegos, y estos le consideran como un cristiano sin profunda convicción; impulsa los estudios científicos y literarios secularizándolos, porque necesita funcionarios dotados de buena formación; funda en Nápoles en 1224 una universidad estatal, caso único en aquella época; en su corte ostenta el cargo de astrólogo el escocés Miguel, sucediendo a éste el griego o tal vez judío, Teodoro (23).

La antigüedad romana emerge ahora en el reinado de Federico II, hallando su más destacada manifestación en los escritos que éste dirige a los romanos (24) para conquistar su favor, lo que era para él de grandísima importancia, pues según la concepción medieval imperante, la posesión de la ciu-

(21) Kienast, *Deutschland und Frankreich in der Kaiserzeit* (1943), 177.

(22) Haskins, *Studies in the history of mediaeval Science* (Harvard historical Series XXVII, 1924), 243, 244, 250, 260, 265 y sig.

(23) Haskins, *Studies in Mediaeval Culture*, 147; *Mediaeval Science*, 242, 244, 250, 260, 265.

(24) Un ejemplo: Federico II envió a Roma las banderas tomadas a los milaneses en la batalla de Cortenuova (1237), con un escrito en el que, entre otras cosas (vid. Burdach, 349; Vehse, 63), decía: «La razón ordena que a la creciente gloria del emperador acompañe una exaltación de la ciudad que es base de su imperio (*causa imperii*), y aunque la majestad imperial está exenta de la observancia de las leyes —esto está tomado del D., 1, 3, 31—, los emperadores obraríamos contra la razón, la cual es madre del Derecho, si os (se dirige a los romanos) priváramos de los frutos de las empresas que llevamos a cabo en nombre vuestro, venciendo a quienes se rebelan contra el imperio romano. Seguimos, pues, el ejemplo de los antiguos Césares, a quienes el Senado y el pueblo de Roma otorgaban el laurel y el triunfo, y os envíamos el botín conquistado al enemigo.»

dad de los Apóstoles era esencial para el imperio (25). Toda propaganda debe contar, al elegir sus medios, con la necesidad de hallar una amplia resonancia en sus destinatarios y para conseguir ésta la ciudad de Roma con su antigüedad multi-secular y prestigio, era el mejor tornavoz. En Roma, donde reinando Teodosio I, el Senado protestó, por conducto de Symaco, contra la decisión de suprimir la diosa de la Victoria que presidía sus sesiones, se hallaba muy vivo el recuerdo de la historia y grandeza del Estado romano, de sus instituciones y de sus emperadores (26), contribuyendo eficazmente a evocar y mantener este recuerdo, sus grandiosos monumentos y edificios, como es natural, mucho mejor conservados entonces que en la actualidad (27). La Roma medieval era, por tanto, terreno muy a propósito para recibir la idea política de Roma, es decir, un suelo dispuesto siempre a valorar las ideas y representaciones del antiguo imperio, para aplicarlas a los fines de una política viva y actual. Roma jugó un papel importante, unas veces contra el emperador y otras contra el Papa, en las luchas de la nobleza romana para dominar el papado en el siglo X, cuando Alberico II ostentaba el título de *princeps et omnium Romanorum senator* (28), en el siglo XII, durante la república romana de Arnolfo de Brescia (29), y por último en el siglo XIV bajo el *tribunus augustus* Cola di Rienzo (30). No deja de producir extrañeza en el observador, el contraste que ofrecen las altisonantes expresiones de que se sirven los representantes de la *república* romana, y el poder efectivo de que éstos disponen, y se explica que la exhortación dirigida en 1149 a Conrado III

(25) Schlierer, 52 y sig.

(26) Vid. Fedor Scheneider, *Rom und der Romgedanke im Mittelalter* 1926).

(27) Alrededor de 1140 aparecen los *Mirabilia urbis Romae*, una descripción de los monumentos antiguos hecha con la intención de crear un más estrecho vínculo con el antiguo imperio. Vid. Schramm, I, 293 y sig., 106 y sig., y además, Graf, *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*, I, 109 y sigs.; F. Schneider, 55 y sig.

(28) Burdach, II, 1, pág. 181 y sig.; Schramm, I, 19 y sig.

(29) Hausrath, *Arnold von Brescia* (1891).

(30) Vid. Burdach, 448 y sig.

por el *senatus populusque romanus: imperium teneat, Romae sedeat, regat orbem princeps terrarum ceu fecit Justinianus*, obtuviera una respuesta evasiva (31) y que los embajadores romanos, cuando en 1154 ofrecieron la corona imperial a Federico I, fueran ásperamente reprendidos (32). Además, la posición de Roma, por su relación con el imperio alemán y por ser sede del pontificado, era en la Edad Media tan singular, que incluso los sucesos políticos que afectaban sola y estrictamente a esta ciudad, tenían una gran repercusión y trascendencia. Es esta una de las raíces del sentimiento nacional italiano, el cual se apoya en el entusiasmo que despierta el glorioso pasado de Roma.

Si las anteriores consideraciones nos han servido para juzgar con cautela la eficacia de la idea política de Roma, deben también prevenirnos contra la tendencia a considerar ésta totalmente intrascendente y como mero medio de propaganda que los emperadores alemanes utilizaron con frío cálculo, prometiéndose de su empleo halagadores resultados prácticos. Ciertamente que ningún emperador alemán pensó jamás seriamente en renovar el imperio romano con sus instituciones (33). El imperio alemán tenía Alemania como centro de su poder y no el imperio romano que abarcaba el antiguo mundo mediterráneo; era una formación europea, era Europa misma, la cual no existió en la antigüedad. La fuerza de la idea política de Roma era una fuerza ideológica, y sin embargo, no podemos dudar de que soberanos con fuerte personalidad, como lo fueron los emperadores en sucesión ininterrumpida desde los sajones hasta los Staufen, se hallaran íntimamente penetrados de la idea de Roma y creyeran hasta cierto punto en su virtualidad. Por lo demás, esta idea no carecía de un fundamento real. Pero este fundamento no estaba constituido por relaciones positivas, sino por el ideal de formación de la Edad Media, llamado por Burdach (34) imperio apolíneo, el

(31) Hausrath, 110 y sig., 116 y sig.; Schlierer, 42 y sig.

(32) Vid. supra, pág. 46.

(33) Vid. también Brackmann, *Sitz. Ber. Berlín*, ph. h. Kl., 1932, página 368 y sig., 373 y sig.; *Ges. Aufsätze*, 132 y sig., 139.

(34) Loc. cit., II, 1, pág. 32.

cual pudiera muy bien caracterizarse por ser la exaltación del valor cultural que la idea de Roma entrañaba. Este ideal de formación, orientado hacia Roma, creó desde Carlomagno la conexión o enlace con la romanidad, y lentamente aconteció que toda Europa, comenzando por un tenue estrato social superior, fué sintiéndose prendida culturalmente de Roma (35).

Ya hemos visto, en efecto, que primeramente este movimiento cultural se inicia en los clérigos, y todavía en los siglos XI y XII puede afirmarse que clérigos son también la mayoría de los literatos. Aun se está lejos del ideal de formación secular propio del Humanismo de los siglos XIV y XV. El movimiento va extendiéndose y tal vez contribuya su difusión a la preeminencia política, conseguida por la burguesía en las ciudades de la Italia superior (37). Va creciendo el interés que inspira la antigüedad pagana y con esta antigüedad se relaciona últimamente la idea política de Roma. La Iglesia misma, si bien apoyada espiritualmente en las Sagradas Escrituras y en la literatura romano cristiana, no puedo sustraerse a esta corriente. Ya León IV, fundador del barrio vaticano (*civitas Leonina*), en el siglo IX, mandó inscribir sobre una de las puertas de la ciudad: *Roma caput orbis, splendor, spes, aurea Roma*, y concedió a un príncipe anglosajón el título de cónsul; la cancillería de Juan VIII usó la fórmula *senatus populusque romanus* (38). Ni siquiera bajo el pontificado del doctísimo Papa León IX, en el siglo XI, se desdenaba este entronque cultural con Roma, y los papas Inocencio III y IV lo utilizaron en sus luchas con Federico II (39). La Iglesia en verdad se halló frente a estas tendencias con el mismo problema conque hubo de enfrentarse el cristianismo

(35) La eficiencia de esta idea de Roma en la literatura medioeval ha sido estudiada por Graf en su tantas veces citada obra *Roma nella memoria e nella immaginazioni del Medio Evo*, I (1882), II (1883).

(36) Vid. supra, pág. 71.

(37) Vid. también Genzmer, *Zeitschr. d. Savigny-Stift*, rom. Abt., 61, pág. 300.

(38) Vid. Schramm, I, 26, 46 y sig.

(39) Vid. Schramm, I, 246; Burdach, II, 285 y sig.; Vehse, 167 y sig., 174 y sig.

en el imperio romano (40). En el Decreto de Graciano (41) se trata la cuestión *an secularibus literis oporteat sacerdotes esse eruditos*, y no puede maravillar que en la alta Edad Media, en los círculos eclesiásticos, se considere como criminales a Homero y a Virgilio, se repudie la filosofía antigua, y en el siglo XI se halle muy difundida la leyenda del abad Hugo de Cluny, según la cual, habiendo éste soñado que su cabeza se apoyaba sobre serpientes, halló al despertar debajo de su almohada un volumen de Virgilio (42). Pero la Iglesia venció en la Edad Media estos escrúpulos como los había vencido en la antigüedad.

Para comprender en toda su intensidad la idea política de Roma debemos intentar acercarnos lo más posible al pensamiento medieval teniendo en cuenta que esto no resulta en verdad muy fácil por causa de sus grandes diferencias con el pensamiento moderno. La aclaración de este punto es, por otra parte, supuesto previo para estudiar después toda una serie de importantes cuestiones.

La Edad Media es cristiana y por tanto universal. En esta época las naciones de Europa están ya formadas o en vías de formación. Para el hombre medieval, la oposición entre cristiano y pagano es mucho más importante que la diferencia existente entre alemanes, italianos y franceses. De ahí la eficacia poderosa de los factores universales entre los cuales cuentan las distintas manifestaciones de la idea de Roma.

De aquí se desprende un criterio o punto de vista para valorar la política romana de los reyes alemanes. Si fué o no acertada esta política, si no significó más bien una clara deserción de la tarea de formar fuertes Estados nacionales alemanes —obra que acertaron a realizar en sus respectivos dominios los reyes ingleses y franceses, sin que la dificultase siquiera la idea de misión universal que el imperio entrañaba—, es cuestión que agita vivamente a los históricos alemanes, hasta el punto que Federico Schneider ha podido escribir un libro, *Neuere Anschauungen der deutschen Historiker zur Beur-*

(40) Vid. *supra*, pág. 65.

(41) Vid. Koschaker, 13.

(42) Vid. Graf, II, 153 y sig.

teilung der deutschen Kaiserpolitik des Mittelalters (1943), en el que se exponen las innumerables controversias a que esta cuestión ha dado lugar. Vid. además Brackmann, *Ges. Aufsätze*, 26 y sig., 291, 302; Hirsch, *Deutsches Kaisertum u. rom. Kaisertum*, 44 y sig. 60; Brunner, *Osterreich, das Reich und Osten im Späteren Mittelalter*, publicada por Nalder y v. Srbik en (1936) *Osterreich, Erbe und Sendung un deutschen Raum*; Heimpel, *Deutsches Mittelalter*, 10 y sig., 46 y siguiente, 190 y sig.; Kienast, *Deutschland u. Frankreich in der Kaiserzeit*, 94 y sig.; H. Mitteis, *Staats des Mittelalters*, 129 y sig.; Schüssler, *Reich u. Reichsidee in der deutschen Geschichte* (1942), 10 y sig. 43; E. Schmidt, *Papstum u. Kaisertum*, en *Reich und Reichsfeinde*, escritos del Reichsinstitut f. *Geschichte des neuen Deutschland*, IV (1943), 56; Zatschak, *Wie das erste Reich der Deutschen entstand* (1940), 275 y sig. Esta cuestión no nos interesa de momento.

Juzgar la política romana de los emperadores alemanes como utilización por éstos de un elemento intruso y exótico, es lo que hace consciente o inconscientemente el moderno nacionalismo, el cual, para juzgar problemas de la antigüedad, opera con la idea de un estado nacional, en vez de utilizar las concepciones propias de la época en que la cuestión se planteó. Idéntica falta se comete, cuando en la reciente bibliografía alemana, singularmente en la nacional-socialista, se condena con criterio de mezquino prusianismo, como antialemana, la política de los Habsburgos, estimando a éstos como «empequeñecedores del imperio», procedentes del Sur, los cuales, con sus tendencias universalistas, constituyen en opinión de estos autores a que aludimos, «la dinastía más vituperable y dañosa que jamás ha reinado» (Westphal, *Das Reich* I, 354, 456, 588), iniciándose con ella «el período más antigermánico de la historia alemana» en el que «no una noble estirpe, es la que se afana por realizar la misión germánica, sino una porción de ambiciosos príncipes que se crigen en defensores del universalismo cristiano en servicio de la teocracia papal» (Torssten, *Riche*, 121 y sig., 136). Para esta última cuestión véase, por ser fundamental, V. Srbik, *Osterreich im Heiligen Reich u. im deutschen Bund*, en *Osterreich*, editado por V. Nadiery.

v. Srbik (1936), 122-126; *Osterreich in der deutschen Geschichte* (1936), 33 y sigs. Naturalmente, las naciones europeas existían ya en la alta Edad Media; su existencia se hace presente en el pensamiento de la época. La Edad Media piensa en cristiano y con evidente universalismo, lo cual no excluye un pensamiento nacional, pues el universalismo, si bien impide todo exclusivismo nacionalista, no es, por naturaleza, totalitario. Es, pues, difícil admitir que los alemanes de la Edad Media sintieran como anti-nacional y anti-alemana la actitud de sus reyes yendo a Roma, para allí conquistar el imperio mundial representado por el cristianismo occidental que ellos mismos profesaban, protegiendo y difundiendo sus convicciones. Estas huestes de guerreros alemanes con sus reyes al frente, marchando hacia Roma, no fueron ciertamente gratos a los italianos, pero también es cierto que éstos no acogieron a los alemanes que luchaban por el orden cristiano del mundo, como ejército invasor de un pueblo extraño. Vid. Rörig, *Mittelalterliches Kaisertum und die Wende der europäischen Ordnung*, en *Das Reich und Europa* (1941), pág. 47. Así pudo, la política imperial e italiana de los Staufen, especialmente la de Federico I, hallar eco en la nación. Vid. Haller, *Welt als Geschichte V* (1939), 400, 413 y sig.; Rösen, loc. cit., 67. Pensamiento nacional y universal no representaban a la sazón una antinomia y se hallaban entre sí en relación muy similar a la que existía entre el *imperium* y el *regnum* en el imperio alemán.

Al carácter universal de la idea de Roma van unidos otros muchos. El individuo en la Edad Media no discurre con criterio histórico crítico; su pensamiento se adscribe más bien al criterio autoritario, se inclina ante las autoridades universales. Hoy casi sonreímos al leer que la Edad Media lo ha deducido todo de la Biblia y ha actualizado el contenido de los libros Santos. La cuestión de determinar las relaciones para las cuales habían sido establecidos los preceptos bíblicos, así como la de precisar la significación histórica de los mismos, no son, ni siquiera planteadas por el hombre medioeval. Nada tan lejos de su pensamiento como el comparar su actualidad con la de la Sagrada Escritura. La Biblia es para el hombre medioeval

un libro autoritario cuyos preceptos y ejemplos tienen inmediata vigencia y son de actualidad; y tal actualización es posible al pensamiento medioeval porque éste, con su absoluta incapacidad para lo histórico, llena inconscientemente el pasado con representaciones y conceptos de la propia época. De este modo procede también el pensamiento escolástico. Este pretende, mediante la teología, hacer comprensivas ciertas verdades autoritariamente establecidas por la revelación divina, y para conseguirlo, se esfuerza en actualizarlas.

El individuo medioeval es autoritario pero también son autoritarios el pasado y la idea de Roma. Cuando los romanos de la Edad Media hablan de su *senatus populusque romanus*, cuando los emperadores alemanes consideran a los césares romanos como sus predecesores, no es esto un juego con ideas del pasado, ni tampoco un mero parangón con la antigüedad, sino realidad viva y operante, porque las instituciones medioevales tienen sus raíces en el pasado y se apoyan en él. Quizá sea el jurista el que se halla en mejor situación para comprender lo que hemos dicho, sobre todo el que tenga el hábito de manejar códigos antiguos, en cuya interpretación, todavía hoy, se halla, como el teólogo al interpretar la Biblia, o como su colega medioeval al utilizar el *Corpus iuris*, sometido en muchos aspectos, al criterio de autoridad (43). Todo jurista sabe, que muchos parágrafos de los aludidos códigos cambian, con su aplicación a través de los tiempos, el sentido que primitivamente tuvieron, adquiriendo otro totalmente diferente. La razón de esto estriba en que la ley es una ordenación autoritaria con pretensión de inmediata validez; ahora bien, cuando la condicionalidad histórica del precepto legal no permite ya su vigencia, tras el texto literal de la norma comienzan a actuar a través de la aplicación que ésta recibe, conceptos y

(43) No es ninguna casualidad que precisamente en los históricos hallemos apreciaciones exactas sobre esta idea. Vid. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I (1880), 103-105; Landsberg, *Glosse des Accursius* (1883), 25, 28 y sig. En lo que se refiere a los glosadores vid., además, Esmein-Géneval, *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1925), 332 y sig.; Fleischmann, *Melanges Fitting*, II (1907), 679; Kerr-Wyllie, *The South African Law Journal*, 56 (1939), 195; Wieacker, *Vom röm. Recht* (1944), 210, 214.

representaciones actuales, que hacen posible de nuevo su vigencia a costa de perder, naturalmente, el valor histórico, limitado, que tuvo el precepto originariamente. No de otra suerte procede el pensamiento medioeval; la sola diferencia estriba en que esta transformación de las normas autoritarias, se produce en aquél mucho más inconscientemente que entre los juristas modernos. Para éstos, sin embargo, la escolástica no es todavía, ni mucho menos, cosa pasada. Creo poder ilustrar lo dicho anteriormente con dos ejemplos de carácter jurídico.

En el Decreto de Graciano c. 5 D 8 (44), para negar la obligatoriedad de la costumbre, se emplea este razonamiento: *si consuetudinem fortassis opponas, advertendum est quod Dominus dixit: ego sum veritas. Non dixit: ego sum consuetudo, sed veritas*. Se trata de aquello que dijo Nuestro Señor: «Yo soy el camino, la verdad y la vida». Un investigador moderno tal vez negara la existencia de Cristo, discutiera la autenticidad de esa declaración o afirmara que primitivamente tuvo un sentido totalmente diferente. Tal vez se contentara con esto último. Nuestro Señor pretendía, según esto, exhortar públicamente a sus discípulos a seguir su doctrina por ser ésta la verdadera. El jurista medioeval, para el que toda manifestación del Señor tiene una suprema autoridad, no siente escrúpulo alguno en relacionar la cuestión que le interesa sobre la validez de la costumbre, con la anterior cita del Nuevo Testamento, convirtiendo ésta en una norma legal sobre las fuentes del derecho e interpretándola con rigurosa literalidad. Tomo el segundo ejemplo de Genzmer I, 397²²⁸. Federico I, había concedido en su *Auténtica Habita* (1158) a los escolares de Bolonia el privilegio de someter a éstos a una jurisdicción exenta, ejercida por sus maestros (45). Los glosadores afirmaban

(44) También en las *Exceptiones Petri*, IV, 9 (texto según Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, II, 407 y sig.) de la primera mitad del siglo XII. Vid., además, Genzmer, *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna, I (1934), 379.

(45) Vid. también Solmi, *Storia del diritto italiano* (1930), 446 y sig.; *Il rinascimento della scienza giuridica e l'origine delle università nel Medio Evo*, Filangieri, 25 (1900), 249. Según Visconti, *De nobilitate doctorum legentium in studiis generalibus*, Studi Besta, III (1939), 226, 240, en este privilegio se halla la raíz del título de *Dominus*, así como la nobleza de los *doctores legentes*.

que tal privilegio, se refería a los profesores de Facultades distintas de la de Derecho, porque a los de ésta les fué otorgado ya por la *constitutio «omnem»* del emperador Justiniano, en cuyo cap. X se ordenaba que tal jurisdicción correspondería en Berito no sólo a los gobernadores y al obispo, si que también a los *legum professores*. El que la constitución se refiera concreta y exclusivamente a Berito, no constituye obstáculo para la exégesis medioeval. Tampoco se piensa en aplicar esta constitución analógicamente, sino que para la Edad Media, Berito es igual a Bolonia y Justiniano es el antecesor de Federico I en el trono imperial de Occidente (46).

Con estas consideraciones previas, resulta mucho más comprensible el alcance y trascendencia de la idea de Roma. El punto de vista antes expuesto permite, a lo que creo, una más exacta valoración de la idea de soberanía mundial, entrañada en el imperio de occidente. La cuestión ha atraído a la investigación alemana (47). Lo cierto es que los emperadores alemanes no hicieron nunca política imperialista en el moderno sentido de esta palabra y que su imperio, aun en las épocas de mayor esplendor, como fué, por ejemplo, la del reinado de Enrique VI, en que Ricardo Corazón de León recibía del emperador en feudo, sus tierras de Inglaterra y en que los Estados orientales enviaban a éste embajadores y obsequios, no puede compararse ni por su extensión territorial ni por su estructura, con el imperio mundial de Roma, ni aun limitando este imperio tan sólo al de occidente. Según Triepel (48), el rey alemán se hallaba dentro del *sacrum imperium* —con ello se quiere significar el *regnum*— a la cabeza de una asociación hegemónica de forma feudal; en cambio, si no me equi-

(46) En la literatura de Derecho público el emperador alemán es identificado con el *imperator* del *Corpus iuris*, los príncipes alemanes con los *praesides provinciarum*, el alcalde con los *cónsules*. Vid. Stintzing, I, 665; Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, II (1864), 123, y Apéndice, pág. 197.

(47) Fuentes y literatura se hallarán en las tres disertaciones de Hartung, *Die Lehre von der Weltherrschaft im Mittelalter* (Halle, 1909); Rüsen, *Weltherrschaftsgedanke und das deutsche Kaisertum im Mittelalter* (Halle, 1913), y Schlierer, *Weltherrschaftsgedanke und altes deutsches Kaisertum* (Tübingen, 1934).

(48) *Die Hegemonie, ein Buch von führenden Staaten* (1938), 496 y sig.

voco, estaba respecto a los Estados occidentales, como España, Francia e Inglaterra, los cuales no pertenecían al *regnum* ni querían someterse al *imperium*, en una relación de hegemonía plural (49). De hecho se reduce esta última a una cierta preeminencia del emperador como *summus rex, dux regum*, respecto a los jefes de cada uno de los Estados (50). Tal vez fuera acertado pensar, como hace Holtzmann, en la aplicabilidad de la *auctoritas* aneja a los emperadores romanos y que hallamos todavía en Bizancio y en las fuentes medioevales, la cual si bien implica una ordenación jerárquica de los diversos

(49) Para los conceptos Triepel, 244 y sig.

(50) Vid. Hartung, 15; Schlierer, 84 y sig., 86 y sig.; Ercole, *Impero e papato nella tradizione giuridica bolognese*, en *Atti della R. deputazione di storia patria per le provincie di Romagna*, Serie IV, vol. I (1910-11), 89; Feine, *Das Werden des deutschen Staates* (1936), 5; Schüssler, *Vom Reich und der Reichsidee in der deutschen Geschichte* (1942), 17.

Es dudoso si pueda hablarse propiamente de una hegemonía. Estimo, por el contrario, excesivamente sutil la actitud de algún investigador (Stengel, *Den Kaiser macht das Heer*, 27 y sig.; *Regnum und Imperium*, 26 y sig.; *Deutsches Arch. f. Gesch. d. Mittelalters*, III, 22 y sig.; H. Mitteis, *Festschr. f. Zycha*, 81 y sig.; Ganzer, *Das Reich als europäische Ordnungsmacht*, en *Reich und Reichsfeinde; Schriften d. Reichsinstituts f. Gesch. d. neuen Deutschland*, II (1941), 15, 21, 36 y passim) adhiriéndose en parte a la idea imperial «libre de Roma» (vid. supra, pág. 34), y mostrándose propicio a ver en la estructura hegemónica del imperio alemán un elemento específicamente germánico. Scholz, *Germ. und röm. Kaisergedanke*, *Zeitschr. f. deutsche Geisteswissenschaft*, III (1940), 127, y antes Triepel, 436 y sig., han señalado, certeramente, que la hegemonía es también elemento constructivo esencial del imperio romano. Que Triepel no ve en la hegemonía nada específicamente nacional, lo prueba la parte histórica de su libro (pág. 312 y sig.) y los ejemplos que aduce de diversos pueblos. A éstos podría añadirse el de los semitas y sumeros del tercer milenio en Babilonia, los cuales en las listas de las dinastías indican los soberanos de la ciudad hegemónica. Los hethitas indogermánico de Asia Menor, en el segundo tercio del segundo milenio, dieron a la estructura hegemónica de su imperio un carácter feudal, más por su expresión jurídica que por su fondo (como espero poder probar en otra parte), tomando las formas de hegemonía creadas en el primer tercio del segundo milenio entre los Estados babilónicos. En la Antigüedad, la hegemonía es frecuentemente efecto de la insuficiencia de poder del Estado vencedor, ya sea porque sus fuerzas militares y su escasa población no bastan a incorporar completamente a los sometidos, ya porque carecen de un cuadro eficiente de funcionarios que consiga una verdadera asimilación administrativa del pueblo vencido.

Estados, no excluye en modo alguno la perfecta independencia política de los mismos (51).

Todo esto no guarda relación alguna con la soberanía mundial. Es digno de notar que el pensamiento de la soberanía mundial sólo raramente aparece en manifestaciones oficiales de los siglos XI al XIII y puede decirse que su formulación obedece a circunstancias particulares y concretas sin lle-

(51) Holtzmann, *Der Weltherrschaftsgedanke im mittelalterliche Kaiser-tum und die Suveranität der europäischen Staaten*, *Hist. Zeitschr.*, 159 (1939), 254 y sig., 262 y sig. Además, Scholz, *Weltstaat und Staatenwelt in der Anschauung des Mittelalters*, *Zeitschr. f. deutsche Geisteswissenschaft*, IV (1941), 82, 85; V. Srbik, *Hist. Zeitschr.*, 164 (1941), 459. Esta idea fué expresada ya por Leibnitz en su *Tractatus de iure supramatus ac legationis principum Germaniae* (1678), en el que, con pensamiento todavía medioeval, su autor atribuye al emperador, como jefe secular de la cristiandad, *auctoritas* sobre todos los Estados cristianos de Europa, y, en cambio, a los príncipes, tanto extranjeros como alemanes, reconoce la *summa potestas*. Vid. Huber, *Reich, Volk und Staat in der Rechtswissenschaft des 17 und 18 Jahrhunderts*, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 102 (1942), 602 y sig., 612 y sig.; E. Wolf, «*Idee und Wirklichkeit des Reichs im deutschen Rechtsdenken des 16 und 17 Jahrhunderts*», en *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, editado por K. Larenz, I (1943), 140, 164, 166. Leibnitz, en la época en que escribió, nada podía saber todavía del *Monumentum Ancyranum* de Augusto, ni por tanto conocer la lección correcta del parágrafo 34 de este documento, precisada por la copia descubierta en Antiochia Pisidia el año 1923. Este parágrafo debe leerse: «*post id tempus* (28 antes de J. C.) *praestiti omnibus* (esto es, a todos los poderes de los magistrados) *auctoritate, potestatis autem nihilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu con-legae*». Interesante resulta la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, con la cual también Leibnitz opera, aunque en otro sentido. Lo que *auctoritas* en Derecho público romano significa es objeto de viva discusión en la literatura moderna. Vid. Staedler, *Zeitschr. Savigny-Stiftung rom. Abt.*, 61 (1941), 117 y sig., el cual cree que la *auctoritas* es un concepto jurídico, como la suma de cualidades que capacitan ante la opinión, al aspirante a un cargo para obtenerlo, como prestigio que se incrementa con la gestión irreprochable y que pervive aun después de desempeñada la magistratura. En todo caso la *auctoritas* es una cualidad inherente a la persona de quien desempeña el cargo. Una aplicación analógica de este concepto en el imperio alemán es sólo posible en tanto en cuanto la posición del emperador en orden a los jefes de los Estados de fuera del *regnum*, y más tarde respecto a los mismos príncipes del imperio, no era una soberanía jurídicamente precisada, sino que descansaba más bien en la idea romano-cristiana de universalidad, muy difundida a la sazón.

gar a constituir una enunciación de principios generales (52). La carta de Federico I a Saladino transmitida por la crónica de Roger von Hoveden, que contiene estas orgullosas palabras: *numquid scire disimulas ambas Aethiopias, Mauretiam, Persiam... nostrae ditioni subiectas*, es de dudosa autenticidad (53). Cuando Bonifacio VIII se queja del orgullo de los franceses, por no acatar el imperium y añade: *mentiuntur quia de iure sunt et debent esse sub rege romano et imperatore*, manifiesta este Papa —el cual, por otra parte, gustaba de llamarse también *imperator* (54)— el deseo de asestar a su adversario Felipe el Hermoso un golpe más fuerte aún que el proverbial orgullo de este soberano.

El pensamiento de la hegemonía o soberanía mundial aparece en el siglo XI en historiadores, publicistas, poetas, juristas —de estos hablaremos más adelante— hasta llegar al autor del *ludus de antichristo* (siglo XII), el cual, por cierto, era doctísimo en historia de Roma y Derecho romano, pues, de no serlo, no habría seguramente aconsejado al emperador que exigiera tributo de los demás reyes, alegando como fundamento, el que *Sicut scripta tradunt historiographarum, totus mundus fuerat fiscus Romanorum*; ni hubieran podido los embajadores imperiales declarar ante la corte del rey francés: *Tuae ditioni notum scimus esse, quod Romano iuri tu debeas subesse* (55). Cuando el Obispo León de Vercelli, en una poesía dedicada a Oton III, dice que Grecia y Babilonia se inclinan humildes ante el emperador, cuando según refiere Otto

(52) Brackmann, *Sitz.-Ber.*, Berlín ph. h. Kl., 1936, pág. 136. Schlierer, 86 y sig., a propósito de Rainald von Dassel, canceller de Federico I, quien en el Sinodo de Dole (1162) llamaba a los reyes occidentales *provinciarum reges*. La manifestación de Federico II en un documento (1226) de que Dios *prae regibus orbis terrae sublime constituit* el imperio (Holtzmann, loc. cit., pág. 263), no dice apenas otra cosa que la preeminencia que, según él, corresponde al emperador en relación con los demás soberanos de Europa.

(53) Vid. Schlierer, 48; Pomtow, 94.

(54) Vid. Ercole, 11. Por otra parte, la manifestación del Papa Pío II en una carta dirigida a Federico III, según la cual *omnes gentes parere et subesse* (al emperador) *non dedignantur*, no significa otra cosa, en esta época, que una halagadora cortesía.

(55) Schlierer, 62.

von Freising, los romanos invitan a Conrado III a recibir la corona imperial para rememorar así los tiempos en que Constantino y Justiniano tenían al mundo entero bajo su poder (56), estas y otras frases semejantes ¿deben ser estimadas como pomposas adulaciones cuyo sentido literal no era creído por sus autores mismos ni por sus destinatarios, aunque éstos no las oyeran con desagrado? (57). La respuesta ha de ser forzosamente negativa. En el pensamiento de la hegemonía mundial subyace una ideología que se caracteriza por la circunstancia de que cuando al final de la Edad Media, menos puede apoyarse y justificarse en los hechos, tanto más ardorosamente es defendida (58). Esta incongruencia se explica, sin embargo, si nos esforzamos en comprender esta idea a la luz del verdadero sentido del pensamiento medioeval tal como ya fué expuesto. Lo que los escritores medioevales vieron fué un emperador que se llamaba a sí mismo *imperator romanorum* y que recibía en Roma como protector de la Iglesia toda, de manos del Papa, la corona imperial; que ostentaba una primacía jerárquica sobre los demás príncipes europeos; que representaba como la cima de la cristiandad, asumiendo la defensa de ésta frente a los paganos; que encarnaba, en fin, el principio del orden y de la paz (59). En la Edad Media todo esto era bastante para que al meditar sobre la autoritaria idea de Roma, se identificasen el imperio antiguo y el medioeval y se atribuyera al emperador el imperio del mundo.

(56) Shlierer, 31 y sig., 40; Hartung, 13 y sig.

(57) Es conocida la anécdota que se refiere a propósito de la pregunta formulada por Federico I a los glosadores Búlgaro y Martino sobre si el emperador era en realidad *dominus mundi*, y como contestara el primero que lo era, aunque con limitaciones, y el segundo que ilimitadamente, fué este último premiado con el caballo imperial.

(58) Holtzmann, 263; Finke, *Weltimperialismus im späteren Mittelalter* (Freiburger wissenschaftl. Gesellschaft. Heft, 4), 33; Heimpel, *Deutsches Mittelalter*, 199.

(59) Sobre el imperio como factor de paz y de orden vid. Ercole, 171 y sig.; Finke, 30 y sig.; Hartung, 30 y sig.; Kampers, *Hist. Jahrb. d. Görres-Gesellschaft*, 36 (1915), 365; Kienast, 92 y sig.; Tellenbach, *Entstehung des deutschen Reichs*, 10, *Sitz. Ber.*, Heidelberg ph. h. Kl., 1934-35, núm. 1, página 12 y sig., 14 y sig.

La Edad Media no se planteó como fué históricamente el imperio romano, sino que con un criterio completamente anti-histórico, fué llenando viejos conceptos con contenido nuevo y contemporáneo. La moderna investigación histórico-crítica, sigue precisamente el camino inverso. Pero cuando partiendo del imperio romano histórico se pretende negar el pensamiento de la soberanía o imperialismo mundiales en el emperador alemán, se plantea y se quiere resolver un problema, en el fondo inexistente (60).

(60) No es exacto afirmar con Rüsen, que relativamente a la idea de la soberanía mundial debe distinguirse entre la teoría y la práctica. Schlierer, pág. 36 y sig., dice que importa determinar quién es el que sustenta y defiende esta soberanía, pues, según quien sea éste, habrá de valorarse distintamente tal defensa. Así, si es un cortesano quien la sustenta, habrá de interpretarse como adulación; si un poeta, como hipérbole. Naturalmente estos puntos de vista pueden ser interesantes, pero no representan, ni mucho menos, lo esencial. Schlierer se acerca, en cambio, a nuestro punto de vista, cuando dice que la expresión *orbis romanus*, equivalente a territorio al que se extiende la «soberanía mundial», no designa en las fuentes de los siglos X al XII «toda la superficie de la tierra», sino que muy frecuentemente significa Roma y sus alrededores, y también el *imperium romanum* de los alemanes. Constituye una típica deformación de términos y expresiones antiguos, los cuales reciben un significado actual. Sobre la antigua evolución de este concepto vid. Vogt, *Orbis romanus* (reimpresión en su colección de *Essays*, publicados con el título *Vom Reichsgedanken der Römer*, 1942, pág. 170 y sig. D. romano.

CAPITULO VII

LOS GLOSADORES Y SUS PRECURSORES

Y ahora vuelvo al Derecho romano objeto principal del presente estudio. Creo, sin embargo, que las anteriores consideraciones, aunque correspondan a una materia por la que no siento en verdad una intensa afición, son, sin embargo, indispensables para entender el desarrollo del Derecho romano en Occidente, desde la Edad Media hasta nuestros días. Sería un método equivocado, considerar el problema aisladamente, sin tener en cuenta sus conexiones con el general desenvolvimiento político y cultural. Para quienes no son medioevalistas de oficio y han de contentarse tan sólo con aprovechar el material bibliográfico disponible, resulta sumamente difícil formarse una opinión sobre las razones en que apoyan su actitud quienes niegan que en Italia, durante la alta Edad Media, hubiera antes de los Glosadores, un verdadero desenvolvimiento del Derecho romano, no obstante ser dicho país el que ofrecía mejores condiciones para que se produjera en él un proceso de continuidad evolutiva del mencionado Derecho. La controversia surge en Alemania en el último cuarto del siglo XIX entre Fitting y Conrat (Cohn), el primero defendiendo la continuidad del desarrollo del Derecho romano en Italia y el estudio científico y escolástico de éste, realizado en las escuelas de Derecho de Roma, Pavia y Ravena; Conrat, negando aquel desarrollo, en la época anterior al siglo XI. Se comprende perfectamente que la romanística italiana en el *Risorgimento* nacional se adhiera a partir de 1870 casi únanimemente a la tesis de Fitting profundizando en ella y ampliándola. Son los no muy numerosos medioevalistas alemanes quienes se muestran partidarios de la tesis de Conrat (1).

(1) Por último, el juicio de Genzmer, «Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren», en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bo-

Resumiendo, podemos decir, que mientras en España y en algunos territorios de Francia meridional, el conocimiento y vigencia del Derecho romano se consiguen por la mediación de la Ley romana de los visigodos de Alarico II, el *Breviarium Alaricianum* (506) y este mismo Derecho de Roma, es cultivado en escuelas de Retórica y objeto en Provenza de laborioso estudio en el siglo XI (2), en Italia, en cambio, el conocimiento de las fuentes inmediatas de aquel Derecho, especialmente de la codificación justinianeá, jamás se extinguió totalmene, no obstante el fuerte retroceso que experimentó la cultura, con la invasión de los longobardos (568). Ahora bien, éstos no se adueñaron de todo el territorio. En el exarcado de Ravena, en el ducado de Roma, en la Italia meridional, en Sicilia, se mantuvo la soberanía de los bizanti-

logna, I (1943), 365 y sig.; *Zeitschr. Savigny-Stiftung, röm. Abt.*, 61, 297. No se puede pasar por alto la bibliografía italiana, la cual sólo en muy pequeña parte me es conocida. Puede, por de pronto, bastar la referencia a la exposición general de Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I, 1938, 95 y sig., y la bibliografía que en él se cita. Para orientación general consúltese, además, Caillemer, «L'enseignement du droit civil en France», *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, III (1879), 600; Rivier, *La science du droit dans la première partie du moyen age*. Ebenda, I (1877), 1 y sig.; Declareuil, *Historie générale du droit français* (1925), 838 y sig.; Solmi, *Il rinascimento della scienza giuridica e l'origine delle università nel Medio Evo «Filangieri»*, 25 (1900), 241 y sig.; los tratados italianos de historia del Derecho de esta nación, y, finalmente, algunos artículos de la antes mencionada *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna, I; de Ciccaglione (pág. 17 y sig.); de Trifone sobre el Derecho romano medioeval en el sur de Italia y en Sicilia; de Vaccari (pág. 291 y sig.) sobre la escuela de Derecho de Pavía, y de P. S. Leicht sobre la de Ravenna; el último, sobre todo, muy digno de mención por la cautela que en él muestra su autor. Ravenna, capital del exarcado desde los tiempos de Justiniano y sede arzobispal, muestra una natural oposición a la Roma papal, y es partidaria del emperador desde los tiempos de los Otones. Desde que el estudio del Derecho romano recobra interés, Ravenna es también muy adicta a éste como Derecho imperial. Vid. Jordan, *Deutsch. Arch. f. Gesch. d. Mittelalters*, II (1938), 88 y sig. No es un azar que el escrito polémico antes citado, aparecido en Ravenna, de Petrus Crassus, ponga de manifiesto conocimientos de Derecho romano nada comunes. Vid. Jordan, 88, 91 y sig.

(2) Vid. Chenon, *Hist. gen. du droit français*, I (1926), 134, 502 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, 63, 155 y sig.; Stouff, *Melanges Fitting*, II (1908), 167 y sig. Vid., además, suplemento, pág. 497.

nos. El emperador Justiniano por la *sanctio pragmatica* de 554 introdujo su obra legislativa en las provincias italianas (3). Este hecho supone, naturalmente, el dar a conocer la nueva legislación mediante el envío de ejemplares manuscritos a los puestos gubernativos bizantinos en Italia, y a la escuela de Derecho de Roma. Incluso en los mismos territorios ocupados por los longobardos, el Derecho romano no es abolido totalmente sino que por el principio de la personalidad, es mantenido como derecho de la población romana de Italia.

Además de todas estas circunstancias, se da el influjo de la Iglesia, la cual *vivit lege romana*, influjo que incrementó mucho, cuando los longobardos durante el siglo VIII abjuraron del arrianismo (4). En cierto sentido, la misma práctica notarial, conserva el Derecho romano. Los documentos son escritos en latín y adoptan con frecuencia cláusulas que aparecen en los textos romanos (5).

(3) Vid. suplemento, pág. 497.

(4) Calasso, I, 113, 216, 223; Solmi, *Storia del diritto italiano* (1930), 118 y sig., 123, 244 y sig. Vid., además, P. S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano* (1933), 14 y sig.; Mor, *Acta congressus iuridici internationalis*, II (1935), 285, 287; Flach, *Melanges Fitting*, I (1930), observa que el principio *ecclesia vivit lege romana* debe en esta época acogerse con reserva.

(5) Calasso, I, 212, 233, *Archivio giuridico*, 111 (1934), 64 y sig., 69 y sig. La conservación de tipos de negocio jurídico tales como la *mancipatio*, abolida en la legislación justiniana, y mantenida en cambio en documentos itálicos del siglo VIII, demuestra que los notarios de esta época poco o nada sabían del *corpus iuris*. Vid. Calasso, I, 106 y sig. Esta observación puede aplicarse, como ha observado Stouff en *Nouv. rev. hist.*, XI (1887), 269 y sig., a los documentos de los siglos IX al XII del centro y sur de Francia. Estos documentos invocan la *lex romana* y los cánones de la Iglesia. bajo cuya protección las partes disponen de su patrimonio, y tiene validez y firmeza el negocio jurídico por ellas celebrado. Con este fin, en los documentos itálicos se suele añadir la cláusula estipulatoria, la cual suele ser confundida con la *stipulatio Aquiliana*. Los notarios de este tiempo a que nos referimos ignoran la significación originaria de estos tipos de negocios, y refieren lamentablemente la *stipulatio Aquiliana* a la *lex Aquilia* o a una inexistente *lex Arcadiana*. Son, pues, estos documentos prueba fehaciente de la ignorancia del Derecho romano en estos siglos.

Debe, por tanto, acogerse con escepticismo el pensamiento, frecuentemente expresado en las cláusulas de estos documentos, de la validez universal del Derecho romano. Ejemplo: «*per orbem lex (romana) circumquaque diffusa, lege romana decretum est in orbe terrarum*», en Stouff, 281. Por lo que se re-

Si se pregunta lo que en realidad se sabía de Derecho romano durante estos siglos, la respuesta ha de ser forzosamente muy modesta (6). Si se reconoce un cierto florecimiento del Derecho romano de la época justiniana merced al influjo de Bizancio y de la Escuela jurídica de Roma, como acredita la glosa de Turin de esta misma época, no cabe duda que en los siglos posteriores se produce a este respecto un grave retroceso. Del *corpus iuris* se conocen solamente algunas partes: así, por ejemplo, las Instituciones, el código sólo fragmentariamente y en extractos, las *Novellae* a través del resumen de las mismas contenido en el *epitome Juliani* (7). Los Digestos son casi desconocidos, porque conteniendo, como contenían, la obra de los juristas romanos, para el nivel cultural de la época, resultaban extremadamente difíciles (8). Es-

fiere a los orígenes de estas cláusulas, Flach en «Le droit romain dans les chartes du IX au XI siècle en France», *Melanges Fitting*, I, 396, 401 y sigs., y Stouff, ebenda II, 168 y sig., 187 y sig., han indicado que derivan, principalmente, del *Breviarium Alaricianum*, el cual rigió en el sur de Francia en los albores de la Edad Media como *lex romana*, y también de la *interpretatio* al Código Teodosiano añadida a esta ley (vid. Wieacker, *Symb. in honorem O. Lenel*, 1931, pág. 259). En estas fuentes se originan las mencionadas cláusulas, las cuales poco a poco se deforman y adulteran, hasta constituir un testimonio contundente de la ignorancia romanística de los tiempos en que fueron empleadas en el grado máximo de su degeneración. Huelga, pues, construir una relación de dependencia de estas cláusulas con el renacimiento carolingio, y situar la idea de la validez universal del Derecho romano, que coincide con la hegemonía mundial, en tan remota época. A. M. Neumeyer, *Die Gemeinrechtl. Entwicklung des internat. Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, I (1901), 51 y sig., al que se adhiere Genzmer, ob. cit., pág. 397. Vid., además, Calasso, *Arch. Giur.*, 111, 66.

(6) Vid. Genzmer, pág. 355-365.

(7) Las manifestaciones hechas por una persona tan culta para aquellos tiempos, como fué Liudprando de Cremona, embajador de Oton I en la corte bizantina, ante el Basileus, afirmando que su señor al intervenir en Italia había obrado como los emperadores romanos Justiniano, Valentiniano y Teodosio, ponen de relieve las confusas ideas que a la sazón se tenían del *corpus iuris*. Vid. Koschaker, 15. Liudprando llama a Teodosio II, autor del Código teodosiano, a Valentiniano III coemperador, que publica en Occidente las leyes de Teodosio II, sin saber, probablemente, que toda esta antigua legislación fué suprimida por Justiniano.

(8) El ensayo de Mor, *Il digesto nell'età preirneriana e la formazione della vulgata*, publicado en el Libro-homenaje a la Facultad de Derecho de la Uni-

tos fragmentos aparecen en las obras que con toda seguridad corresponden a la época anterior a los glosadores aclarados con glosas, las cuales prueban todo, menos una buena formación jurídica en sus autores, pues revelan burdas incomprensiones y se limitan a ser, las más de las veces, meros comentarios gramaticales que delatan su procedencia de las antiguas escuelas de retórica, en las que, como es sabido, se atendía también a facilitar la instrucción jurídica (9). He dicho «instrucción jurídica», pues la conexión de ésta con la retórica, hizo que la ciencia del Derecho no fuese a la sazón considerada todavía como ciencia autónoma, ni pudiera hablarse propiamente entonces de una enseñanza del Derecho, concebido éste como disciplina independiente (10).

Repítese, pues, en estos tiempos el hecho que tiene lugar en el tránsito de los siglos V al VI, es decir, en una época de gran descenso cultural, al componerse las *leges romanae* en los Estados germánicos surgidos en territorio del antiguo imperio romano. Se utilizan las colecciones de las constituciones imperiales, pero es completamente ignorada la labor relevantísima de la jurisprudencia romana, si se exceptúan exposiciones elementales que contienen referencias a ella y que son indicio del grado cultural de la época (11).

La situación mejora en el siglo XI, pues en Pavía, sede de la corte del Estado longobardo, y más tarde del *regnum Italiae*, se crea una Escuela de Derecho, cuyas aportaciones perviven todavía en la época de los glosadores (12). Estos «lombardistas» elaboran el Derecho longobardo contenido en las

versidad de Pavía, bajo el título *Per il XIV centenario della codificazione Giustiniana* (1934), págs. 557-697, no altera la verdad de esta afirmación. Que en obras de esta época se tropiece alguna vez con una cita del Digesto, no demuestra que éste no fuera utilizado entonces como un todo, y esto es lo que interesa.

(9) Vid. Suplemento, pág. 498.

(10) Calasso, *Storia*, 297 y sig.; Solmi, *Storia*, 148 y sig.

(11) Vid. Krüger, *Gesch. d. Quellen d. röm. Rechts*, 350 y sig.

(12) Vid. Genzmer, 374 y sig.; Calasso, *Storia*, 334 y sig.; *Arch. giur.*, 111, 67, 75 y sig., además del citado artículo de Vaccari; Solmi, *Storia*, 256 y sig.; Neumeyer, I, pág. 55 y sig., 68 y sig., 194 y sig., 204 y sig. Vid. suplemento, pág. 498.

leyes dadas por los reyes de este pueblo y en las capitulares de los carolingios, adaptándolo a las necesidades de la práctica, para lo cual se sirven del Derecho romano, a la sazón, mejor conocido en Pavía que en el resto de Italia, y dotado de vigencia subsidiaria respecto al mismo Derecho longobardo. En Pavía aparecen en el siglo XI colecciones de leyes longobardas, comentarios a éstas y la denominada «Lombarda», esto es, una recopilación de leyes longobardas, hecha según el orden seguido en las Instituciones y en el Código, y sobre la que trabajan mucho los glosadores de Bolonia durante el siglo XII (13). A esta actividad de los lombardistas se debe que el Derecho longobardo rigiera en muchas partes de Italia como *ius commune*, junto al Derecho romano (hecho éste similar al ocurrido más tarde en Alemania, con el *ius commune saxonicum*) afirmándose hasta el siglo XVI (14), lo que no impidió ciertamente, que a juicio de los legistas italianos, partidarios del Derecho romano, el Derecho longobardo *nec meretur lex appellari, sed faex* y fuera llamado también *ius asinium* (15).

No precisa que nos entretengamos mucho en estas cosas. Las menciono tan sólo para poner de relieve lo que de nuevo y peculiar creó a fines del siglo XI la escuela de Derecho de los glosadores de Bolonia. La investigación, en su afán de descubrir modelos y precedentes, ha llegado a reconocer en lo que atañe a ciertos métodos de trabajo de esta escuela, el influjo de la de Berito de Siria en el siglo V (16). Son estas, cuestiones que no pueden resolverse con certeza. A lo sumo puede afirmarse la influencia de la Escuela de Pavía. Pero aun cuando tales influjos y precedentes hubieran actuado

(13) Solmi, *Storia*, 464.

(14) Vid. Neumeyer, I, 194 y sig., 204-206, especialmente en relación con la constitución de Federico II de 1231, después de aparecer como *iura communia* el Derecho romano y el longobárdico. Para esto vid. Monti, *Studi Bessita*, II (1939), 267 y sig., 295 y sig.

(15) Maitland, *English law and the renaissance. The Rede lecture for*, 1901, página 87, nota 56.

(16) Vid. Pringsheim, *Beryt und Bologna Festschr. f. O. Lenel zum 50jährigen Doktorjubiläum* (1921), 294 y sig.; Albertario, *Studia et documente Historiae et iuris*, V (1939), 7; vid. también suplemento, pág. 498.

en gran escala, y pudieran puntualizarse de modo preciso, ello apenas rebajaría apreciablemente la originalidad de la aportación realizada por los glosadores (17). Para valorar ésta justamente debe tenerse muy en cuenta que tal aportación constituye un fenómeno parcial de aquel enorme incremento de la cultura alcanzado a fines del siglo XI y principios del XII que bien merece llamarse «Renacimiento del siglo XII» (18). Su escenario son los países de la Europa occidental; en Italia, la corte de los reyes normandos y más tarde la de Federico II en Palermo. En esta última, dándose con ello prueba de una gran tolerancia, trabajan sabios griegos, árabes e italianos (19). En los comienzos, los focos más activos de cultura, se hallan en los claustros y escuelas episcopales de las catedrales o en las escuelas que aparecen en las ciudades más florecientes (20) y finalmente en las Universidades, las cuales, a partir del siglo XII y especialmente en el XIII, surgen en Francia, España e Inglaterra. En esta época, en Italia hallamos la Universidad jurídica de Bolonia, con la misma fama que la Escuela de Teología de París y la de Medicina de Salerno (21). Como

(17) Vid. Genzmer, 368, 373 y sig., 380; «Vorbilder für die Distinktionen der Glossatoren», en *Acta Congressus iuridici internationales*, II (1935), 343 y sig., 356, y además Landsberg, *Die Glosse des Accursius*, 10 y sig.

(18) Vid. Haskins, *The renaissance of the XIIIth century* (1927), *Studies in the history of the medieval science* (*Harvard historical studies XXVII*) 1924, *Studies in medieval culture* (1929); Genzmer, *Zeitschr. Savigny Stiftung, rom. Abt.*, 61 (1941), 298 y sig.; Koschaker, 14 y sig.; Wieacker, *Vom römischen Recht* (1944) 215. El libro de Paré-Brunet-Tremblay, *La renaissance du XII^e siècle* (1933) no me es conocido.

(19) Haskins, *Medieval science*, 142, 155 y sig., 242-265; *Mediaeval culture*, 147.

(20) Solmi, *Storia*, 445 y sig.

(21) En el siglo XI, y parcialmente en el XII, hubo en Bolonia dos universidades, la de los escolares *citramontani* y la de los *ultramontani*, esto es, la de los italianos y la de los extranjeros. Esta duplicidad, sirvió de modelo a otras universidades, al contrario de París que, conoció solamente la *universitas magistrorum*. Vid. Sorbelli, *Storia dell'Università di Bologna I* (1940), 110, 173, 199, 203, 205. Sobre la organización de la universidad de Bolonia y su desenvolvimiento, temas que aquí no interesan, vid además del citado libro de Sorbelli, Solmi, *Storia*, 446 y sig.; *Il rinascimento della scienza giuridica e l'origine delle università nel medio evo*, «*Filangieri*», 25 (1900), 249; Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, III (1834), 159 y sig.

studia generalia, a los que tienen acceso estudiantes de todas procedencias y países, estas Universidades confieren grados académicos con validez universal; sus profesores se trasladan con frecuencia de unas universidades a otras y son, por así decirlo, el fermento espiritual de Europa. Por su carácter europeo, por su espontaneidad y por su estructura en parte seglar, distínguese el movimiento espiritual del siglo XII del renacimiento carolingio, el cual, como ya hemos visto (22), se reduce a la corte de Carlomagno, es impulsado por este monarca y ofrece un carácter eminentemente clerical. A ambos es común, sin embargo, su carácter latino. En oposición al renacimiento de la época humanística, el renacimiento del siglo XII, no crea nuevas formas de vida o nuevos ideales culturales, ni se entusiasma con las manifestaciones artísticas y poéticas del helenismo (23). No obstante, ofrece ciertos contactos espirituales con éste; lo que ocurre es que el contacto con el mundo cultural helénico se produce a través de traducciones latinas, de modo mediato, por efecto de la tradición griega mantenida (24) en Bizancio y en Sicilia por los latinos, o merced a las obras de los sabios árabes de Syria, conocidas en Occidente por las cruzadas, y, finalmente, por la radiación cultural de Toledo, en España, ciudad que en 1085, de nuevo en poder de los cristianos, se transforma en un centro importante, dedicado a la actividad literaria de las traducciones (25). Lo verdaderamente valioso para el renacimiento del siglo XII —y éste es uno de sus rasgos más característicos— no son las obras literarias e históricas de Grecia, sino las obras filosóficas aparecidas allí (Platón, Aristóteles, los Neoplatónicos) y las de Medicina, Matemáticas y, sobre todo, de Ciencias Naturales (26). Paralelamente se intensifica el estudio de los clásicos latinos. Este renacimiento prematuro del siglo XII presenta una característica práctico-utilitaria por la cual, entronca con el renacimiento carolingio.

(22) Vid supra, pág.

(23) Haskins, *Medieval science*, 148.

(24) Haskins, 4 y sig., 141 y sig., 144 y sig.

(25) Haskins, 9 y sig. 130 y sig.

(26) Haskins, 3, 18, 141 y sig., 153 vid. supra, pág. 35, nota 15.

Las causas últimas de este impulso cultural nos son desconocidas. Se señalan (27) como tales el comercio y el tráfico, muy intensificados a la sazón por efecto de las cruzadas, o también la prosperidad alcanzada por algunas ciudades, especialmente italianas y francesas, el desarrollo de la agricultura y la mejora de situación obtenida por las personas que a la agricultura se dedicaban. Pero estos hechos son síntomas y no causas. Es indudable que la áspera lucha entablada entre las dos grandes potestades de esta época, el Pontificado y el imperio, fué ocasión para el despliegue de poderosas energías espirituales. Debemos contentarnos con consignar que tal vez por efecto del desarrollo y prosperidad económicos, se produjo un fuerte incremento de la actividad espiritual, que se manifestó principalmente en el impulso y progreso alcanzados por la ciencia (28). El renacimiento del siglo XII es, ante todo, un renacimiento científico. Todavía ciertamente nos hallamos muy lejos en esta época, de los métodos empírico-críticos propios de un estadio más progresivo. Todavía se rinde respetuoso obsequio al criterio de autoridad tan arraigado en toda la Edad Media. En tal criterio se basa el método escolástico propio de este período y que tan intensa aplicación recibe en la Teología (29). Parte la escolástica, de ciertas reglas y verdades dadas, sobre todo de la verdad de la revelación divina, la cual es objeto primario y fundamental de la fe. La novedad consiste en el esfuerzo por conseguir hacer accesibles a la razón estas verdades (30). De estas reglas o principios fundamentales, derivan lógicamente otras y todas ellas constituyen un sistema compacto y homogéneo.

Para medir bien el alcance y mérito de la obra de los glosadores, precisa situarse en su propio ambiente. El *corpus*

(27) Halphen, *L'essor de l'Europe 11-13 siècle* (1932) 86-107.

(28) Vid. Genzmer, *Acta congressus iur. int. II* (1935), 358, *Zeitschr. Savigny, rom. Abt.*, 61, 301; Solmi, *Filangieri*, 25, 243.

(29) Vid. Koschaker, 19 y la literatura allí citada.

(30) Vid. la fórmula *credo ut intelligam* de Anselmo von Bec. más tarde (desde 1093) arzobispo de Canterbury y padre de la Escolástica primitiva. Vid. Brackmann, *Ges. Aufsätze* 11, 361, *Sitz. Ber. Berlin ph. h. Kl.* 1936. página 132, Halphen, 101 y sig.

iuris, elegido por aquellos como objeto de su trabajo, fué en los primeros siglos conocido deficientemente mediante extractos; los Digestos que reunían la obra de los juristas romanos fueron casi ignorados. Los glosadores se propusieron, en primer término, completar el material sobre que habían de trabajar, meta alcanzada en lo esencial, ya que en el último tercio del siglo XI se consigue conocer un manuscrito de los Digestos (31) y se convierten éstos en tema que centra y polariza el trabajo de los glosadores.

Solemos aun hoy hablar del «código» del emperador Justiniano y se le puede atribuir este carácter aunque no sea en realidad un código de Derecho privado exclusivamente. Sin embargo quien en la actualidad sustente la opinión de que en este código se encuentra lo mismo que hallamos en cualquier codificación moderna de Derecho privado —la advertencia no me parece superflua, pensando, sobre todo, en el conocimiento que del Derecho romano tienen algunos juristas alemanes— probará con esta creencia suya, que nunca tuvo en sus manos el *corpus iuris*. Por su excesiva casuística el código de Justiniano, resulta inadecuado para una utilización de esta especie. Pero, además, lo es también por la dificultad de comprensión que ofrecen muchos de sus preceptos y por el carácter complejo de su contenido (32). Entre las partes más antiguas y las más modernas del *Corpus iuris*, median unos seiscientos años, durante los cuales el Derecho ha experimentado cambios muy notables. Añádase a esto, las controversias surgidas entre los mismos juristas de Roma a propósito de múl-

(31) En la *littera bononiensis*, así llamada por haberla usado los glosadores. A ella se refieren los innumerables manuscritos de la *vulgata*. Sobre su transmisión se han hecho en los últimos tiempos abundantes estudios. Vid. Kantorowicz, *Über die Entstehung der Digestenvulgata* (1910), *Zeitschr. der Savigny-Stiftung röm. Abt.*, 30 (1909), 183 y sig.; 31 (1910), 14 y siguiente. Por otra parte, Mor. *Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della vulgata in Festchr. der Juristenfakultät Pavia «Per il XIV centenario della codificazione Giustiniana»* (1934) 557 y sig., 675 y sig.

(32) A esto se ha referido frecuentemente Riccobono y últimamente en su conferencia «*De fati iuris romani*» en *Studia Humanitatis*, con motivo de la inauguración del Instituto que lleva este mismo nombre, 1942, página 48. Vid. además. Wiaecker, 149, 152.

tiples cuestiones. Así resulta que el *corpus iuris* está lleno de contradicciones y sobre muchos problemas, se pueden adoptar actitudes antinómicas, apoyadas en razones igualmente estimables. Ciertamente que el emperador Justiniano, contribuyó no poco, durante el trabajo compilatorio, a superar y resolver estas antinomias y que para conseguirlo, así como para lograr la adaptación del antiguo Derecho a las exigencias de los tiempos en que se llevó a cabo la codificación, los compiladores introdujeron numerosas interpolaciones, es decir, cambios externamente imperceptibles de los *excerpta* (33). Con la celeridad del trabajo compilatorio no siempre se siguió un sistema congruente en la introducción de las interpolaciones, y ello fué la causa de que en la obra legislativa de Justiniano subsistan muchas contradicciones, causadas por la evolución, incesante del Derecho. Ya antes de Justiniano, en las obras jurídicas de la época clásica (100 a. de J. C.-250 d. de J. C.), en las constituciones imperiales y en las colecciones de éstas, manejadas en las escuelas jurídicas del período postclásico, aparecen aclaraciones o glosas debidas a los profesores de Derecho, las cuales se insertan en los textos mismos como formando parte de ellos y constituyendo los llamados glosemas. Estos glosemas que no se distinguen externamente y que pretenden adaptar la vieja decisión al nuevo Derecho, o fundamentarla con las ideas a la sazón imperantes, alteran casi siempre la disposición donde se incrustan. La moderna investigación ha descubierto (34) que los compiladores utilizaron probablemente para llevar a cabo sus tareas de redacción de

(33) El jurista moderno debe pensar para comprenderlo mejor, en la publicación del nuevo texto de una antigua y extensa ley en la que fueron introducidas ya importantes variaciones.

(34) Vid. Arangio Ruiz, *Di alcune fonti postclassiche del Digesto*, Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche di Napoli LIV (1931); *Procedenti scholastici del Digesto*, Conferenze per il XIV centenario delle Pandette, Pubbl. dell'Univ. cattol. del Sacro Cuore, Scienze giur. 33 (1931) 287 y siguiente, Studi Albertoni I (1935) 6 y sig.; Jörs Kunkel *Röm. Privatrecht* 1935, pág. 48, nota 10 (con vacilación). Petropoulos, *Ιστορία και εισηγητής του Ρωμαϊκού-δικαίου* (1944), 173, Wieacker, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft* 102 (1942), 470 y sig.; *Vom röm. Recht* (1944), 181 y sig. Vid. también suplemento págs. 498-499.

los Digestos y del codex, crestomatías y ediciones glosadas de obras de autores clásicos, destinadas a la enseñanza del Derecho, con lo cual, la glosa que significaba solamente la opinión de un maestro o profesor de Derecho, a diferencia de la interpolación, que entrañaba una voluntad o decisión del legislador, alcanzó por este medio fuerza de ley. Como la glosa no ofrecía uniformidad, su divergencia originó nuevas contradicciones y muchas incluso referentes al texto glosado. El tenor del texto original venía así alterado por la inserción en el mismo de aclaraciones y conceptos propios de épocas posteriores, los cuales constituían un indicio seguro para fijar la existencia de glosemas. El conocimiento de éstos era entonces inaccesible a los exégetas del *Corpus iuris*, los cuales nada sabían de interpolaciones y glosemas, ignorancia que se mantuvo durante siglos. Que en el *Corpus iuris* había interpolaciones, lo declara el propio Justiniano (35). En Francia, a partir del siglo XVI, merced a la dirección historicista del romanismo, propulsada por la corriente humanística, se concede atención al problema de las interpolaciones. Más tarde este problema es olvidado de nuevo, hasta que a fines del siglo XIX, también por efecto del historicismo romanístico, cobra esta cuestión un interés muy vivo y apasionante. Los glosemas constituyen un descubrimiento de la romanística del siglo XX. Si el investigador moderno puede resolver las contradicciones internas del *Corpus iuris*, estimándolas como soluciones dadas en tiempos distintos a un mismo caso, esto resultaba imposible a los exégetas antiguos que ignoraban, lo repetimos, todo lo relativo a interpolaciones y glosemas; y en verdad que aunque hubieran tenido noticia de éstos, no hubieran podido reconocerlos, ya que para ellos el *Corpus iuris* era un código vigente cuyo texto se consideraba punto menos que intangible. Debieron ser, por tanto, en esta época de grandísima entidad, las dificultades de interpretación.

(35) En la constitutio «Tanta», patente de publicación de los Digestos de 16 de diciembre del año 533, & 10: *Ut si quid in legibus eorum* (esto es en los escritos de los juristas) *vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem neccessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis.*

Añádase a lo expuesto, que el complejo y contradictorio material *corpus iuris*, si bien fué agrupado sistemáticamente con arreglo a un plan preconcebido, este sistema, comparado con el seguido en las nuevas codificaciones, resulta tan deficiente y primitivo que la actividad de los juristas, que en la práctica trabajaban con el *corpus iuris*, no puede parangonarse con la de sus colegas de la época moderna, pues éstos aplican los preceptos jurídicos contenidos en una ley cualquiera, al caso particular y concreto de que se trata. Y ello aunque la aplicación e interpretación de la ley estén exclusivamente reservadas a la judicatura.

Sería totalmente equivocado estimar el *corpus iuris* como un código en la acepción moderna de esta palabra, pues la compilación sólo contiene escasísimos preceptos jurídicos y ofrece, en cambio, una abundantísima casuística, ordenada deficientemente y llena de antinomias y dificultades. Intentaré probar más adelante que la aplicación del *corpus iuris* en la práctica, fué obra del Derecho de los juristas (36) y no mera aplicación de una ley.

Por ahora basta consignar que el *corpus iuris* nunca fué

(36) A. M. Calasso, *Studi Besta* II, 505 y sig., Michaelis, *Wandlungen des deutschen Rechtsdenken mit dem Eindringen des fremden Rechts* en la colección de escritos titulada «*Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*» (1935), publicada por los profesores de la Universidad de Kiel, pág. 10, ha planteado la cuestión de si se valora la recepción justamente, no teniendo en cuenta lo que él llama la evolución hacia el pensamiento sistemático-legal-público. Hace referencia, pág. 26 y sig., 34 y sig. y 37 y sig., al influjo de la escolástica en esta evolución. Ciertamente no debe silenciarse este influjo, pero también es obligado no valorarlo excesivamente. La literatura del *mos italicus* recibida en Alemania, es como el mismo Michaelis reconoce, en gran parte literatura de comentario y como tal, *casuística*. Como el mismo Michaelis no niega, la atención es dirigida al Derecho natural, el cual, sobre todo, en su manifestación alemana del siglo XVIII, realiza la transición al pensamiento conceptual sistemático. A esta tendencia pertenece la teoría de la ausencia de lagunas en la ley, base de la concepción de que el Juez debe aplicar al caso particular solamente el Derecho existente. Vid Schönfeld, *Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* (193), 228; Schwarz, *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium*, en *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1928*, págs. 10 y sig.; *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande*, en *Symbolae Lenel* (1931), 437 y sig.

D. romano.

usado en la práctica como se usa un código moderno (37). A ello se oponían su extensión y su dificultad, ya que en el escaso tiempo de que los juristas disponían generalmente para resolver los casos que les eran planteados, hubiera sido imposible hallar la solución deseada mediante la consulta del *corpus iuris*. Estas características de la compilación hacen indispensable para su útil manejo en la práctica, un instrumento que mediante el adecuado trabajo de preparación, lograra hacer accesible el complejo material del *corpus iuris* y consiguiera así desplazar las fuentes originales y sustituirlas.

Esto es aplicable también a la recepción. Así en Alemania, por ejemplo, el Derecho romano es recibido, no en la forma del *Corpus iuris*, sino más bien en la que a éste acertó a dar la doctrina de los comentaristas italianos (vid. infra, pág. 201, n. 29). Lo mismo ocurre modernamente, pues en Grecia y en las provincias bálticas, se recibe el Derecho romano en la forma que imprime a éste la pandectística alemana (vid. infra, pág. 202). Y lo mismo puede decirse del Derecho romano holandés. Bajo esta denominación se comprende el Derecho romano recibido en Holanda, el cual, juntamente con las leyes holandesas fué Derecho vigente en las antiguas colonias de Holanda tales como El Cabo, Ceylán, Guayana británica. Cuando estas colonias a fines del siglo XVIII y principio del XIX pasaron al dominio de Inglaterra, se conservó vigente en ellas el Derecho romano holandés. Esto en lo que afecta a El Cabo, tuvo una gran trascendencia, pues desde allí, este Derecho, extendió su vigencia a otras colonias del Sur de Africa, y así hoy, lo hallamos vigente en todo el territorio de la commonwealth sud-africana. Ciertamente que el Derecho inglés, va ganando terreno al romano, especialmente en el ámbito propio del derecho mercantil y aun en el mismo del civil, ya que los tribunales superiores tienen muy en cuenta en el ejercicio de su jurisdicción los precedentes ingleses. En la Guayana inglesa el Derecho romano quedó abolido en 1917. Vid. Dalton, *The passing of roman-dutch law in British Guyana*, *The South-African Law Journal*, 36 (1919), 4 y sig., 13 y sig. Con estas

(37) Muy certeramente Genzmer, *Zeitscher. der Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 61, 317 y sig., 322.

limitaciones se sigue aplicando el *corpus iuris* en estos territorios. Por los demás constituiría un craso error suponer que el Derecho justiniano recibe en ellos aplicación inmediata y directa. Mucho más importante que el Derecho de Roma son las obras de los juristas holandeses tales como Vinnius, de Voet (del siglo XVII) o Bynkershoek (del XVIII), las cuales eran consideradas como fuentes prácticas del Derecho en sustitución del *Corpus iuris*. Junto a estos autores son utilizados además del gran romanista francés del siglo XVIII, Pothier, los tratados alemanes de Pandectas, de Arndts, Puchta y Windscheid. Vid. Kerr-Wylie, *The present crisis of roman law and its bearing on the legal situation in South-Africa*, *The South-African Law Journal*, 56 (1939), 208 y sig.; R. W. Lee, *An introduction to roman dutch law* (1931), 2, 8, 10, 16 y sig. 23 y sig.; *Roman law in the British Empire, particularly in the Union of Africa*. Atti Congresso Bologna II, 253 y sig., 255 y sig.; Sherman, *Roman law in the modern World* I (1924), 257 (la tercera edición de esta obra del año 1937 no me es conocida); Wilke, *Römisch-rechtlicher Einfluss auf die Rechtsentwicklung im Britischen Weltreich Archiv f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie* XX (1926-27), 310 y la bibliografía citada por Koschaker 17.

El instrumento preciso para facilitar el uso del *corpus iuris*, debió ser, por las dificultades que la utilización directa del mismo ofrecía, obra de un docto jurista que hubiera consagrado su vida al estudio de la compilación. Este instrumento hay que buscarlo, pues, en las Universidades, las cuales son, a partir del siglo XIII en Italia y en la Europa occidental, los centros más importantes de estudio y de saber. Uno de estos centros fué la Universidad de Bolonia, creada por los glosadores y dedicada primaria y fundamentalmente al estudio del Derecho romano. Esta estrecha vinculación del Derecho romano con las Universidades, ha subsistido hasta nuestros días y aun hoy los grados académicos que confiere Oxford, por ejemplo, referentes a ciencias jurídicas, son de *civil law*, esto es, de Derecho romano (38).

(38) Del *ius utrumque* desaparece el Derecho canónico a partir de Enrique VIII, por efecto de la reforma protestante. Vid Sherman *Roman Law in the modern World* I (1924), 370.

Hay que tener presente todo lo expuesto para valorar justamente el esfuerzo y la aportación de los glosadores. Desde que comienzan a conocer el *corpus iuris*, especialmente los Digestos que contienen la obra admirable de la jurisprudencia romana, se aplican los glosadores a la tarea de profundizar en el contenido de la compilación y de aclarar su sentido. Consiguen su objeto mediante las glosas, las cuales no se limitan a explicar los pasajes oscuros, sino que contienen, además, referencias a otros, paralelos y semejantes, o también a decisiones contradictorias, tratando de superar las antinomias entre ellas existentes (39). Esto constituía un trabajo de carácter verdaderamente científico, de modo que la ciencia occidental del Derecho, debe en realidad datar su aparición, precisamente en la época de los glosadores (40). Estos, por otra parte, coinciden cronológicamente con la primitiva escolástica, lo que no es un detalle intrascendente (41). No se contentaron los glosadores con practicar el método que les dió nombre, aclarando y explicando el *corpus iuris*, sino que crearon también obras de carácter sistemático como fueron las llamadas *summae*, exposiciones ordenadas de algunas materias, singularmente las sumas de títulos, en donde se plantean *quaestiones* o problemas y se valora el pro y el contra de las posibles soluciones. También el método de las distinciones empleado por los glosadores para superar las antinomias, es de origen escolástico (42). De este modo consiguieron ser los glosadores, los mejores conocedores del Derecho justiniano, sin que nadie en aquella época lograra superarles ni igualarles siquiera,

(39) Vid. Genzmer, *Atti congresso Bologna I* 389, 391 y sig.; Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (1939), 42 y sig.; Landsberg, *Die Glosse des Accursius* (1883), 47 y siguiente; Solmi, *Storia*, 502, 506.

(40) Engelmann 16 y sig., 23, cuya formulación no siempre es inimpugnabile.

(41) Vid. Flach, *Nouv. rev. hist.* VII (1883), 218 además, Genzmer, 381-384, 397-430; *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 61, 302, aquí también contra Engelmann, 20, que niega tal influjo, Landsberg, 34 y siguiente, 50 y sig.; Solmi, *Storia*, 506 y sig.

(42) Sobre esto Genzmer, *Vorbilder für die Distinktionen der Glossatoren*, *Acta congressus iuridici internationalis II* (1935), 343 y sig.

en el dominio de éste (43). La obra de los glosadores merece nuestra admiración ya que supone la consagración exclusiva del trabajo de toda una vida al estudio del *corpus iuris*. El *corpus iuris* es muy complejo; contiene muy frecuentemente Derecho antiguo junto a Derecho nuevo; ahora bien, los glosadores ignoran todo lo relativo a interpolaciones y glosemas, y el conocimiento de unas y otros les hubiera permitido superar la contradicción de normas contrarias, explicándola por la pertenencia de las mismas a épocas diversas.

Por eso resulta todavía más sorprendente el seguro instinto que demuestran en percibir lo que en estas contradicciones constituye Derecho propiamente justiniano (44).

Los inicios de la escuela de Bolonia son modestos: una escuela de artes (45) que tal vez existió ya a fines del siglo X y en la que quizás marginalmente a los estudios de gramática y retórica, hallaron acogida los de jurisprudencia (46).

(43) Vid. Landsberg, 46 y sig. Recientemente ha recordado esto Riccobono (vid. *Zeitscher. der Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 35 (1914), 224, 240, 302; 43 (1922), 362, 388 y sig.), vid. también suplemento pág. 498.

(44) Ciertamente que entre ellos se dan diversos matices. Sabido es que entre los discípulos de Irnerio, el fundador de la escuela, Bulgarus, en estos casos dudosos se inclina a la solución dada por los clásicos, Martino Gosia, en cambio, por la de los justinianos, sin que por esto haya de tenerse al último por germano como hace Gierke (Riccobono, *Studia Humanitatis Festschr.* 1942, 62). Vid. Landsberg 14 y sig. y recientemente Albertario en *Studia et documenta historiae et iuris* (1939) 8 y sig. En los delitos privados, y en el caso de pluralidad de autores, cada uno de éstos debe en Derecho clásico satisfacer la multa íntegramente, porque la multa es una pena y la pena afecta a cada uno de los coautores. En el Derecho justiniano estas acciones derivadas de delito se han transformado en acciones de reclamación de los daños sufridos y en ellas, en el supuesto de coautoría, la responsabilidad es solidaria ya que se hace efectiva una vez solamente. En este sentido gran número de decisiones clásicas fueron alteradas mediante las convenientes interpolaciones, mientras otras por descuido permanecieron invariables, conteniendo la antigua solución clásica, así que los intérpretes posteriores se hallaron frente a esta flagrante antinomia. Martino optó por la solución justiniana, Bulgaro en cambio por la clásica.

(45) Es dudoso si se trata de una escuela catedralicia y episcopal o más bien de una escuela laica. Vid. Sorbelli, *Storia dell' università di Bologna* (1940), 23.

(46) Sorbelli, 15, 22 y sig.

En ella pudo enseñar Irnerius (entre 1055 y 1130) como *magister artium*, título que indica el carácter de la escuela en donde enseñaba (47). Irnerius y sus discípulos hacen del *corpus iuris*, sobre todo de los Digestos, objeto casi exclusivo de su estudio, acertando a dar a éste un carácter científico, liberándolo de la estrecha dependencia que tradicionalmente tuvo respecto a otras ramas del saber y convirtiéndolo en disciplina independiente (48). A la modesta escuela de artes, sucede la Universidad de Bolonia, la cual alcanza tal fama en Europa (49), que bien pronto acuden a ella estudiantes no sólo de Italia sino de toda la Europa occidental y de Alemania. El contingente escolar de esta Universidad llega a la cifra de 10.000 (50) número que si es respetable en nuestra época, en aquella resulta verdaderamente extraordinario.

¿Cómo explicar este fenómeno? Ciertamente que las clases más ilustradas de este tiempo eran altamente propicias a la investigación científica, pero con todo, los glosadores no consiguen prestigio y fama por la circunstancia de ser los creadores de una actividad científica en la Edad Media, cuyo objeto era el Derecho, sino que precisamente consiguen esa autoridad y nombradía, por haber hecho tema de su estudio el Derecho romano. Sabemos que desde el siglo XI y especialmente en la época de los Staufén, se abre camino la idea de que el emperador alemán es el sucesor de los emperadores romanos (51). De este pensamiento resulta que el Derecho romano, como Derecho del *imperium romanum* es Derecho imperial, y como tal, Derecho propio del imperio de occidente. Como Derecho imperial que era, pretendió regir en los países

(47) Para Irnerius consúltense Genzmer *Atti congresso Bologna I*, 362 y siguiente; Esmein-Génestal, *Cours élémentaire d'hist. du droit français* (1925), 726 y sig.; Solmi, *Stori*, 503, *Filangieri*, 25 (1900), 247; Sorbelli, 36 y siguiente, 63 y sig. La obra de Besta, *L'opera di Irnerio* no es conocida. Vid. también suplemento, pág. 498.

(48) Vid. Rivier, *Nouv. rev. hist.* I (1877), 44.

(49) Sobre la relativamente rápida difusión de las nuevas ideas y doctrinas en la Edad Media, a pesar de lo rudimentario de los medios de comunicación a la sazón existentes, vid. Haskins, *Mediaeval culture*, 94-99.

(50) Solmi, *Filangieri* 25, 255, Sorbelli, 209 y sig.

(51) Supra, pág. 78.

del occidente de Europa, hallando en ellos, por este motivo, seria oposición (52). Estas ideas fueron las que utilizan los glosadores. Para ellos el *imperium romanum* no había ni mucho menos caducado, sino que previvía en el imperio cristiano de occidente, y por esta razón, el Derecho de este imperio no podía ni debía ser otro que el Derecho romano. Sólo había un *imperium*, y por tanto, un solo Derecho, el romano, debía regir en él. *Unum esse ius, cum unum sit imperium* se afirma en las *quaestiones de iuris subtilitatibus*, obra que si bien no debemos atribuir a Irnerio, pertenece con toda seguridad a la época de los glosadores (53). El Derecho romano representa de este modo la universalidad del imperio (54), y el *vivere secundum legem romanam*, es prueba de pertenencia a éste. Todavía en el siglo XVI el profesor boloñés Fr. Zoanetti escribe

(52) Para Wyclif que en el siglo XV recomienda que en las Universidades de Oxford y Cambridge se sustituya el estudio del Derecho romano por el *common law*, el primero es el Derecho del emperador, que enfrenta con los estatutos de los reyes ingleses. (Vid. su *Tractatus de officio regis*, citado por Maitland, *Renaissance*, II, 52). *Leges regni Angliae excellunt leges imperiales* y en otro lugar: *oure peple is bounden to þe Kyngis statutis and not to þe emperours lawe*. Se lamenta de que en las universidades se pierda tanto tiempo con el estudio *aboute bookis of þe emperours lawes* en lugar de dedicarlo al conocimiento *þe kyngis statutes*.

(53) Vid. Genzmer, I, 366. Según Kantorowicz, *Studies in the glossators of the roman law* (1938), 181 y sig., su autor debe ser el glosador Placentinus que escribió por el año 1160. La idea de la unidad del Derecho para todo el imperio no se halla solamente en los juristas. Vid. Otto von Freising (citado por Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, I, 618): *Unius urbis imperio totum orbem subijci, unius urbis legibus totum orbem informari*, y más tarde Engelbert von Admont, *De ortu et fine romani imperii*, pág. 66 (según Stobbe, I, 639): *Sed est unum solum in toto mundo verum ius divinum, videlicet unus cultus verus veri Dei, et unum verum ius humanum, scilicet canones et leges consonae iuri divino*.

(54) Vid. Ercole, ob. cit., pág. 20 y sig., 24 y sig.; Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, III, 87 y sig.; Chenon, *Hist. generale du droit français*, I, 507; *Melanges Fitting*, I, 197 y sig.; Declareuil, *Hist. generale du droit français*, 427 y sig.; Calasso, *Il concetto del diritto comune*, *Arch. giur.* 111 (1934), 68, 73 y sig.; *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I (1938), 88; *Studi Besta*, II, 478 y sig., 482 y sig.; Silvani, *Germania e impero nella tradizione giuridica bolognese*, *Atti e memorie della R. deputazione di storia patria per l'Emilia e la Romagna*, VI (1940/41), páginas 5 y 9 de la separata.

en su tratado *de imperio et eius iurisdictione*, núm. 105: *cives romanos omnes illos censendos qui in orbe romano sunt et Caesari oboediunt, quum et sin non obediunt, dummodo vivant legibus romanis* y expresa su convencimiento de que el imperio romano, esto es el imperio alemán, no fenecerá mientras el Derecho romano conserve su validez, con lo que quiere significar que aquél perdurará eternamente (55). Los glosadores eran, pues, ideológicamente considerados, los aliados del emperador alemán, lo que es tanto más notable si se repara en que estos glosadores, durante los primeros tiempos, mantuvieron amistosas relaciones con la margravina Matilde de Tuszien, partidaria del Papa Gregorio VII (56). Irnerio, sin embargo, se puso abiertamente de lado del emperador Enrique V (57). Esta amistad de los glosadores con el emperador, especialmente íntima en la época de los Staufen, subsistió largo tiempo. Todavía en los siglos XIV y XV, cuando en Italia comienza a florecer el nacionalismo, por influjo del movimiento humanístico y se llama bárbaros y glotones (*lurchi*) a los alemanes; cuando Petrarca desea que el *corpus italicum* quede depurado de la *labes germánica*; cuando Boccaccio grita a Carlos IV que en Italia nada tiene que buscar, ni siquiera un sepulcro para esconder su nombre y su fétido cadáver; cuando a raíz de la muerte del papa, a la sazón el holandés Adriano VI, se coloca en la puerta de la casa de su médico la inscripción: «Al libertador de la patria, el Senado y el pueblo de Roma» (58), son los legistas italianos, esto es, los profesores de Derecho romano, quienes se muestran defensores del imperio, quienes perciben la bondad de las ideas

(55) Vid. los correspondientes pasajes en Silvani, 11, Ercole, 75, y finalmente también Bartolo en relación con D. 49, 15, 24 (según Silvani, 11).

(56) Sorbelli, 51; Leicht, *Atti Congresso Bologna*, I, 289.

(57) Sorbelli, 53 y sig. Es significativo que los Papas antes de mediados del siglo XII nunca se dirigieron a los glosadores recabando de éstos asesoramiento e ilustración sobre algún punto de Derecho. Sólo a partir de Alejandro III, el cual antes de ser elegido Papa vivió en Bolonia, cambian las cosas. Vid. Sorbelli, 76 y sig.

(58) Vid. Ercole, 109, 120 y sig.; Köhler, *Die deutsche Kaiseridee am Anfang des 16 Jahrhunderts*, *Hist. Zeitschr.*, 149 (1934), 47; Rüdiger, *Wesen und Wandlung des Humanismus* (1937), 86 y sig.

de orden y paz que éste encarna frente a la lucha de las municipalidades (59), no obstante ocuparse con desorbitada extensión en sus elucubraciones —signo éste ya de la decadencia del imperio— de los derechos de concesión de nobleza y títulos, reservados al poder imperial. La idea del imperio subsiste y es apoyada por los juristas. Por esto consigue largo arraigo en Alemania. Los legistas que se identifican durante siglos con los juristas, eran partidarios del imperio y de la idea imperial, porque el Derecho romano era Derecho del Imperio (60). Esta idea repercute, como veremos, todavía en

(59) Esto ha sido desarrollado por Ercole en su tantas veces citado estudio: *Impero e papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del rinascimento* (sec. 14-15), 40 y sig., 42, 44, 171 y sig. 181 y siguiente.

(60) Vid. además de las obras citadas en las anteriores notas, Ercole Schlierer, 45 y sig.; Scholz, *Zeitschr. f. deutsche Geisteswissenschaft*, IV (1941), 91; Silvani, 9 y sig.; Wolf, *Idee und Wirklichkeit des Reichs im deutschen Rechtsdenken des XVI und XVII Jahrhunderts* (1943) 62 y sig. En su hermoso libro titulado *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1939), 38, observa este mismo autor, que uno de los efectos beneficiosos de la recepción fué sin duda, el haber prestado fuerza a la idea y poder imperiales, en una época de ruda lucha con las reivindicaciones temporales de los papas y en que los duques combatían por sus soberanías territoriales. En la segunda edición de esta obra (1944), pág. 60, este pasaje ha sido sustituido por la mera indicación de que el Derecho imperial representa un eficaz fortalecimiento de la idea del imperio.

La conexión del Derecho romano con la idea del imperio influye también en la literatura alemana. Por lo que atañe a la literatura alemana de los siglos XVI al XVIII, la cuestión ha sido tratada por Wolf, *Idee und Wirklichkeit des Reichs*, y por Huber, *Reich, Volk und Staat in der Rechtswissenschaft des 17 und 18 Jahrhunderts* (*Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 102, 1942, 598 y sig.). Ha sido puesto de relieve por estos autores, que la antigua idea del imperio, concebida como un poder de dirección, de orden y de paz para el occidente cristiano halló, en general, buena acogida en los escritores católicos y eco solamente entre los «cameralistas» del Tribunal Supremo del Imperio. Los autores protestantes, especialmente los calvinistas, hombres como H. Conring (1606-1681), iniciador del estudio del Derecho alemán, y finalmente, los iusnaturalistas alemanes —para Pufendorf (1632-1694) el imperio era jurídicamente un monstruo— acogen la idea del imperio con evidente frialdad. Resulta un hecho sorprendente hallar reproducida en Leibniz esta idea medioeval. Para este autor la ejecución de los fines propios del imperio requiere indispensablemente un poder adecuado cuya consecución debe asegurarse mediante las oportunas reformas militares

el siglo XIX, en la escuela histórica alemana, en una época en que ya no existe el imperio ni hay un Derecho imperial propiamente dicho y en que el Derecho romano ocupa una posición similar a la del Derecho de los territorios en que no hubo codificación.

Hablaba yo antes de una o modo de alianza de los glosadores con los emperadores alemanes, y especialmente con los pertenecientes a la dinastía de los Staufen. La alianza supone un cierto grado de independencia en las partes que la conciertan. Es, por otra parte, indudable, que contribuyó mucho al prestigio de los glosadores, el hecho de que al explicar éstos Derecho romano, explicasen al mismo tiempo Derecho imperial. Con todo —y conviene destacar esto teniendo en cuenta sobre todo el proceso histórico de otros países, especialmente el de Inglaterra— los glosadores no son planetas que giran alrededor del Sol del emperador, y reciben la luz de éste, pues Bolonia fué una fundación de carácter privado y los glosadores consiguieron prestigio independientemente del emperador (61). Ya eran algo muy importante en el mundo occidental cuando los Staufen dirigieron hacia ellos su atención y comenzaron a servirse de ellos; la primera vez, cuando Federico I, invitó a los discípulos de Irnerio a asistir al parlamento de Roncaglia (1158), en el cual, mediante la *constitutio de*

y financieras. Todo esto dicho en un tono nacional y con cierta agresividad contra Francia, la cual en esta época se preparaba ya para ser una primera potencia en Europa. Vid. Wolf, 133 y sig.; Huber, 600 y sig. Consecuentemente, la posición de Leibniz en orden al Derecho romano es de carácter positivo. Partidario como es del *mos italicus*, esto es, de la dirección práctica en el estudio del Derecho romano, pone sus miras en un Derecho privado imperial de carácter unitario y trabaja largo tiempo por mandato del Elector de Maguncia en la redacción de un *corpus iuris reconcinatum*, el cual, conservando la vigencia formal de la legislación justiniana, debía contener los principios generales en que ésta se inspira, formulándolos de modo conveniente. Este trabajo que hoy día se viene realizando para el *common law* en los *restatements* del American Law Institute de Washington, fué empresa superior a las posibilidades científicas de los tiempos de Leibniz. Vid. Wolf, 138-140; Stintzing-Landsberg, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, 24 y sig.

(61) Vid. Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, III, 89 y siguientes; además Sorbelli, 58.

regalibus, se pretendía legitimar las rentas imperiales por el poder unitario del emperador fundamentado en el Derecho romano (62). Los emperadores obraron de este modo, porque en su lucha contra el Pontificado, creyeron conseguir gran ventaja cimentando su poder, con ayuda de los glosadores, sobre los principios del *corpus iuris*, y organizando la nueva idea del Estado, de conformidad con el Derecho de Roma. Por esta razón concedió Federico I a Bolonia tantos privilegios, y lo mismo él que sus sucesores, enviaron sus leyes para su publicación a los glosadores, incorporándolas éstos en el *corpus iuris* (63).

Sólo esta consideración sería bastante para invalidar la afirmación hecha por algunos, de que la fama de los glosadores en Europa descansa sobre el hecho de haberse ocupado éstos del Derecho romano como Derecho imperial. Esto tal vez sirviera para granjearse autoridad en Italia, y sobre todo en Alemania. Por lo que a esta última nación respecta, las relaciones de los glosadores con ella, si prescindimos de las que mantuvieron con los emperadores, son escasas en los primeros tiempos. Mucho más fuerte fué el influjo de los glosadores sobre los países de Europa occidental. En España, en el siglo XIII se crean las Universidades de Valencia y Salamanca, según el modelo de la de Bolonia, y a ellas sigue la de Lérida en Cataluña (1300); la legislación de las *Siete partidas* de Alfonso X de Castilla acusa una marcada influencia romanística (64). En Francia el glosador Rogerius difunde por las provincias del Sur, las doctrinas de los glosadores; Placentius funda en Montpellier, en el siglo XII, un estudio de De-

(62) Vid. Mitteis, *Staat des Mittelalters*, 306.

(63) Vid. Solmi, *Storia*, 471, 473; Pitzorno, *Festschr. d. Juristenfakultät Pavia* «Per il XIV centenario della codificazione giustiniana», 746.

(64) Vid. Sherman, *Roman Law in the modern world*, I, 274. Además Altamira, *Melanges Fitting*, I, 65 y sig. 68; *Das römische Recht in Spanien en Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, editado por Leonhard (*Studien zur Erläuterung d. burg. Rechts XVII*), 42 y sig. para Cataluña, Hinojosa, *La reception du droit romain en Catalogne*, *Melanges Fitting*, II, 396-400.

recho romano (65). Tal vez en este mismo siglo haya que situar cronológicamente la Escuela jurídica de Orleans con sus conspicuos representantes Jaques de Revigny (de Ravanis) y Pierre de Belleperche (de Bellapertica) y cuya característica más notable es la intensificación del empleo del método escolástico, el cual es luego usado también por los comentaristas italianos (66). En la misma Inglaterra donde, por mediación de Lanfranch (tan íntimamente ligado a la Escuela jurídica de Pavía, monje en un monasterio benedictino de Bec, en Normandía, arzobispo de Canterbury, canciller de Guillermo el Conquistador, y de quien se dice que fué *eruditus et in scholis liberalium artium et legum saecularium*), algo se debió conocer de Derecho romano (67), por lo menos en la corte del rey. Allí también Vacarius, discípulo de los glosadores, nombrado en la *domus Theobaldi*, arzobispo de Canterbury, explicó, probablemente en Oxford, durante algún tiempo Derecho romano (68) y escribió por el año 1149 su *liber pauperum*, un compendio de los Digestos y del Código (69). Y precisamente

(65) Vid. Chenon, *Hist. gen. du droit francais*, I, 510 y sig.; Ol. Martin, *Precis de l'hist. du droit francais* (1934), n. 245; Solmi, *Storia*, 504 y sig.

(66) Cino de Pistoia (1270-1333) maestro de Bartolo permaneció en Francia (Vid. Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts*, VI, 75 y sig.), y escuchó probablemente las lecciones de Jacobo de Ravanis. Vid. Chenon, I, 511 y sig. Para la escuela de Orleans vid. Meijers, *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis*, I (1918/19), 108 y sig.; II (1920/21), 460 y sig.; Caillemier, *Nouv. rev. hist. du droit francais*, III (1879), 605 y sig. 610; Declareuil, *Hist. gen. du droit francais* (1925), 844 y sig.; Esmein-Genestal, *Cours élémentaire d'histoire du droit francais* (1925), 730 y sig.; Genzmer, *Acta congressus*, II, 348; Wohlhaupter, *Atti congresso Bologna*, I 509 y sig., Ol. Martin, *Precis*, 93; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.* 63, 162 y sig.

(67) Respecto a Lanfranch vid. Calasso, *Storia delle fonti del diritto comune*, I, 305; Holdsworth, *A history of english law*, II, 147; Solmi *Storia*, 256 y sig.; Tamassia, *Lanfranco arcivescovo di Canterbury e la scuola Pavese* (*Melanges Fitting*, II, 192 y sig.).

(68) Vid. Genzmer, *Atti congresso Bologna*, I, 413; Heymann, *Engl. Privatrecht*, en Holtzendorff-Kohler, *Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft*, II (1914), 289 y sig.; Holdsworth, II, 148 y sig.; Liebermann, *English historical review*, XI, 1896, 305 y sig.; De Zulueta, *The liber pauperum of Vacarius* (1927), págs. XVII, XXI; Vid. además Hazeltine, *The Law Quarterly Review* (1928), 344. Vid. también suplemento, pág. 498.

(69) El nombre de la obra se explica por sí solo, ya que por su escaso

en estas tierras, la idea del Derecho imperial no podía tener en el siglo XII virtualidad alguna, porque en ellas, tanto los autores como la opinión pública, habían rechazado terminantemente el pensamiento político de un imperio occidental, encarnado en el emperador alemán (70). Los legistas percibieron muy bien este ambiente y mediante artificiosas construcciones intentaron extender la validez del Derecho romano que obliga a los romanos y a quienes *subsunt imperio romano* (esto es, al imperio occidental), a estas naciones, de las cuales, por lo demás, nunca se oyó decir que se hubieran sometido al imperio (71). Intensa, por demás, fué la reacción en Francia

volumen resultaba económicamente accesible a los estudiantes pobres. Copias francesas, alemanas y españolas de este libro demuestran la difusión que alcanzó. Edición de De Zulueta en los libros que se citan en la pág. 124⁸⁸.

(70) Vid. *supra*, pág. 19⁶.

(71) Se recurre a la distinción de *factum* y *iure* y se dice que aquellos territorios entre los que se contaba el de Venecia y el de Sicilia, *de facto* no pertenecían al imperio pero sí de *iure*. Vid. Calasso, *Studi Besta*, II, 481. También una glosa de Joan Teutonicus a la Decretal de Inocencio, III (c. 13, X 4, 17), en que el Papa dice con relación al rey francés Felipe Augusto que, *superiorem in temporalibus minime recognoscit*. Y observa el comentarista: *De facto, de iure tamen subest romano imperio* (citado según Kienast, *Deutschland und Frankreich in der Kaiserzeit*, 1943, 106). Con esta idea se halla estrechamente emparentada la afirmación de que aquellos países *imperio romano subesse debent*. Así el canonista boloñés Huguccio (muerto en 1210) en sus comentarios al Decreto de Graciano c. 12, D. 1 (vid. Maassen, *Sitz. Ber. Wien ph. h. Kl.*, vol. 24 (1587), 79 y sig), dice: *hoc iure* (esto es, por el Derecho romano) *solí Romani aut qui subsunt romano imperio adstringuntur*. Respecto a ingleses y franceses la cuestión es resuelta afirmativamente, *quia subsunt vel subesse debent romano imperio*. La misma fórmula en la antes citada manifestación del Papa Bonifacio VIII, indignado por el orgullo de los franceses, los cuales no reconocen el imperio a pesar de que de *iure sunt aut debent esse sub rege romano et imperatore*. También el autor de *ludus de antichristo* revela su erudición jurídica al hacer decir a los enviados imperiales dirigiéndose al rey de Francia: *tuae ditioni notum scimus esse quod romano iuri tu debeas subesse*. Distintamente Matth de Caraziis (citado por Ercole, 81), que con referencia a españoles, franceses e ingleses dice: *subsunt imperatori, licet non peccent non faciendo subiectionem, postquam imperator non petat*. Pero aquí se confunde el no querer con el no poder exigir. Más sencilla resulta esta cuestión para Bartolo, Dig. nov. adl. 24, D. 49, 15. En vez de deducir la vigencia del Derecho romano en un Estado, del hecho de la pertenencia de éste al «imperio romano», procede inversamente, y de la vigencia del Derecho de Roma deduce la necesidad de

contra esta idea, pues la hostilidad contra el imperio y el Derecho imperial (72), llegó hasta el extremo de ser prohibida por el Papa Honorio III (1219) instigado por el rey de Francia, la enseñanza del Derecho romano en la Universidad de París.

La Decretal (texto completo en Fournier, *Nouv. rev. hist.* 14, 1890), 115 y sig., ha sido utilizada en extracto, en algunos pasajes de las Decretales (c. X, 5, 5; c. 10 X, 3, 50). La parte que nos interesa en c. 28 X, 5, 33. Vid. también H. Mitteis 159. La investigación francesa aclara la prohibición por los motivos allí alegados. Kurtscheid, *de utriusque iuris studio saec. XIII. Acta congressus iurid. internationalis* II (1935), 329 y sig., no conoce los resultados de la investigación francesa. Vid. la más reciente exposición del problema en H. Mitteis, 159 y sig., 169 y la bibliografía por él citada. La prohibición rigió únicamente para París, y aun en esta ciudad fué tolerado el estudio del Derecho romano, cuando disminuyeron los peligros que se creían entrañados en la idea imperial. La prohibición fué, finalmente, derogada por una ordenanza de Luis XIV de 1679, por la que se reglamentaba de nuevo el estudio del Derecho romano en las Universidades francesas. En esta época el emperador alemán ya no significaba peligro alguno. Vid. Chenon, *Melanges Fitting* I, 211 y sig. A provocar la prohibición pudo muy bien contribuir el antagonismo entre el Derecho romano y el canónico, en

que el emperador sea reconocido como *dominus omnium*. Y esto se aplica aun a aquellos países que como Venecia, están, por privilegio imperial, exentos del deber de obediencia y de sufrir la aplicación del Derecho romano. La misma idea es utilizada con relación a los reyes de Inglaterra y Francia: *si enim fatentur ipsum esse dominum universalem, licet ab illo universali dominio se subtrahant ex privilegio vel ex praescriptione... non desinunt esse cives romani*.

(72) Una obra de Derecho aparecida en Orleans durante el último tercio del siglo XIII, cuando floreció aquella famosa escuela de Derecho romano, y que lleva el título de *libre de justice et de plet*, está fuertemente influenciada por el Derecho de Roma. Sin embargo, todas las referencias al imperio romano que en el ámbito de Derecho público se hubieran podido utilizar, son excluidas y los nombres de los emperadores romanos aparecen sustituidos por los de los reyes franceses. Vid. Mitteis (H.), *Zeitschr. der Savigny-Stiftung germ. abt.*, 63 (1943), 162 y sig.

París especialmente agudizado, por la existencia en dicha ciudad de una Escuela de Teología. Ya en el siglo XII los concilios franceses de Clermont, Tours y Reims, habían prohibido a los monjes abandonar sus monasterios para estudiar Derecho romano en las ciudades. La oposición era en París, como hemos dicho, muy intensa. Para la escuela de Teología de Mont St. Genevieve, la competencia de una escuela secular, en donde los cánones se estudiaban con el método propio del Derecho romano y cuya novedad atraía de modo creciente a los clérigos, entrañaba el peligro, como se temía en los círculos y ambientes eclesiásticos, de secularizar la mentalidad de los sacerdotes y de imbuir en estos reprobables afanes de lucro. Vid. Caillemer, *Nouv. Rev. hist.* III, 1879), 610; Che-non, *Hist. gen. du droit français* I, 506; Esmein-Genestal, *Cours*, 333; Fournier, ob. cit., 88 y sig.; Kämpf, *Pierre Dubois und die geistigen Grundlangen des franz. Nationalbewusstseins* (Beitr. z. Kulturgesch. d. Mittelalters, publicado por W. Goetz, 54, 1925), pág. 12 y sig.; Meynial, *Remarques sur la reaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XII^{ième} et XIII^{ième} siecles*, *Melanges Chabaneau*; *Romanische Forschungen*, publicado por Vollmöller XXIII (1907), 574 y sig. Contra Meynial de nuevo Kienast 110. En orden a la actitud de los teólogos contra los legistas, es muy significativa una predicación en París durante el siglo XIII referida por Haskins en *Mediaeval culture*, 47, en que se contiene una incisiva censura dirigida a los legistas. En este sermón se dice que mientras antiguamente la Iglesia era regida en paz por los cánones, ahora son los abogados quienes pretenden regirla, considerando imprescindible para la recta comprensión de la materia canónica el estudio del Derecho romano, con lo cual causan más daño al mundo que los primitivos herejes (*quondam ecclesia consuevit regi in pace per canones, modo regitur per advocatos, per quos fiunt plura mala quam per haereticos, et student in legibus dicentes quod canones non possunt scire sine legibus.*)

Ambos motivos debieron actuar conjuntamente, y de esta suerte el rey francés, que por razones políticas era enemigo del Derecho romano, halló propicio al Papa, el cual apoyó al rey de Francia por las especiales consideraciones que acabamos de exponer. Así se explica por qué la prohibición de la ense-

ñanza del Derecho romano se limita únicamente a París donde tiene su sede la famosa escuela de teología. El motivo alegado en la Decretal de 1219 *quia in Francia et nonnullis provinciis laici romanorum imperatorum legibus non utuntur, et occurrunt raro ecclesiastice cause tales, quae non possint statutis canonicis expediri*, no parece haber sido de mucho peso. Se repite en la Bula «Dolentes» de Inocencio IV. del año 1253 cuya autenticidad no ha sido discutida (vid. Kurtscheid ob. cit., 340 y Fournier, ob. cit., 118 y sig.), la cual prohíbe, supuesta la anuencia de los respectivos jefes de Estado, la enseñanza del Derecho romano en Francia, Inglaterra, Escocia, Gales, España y Hungría: *cum... cause laicorum non imperatoris legibus sed laicorum consuetudinibus decendantur, et cum ecclesiastice sanctorum patrum constitutionibus valeant terminari*.

Por otra parte los mismos reyes franceses tan poco partidarios del Derecho romano, no tuvieron inconveniente en apoyar en éste sus conductas, incitados por los legistas, cuando ello convenía a sus miras y servía para justificar sus pretensiones de soberanía. Así llegó la época, a fines del siglo XII y principios del XIII, en que la monarquía francesa, bajo San Luis (1226-1270) comienza a consolidarse (73). La fórmula jurídica para ello fué: *rex Franciae est imperator in regno suo* (74). Se ignora el origen de esta fórmula; el comentarista italiano Baldo la conoce (siglo XIV) en una forma general: *statutum dicitur ius commune in patria* y correlativamente el *princeps es imperator in regno suo* (75). Se utiliza por los comentaristas, para justificar la precedencia del Derecho estatutario respecto al *ius commune*, es decir, el Derecho romano (76). Este principio se halla también consignado en las *Siete*

(73) Ol. Martin, *Precis*, 77 y sig. 146 y sig.

(74) Vid. Chenon, *Hist. du droit français*, I, 816 y sig.; *Le droit romain et la curia regis*, *Melanges Fitting*, I, 210 y sig.; Declareuil, *Hist. du droit français*, 432 y sig., 445 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, 63, 166.

(75) Ermini, *Ius commune et utrumque ius*, *Acta congressus iurid. internat.* II (1935), 511; Chenon, *Melanges Fitting*, I, 211; Esmein-Genestal, *Cours*, 334 y sig.

(76) Ermini, 533 y sig.; Kämpf, ob. cit., pág. 26.

partidas de Alfonso X de Castilla (1265) (77), pero ya el cano-
nista Alanus, que escribe en los comienzos del siglo XIII, lo
utiliza también (78). Tal vez fué formulado originariamente
en la curia por algún jurista papal, como instrumento de lu-
cha contra el emperador, a quien se trataba de vencer, em-
pleando las mismas armas de este (79); luego es utilizado con
diversos fines, por los comentaristas y por otros elementos
hostiles al imperio, singularmente por los legistas france-
ses (80).

Este principio era el medio que permitía la aplicación en
favor del rey de Francia de todos los preceptos del *corpus iuris*
que consagraban el poder absoluto del emperador (81). Los
humanistas franceses fueron los que primeramente combatie-
ron éste. Bodin, en la segunda mitad del siglo XVI, construyó
con la teoría de la soberanía, una fundamentación científica
del poder absoluto del rey de Francia (82). Estos cambios de
ideas son sintomáticamente expresivos del tránsito de la Edad
Media a la Moderna. En efecto, los legistas medioevales no
percibieron la ficción que tal principio entrañaba. El *rex Fran-*
ciae no es tratado como emperador porque de hecho no lo es,

(77) II, 1, 5: el rey es *quanto en lo temporal, bien asi como el empera-
dor en su imperio* (citado según Kienast, 108).

(78) *Unusquisque enim (princeps) tantum iuris habet in regno quantum
imperator in imperio. Divisio enim regnorum de iure gentium introducta a
papa approbatur, licet atiquo iure gentium imperator unus in orbe esse de-
beret* (citado por Kämpf, 25).

(79) Recordemos que ya Inocencio III en c. 13, X, 4, 17, había declarado
que el rey francés no reconoce *in temporalibus superior*.

(80) Distintamente H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*,
63, 165, pues cree que Baldus es influido por éstos.

(81) Así los preceptos romanos sobre el crimen *laesae maiestatis* son
referidos al rey francés (Esmein-Cenestai, *Cours*, 334, Kämpf, 24 y sig.) y la
facultad de legislar de éste, es derivada de los principios de aquel Derecho.
Así Boutillier en su *Somme rurale* (siglo XIV), II, 1: *le roi de France qui
est empereur en son royaume peut faire... tout et autant que á droict impé-
rial appartient, peut faire ordonnances qui tiennent et valent loy*. Vid. Che-
non, *Melanges Fitting*, I, 211; Esmein Genestai, 334; H. Mitteis, 166. Beau-
manoir utiliza este pensamiento, para la justificación del Derecho de legislar
de los grandes señores, de los vasallos de la Corona: *chascuns barons est
souverains en sa baronnie*. Vid. Chenon, I, 517 y sig.

(82) Vid. Declareuil, 445, 447 y sig.
D. romano.

más bien, la palabra y el concepto, fueron llenados con valores actuales. El *rex Franciae* es *imperator*, pero solo *in regno suo*, y constituye una prueba de la autoridad de la idea imperial y del Derecho romano, el hecho de que no se creyera posible fundamentar la independencia del rey francés, más que haciendo de éste un emperador particular. Al fino sentido histórico de los humanistas debió repugnar esta operación conceptual, la cual con la doctrina de la soberanía de Bodin resultó superflua (83). Si a pesar de estas resistencias, la doctrina de los glosadores halló tanta admiración y consiguió tantos prosélitos fuera de Italia, en los países del occidente de Europa, y los estudiantes de todas partes acudían afanosos a Bolonia, ello se debió, sin duda, a la idea cultural de Roma, la cual, en una época, abierta a todo lo que significara formación espiritual, como lo estuvo la del tránsito del siglo XII al XIII, tuvo gran eficacia (84). La idea cultural de Roma no era en verdad apolítica, pues si bien de una parte cifraba el ideal formativo en la cultura latina de Roma, pendía de otra del valor político del *imperium romanum*, y a través de éste, del emperador alemán. La idea cultural de Roma llevaba implícito un elemento autoritario (85), pero esta idea no reducía

(83) El concepto de soberanía interesa a legistas y humanistas. Se puede decir con Stengel, *Kaisertitel und Suveränitätsidee*, *Deutsches Archiv f. Gesch. d. Mittelalters*, III, 38 y sig., que esta regla sirvió de instrumento a la idea de soberanía sin que ésta llevara entrañado el pensamiento de un imperio libre de Roma. No interesa la cuestión de si se es emperador con o sin coronación por el Papa, lo que realmente interesa es el contenido del poder imperial, y la regla establece que el rey francés, por la extensión de sus poderes, es un emperador, y como tal a ningún otro se halla sometido, pero todo esto solamente *in regno suo*.

(84) Vid. Koschaker, 14 y sig.

(85) Vale la pena desde este punto de vista, considerar de nuevo la mencionada argumentación de Bartolo, que más tarde repitió Zoanetti (vid. supra, pág. 119). De la idea cultural de Roma nada sabe Bartolo y no puede, por tanto, plantearse el problema de por qué en ciertos países, los cuales nada querían oír del imperio occidental, fué reconocido el Derecho romano. Síguese de este hecho que tales países pertencían al *imperium*. El argumento de Bartolo descansa en la idea de que el Derecho romano debe su validez a una fuerza o poder autoritario y que esta autoridad tiene un carácter político. *Quaedam gentes sunt —dice— quae non obediunt romano imperio in totum, sed in aliquibus obediunt, ut quia vivunt secundum legem populi romani.*

su eficacia a los límites de la soberanía política de este imperio, sino que se extendía como la misma idea imperial a toda Europa.

Por esta razón, la ciencia del Derecho romano, creada por los glosadores, adquirió en seguida carácter y alcance europeos, cualidad ésta que perduró a través de los siglos (86). Estoy convencido de la verdad invariable de mi tesis: «Aunque el Derecho romano hubiera sido mil veces más perfecto de lo que en realidad fué, no hubiera acudido un solo estudiante a oír a los glosadores en Bolonia si aquel Derecho no hubiera sido, al propio tiempo, el Derecho del *imperium romanum*» (loc. cit., pág. 2). Ciertamente que se tropieza frecuentemente con la afirmación de que la difusión prodigiosa del Derecho romano en Europa, se debe a sus excelsas cualidades intrínsecas, a la circunstancia de ser el Derecho técnicamente más perfecto que el mundo ha conocido (87). Con esto se

(86) Vid. Holdsworth, IV, 221: *They* (los glosadores) *laid the foundations of the systems of modern roman law*, el cual al mismo tiempo es el fundamento of most of the legal, systems of modern Europe; además Kerr-Wylie, 193 y sig., el cual cita una afirmación del histórico inglés del Derecho, Maitland: *Europe without the Digest would not be the Europe that we know*. J. Bryce, *the roman law is indeed world wide, for it represents the whilom unity of civilized mankind*; A. S. Wheeler, *the conquest of the world by the roman empire has passed away, but the conquest of the roman law has no passed away and there is no sign that it will pass away as long as mankind endures*. (Estas dos últimas manifestaciones son citadas por Sherman, I, 5, 14.) Intencionadamente he reproducido pensamientos de profesores de Oxford, Cambridge, Ciudad del Cabo, etc., es decir, de personalidades a las cuales, no se puede atribuir parcialidad por el Derecho romano y es interesante comprobar, que tales pensamientos no difieren en lo esencial del que contiene aquella apasionada confesión de mi estimado amigo y colega de la Universidad de Turín, prof. Grosso, *Studia et documenta historiae et iuris* (1939), 517: *ma certo nessun paese può rinunziare allo studio del diritto romano senza estraniarsi da tutto un mondo di cultura giuridica che ha permeato di sé la civiltà d'Europa, in cui il diritto romano é divenuto struttura dello stesso pensare giuridico*.

(87) Esta concepción que en fin de cuentas se debe a la postura de los humanistas frente al Derecho romano (vid. infra, pág. 169), puede verse en Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, III, 84; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, I, 609, II, 1 y sig., y nuevamente Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien* (1939), 18, 27 y contra mi tesis en Plachy, *Rivista di storia del diritto italiano*, XII (1939), 1 y sig., 4 y si-

pretende justificar la recepción del Derecho romano así como la moderna enseñanza romanística (88). No concedo valor alguno al reparo que pudiera hacerse de que la literatura romanística de todo tiempo y la contemporánea, especialmente la alemana, ha confeccionado largas listas de las deficiencias que deben oponerse a las tan decantadas cualidades del Derecho de Roma. Más impresión podía causar la afirmación hecha por Teodoro Mommsen, el gran historiador de la Roma antigua, de que tal elogio del Derecho romano constituye una verdadera impertinencia (89). En verdad que revelaría considerable falta de tacto quien se presentara ante un pueblo con esta afirmación: Vuestro Derecho no sirve; el Derecho romano es el mejor del mundo y nada podéis hacer mejor, si no lo habéis ya hecho, que adoptar el Derecho de Roma. Esto recuerda los tiempos en que los humanistas extranjeros y alemanes, no se cansaban de llamar bárbaros a los bravos teutones, tanto, que éstos acabaron creyendo que realmente lo eran. La afirmación descansa en una inexactitud histórica. Los contactos del Derecho romano con las naciones europeas, su influjo en los Derechos propios de éstas, se apoyan en hechos históricos de fuerza y empuje avasalladores. Cabía, en verdad, defenderse contra ellos y esto fué lo que hicieron con éxito los ingleses, como más adelante tendremos ocasión de comprobar, pero nunca los pueblos de Europa se hallaron en situación de poder elegir entre el Derecho romano y el propio, con la misma libertad que un comprador elige entre varias mercancías la que más le agrada. Con esto no pretendemos rebajar los méritos y las calidades del Derecho romano. En realidad no es posible plantear la cuestión de si un sistema jurí-

guiente (de la separata). Vid. sin embargo —en mi opinión muy acertada— v. Below, *Die Ursachen der Rezeption d. röm. Rechts in Deutschland* (*Historische Bibliothek*, publicada por la redacción de la *Hist. Zeitschr.*, XIX, 1905), 150, 159; Sohm, *Grünhuts Zeitschr.*, I (1874), 246; Rabel, *Die Rezeption d. röm. Rechts in Deutschland*, *Atti Congresso Bologna*, II, 187.

(88) En lo que se refiere a la enseñanza del Derecho, vid. Wieacker, *Zeitschr. d. Akademie f. deutsches Recht*, VI (1939), 405 y sig., *Deutsches Recht*, edición semanal XII, núm. 3 (1942), 54 y sig.

(89) En una conferencia dada en Zürich en 1852, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, que figura en *Ges. Schriften*, III, 595.

dico es bueno o malo, porque faltan criterios seguros que nos permitan contrastarlo, y además, porque tal cuestión es inseparable de esta otra, a saber, la de si es o no adecuado, esto es si sirve o no para regular las relaciones jurídicas que se propuso ordenar. De un avión, de una máquina fotográfica, de un aparato cualquiera, se puede afirmar que en relación a una cierta época, son las mejores, pero de un sistema jurídico, tales apreciaciones son tan poco seguras, que resulta mucho más prudente abstenerse de hacerlas. Lo que más nos sorprende en el Derecho romano es el alto grado de elaboración y madurez que alcanzó. Es también un Derecho de juristas. Pero esta cualidad es sólo relativa, y no causa la más leve impresión en aquellos que estiman que los juristas y las creaciones todas de los juristas son obra del diablo. Además, como romanista, debo señalar el hecho de que hay otro sistema jurídico privado, el cual, siendo como es de raigambre germánica, en lo esencial, apenas va a la zaga de *Jus romanum*. Me refiero al Derecho inglés (90) y para tranquilizar a los antirromanistas, especialmente alemanes, debe consignarse también aquí, el dato de que los territorios regidos por el Derecho inglés, superan ampliamente en extensión, a aquellos otros que están «in-ficionados» por el Derecho romano, siendo apenas inferiores a éstos en población.

Por otra parte no parece casualidad el hecho de que estos dos pueblos que a lo largo de los siglos crearon imperios mundiales de gran duración, hayan mostrado especiales dotes para el Derecho privado, coincidencia ésta, que aunque tal vez no pueda explicarse, no es lícito silenciar.

Y ahora volvamos a los glosadores. La posición de éstos en Europa fué debida, como queda dicho, principalmente a la idea cultural de Roma. Con ésta concurre otro hecho. La di-

(90) No ha escapado a la investigación el estrecho parentesco existente entre el Derecho Romano y el inglés, menos intenso, desde luego, en lo que se refiere a los preceptos jurídicos materiales de ambos, que en lo que atañe a sus respectivas evolución y jurisprudencia (Vid. Bryce, *Studies in history and jurisprudence*, Nr. 14 y 15 (1901) y recientemente Pringsheim, *Cambridge Law Journal*, V (1935), 347-365); los romanistas, en cambio, han dedicado a este problema escasa atención.

ficultad del *Corpus iuris* exigía, como ya hemos tenido ocasión de advertir (91), un docto estudio, que tuvo lugar en las universidades italianas y en las de Europa occidental durante los siglos XII al XIII. Estos *studia generalia* estaban abiertos a todos los estudiantes de Europa, los más auténticos representantes de esta comunidad cultural europea, mantenida por el vehículo lingüístico del latín, usado entonces en la escritura y en la enseñanza (92). Los glosadores rinden acatamiento a los poderes universales como son el pontificado y el imperio, de los cuales reciben aquéllos múltiples privilegios. Característica de estos tiempos y de los siglos posteriores, es el incesante intercambio de los profesores de las distintas universidades como si no existieran fronteras. El glosador Placentinus (muerto en 1192) creó un estudio de Derecho romano en Montpellier; Azo (muerto en 1230), enseñó también en Provenza (93); el milanés Alciato (1492-1550), fué uno de los fundadores de la escuela de Derecho de Bourges, caracterizada por su clara tendencia humanística (94); el lombardo Vacarius explicó en Oxford a mediados del siglo XII, como más tarde, desde 1587, el italiano Alberico Gentili (95). También el romanista francés Hotomannus (Hotman), tuvo actividad docente en Basilea donde murió en 1590, y residió, si bien transitoriamente, en Inglaterra (96). A Alemania acuden muchos profesores extranjeros, especialmente de Italia, y también incluso cuando florece la escuela de Bourges, de la misma Francia durante el siglo XVI, y finalmente afluyen allí también profesores holandeses durante el XVII. A esta intensa inmigración de célebres profesores extranjeros debe

(91) Vid. supra, pág. 115.

(92) Vid. Calasso, *Storia delle fonti del diritto comune*, 357 y sig.

(93) Esmein-Genestal, *Cours*, 730.

(94) Solmi, *Storia*, 643; Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 367 y sig.

(95) Vid. supra, pág. 123. Holdsworth, IV, 230, Sherman, I, 368 y siguiente; Astuti, en la edición del libro de Gentili, *De iuris interpretibus dialogi sex* (Istituto giur. della R. Università di Torino, *Testi inediti e rari*, IV, 1937), pág. XIV; Balogh, *New York University Law Quarterly Review*, VII (1929), 290 y sig.

(96) Holdsworth, loc. cit., Stintzing, I, 383 y sig.

Alemania el que figurasen en sus universidades nombres eminentes, como el del dogmático Donellus (Doneau) (1527-1591), quien en la época de la recepción, explicó en Heidelberg y en Altdorf, donde murió (97); el de Molinaeus (Dumoulin) (1500-64), que residió en Tübingen breve tiempo (1553-54) y que debía ser más tarde uno de los padres del Derecho civil francés (98). La causa de este fenómeno radica en que Alemania fué uno de los países que más tardíamente tomó contacto con el Derecho romano y a esto se debe el que sus aportaciones a esta nueva ciencia, no fueran aportaciones propiamente originales, y el que se viera forzada largo tiempo a la importación de profesores extranjeros, hasta el extremo que los nativos, frecuentemente sólo podían conseguir una cátedra en su país, después de haber estudiado en Francia o en Italia. Por lo que respecta a los profesores franceses en el siglo XVI, hubo otra razón. Los franceses eran, en una gran parte, calvinistas y expuestos en Francia por su credo confesional a graves persecuciones, y Alemania representó para ellos en esta época un cómodo refugio (99). A partir del siglo XVII comienza a menguar la afluencia a Alemania de profesores extranjeros para cesar completamente en el siglo XVIII. Con ello nos aproximamos a la era del Derecho natural, al tiempo de las brillantes aportaciones alemanas a la ciencia del Derecho, las cuales culminan en el siglo XIX con las destacadísimas de la escuela histórica.

Una nota común ofrece este período con el antiguo. Aunque ya no es necesaria la recluta en Alemania de profesores extranjeros de Derecho, es evidente que para esta nación, nunca sus fronteras territoriales constituyeron serio obstáculo a la expansión e intercambio culturales. Aquellos maestros fueron

(97) Stintzing, I, 377 y sig.

(98) Vid. Stintzing, I, 381, H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, germ. Abt., 63, 169, 170; Esmein-Genestal, *Cours*, 719 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 206 y sig., Meynial, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France*, en *Akten des internationalen Kongresses für Rechtsvergleichung*, París, 1900; *Procès verbaux des seances*, I (1905), 270 y sig.; Viollet, *Histoire du droit civil français* (1893), 205 y sig.

(99) Stintzing, I, 21 y sig., 372; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 9 y sig., 13 y sig.; Fleischmann, *Melanges Fitting*, II, 692.

romanistas, esto es, estuvieron consagrados al estudio y cultivo de un Derecho, que por su condición imperial, era Derecho de todo el imperio. Ahora bien, si es cierto que estas relaciones de orden cultural, rebasaban las fronteras del reino teuton, sería inexacto atribuir a estas relaciones un carácter propiamente internacional. Esta palabra presupone lingüística y conceptualmente el nacionalismo; por otra parte, es evidente que si bien las naciones de Europa existían ya en la alta Edad Media, el sentimiento nacional o no existía o se hallaba *in fieri*. Sólo las ideas universalistas dominaban a la sazón: el cristianismo, la idea del imperio occidental, la idea de una formación o una cultura unitaria que rigiera en todo el occidente y tuviera sus raíces en Roma. Los legistas italianos en Francia y en Inglaterra, los profesores italianos y franceses en Alemania, no abandonaban en realidad su patria espiritual ni la lengua latina en que explicaban en su país de origen. Había en Europa una auténtica comunidad cultural que ligaba entre sí a los hombres mejor formados y que se mantenía por el vigor de unas cuantas ideas de carácter universal, y a esta comunidad cultural, pertenecía el Derecho romano, al menos en la forma que acertaron a darle los glosadores.

Nadie que haya leído lo que dijimos al principio acerca de la sumisión a la autoridad, característica del pensamiento medievoal, se atreverá a poner en duda que los glosadores concibieron el Derecho del *corpus iuris* como Derecho del *imperium romanum* y como Derecho del sucesor de este *imperium* (100), esto es, del *sacrum imperium* encarnado en el emperador alemán. Hay en los glosadores una ausencia total de sentido histórico (101). La cuestión de cómo penetró en la práctica jurídica italiana el Derecho romano, tal como fué enseñado por

(100) Vid. Genzmer, *Atti congresso Bologna*, I, 397; Holdsworth, IV, 221; Landsberg, *Glosse des Acursius*, 29 y sig. Este autor observa que los glosadores abordaron la interpretación del *corpus iuris* como si se tratara de interpretar en realidad una ley nueva. Para ellos el Derecho romano es el Derecho exclusivamente vigente en el imperium. Los derechos estatutarios y los demás, interesan poco o nada a los glosadores, si bien más tarde se ocupan éstos de la *Lombarda*. Vid. Landsberg, 41 y sig.

(101) Esmein-Genest'el, 729.

los glosadores, está reclamando todavía una concienzuda investigación. Al menos yo no sé que ésta exista. Los glosadores eran, ante todo, maestros de Derecho, pero no eran esto exclusivamente, sino que actuaban además emitiendo dictámenes, o como abogados y como jueces, sin contar con que de sus aulas procedía la mayor parte de los prácticos del Derecho (102). El Derecho justiniano que enseñaban y lograron dominar como nadie, era demasiado extraño a su época para que la aplicación del mismo no tropezase con serias dificultades. Páginas atrás establecimos una regla que debe recordarse: el *Corpus iuris* es por su extensión, por su complejidad, por las dificultades de todo orden que entraña, completamente inadecuado para recibir inmediata aplicación en la práctica y necesita de un instrumento que lo haga accesible y lo sustituya por un equivalente más sencillo y manejable.

La suma del *codex* hecho por el glosador Azo, exposición sistemática del código, distribuída en nueve libros, gozó de gran predicamento en la práctica jurídica del siglo XVII (103).

Esta práctica se atuvo al resumen de Azo y no al texto del *Corpus iuris*. El jurista Fulgosius (muerto en 1427) nos informa (104) de la siguiente frase de Cino (1270-1333): *Sicut antiqui adorabant idola pro Deis, ita advocati adorant glosatores pro evangelistis*. Resulta entonces mucho más eficaz apoyar la propia opinión en la de un glosador, que fundamentarla en un texto legal, pues, si se hace esto último, se corre el peligro de que el Juez la rechace, alegando que la Glosa debió seguramente conocer el texto invocado.

Este desarrollo se ve favorecido por el proceso de residencia que tiene lugar en el siglo XIII en los municipios italianos, se basa en el Derecho romano y está en conexión íntima con la constitución del *podestà*. El proceso fué consecuencia de la

(102) Vid. Genzmer *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, röm. Abt.*, 61, 317 y siguiente; Solmi, *Storia*, 508, Wieacker, 217. Exagera sin duda al considerarlos con Landsberg (43 y sig.), como meros teóricos.

(103) Genzmer, *Atti congresso Bologna*, I, 409 y sig.; *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 61, 318; Engelmann, loc. cit., 172.

(104) Al c. 4, 10, 6 citado por Engelmann, 195; Vid. también Windscheid, *Pandekten*, I (1906), 53.

insegura relación de los partidos en los municipios y de la falta de confianza de los ciudadanos en los órganos propios de la administración y de la justicia. El podestá es comparable al director de una compañía de cómicos trashumantes que hace su *stagione* en una ciudad determinada. El director y su *troupe*, en este caso, no pisan ciertamente las tablas, sino que son tomados en servicio por el municipio mediante una suma global que les es pagada durante cierto tiempo, generalmente un año, para que aquéllos atiendan a la administración y a la justicia (105). El correlativo de esta peregrina institución era la rigurosa responsabilidad del podestá y de sus gentes, la cual se hacía efectiva al final de su gestión mediante el llamado proceso de residencia (106). Para eludir tal responsabilidad los órganos administrativos y judiciales del podestá debían apoyar sus decisiones en firmes fundamentos jurídicos y éstos eran hallados por lo que concierne al Derecho romano, no en el *corpus iuris*, sino en la Glosa (107).

El influjo de la glosa experimentó un notable incremento merced a la *glosa ordinaria* del glosador Accursio (1182-1259) (108), una recopilación de las glosas más importantes, la cual se había hecho imprescindible por el gran número de éstas, por lo difícil que era procurarse los manuscritos de las obras de los glosadores y por la misma dificultad que las glosas ofrecían, superior todavía en muchos aspectos a la que ofrecía el mismo *Corpus iuris*. La obra de Accursio constituye, además, un indicio claro de que la actividad de los glosadores había llegado ya a su zenit; representaba algo similar a la obra de Ulpiano y Paulo al final de la época clásica o a las Pandectas de Winscheid, culminación de la pandectística alemana del siglo XIX. La *Glossa ordinaria* de Accursio consiguió en la práctica jurídica una autoridad indiscutida, tanto mayor cuanto que la carencia en aquel tiempo de una organización

(105) Para el podestá vid. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, I (1907), 49 y sig.

(106) Para el proceso de residencia y la responsabilidad que mediante este proceso se hace efectiva, vid. Engelmann, 337-585.

(107) Engelmann, 173 y sig., 190 y sig.

(108) Vid. suplemento, págs. 499-501.

judicial unitaria, impedía la creación de un Derecho prejudicial o de precedentes (109). La *Glossa ordinaria* vino, pues, a acallar una exigencia de la época: la de disponer de una casuística autorizada y accesible. El *Corpus iuris* ofrecía la casuística a través de esta *glossa*, la autoridad la prestaban el emperador Justiniano y la idea del *imperium romanum*, y finalmente, la facilidad de acceso la procuraba la especial índole de la obra de Accursio. El prestigio de ésta trascendió, naturalmente, a la enseñanza del Derecho, si bien su autoridad en el siglo XIV no fué indiscutida (110).

(109) Para la glosa de Accursio vid. Landsberg, 52-62; Engelmann, 176 y siguiente, 190 y sig., 202 y sig.; Genzmer, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, röm. Abt.*, 61, 319 y sig.; Meijers, *Juris interpretes seculi*, XIII (1924), páginas XVIII. Según los estatutos de Bolonia y Verona, las lagunas del Derecho estatutario se suplían con el Derecho romano en la forma que éste adoptaba en la glosa ordinaria. Vid. Marongiu, *Studi Besta*, III, 449. Desgraciadamente no he podido utilizar el trabajo de Landsberg, *Über die Entstehung der Regel*: «*quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*» (1880) La regla que sirve de título a esta obra nada tiene que ver con los hechos aludidos en el texto. Tal regla aparece en el siglo XVII y significa simplemente que los pasajes no glosados del *corpus iuris* se refieren a relaciones jurídicas extrañas a la práctica alemana, y por ello consideradas como no recibidas.

(110) Vid. Engelmann, 178 y sig. 196 y sig.

CAPITULO VIII

LOS COMENTARISTAS

LA *Glossa* ordinaria había adquirido un gran prestigio no sólo en la práctica jurídica, sí que también en el campo mismo de la enseñanza del Derecho, contribuyendo de esta suerte a estrechar la relación entre la teoría y la aplicación y preparando desde el siglo XIV, el tránsito a una nueva actitud frente al *Corpus iuris* y a una utilización de métodos nuevos para el estudio de éste. Ambas notas constituyen las características del período denominado de los postglosadores o comentaristas (1). En la historia, esta nueva dirección es conocida con los nombres de *mos italicus*, debido a que tuvo su iniciación en Italia. La nueva tendencia se extendió rápidamente por toda Europa, singularmente por el centro, y dominó hasta el siglo XVIII, contribuyendo a la penetración del Derecho romano en la práctica jurídica del continente, con más eficacia que los mismos glosadores. Entre éstos y el *mos italicus* no existe en realidad verdadera antinomia, sino más bien una transición (2) que había sido preparada ya en el siglo XIII por la escuela de Orleans (3). La actividad de los glosadores iba dirigida, como es

(1) La última denominación es hoy la usual. El término empleado antiguamente de «postglosadores» y que entraña un cierto sentido de epígonos, fué determinado en parte por el juicio de Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, VI, 1-25, el cual no es hoy por lo general compartido. Volvemos todavía sobre este punto. Vid. Koschaker, 19 y la bibliografía que allí se cita. Vid. además, Declareuil, *Hist. generale du droit français*, 844 y siguiente; Engelmann, 204 y sig.; Esmein-Genestal Cours, 730 y siguiente; Holdsworth, IV, 222 y sig.; Landsberg, *Glosse des Accursius*, 64 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 206 y sig.; Solmi, *Storia*, 513 y sig.; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 23 y sig.; Sohm, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, I (1880), 74 y sig.; Wieacker, *Vom röm. Recht*, 220 y sig.

(2) En ello hace hincapié Flach, *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, *Nouv. rev. hist. de droit français et étranger*, VII (1883), 218 y sig.

(3) Vid. *supra*, págs. 123-24, nota 66 y núm. 3 ebenda.

sabido, a descubrir el sentido de la legislación justinianeas; su método era el exegético y se pretendía fijar la significación y alcance de cada pasaje. Su interés por el *corpus iuris* no era un interés teórico, sino práctico, puesto que para ellos el Derecho justiniano era Derecho aplicable; por otra parte, los glosadores trabajan en la misma época en que se inicia la escolástica, y no hay duda de que ésta influye en ellos proporcionándoles los medios para realizar su trabajo con cierto sistema.

Este punto de vista es el que opera la transición al *mos italicus* de los comentaristas. Si los glosadores habían hasta estas fechas contribuido insuperablemente a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianos, pronto debía surgir la dificultad de aplicar estos preceptos a las necesidades de la práctica, dificultad debida, principalmente, a la circunstancia de regir a la sazón otros Derechos como el estatutario de los municipios italianos, el longobardo y el canónico. Había que buscar una síntesis de todos estos dispares elementos, y esta síntesis, en forma de Derecho de los juristas, poderosa y fecunda, fué hallada por los postglosadores, quienes de este modo introdujeron en la práctica el Derecho romano. La total ausencia de sentido histórico y el autoritarismo que caracterizan la mentalidad de los comentaristas, revelados en su firme convencimiento de la perfecta aplicabilidad de las normas del *Corpus iuris* a las relaciones jurídicas de la época en que aquéllos vivieron, les facilitó extraordinariamente su tarea. Los glosadores sólo conocían el Derecho romano; los comentaristas, en cambio, si bien consideraban éste como el más importante en la elaboración de un sistema jurídico, estimaban necesario tener en cuenta, además, otras fuentes diversas tales como la costumbre, el Derecho estatutario y canónico (4). Si para los

(4) Como los derechos estatutarios se apoyan en Derecho germánico, se plantea con cierto apremio la cuestión de si los comentaristas, como hijos de su época, no estuvieron, inconscientemente, influidos por las concepciones jurídico-germánicas, cuestión ésta que podía igualmente plantearse con respecto a los mismos glosadores. Sobre este asunto hay bastante bibliografía. Vid. O. v. Gierke, *Genossenschaftrecht*, III (1881), 190 y sig.; 354 y sig.; Regelsberger, *Pandekten* (1893), 10 y sig.; Stintzing, I, 112; Landsberg, *Glosse des Accursius*, 38 y sig., 64 y sig. Para las cuestiones concernientes al Derecho posesorio, vid. Bruns, *Jahrbücher d. gem. Rechts*,

glosadores el Derecho romano, como Derecho del imperio occidental, era *ius commune*, con pretensión de vigencia exclusiva (5), para los comentaristas constituía una cuestión previa y fundametal, la de la separación del Derecho romano de estos otros Derechos cuya consideración era según ellos ineludible también. Consiguieron, en efecto, separarlo del Derecho canónico, el cual por su universalidad valió como *ius commune* (6),

IV, 1860, 33 y sig. Las afirmaciones de este autor con los conocimientos que hoy tenemos, debidos, en gran parte, a la investigación italiana, reclaman una rectificación. Con todo, el problema no ha sido abordado con amplitud. Séame permitido aludir aquí a la teoría de la propiedad dividida. Que este concepto fuera propio del Derecho romano antiguo y forma lógica del *ius in re aliena*, así como que fuera extraño a otros Derechos (vid. Koschaker, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung röm. Abt.* 58, 255 y sig., 258 y sig., y también Kaser, *Festschr.* Koschaker, I, 445), es intrascendente para nuestro punto de vista. Cuando esta teoría surge de nuevo en los glosadores y comentaristas (vid. Meynial, *Melanges Fitting*, II, 411), estimo, contra lo que opina Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune* (1937) 17, que el influjo del Derecho germánico merece ser estudiado, porque el Derecho germánico, lo mismo que el antiguo Derecho romano, carece del concepto del *ius in re aliena*. Se trata simplemente de una doctrina postclásica que va minando el concepto clásico de la propiedad y que sirve de apoyo a la opinión de que el *ius in re aliena* debe ser concebido como un *quantum* de facultades divididas de la propiedad, como una forma de propiedad, según ha logrado demostrar recientemente Vaucher en una tesis leída en Lausanne y que deriva de la escuela de Meylan en relación con el usufructo de (*Usufruit et pars dominii*, 1940). Esto significa un retroceso a viejas ideas que surgen por influjo del Derecho de los primitivos pueblos de la parte oriental del imperio romano y de los cuales procedían los cultivadores postclásicos del Derecho de Roma. Una interesante aplicación de la propiedad dividida a la construcción jurídica del imperio, concibiendo este como *res publica* superior y los territorios como *res publicae* inferiores, distribuyéndose entre estos dos elementos los correspondientes derechos públicos, se halla en los publicistas alemanes del siglo XVII. Vid. Wolf, *Idee und Wirklichkeit des Reichs*, 128, Huber, ob. cit., 607.

(5) No interesa entrar ahora en las controversias de los autores italianos sobre el concepto del *diritto comune*. Vid. Calasso, *Il concetto di diritto comune*, *Archivio giuridico*, III (1934), 59 y sig.; *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, en *Studi Besta*, II (1939), 461; Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, *Pubblicazioni dell'università cattolica del «Sacro Cuore» Scienze giuridiche*, 47, 1935.

(6) Sobre las distinciones que a este respecto hacía la doctrina entre normas que *respiciunt favorem animae*, y cuya inobservancia constituye pecado, *temporalia*, *spiritualia*, *forum laicum-ecclesiasticum*, territorio del imperio romano.

y también del Derecho estatutario. Este último creaba serias dificultades, ya que teóricamente el emperador era legislador único. La necesidad de introducir el Derecho romano en la práctica, produjo inevitablemente la colisión de éste con la legislación especial de los municipios. En efecto, contendían a la sazón dos concepciones (7). Para los juristas, el Derecho romano era *ius commune* y como tal, Derecho *per eminentiam*, con exigencia absoluta de validez (8); el Derecho estatutario, en cambio, tenía una función subsidiaria, aplicándose solamente en el ámbito en que dejara de aplicarse el romano. Se declaraban nulas, además, las normas estatutarias que se hallasen en contradicción con el *ius commune*, y tales normas se interpretarían de conformidad con este último. Los municipios, en cambio, adoptaron la posición abiertamente contraria. La teoría se afanó en superar (9) esta pugna, utilizando, para ello, diversos caminos, hasta que en el siglo XIV, el principio vigente en Derecho público de que *princeps imperator in regno suo* (10), convirtió en emperador incluso al legislador particular, y mantuvo en el caso planteado, de modo formal, el dogma político de que el emperador es en el imperio legislador único (11). El Derecho particular (estatutario) creó de este modo,

perio-terrae ecclesiae (Estado de la Iglesia), vid. Calasso, *Arch. Giur.*, 111, *Studi Besta*, II, 488, Calisse, *Studi Besta*, II (1935), 522, 527 y sig., 530 y siguiente; Leicht, *Storia del dir. ital. Il diritto privato*, I (1914), 15 y sig.

(7) Vid. Calasso, *Studi Besta*, II, 493 y sig.

(8) Calasso, *Studi Besta*, II, 497 y sig., habla de «diritto comune assoluto».

(9) Calasso, *Arch. giur.*, 111, 82 y sig., 89 y sig., 92.

(10) Vid. supra, págs. 127-28.

(11) No es acertado como hace Calisses en *Studi Besta*, II, 421 y sig., relacionar la función subsidiaria del Derecho romano, con la debilitación del poder imperial. La doctrina de la validez absoluta del Derecho romano como *ius commune*, era un postulado de la teoría, como lo fué la otra doctrina del *unum ius* en todo el *imperium*, con la que guarda la anterior estrecha relación. Ningún poder imperial hubiera podido por sí solo, mediante el fomento del estudio del Derecho romano por los glosadores, realizar este postulado, contentándose luego al menguar el poder del emperador con la mera función subsidiaria atribuída a aquel Derecho. El emperador fué ciertamente legislador para todo el imperio, pero no el único legislador. Los reyes franceses hubieron de conquistar penosamente el derecho exclusivo a legislar. Vid. Chenon, *Hist. Gen. du droit français*, I (1926), 517 y sig. Los

donde estuvo vigente, *ius commune*, pues se consagró la norma de que *ubi cessat statutum, habet locum ius civile*, con lo que se reconocía la validez subsidiaria del Derecho romano (12).

Que la escolástica influyó en el modo de elaborar y ordenar el material jurídico, es indudable. Se trata, en efecto, de entender y aclarar las normas del *Corpus iuris* ordenándolas y sistematizándolas. Los comentaristas, aunque en sus voluminosas obras no se apartan del método casuístico empleado en el *Corpus iuris*, son los creadores de una doctrina jurídica sistemática. Los romanos no conocieron la (13) sistemática del Derecho, si se prescinde de ciertos glosemas insertos en los escritos de los juristas clásicos que se inspiran en la teoría jurídica bizantina (14), la cual, a su vez, revela el influjo probable de la teología (15). La sistemática de la ciencia del Derecho es con toda probabilidad creación de la escolástica medioeval. Con la ciencia del Derecho y con la teología guarda la escolástica estrecha relación orgánica. La ciencia del Derecho y la Teología trabajan con una materia que les ha sido dada como objeto de fe por una instancia superior, y que desarrollan de modo metódico y comprensible. Esto es pura escolástica. Tres cosas, dice San Buenaventura en la explicación del misterio de la Trinidad, son esenciales al método escolástico: *primo contingit ipsam (SS Trinitatem) credere, secundo creditam intelligere, tercio intellectam dicere vel enuntiare. Credere autem est*

emperadores alemanes no consiguieron jamás este derecho. El principio: *princeps imperator in regno suo* sirve sólo para justificar el estado de Derecho existente mediante la adaptación de una antigua teoría.

(12) Vid. Calasso, *Arch. giur.*, 111, 93, 95; Ermini, ob. cit., págs. 511, 516 y sig.

(13) De lo dicho no se sigue, naturalmente, que el Derecho clásico fuera absolutamente carente de sistema —los juristas percibieron claramente las internas relaciones orgánicas de los derechos entre sí y aplicaron éstas con muy seguro instinto a la solución de los casos concretos que les eran planteados—, sino únicamente que los problemas referentes a esta sistemática, no les preocuparon como objeto de una especial disciplina.

(14) Vid. supra, pág. 110.

(15) Sobre ciertos métodos escolásticos propios de esta teoría, vid. supra, páginas 106, 106 nota 5 y 107.

per auctoritatem, intelligere per rationem, dicere per catholicam et rationabilem locutionem (16).

A la escolástica pertenece el principio llamado de autoridad o mejor dicho, la sumisión del pensamiento a la autoridad. Como quiera que esta ciencia sistemática del Derecho toma sus materiales del Derecho romano, por el valor cultural que este Derecho entraña, por su relación con el imperio de occidente como poder y representación de Europa, fué la ciencia del Derecho, una ciencia eminentemente europea. A elaborarla contribuyeron todos los pueblos de Europa, pero quedará siempre como una gloria de Italia el haberla fundado. La historia le ha reconocido este mérito al crear la expresión *mos italicus*.

En cuanto a la forma que adopta esta literatura, predomina el comentario —de ahí el nombre que reciben los seguidores de tal dirección— de las diversas partes del *Corpus iuris*, ajustándose al orden legal del mismo. No constituyen estos comentarios meras aclaraciones de los distintos pasajes, sino que suelen, además, adoptar la forma de exégesis orgánicas de los distintos títulos, con utilización de las fuentes locales, ofreciendo una rica casuística, factor este último determinante en gran parte del influjo que esta literatura ejerció en la práctica jurídica, ya que ésta se construye siempre sobre casos. Junto a estas obras, aparecen también las monografías doctas (*tractatus*). Esta época ofrece de común con el período tardío de los glosadores, el que en ella, el *Corpus iuris*, pasa a segundo plano, en relación con la obra de sus intérpretes. La autoridad de ésta aumentó en proporción a la libertad con que interpretaban el *Corpus iuris* para atender a las necesidades de la vida práctica de aquel entonces, y en proporción también a la atención que estos comentarios dedicaron a las fuentes del Derecho indígena. Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo *Corpus iuris* y los comentarios degeneraron, llenándose de disquisiciones sobre las controversias entabladas entre los juristas. Las opiniones de los doctores tenían una singular autoridad cuando se manifestaban concordes respectiva-

(16) Según Grabmann, *Gesch. d. scholastischen Methode*, I (1909), 34^r *auctoritas* y *ratio* son los impulsos del método escolástico. Vid. Grabmann, *Philosophie des Mittelalters* (en la colección Göschen), 1921, 38.

mente a un punto cualquiera del Derecho. Así surgió el concepto de la *communis opinio* (17), cuya valoración comienza en el siglo XIV a mostrarse vacilante. Bartolo niega que el juez esté obligado a seguir la *communis opinio*, mientras su discípulo Baldo considera *temerarium* el apartarse de ella. La doctrina se muestra reservada en general en cuanto a la estimación de la *communis opinio* y llega a permitir el que ésta sea objeto de estudio y sometida al *argumentum a veritate*. Cosa distinta ocurre en la práctica. Para ésta las decisiones autoritarias constituyen un modelo o arquetipo jurídicos. Las relaciones políticas en estos tiempos a que nos estamos refiriendo, excluyen la posibilidad de una jurisdicción central ejercida por un Tribunal superior, y consiguientemente la formación de *prejuicios* o precedentes que tengan relevante importancia en el desarrollo de un Derecho judicial y de juristas. Por esta razón, los más destacados profesores de Derecho de las Universidades —entre las cuales el primado que tuvo Bolonia es, a la sazón, discutido por las de Padua, Pavía, Pisa y Perusa— suplen la carencia de ese Tribunal superior. Los más importantes Tribunales, entre ellos el de la *Rota romana* (18), muestran repugnancia en aceptar sin reservas la fuerza vinculante de la *communis opinio*, en cuanto que exigen que ésta se halle *optima ratione munita* (19), lo que equivale a autorizar un examen de fondo de la misma. Solamente la *Rota romana* podía hacer esto. Los demás Tribunales suprimen prácticamente tal limitación, y durante el siglo XV llegan a formular la regla: *in iudicando et consulendo* (esto es, en la emisión de dictámenes) *ab opinione commune minime recedendum est*. Favoreció este resultado, de una parte la práctica consiliar de que hablaremos más adelante, y de otra, el proceso llamado de residencia (20). El juez que seguía la *communis opinio* no tenía que temer

(17) Vid. Bussi, ob. cit., 34-35; Engelmann, 212-215 y sig.; Genzmer, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, röm. Abt.*, 61, 325 y sig.

(18) El escrito de Ermini, *La giurisprudenza della Rota romana come fattore costitutivo dello ius commune* (1936), no me es, por desgracia, conocido.

(19) Bussi, 39, 51.

(20) Vid. *supra*, pág. 137.

ser objeto de una censura en el proceso de residencia por desconocimiento de la materia.

Con la constitución del podestá se relaciona el uso establecido en el siglo XIV por los Tribunales, de recabar dictámenes de los más famosos profesores de Derecho (21). Evidentemente la posición del juez era más firme cuando fundaba su decisión en el parecer de una autoridad reconocida en el campo de la ciencia del Derecho. Por otra parte, eran los *consilia* un medio eficacísimo para que los comentaristas pudieran conseguir la penetración del Derecho romano en la práctica. La práctica consiliar desarrolló en siglos sucesivos ciertos principios de carácter consuetudinario, y en parte amplió, en parte restringió, los preceptos del Derecho estatutario. Según el Derecho común, el juez obligado a consultar al *consilium* sólo en los casos dudosos, no estaba obligado a seguir el parecer de éste.

La obra de los comentaristas constituye un Derecho de juristas en el más exacto sentido de la palabra. Ciertamente que con la indignación de los humanistas, usan aquéllos un latín deficiente, y que sus escritos, con sus innumerables controversias y su enorme casuismo, no son en verdad muy atractivos. Además, los comentaristas carecían, como ya hemos dicho reiteradamente, de sentido histórico. Es verdad que éstos no compusieron sus obras con la preocupación de despertar en sus sucesores al estudiar Derecho romano, una mera complacencia estética. Su aportación responde a una finalidad distinta, y en mi concepto de orden superior a la expuesta. Los comentaristas convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a su época, en parte viva del Derecho de sus tiempos, preparando de este modo la unificación de Italia en el ámbito jurídico privado; en otro aspecto, hicieron del Derecho romano substrato de una ciencia del Derecho que llegó a ser propiamente europea. Esta finalidad no podía ciertamente ser alcanzada con la literal aceptación de las normas del *Corpus iuris*, sino con una selección y adaptación de estas normas (22) a lo que era entonces De-

(21) Sobre este asesoramiento (*consilia*) vid. Engelmann, 242 y sig.

(22) De este modo el auditor de la Rota romana y más tarde cardenal de Luca (1614-1683), pudo escribir a propósito de los comentaristas, en su

recho vigente (23). Esta tarea exigía ineludiblemente hombres teóricamente formados —la escolástica cuya esencia no es contraria a la de la jurisprudencia, proporcionaba las indispensables formas lógicas— y al propio tiempo, dotados de sentido realista, de criterio formado en la práctica del Derecho (24). Su reverencia al principio de autoridad y su carencia de sentido histórico, les facilitó la tarea de transformar y adaptar el *corpus iuris*, incapaces como eran de apreciar el valor originario de sus fuentes. La actividad de los comentaristas respecto al Derecho romano no fué meramente receptiva, sino creadora de Derecho, en grado muy alto (25). En este sentido aquéllos soportan muy bien el parangón con los mismos juristas de Roma. Ciertamente

Theatrum veritatis et iustitiae, 35, 69: *si illorum temporis iurisconsulti, quorum responsa tamquam leges hodie veneramur (de los juristas romanos), resurgerent in foro practico, inter idiotas connumerari mererentur*, esto es, serían considerados como ignorantes en Derecho, por ser incapaces de reconocer el que ellos crearon. (Citado por Calisse en *Studi Besta*, II, 420).

(23) Así estimados, el nombre de humanitas podía ser con más razón aplicado a los comentaristas que a sus posteriores adversarios, ya que hicieron del Derecho romano una parte integrante del derecho a la sazón vigente y de su doctrina. Vid. también Grassi en *Studia Humanitatis*. Escrito-homenaje publicado con ocasión de la inauguración del Instituto del mismo nombre (1942), 25 y sig.

(24) Puede ello demostrarse en algunos casos, así respecto a Bartolo, a su discípulo Baldo, al maestro de Bartolo Cino de Pistoia. Vid. Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, VI, 71 y sig., 203 y sig.; Declareuil, *Hist. gen. du droit français*, 845 y sig.; Esmein-Genestal, *Cours élémentaire du droit français*, 730 y sig.

(25) Vid. Calisse, *Studi Besta*, II, 418. Es perfectamente comprensible el resultado a que llega Bussi de considerar como equivalente el *ius commune* y la *communis opinio doctorum*, comparada y aun equiparada a la ley. Vid. Bussi, 45 y sig., 65 y sig. Esta tesis, lejos de hallar aceptación en la doctrina, ha suscitado viva oposición. Vid. Rota, *Studia et documenta historiae et iuris*, III (1935), 166 y sig.; Dulckeit, *Zeitschr. der Savigny Stiftung, röm. Abt.*, 56, 400 y sig.; Genzmer, *ebenda*, 61, 329 y sig. Resulta en realidad demasiado sutil, contiene indudablemente algo de verdad, pero cuando Bussi sostiene que la práctica judicial y las obras de los maestros de Derecho son fuentes de conocimientos del *ius commune*, no puedo adherirme a su tesis. Vid. también Calasso, *Storia* 90, Ermini, 519 y el pasaje de Casaregis (comienzos del siglo XVIII) citado por Calasso, *Studi Besta*, II, 487; *vulgariter loquendo per ius commune intellegitur quoque omnis doctorum interpretatio*.

que detrás de los comentaristas no está la *res publica* (26) y más tarde el emperador, como estuvieron detrás de los juristas romanos, y que ni siquiera tuvieron aquéllos, el apoyo de los reyes, como tuvieron las cortes de justicia de Westminster o el Parlamento de París, el apoyo de los reyes ingleses y franceses. El prestigio de que gozaron entre los emperadores alemanes, cuyo poder comienza a declinar a partir del siglo XIV, no es suficiente compensación. Ahora bien, lo que no pudo hacer el emperador, lo hizo la autoridad cultural del Derecho romano. El paralelo con éste resulta todavía más exacto, si se tiene en cuenta que ni el Derecho romano, ni el Derecho de los juristas, creado por los comentaristas, se basa, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho de los juristas ingleses, en el *stare decisis*, esto es, en la fuerza vinculativa del precedente. En la época de los comentaristas, la carencia en Italia de una jurisdicción central, impidió, como hemos visto (27), la vigencia de este principio. En la Roma clásica se oponía al mismo el hecho de que el juez civil, como *iudex privatus* que era, no juzgaba en virtud de un poder estatal y soberano, sino que su *potestas iudicandi* derivaba de la concorde voluntad de las partes manifestada en el contrato, constitutivo del proceso, es decir, en la *litis contestatio*. Además el juez no había de ser precisamente un jurista. Así se explica por qué las *res iudicatae* no fueran consideradas como fuente de Derecho por los juristas clásicos (28). Por otra parte, en estos mismos tiempos aparece un Derecho judicial, cuando excepcionalmente son llamados a juzgar tribunales estatales, como es, por ejemplo, el de los centumviro, cuya práctica contribuye a crear las acciones de herencia y el Derecho legitimario (*querela inofficiosi testamenti*). No es ninguna casualidad que hallemos con cierta frecuencia, invocación de precedentes, en los procesos documentados en las papiros, procedentes de la provincia im-

(26) Resulta esto más claro si se considera el origen social de los juristas republicanos. Vid. infra, pág. 000.

(27) Vid. supra, pág. 000.

(28) Vid. para esta cuestión Collinet, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, en *Recueil (Festschr., für) F. Geny*, I, 23. Además Siber, *Proeiudicia als Beweismittel*, *Festschr. Wenger*, I (1946), 47, 50.

perial de Egipto (29). Aquí regía, como es sabido, desde la conquista romana en los comienzos del imperio, el procedimiento cognitorio ante jueces que tienen el carácter de funcionarios, el cual poco a poco va eliminando el viejo procedimiento *per formulas* en Roma y en Italia. Si a pesar de estos cambios no se llegó a conseguir la creación y desenvolvimiento de un verdadero Derecho de precedentes, ello obedece, en parte, a la mengua que experimenta la fuerza creadora de la jurisprudencia romana a mediados del siglo III —cierto refflorecimiento de la ciencia y enseñanza del Derecho durante el siglo V es intrascendente— y en parte también, a la tendencia legislativa encaminada a limitar la libertad del juez.

Si el Derecho romano no fué un Derecho prejudicial o de precedentes, fué, en cambio, Derecho de juristas, sólo que manifestó el influjo de éstos de modo muy distinto. No podemos ocuparnos aquí del hecho de que en los primeros tiempos de la república fueran los *pontífices* inventores y creadores de las fórmulas propias del procedimiento llamado de las acciones de ley, redactores de formularios contractuales y asesores. A la luz de la historia encontramos a los juristas actuando como consejeros de las partes en la elección de fórmula procesal y sugiriendo innovaciones en el texto de estas fórmulas (30). Los juristas asesoran a los jueces y magistrados, especialmente al pretor, formando parte de sus respectivos *consilia*, y más tarde, los más eminentes de aquéllos ejercen esta misma función asesora, cerca del emperador, aconsejando a éste en la redacción de sus edictos, decretos y rescriptos, los cuales en realidad son obra de los juristas. Finalmente los juristas emiten dictámenes (*responsa*), cuya autoridad, en virtud de la concesión imperial del *ius respondendi*, se eleva hasta el punto de ser jurídicamente vinculantes par el juez (31).

(29) Vid. Jolowicz, *Case law in roman Egypt*, en *The Journal of the Society of public teachers of law* (1937).

(30) Vid. Wlassak, *Die klassische Prozessformel*, Sitz. Ber. Wien ph. h. Kl. 202, Nr. 3 (1924), 20 y sig., 25 y sig., 140 y sig.; Wieacker, *Vom röm. Recht* (1944) 11 y sig.

(31) No podemos entrar ahora en las nuevas cuestiones sobre el origen

Así pudo ser el Derecho romano hasta el ocaso de la Jurisprudencia clásica, un Derecho de juristas a pesar de no haber conocido la obligatoriedad del precedente, y de haber sido creado, como lo fué, en el taller de los jurisconsultos en constante contacto con la realidad. Las gentes aprendían el Derecho estudiándolo en las obras de los jurisconsultos más destacados. El lector no hallaba en estas obras especulaciones o teorías, sino inmediata y viva realidad jurídica, creada por la experiencia y sentido práctico de sus autores. De aquí también la gran preponderancia de la casuística. El Derecho romano no es, sin embargo, un *case law*, en el sentido en que lo es el Derecho anglo-norteamericano; es simplemente un Derecho de juristas, y como tal, casuístico.

La analogía con los comentaristas italianos salta a la vista y se manifiesta también en otro aspecto. Características del Derecho de juristas son su falta de orden y de sistema, consecuencias éstas naturales, de su condición de Derecho formado por decisiones de casos (32) y de tener en él la función legislativa una actuación casi insignificante (33). Añádase a estos la escasa

del *ius respondendi*. Vid. de Visscher, *Rev. hist. de droit français*, 4 serie: 15 (7936), 615 y sig.; Siber, *Ztschr. d. Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 61, 397 y siguiente; Arangio Ruiz, *Scritti in onore di R. Mancaloni* (1938), 16 y sig.

(32) Para el Derecho romano vid. Albertario, *Il diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana* (*Studi di diritto romano*, V, 1937), 57 y sig, 59 y sig. Para el Derecho anglo-norteamericano Schwarz, *Das englische Recht und seine Quellen* (en Heinsheimer *Zivilgesetze d. Gegenwart*, II), 25 sobre los datos de Pollock y utilizando colecciones de numerosísimas decisiones. El Derecho común francés del *ancien régime* a partir del siglo XVI resultaba con sus muchas *coutumes*, ordenanzas de los reyes y decisiones del Parlamento, casi inabarcable.

(33) La gran escasez de leyes romanas concernientes al Derecho privado, reservado a los Juristas, es conocida. Cuando la legislación en tiempos de la monarquía absoluta, comienza a incrementar, se acentúa la oposición entre *ius* y *leges*, designándose con la palabra *ius* el antiguo Derecho privado contenido en las obras de los juristas romanos el cual constituye por ello el llamado Derecho de juristas. Vid Krüger, *Gesch. d. Quellen und Literatur d. röm. Rechts*, 295. Paralelamente se distingue en Inglaterra entre *common* y *statutory law*, es decir, entre Derecho de juristas y Derecho legal, aunque este último valga también para todo el reino en tanto es *common law*. Vid. Ehrlich, *Beitr. z. Theorie d. Rechtsquellen* (1902), 65 Schwarz, 11, 41 y para el concepto de *common law* Rheinstein, *Die Struktur des*

publicidad que en tiempos antiguos tuvieron las fuentes de este Derecho de juristas. La publicidad de decisiones judiciales para que éstas alcanzaran extensa difusión, o no existe (34) o va apa-

vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerik. Recht (Beitr. z. ausländ. u. internat. Privatrecht, V. 1932). En orden al Derecho privado del antiguo régimen, los historiadores franceses (vid. Ol. Martin, *Precis d'hist. du droit français* (1934), 214; Viollet, *Hist. du droit civil français* (1893), 201 y sig.), subrayan también la escasa importancia que tienen las ordenanzas reales, las cuales a partir de Luis XV se refieren muy especialmente a materias propias de Derecho privado. No es exacto afirmar, en cambio, que la legislación imperial alemana sobre Derecho privado fuera nula, porque toda la legislación imperial, en oposición a la de los reyes franceses e ingleses, no se desarrolló nunca con intensidad. Por lo demás, la escasa actividad legislativa sobre Derecho privado en los tiempos antiguos, puede explicarse porque siendo el Derecho privado la parte más conservadora del sistema jurídico, se muestra reacia a toda reforma para la cual sea precisa la acción del legislador, cuando el desenvolvimiento y progresiva perfección de aquel Derecho está en manos de los juristas. No es preciso recurrir, como hace Wieacker, 54, a la antigua mentalidad romana «y a su incapacidad para la normativa sumisión de la realidad a una idea», como explicación del fenómeno.

(34) Esto es aplicable a Roma. La cuestión de la publicidad de las decisiones surge, por vez primera, en relación con las propias de los emperadores. Estas eran decretos o rescriptos. Las primeras tenían escasa importancia en orden al Derecho civil, porque el emperador sólo excepcionalmente decidía un proceso civil en primera o en última instancia. Los rescriptos eran decisiones imperiales sobre la cuestión de Derecho entrañada en un proceso, a petición de una de las partes o del mismo juez y sobre la base de unos hechos en cuyo examen no entraba el emperador. No eran, pues, sentencias aunque guardasen con éstas indudable semejanza y conseguían, en virtud de la autoridad imperial, lentamente, un fuerza vinculativa que rebasaba la mera aplicación al caso concreto que las motivó, no de otra suerte que la conseguían los *responsa* de los juristas privilegiados. Se nos informa que la publicación de los rescriptos tenía lugar mediante su fijación ostensible en lugares frecuentados. Vid. Wilcken, *Zu den Kaiserreskripten*, en *Hermes*, 55 (1920), 1 sig. La deficiencia de este método de publicación es evidente. En realidad su difusión a través de las obras de los juristas las cuales contenían frecuentes citas de los mismos, era mucho más eficaz. Colecciones privadas de las constituciones imperiales, especialmente de los rescriptos en forma extractada, aparecen en el momento de transición del siglo III al IV, es decir, en época en que el brillo de la jurisprudencia clásica se iba ya apagando. Fueron tales colecciones la base del *Codex Justinianus*. Lo que antes de la compilación justiniana ocurre con ellas no tiene especial trascendencia. Vid. Krüger, *Gesch. d. Quellen*, 214; Solazzi, *Sulle traccie d'un commento alle costituzioni di Caracalla*, *Festschr. Koschaker*, I, 52 y siguiente, 68 y sig.

reciendo lentamente y es la más de las veces, de índole privada (35), sirviendo, por tanto, a fin distinto que el de dar a conocer al público el contenido de la decisión (36). No son siem-

(35) En Francia comienza a practicarse la transcripción de las sentencias judiciales en rollos (rotuli) que se conservan en los distintos tribunales a partir del siglo XII y muy especialmente en el XIII, y también entonces se inicia la aparición de colecciones de sentencias escogidas o seleccionadas y en extractos, las cuales cuando son compuestas por un escribano (*greffier*) tienen carácter semioficial. También los juristas llevan a cabo colecciones privadas de las sentencias judiciales más importantes. Plano relevante ocupa el Parlamento de París, el cual, como tribunal real, está situado en una posición central de la más alta importancia. Vid. Chenon, I, 543 y sig., 547 y siguiente; Declareuil, 873-875; Esmein-Genestal. *Cours*, 704 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 91 y sig. 209; Viollet, 157 y sig. Simultáneamente en el siglo XIII, comienzan a aparecer en Alemania relativamente al Derecho sajón, colecciones de decisiones del tribunal del jurado. Vid. Schwerin, *Deutsche Rechtsgesch.* (1941), 154 y sig. Nunca hubo en Alemania una colección oficial de sentencias del Tribunal del imperio a pesar de que ya desde antiguo se apreciaba la gran utilidad que suponía poder disponer de colecciones ordenadas de las mismas relativas al Derecho de precedentes. Ya el Parlamento de Maguncia del año 1325 fundaba la necesidad de crear el cargo de escribano judicial con estas palabras: *scribat omnes sententias coram nobis in maioribus causis... ut in posterum in causis similibus ambiguitas rescindatur*. Vid. Franklin, *Das Reichshofgericht im Mittelalter*, II (1867), 200 y siguiente. En realidad esta deficiencia fué suplida con la publicación de las sentencias más importantes, realizada por los mismos miembros del Tribunal Supremo del Imperio. Esta fué la aportación de Mynsinger y Gail en el siglo XVI y de Ludolf y Cramer en el XVIII. Stintzing-Landsberg, *ebenda*, III, 1 pág., 158 y sig., 272 y sig. No obstante la irregular y decreciente actividad del Tribunal del imperio, y la limitada publicación de sus decisiones, gozan éstas de gran autoridad.

(36) Lo dicho es aplicable a Inglaterra. Es natural que en un país que atribuye tan gran importancia al precedente, se estime grandemente la conservación y publicación de las sentencias. En el siglo XVI ya rigen normas fijas respecto al precedente, pero ya Bracton, en pleno siglo XIII, estima la importancia que el precedente tiene y en su *note-book* se recogen y comentan múltiples sentencias. Vid. Holdsworth, *A history of English law*, II, 235, 243, IV, 224 y sig.; Schwarz, *Das engl. Recht u. seine Quellen*, en Heinsheimer, *Zivilges. d. Gegenwart*, II, 14 y sig. Desde el reinado de Eduardo I (1272-1307) hasta Enrique VIII, existen los *Year books*. En 1535 se interrumpen éstos sin que se conozca suficientemente la causa de la interrupción. En su lugar aparecen los *reports*, los cuales se distinguen de los *year-books* solamente en que los primeros figuran con el nombre de su respectivo reporter—entre éstos disfrutaban de gran celebridad, Plowden (1518-1580) y el gran

pre, por tanto, fidedignas. Los jueces nada hacen por dar publicidad a sus decisiones; antes bien sienten prevención contra ella (37).

Las lagunas de que naturalmente adolece el Derecho de juristas son suplidas por estos mismos. Es perfectamente com-

jurista del *common law* Coke (1552-1634)— mientras que los *year books* son completamente anónimos. Que tales *reports* fueron también trabajos de índole privada, es hoy opinión dominante entre los historiadores del Derecho inglés. Ciertamente que esta opinión no se compagina muy bien con el hecho de que durante siglos, año tras año, aparecieran recopilados debates y sentencias de los tribunales reales. Este hecho supone una cierta organización, aun cuando ésta no sea completamente oficial. En estas circunstancias gana autoridad la observación de Plucknett, *Law Quarterly Review*, 1932, 336 y sig., de que en los *Year books* tuvieron un papel preeminente los *serjeants at law*, esto es, las personalidades más destacadas del estamento de juristas e incluso que estos *Year books* fueron tal vez publicados bajo la dirección de los *serjeants at law*. A partir de los Tudor la importancia de los *serjeants at law* va disminuyendo y el privilegio de que disfrutaban, de ser llamados por el rey al banco de los jueces, se hace ilusorio por la circunstancia de que el rey nombra *serjeant* al Barrister procedente de los grupos inferiores constituídos por los *apprentices of law*, que ha de desempeñar el cargo de juez. Vid. Holdsworth, VI, 477. Puede ser esto una explicación de la repentina desaparición de los *year books*. En todo caso coinciden los *year books* con los antiguos *reports*, en tanto que tampoco éstos persiguen como finalidad primaria, la publicidad de las sentencias, sino que, fuertemente influidos por las personales exigencias del relator, constituyen, más bien, modelos en el arte de pleitear y argumentar, esto es, de la polémica que tiene lugar entre el juez y el abogado, que exposición o relación objetiva del juicio. Estas tendencias determinan en el informe una característica innegable de modelo artístico y vivo. En el siglo XVIII se consagra, por decirlo así, la forma externa, se comienza a dar más importancia a la repetición de las decisiones y aparecen los *reports* con periodicidad regular. Los *authorized reports*, en los cuales el juez ayuda al reporter con la entrega y revisión de sus manuscritos, sin asumir por ello la responsabilidad de la exactitud, son una prueba de la fidedignidad que se atribuye a la relación. De esta manera va realizándose el enlace con los *Law Reports* que aparecen en 1865 y que se publican con la cooperación de los organismos directivos de los juristas ingleses. Tales *Law Reports* carecen también de carácter oficial. Vid. Holdsworth, II, 525 y sig.; V, 355 y sig., 364 y sig. 373; Maitland, *Renaissance*, 21, 77; Schwarz, 30 y sig.

(37) De ello nos informa Meynial, *Les recueils d'arrets et les arretistes*, en *Livre du centenaire du code civil*, I, 179 y sig., relativamente a los tribunales del *ancien regime*. Tampoco el Tribunal del imperio vió con agrado la publicación de sus actas. Vid. Stintzing, I, 491 y sig.

previsible, que en determinadas circunstancias, el libro de un jurista, cuando su autor ocupa una posición destacada en la práctica jurídica que le permite extraer de ella experiencias muy valiosas y posee, además, una suficiente formación teórica que le capacita para ordenarlas, goce de prestigio y autoridad tales, que en la práctica venga a ser considerado como la misma ley y sea comentada su obra por los juristas de generaciones sucesivas. Los ingleses hablan de *books of authority* (38). Pero tal fenómeno no es, ni mucho menos, privativo del Derecho inglés, sino que se da también con mayor o menor intensidad en cualquier Derecho de juristas en cierto grado de desarrollo, y está, como hemos dicho, determinado por la falta de sistemática de este Derecho y por la inaccesibilidad de las fuentes originales. Lo encontramos ya en Roma. Recuérdense los *libri tres iuris civilis* de Massurius Sabinus (1.^a mitad del siglo I d. de Jesucristo) y los comentarios que a esta obra dedicaron Paulo, Ulpiano y otros, en los llamados *libri ad Sabinum*. En tiempos posteriores, cuando disminuye el poder creador de la jurisprudencia, los libros de los juristas más relevantes, se convierten en *books of authority* respecto al Derecho antiguo (Derecho de juristas y constituciones imperiales), el cual como *ius*, es contrapuesto a las *leges*, esto es, a las más recientes constituciones de los emperadores (las que se dan a partir de Constantino). Estos escritos de los juristas son tratados en la práctica, como si fueran verdaderas leyes, circunstancias que en épocas como ésta a que nos referimos, de deficiente formación en los jueces, contribuyó a producir no escasa confusión, sobre todo en los casos en que había discrepancia de opiniones entre los jurisconsultos. Por eso los emperadores, especialmente Valentiniano III con la famosa ley de citas del año 426 (C. Theod. 1, 4, 3), fijaron los escritos de juristas que podían ser utilizados, así como el modo de utilizarlos. Cuando el emperador Justiniano incorporó el *ius* a su compilación, iniciaba con esto el camino para que todo el Derecho de juristas, tal como lo elaboraron las escuelas posteriores de Derecho, fuera también más tarde compilado. Ahora bien, la formación teórico jurídica de

(38) Schwarz, 62 y sig.

esta época, no permitía realizar el esfuerzo preciso, para inducir de tan abundante casuística, reglas o normas generales semejantes a las que contienen los modernos códigos.

Los ingleses tienen las *leges et consuetudines Angliae* (hacia mediados del siglo XIII) de Bracton, el *upon tenures* de Littleton (segunda mitad del siglo XV) comentado por Coke en el libro I de sus *Institutes* (1628), esta misma obra, que contiene todo el *common law* del siglo XVI (39) y, finalmente, y aunque no ofrezca con tanto relieve como las anteriores el carácter de obra autoritaria, la de Blackstone, titulada *Commentaries on the laws of England* (1765-1768) (40). Los franceses poseen un grupo de juristas que aprovechando la masa de *coutumes* y apoyándose en la práctica y en la jurisprudencia del Parlamento de París, juntamente con el Derecho romano, creó el *droit civil commun* de Francia. Para no citar más que los nombres de mayor fama, basta mencionar a Dumoulin (1500) (41) con su comentario a la *coutume* de París de 1510 (1539) (42); Guy Coquille, del siglo XVI, con sus *Institutions au droit francais* (43); Loisel (1536-1617), autor de las *Institutions coutumieres* (44), comentadas por Launay, el primer profesor de Derecho civil francés en la Universidad de París, en sus lecciones sobre la materia (45); y, finalmente, Pothier (1699-1772) (46), con sus escritos sobre algunas instituciones de Derecho civil francés, el cual, por el influjo que tuvo en los redactores del *code civil*, es considerado aún hoy por la moderna civilística francesa, casi como un verdadero legislador. Halla-

(39) Sobre Bracton vid. más adelante, pág. 308. Sobre Littleton y Coke, vid. Holdsworth, II, 289, 571 y sig.; V, 425 y sig., 461 sig., 489 y sig.

(40) Vid. Schwarz 67 y sig.

(41) Vid. Meynial, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit de France*, 270 y sig.

(42) Sobre Dumoulin, vid. supra, pág. 135 y núm 2 ebenda.

(43) Viollet, 210 y sig.

(44) Viollet, 212 y sig., 215 y sig.

(45) Viollet 215 y sig., Maitland, *Renaissance*, 87.

(46) Sobre Pothier, vid. Curzon, *L'enseignement du droit francais dans les universités de France aux XVII y XVIII siècles*, *Nouv. rev. hist. de droit francais* 43 (1919), 265 y sig.; Esmein Genestal, *Cours*, 721 y sig., 734 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, germ. Abt. 63, 176; Sherman, *Roman law in the modern world*, I (1924), 237 y sig.

mos también los prácticos del siglo XVII, los cuales en determinados territorios de Alemania se esfuerzan por elaborar una síntesis del Derecho romano recibido, y las instituciones jurídicas locales, y así, en cierto sentido, despliegan una actividad muy similar a la de los comentaristas. En el territorio en que rige el Derecho sajón debemos citar aquí la obra *jurisprudentia forensis romano-saxonica* (1638) de Carpzov, autor éste cuya autoridad entre los alemanes no fué a la zaga de la de Bartolo, y de quien dice Leyser en sus *Meditationes ad Pandectas* (siglo XVIII) que *parum absit quin legislatoriam potestatem Carpzovio tribuant* (47). Además, las *Decisiones*, de Mevius (1609-70) en la Alemania del Norte (48) y Lauterbach para Württemberg, la *jurisprudentia romano germanica forensis* (1670), de Struve (1619-92) y el *Usus modernus pandectarum*, de Stryk (1640-1710), obra que delata en su forma de tratar el Derecho civil común, las notas peculiares del territorio de la Marca (49). Si estas obras de los juristas alemanes, a diferencia de lo que ocurre con las de sus colegas ingleses y franceses, han sido olvidadas, ello se debe a que no obstante estar fundadas en el Derecho común, procuran en la aplicación de éste, cohesionarlo con los Derechos particulares. Poco antes pudieron los juristas franceses en una monarquía de amplio horizonte cultural y de centralismo progresivo, manteniendo estrecha conexión con el Derecho romano, crear un Derecho civil común francés que fué largamente aplicado en la práctica; en cambio, los juristas alemanes se esforzaron en conseguir el mismo fin, si bien limitado a los territorios particulares de su país.

No fueron *books of authority* las obras de los pandectistas alemanes del siglo XIX, ni siquiera las de Savigny, el más caracterizado de todos ellos, y tampoco las de los más antiguos juristas partidarios del humanismo. Algunas exposiciones del Derecho de Pandectas como las de Arndts, Puchta y Winds-

(47) Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, II, 61 y sig., 67, 84.

(48) Stintzing, II, 112 y sig.

(49) Stintzing, II, 139 y sig., 141 y sig.; Stintzing-Landsberg, *Gesch. d. deutsch. Rechtswissenschaft*, III, 164 y sig.

cheid, han conseguido indudable autoridad en los territorios de Derecho romano holandés, sin llegar, sin embargo, a obtener la que gozan el holandés Voet (1647-1714) o Pothier (50). La causa de este fenómeno es que los *books of authority* alcanzaran gran predicamento en la práctica, no en la teoría del Derecho. Los prácticos se afanan por hallar la solución jurídica de un caso concreto, y no disponen de ocio bastante para consultar amplios ensayos teóricos; por esta razón, prefieren aquellos libros que les ofrecen la inabarcable materia jurídica del Derecho de juristas y, sobre todo, los precedentes, de modo sistemático y manejable, y con fidedigna información. Son los prácticos quienes mejor comprenden las necesidades de la vida, y por eso los *books of authority* han sido escritos por prácticos prestigiosos dotados de la indispensable formación teórica, esto es, por profesores que mantenían íntimo contacto con la realidad.

Añádase a esto que en la antigüedad, con la carencia o deficiencia de los medios de publicidad de las actuaciones y escritos, solamente los prácticos de nombradía tenían acceso a los archivos de los Tribunales y a la cancillería imperial de Roma. Las afirmaciones que hemos hecho no necesitan, en lo que a romanos e ingleses se refiere, de prueba alguna (51). Pero también son perfectamente aplicables en orden a los juristas fran-

(50) Vid. supra, pág. 114 y Lee, *Roman law in the British Empire*, *Atti Congresso Bologna*, II (1935), 255.

(51) Constituyen en cierto modo una excepción los *Commentarios* de Blackstone. Esta obra se originó en unas conferencias sobre Derecho privado inglés dadas por Blackstone en 1758 con extraordinario éxito en Oxford, donde obtuvo una cátedra creada para explicar esta materia, cátedra que permutó más tarde por el cargo de juez en la *Court of common pleas*. A partir de Blackstone aparece el *common law* de modo permanente en los planes de estudio de Oxford y otras universidades, lo cual había sido ya solicitado, aunque inútilmente, por Wyclif. Su obra es, pues, de origen académico, y acusa la influencia del Derecho natural y especialmente de Pufendorf. Lo que más contribuyó a su gran difusión entre los juristas ingleses, fué, además del dominio de la materia que su autor demuestra, la gran claridad de la exposición, que hace de su lectura amenísima tarea. Blackstone es el Gayo inglés. Vid. Schwarz, 67 y sig.; *Einflusse deutscher Zivilistik im Auslande* (*Symbolae Lenel*) 428 y sig.; Maitland, *Renaissance*, II, 52, 25 y sig.

ceses. Dumoulin era abogado del Parlamento de París, y cuando por sus defectos prosódicos abandonó esta profesión, comenzó a actuar como asesor; y lo mismo Loisel; Coquille era abogado en Nevers y *procureur general* del duque; Pothier fué profesor de la Universidad de Orleans y, además, consejero en el *présidial* de esta ciudad (52). El hecho de que Dumoulin fuese decidido partidario del *mos italicus* y Loisel discípulo de Cujacio; que Coquille hubiera estudiado en Pavía, y que Pothier tuviera una grande y merecida fama de romanista, no perjudicó lo más mínimo al valor de sus respectivas aportaciones en el campo del Derecho francés. Entre los alemanes antes mencionados, Carpzov fué ordinario de la Facultad de Derecho de Leipzig, asesor del Tribunal de jurados de esta ciudad, así como consejero del Tribunal de Apelación de Dresde; Mevius fué vicepresidente del Tribunal de Apelación de Wismar; Lauterbach y Struve miembros de las Facultades de Veredictos de Tübingen y Jena. Sus actividades mantienen, pues, como se ve, íntimo contacto con la realidad. Los libros de los pandectistas alemanes contienen, en cambio, pura teoría del Derecho, y aunque ésta no dejó de influir en la práctica, sus autores carecían de la experiencia que da la vida real, requisito éste indispensable para que sus obras hubieran podido convertirse en *books of authority*. Juristas, en cambio, como Seuffert, Kierulff, Sintenis, que procedían de la práctica o que a ésta se dedicaron más tarde, se esfuerzan por salvar el abismo que en el siglo XIX existe entre teoría y práctica del Derecho, pero no poseían la formación teórica precisa para dar a sus exposiciones del Derecho de Pandectas la altura y el prestigio nece-

(52) Los *présidiaux* procedían de los tribunales de cada *baillage*, esto es, de los distritos de los *bailli* (vid. más adelante pág. 336, n. 97, los cuales fueron dotados bajo el reinado de Enrique II (1551) del carácter de tribunales de apelación de última instancia para los litigios que no rebasaban determinada cuantía. Esta medida tenía por objeto simplificar el complicado mecanismo de las instancias al propio tiempo que descargar al Parlamento de París en sus funciones de tribunal de apelación, y encontró una viva oposición por parte de éste. El límite de la cuantía del litigio experimentó ulteriormente algunas alteraciones. Vid. Declareuil, 599 y sig.; Esmein-Genestal, *Cours*, 356 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 321 y sig.

sarios (53). En la segunda mitad del siglo XIX el *Tratado de Pandectas*, de Windscheid, cuya primera edición aparece en 1862, se aproxima mucho a un *book of authority* (54), no sólo por abarcar en una extensa y segura exposición, la última fase de la doctrina pandectística, sí que también —como notaron muy acertadamente Stintzing-Landsberg III, 2, pág. 854 y siguiente— por tener muy en cuenta la práctica del Derecho común y haberse apoyado en ella.

Después de esta digresión motivada por los *books of authority* considerados como una peculiaridad propia del Derecho de los juristas, volvemos ahora a los comentaristas. Ya hemos visto que el Derecho que éstos crearon era un Derecho de juristas. Por eso es lógico esperar que aparezcan también en esta época *books of authority*. Pudiera decirse con cierta razón, que el primer *books of authority* de que aquéllas dispusieron, fué el mismo *Corpus iuris*. La aseveración que hicimos a propósito de los glosadores y de la *Glosa ordinaria* (55), de que el *Corpus iuris* por su enorme dificultad de aplicación a la práctica, necesitaba de una especie de mediador o introductor que lo hiciera accesible y llegara poco a poco a suplantarle, se puede perfectamente extender a los comentaristas, y si cabe, con más razón todavía, porque el material de fuentes utilizado por éstos se veía aumentado ahora por el Derecho consuetudinario y por el estatutario. En estas circunstancias, lo decisivo no era lo que el *Corpus iuris* contenía, sino lo que entendían de él sus más autorizados intérpretes. Pero era sumamente difícil tener en la forzosa brevedad del momento preciso, con la disparidad de criterios interpretativos y con la enorme extensión de la literatura exegética, un cuadro sintético del Derecho aplicable al caso. La práctica necesitaba de sólidos principios y se aferraba al criterio de

(53) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 592 y sig., 597 y sig., 600 y sig.; Seuffert fué el editor de *Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staate*, el cual se publica hasta el año 1900, constituye la más importante colección de decisiones de Derecho común del siglo XIX y goza de gran autoridad.

(54) Respecto a la personalidad de Windscheid vid. el acertado juicio de Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1944), 556 y sig.

(55) Vid. supra, págs. 114, 137.

autoridad, y así, en el siglo XV comienza a aplicar este criterio relativamente a los comentarios de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y (guardando las debidas distancias) a los de su discípulo, Baldo de Ubaldis (1327-1400) (56). Ambos eran profesores, pero también prácticos. Bartolo, a pesar de su corta vida —murió a las cuarenta y tres años— llegó a ser una especie de dios de los juristas y del *mos italicus* (57). *Nemo iurista nisi bartolista*. La opinión de Bartolo tuvo la autoridad de una ley y dada la especial posición de los comentaristas, no sólo en Italia, donde en la Universidad de Pavía se creó una cátedra exclusivamente para comentar a Bartolo (58), sino incluso en España, donde por virtud de una disposición legal (1449), en el caso de silencio de la ley, debía regir la opinión de Bartolo y de Baldo (59). En Francia gozaron de menor autoridad porque en el siglo XVI los comentaristas tropezaron con la decidida oposición de los humanistas, pero a pesar de esto, aquéllos lograron afirmarse en algunas Universidades, como la de Toulouse (60). En Alemania también en el siglo XVI se oye la afirmación de que *Bartoli auctoritas suprema habetur in actu practico: contra ipsum... contrarium defendere perquam est temerarium* y de que las doctrinas de Bartolo y Baldo, *non minus ius faciunt quam principum constitutiones* (61).

(56) Vid. Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, VI, 137 y sig., 208 y sig.; Engelmann, 233 y sig., 236 y sig. No conozco el libro de Woolf *Bartolus de Sassoferrato* (1913).

(57) Vid. Savigny, VI, 153 y sig.; Engelmann, 207, 231 y sig.; Genzmer, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, röm. Abt.* 61, 325 y sig.

(58) Flach, *Nouv. rev. hist.*, VII (1883), 216 y sig.; Savigny, VI, 154.

(59) Según la pragmática de los Reyes Católicos de 1449 (vid. Altamira, *Melanges Fitting*, I, 74), ya en 1427 Juan II de Castilla había prohibido citar ante los Tribunales, juristas que no fueran John. D'Andrea y Bartolo. Lo mismo en Portugal. Vid. Marongiu, *Studi Besta*, III, 452 y sig. Marongiu hace oportuna referencia al innegable paralelismo que ofrece esta medida, con la ley de citas de Valentiniano III (supra, pág. 159) y menciona (pág. 456) una ley de Francisco María, Il dello Rovere (1613), duque de Urbino, en la que se indican los juristas que pueden ser citados ante los Tribunales. Sobre decir que al frente de tal enumeración figura Bartolo.

(60) Vid. Flach, 223 y sig.

(61) Stintzing, I, 112, 362.

CAPITULO IX

LOS HUMANISTAS

Los italianos detentaron durante más de tres siglos la hegemonía en el estudio del Derecho romano que ellos mismos iniciaran. Esta primacía fué perturbada por el humanismo. El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesia y liberándolo de todas las ataduras medioevales que lo constreñían. Creó y elaboró (1) la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas del espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares. De este modo logró establecer el fundamento del moderno concepto de la ciencia, de una ciencia que no trabaja con verdades que le han sido impuestas, sino que se afana por descubrir ella misma la verdad, disponiendo de todos los medios a su alcance, y sin limitación alguna en lo que respecta a la elección y uso de éstos.

Todo ello influyó, como no podía menos de ocurrir, en la valoración del *corpus iuris*, y fué penetrando en época relativamente tardía en el círculo de los humanistas (2). El *corpus iuris*, como libro autoritario y casi sagrado, fué, valga la expresión, secuestrado por los juristas e interpretado con ciega sumisión a la autoridad que de él irradiaba y con criterio típicamente medioeval. Para los humanistas, en cambio, el *corpus iuris* no fué otra cosa que una manifestación del antiguo espíritu de Roma, no una colección de mandatos y prohi-

(1) Vid. Burckhardt, *Die kultur der Renaissance in Italien* (1899), I, 141 y siguiente, II, 25 y sig.

(2) Vid. E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker* 65 y sig. Es exagerado, en sentir de Kunkel (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.* 61, 445 contra Wieacker, *Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft*, 100, 423 y sig.), hablar de una repulsión sentida por los humanistas hacia la ciencia del Derecho.

biciones que postulaban vigencia inmediata y que debían ser interpretados con un sentido actual y vivo; era el *corpus iuris* expresión de la antigua mentalidad romana, cuyo verdadero sentido debía inquirirse con todos los medios disponibles y prescindiendo de toda consideración del valor práctico que pudiera tener en la actualidad. El *corpus iuris* fué así liberado de su secular aislamiento. Los glosadores y comentaristas sólo conocían la legislación de Justiniano, y los comentaristas, además de ésta, conocían el Derecho autóctono, especialmente el estatutario. Las restantes antiguas fuentes del Derecho romano, incluso las mismas fuentes griegas que aparecían transcritas en el *corpus iuris* (*Graeca non leguntur*) exigieron, en cambio, del jurista, conocimientos filológicos e históricos, dominio de la literatura antigua, la cual, para la exacta valoración del *corpus iuris*, era de todo punto imprescindible. No es una mera casualidad el que debamos a los humanistas de esta época el descubrimiento de una gran parte de manuscritos de textos jurídicos fuera del *corpus iuris*, ni que entre los humanistas, el codice florentino fuese estimado como el más antiguo manuscrito de los digestos, frente al manuscrito de la vulgata, utilizado por glosadores y comentaristas; ni finalmente que también entre los humanistas tuviera notable desarrollo la crítica de las fuentes (3).

Que había interpolaciones en el *corpus iuris* se sabía ya, puesto que el propio Justiniano asegura que existen. Pero estas interpolaciones carecían de interés para los antiguos juristas, quienes veían en el *corpus iuris* un libro autoritario, casi intangible, y mantenían respecto al mismo una actitud similar a la del teólogo, a quien una ortodoxia rigurosa veda toda crítica de la Biblia. Cosa muy distinta sucedió con los humanistas. Para éstos, el *corpus iuris* fué simplemente una fuente de conocimiento del Derecho romano histórico, y por eso hicieron crítica interpolacionística y descubrieron una nutrida serie de interpolaciones. Un humanista de época tardía,

(3) Para fines comparativos fué utilizada ya por el alemán Haloander en su edición del Digesto de 1529. La primera impresión fué hecha de modo completo por Torelli en 1533. Vid. Krüger, *Gesch. d. Quellen* (1912), 435 y siguiente.

Antonio Faber (1557-1624) contribuyó a descubrirlas en una proporción, que nada tiene que envidiar a la proporción en que han sido descubiertas por los modernos críticos. De esto resultó, naturalmente, una sobreestimación del Derecho antiguo y clásico y una actitud casi hostil frente a Justiniano y al ministro de éste, Triboniano, director de la compilación, a quienes se imputó la deformación y falsificación del antiguo Derecho (4); críticas y juicios que en los partidarios del *mos italicus* debían producir verdadero espanto (5).

Esta nueva actitud frente a las fuentes del Derecho romano determinó puntos de vista distintos para su valoración. Los humanistas estaban profundamente convencidos de la grandeza e importancia del Derecho romano; pero para ellos no era lo decisivo la autoridad que este Derecho tenía como legislación del emperador Justiniano, sino sus características y rasgos esenciales, en parangón con el Derecho nacional (6).

(4) El humanista francés F. Hotman, con el título *Antitribonianus*, publicó en 1567 un escrito en el que dirigía duros ataques a la codificación de Derecho privado, llevada a cabo por Triboniano y en él postulaba que el Derecho romano fuese expurgado de toda disquisición de carácter práctico y filosófico. Vid. Flach, 226 y sig. Caillemet, *Livre du centenaire*, II, 1078; Maitland, *Renaissance* 74; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, germ. Abt. 63, 171; Stintzing, I, 383 y sig., y la bibliografía citada por Astuti en *Mos italicus e mos gallicus* (*Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano*, XVI, 1937).

(5) Vid. además de lo que se indica en el texto Girard, *Les préliminaires de la renaissance du droit romain*, *Revue hist. du droit français et étranger*, nouv. sér., I (1922), 6 y sig.; Declareuil, 846 y sig.; Esmein Genestal, *Cours*, 732 y sig.; Solmi, *Storia* 644 y sig.; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 34 y sig.; Koschaker, 23, 38.

(6) A este respecto resulta característica una manifestación del humanista inglés Reginald Pole del siglo XVI citada por Maitland en *Renaissance* 41, nota 11. Aconseja aquél la introducción en Inglaterra del Derecho romano como *the comyn law almost of al Chrystyan natyons*. Constituye, según él, una *great infamy* para Inglaterra, *to be governyd by the lawys gyuen to vs of such a barbarouse natyon as the Normannys be*, mientras que el Derecho romano es para él *undowtydly the nost auncyent and nobyl monument of the Romaynys prudence and pollycy*. Además, véase el juicio del legista y humanista Smith en Cambridge, en el siglo XVI, sobre los *Inns of Court* londinenses, cuyos miembros *barbaras tantum et semigallicas nostras leges inspexerint*, y son *semotissimi, ab omnibus humanioribus disciplinis* (Maitland, 89, nota 61).

Esta nueva manera de valoración fué propulsada por el alborar de un sentimiento nacional italiano, determinado en las clases cultas por la conciencia de su entronque con la antigua cultura, por la historia de Roma sentida por ellas como propio pasado, y por el desarrollo del concepto de lo bárbaro. El Derecho bárbaro en comparación con el romano, adolece de primitivismo y tosquedad siempre según el paradigma de los antiguos modelos (7). Para Petrarca, en el fondo, todo el que no es italiano es bárbaro, y bárbaros son, según él, los mismos franceses aunque reconozca *esse Gallos barbarorum omnium mitiores*. Ello revela una interesante conexión del concepto de lo cultural con los sentimientos nacionales de que antes hablábamos (8). Sin embargo, el bárbaro tipo es el alemán (9) y con tal tipicidad aparece éste a los pueblos románicos. Esta concepción se alimenta de la oposición política que concita el imperio alemán, oposición que sólo lentamente llega a ser superada. Aun en la actualidad, los germanos, y especialmente los alemanes, hasta llegar a la Edad Media, para los profesores y sabios románicos son bárbaros. Los alemanes, por su parte, han acatado sumisamente este juicio (10); todavía en el siglo XIX los derechos de los pueblos germánicos son *leges babarorum* (11). Hoy después de la experiencia nacio-

(7) Las disquisiciones de De Mattei, *Sul concetto di barbaro e barbarie nel Medio Evo*, Studi Besta, IV (1939), 483 y sig., distinguiendo el concepto histórico de bárbaro y su deformación cristiana expresada en la ecuación *barbarus = non Christianus*, no son pertinentes a nuestro objeto.

(8) De Mattei, 495 y sig., 496.

(9) Vid. Rüdiger, *Wesen und Wandlung des Humanismus* (1937), 86 y siguiente.; Köhler, *Die Deutsche Kaiseridee am Anfange des 16 Jahrhunderts*, Hist. Zeitschr. 149 (1934), 47 y sig.

(10) Vid. Burdach, *Vom Mittelalter zur Reformation*, II, 1, 32.

(11) Por otra parte, la difusión del humanismo en Alemania impulsó en las clases cultas un nacionalismo que se agudiza con la reforma. Si el bárbaro alemán era capaz de adquirir una formación humanística, estaba en situación de discutir a los italianos su pretensión de ser los representantes exclusivos de la *humanitas*, y los únicos sucesores de los antiguos romanos. De gran importancia fué el hallazgo de la Germania de Tacito. Sobre esta obra, Konrad Celtis el humanista, fué el primero que desarrolló unas lecciones en la Universidad de Viena. Hutten siente un gran entusiasmo por Arminio el cherusco, y Sichert comenzó en 1530 la edición de las *leges bar-*

nal-socialista y de la pérdida de la segunda guerra mundial, el carácter despectivo de estos juicios se ha acrecentado en lugar de disminuir. En lo que se refiere al *corpus iuris* y al Derecho que éste contiene, la idea de que ambos constituyen un valor cultural superior, se difunde en Francia (centro más tarde de la dirección humanística de la ciencia del Derecho) por los legistas de los siglos XIII y XIV. Estos enseñaban que el Derecho romano en Francia no tuvo validez inmediata, como los glosadores querían, sino que se introdujo mediante la costumbre y en virtud de sus cualidades intrínsecas, que lo hacían sumamente adecuado para facilitar la comprensión del Derecho nacional y para suplir las lagunas que éste ofrecía. No rigió, pues, como *ius scriptum*, sino como *ratio scripta*; no *ratione imperii*, sino *imperio rationis* (12); concepción ésta que utilizaron los legistas del siglo XIII para apoyar la actitud abiertamente hostil de la monarquía francesa contra el imperio, y contra el Derecho romano concebido como Derecho imperial (13).

Todo ello tuvo, como es natural, una evolución lenta. Ya en el siglo XV hubieron en Italia gentes —filólogos como Lorenzo Valla (1406-57) y Angelo Poliziano (1454-94)— que llevaron al estudio del *corpus iuris* los criterios y puntos de vista que hemos indicado anteriormente (14). Entre los juristas, el milanés Alciato (1492-1553) los aplicó también. Y como Alciato no tuvo adictos en Italia, marchó a Francia, donde con el filólogo Budaeus (primera mitad del siglo XVI) fundó en Bourges la escuela humanística, la cual alcanzó su máximo prestigio con Jaques Cujaz (Cuiacius, 1522-1590) (15). En

barorum. Vid. Köhler 48 y sig.; Rüdiger, 90 y sig., 96 y sig.; Schönfeld, *Die Geschichte der Rechtswissenschaft if Spiegel der Metaphysik* (1943), 285; Stintzing, I, 214, 219; Zimmermann, *Motive und Grundformen moderner Staatsbildung in Deutschland*, «Welt als Geschichte», V (1939), 105.

(12) Vid. Esmein-Genestal, *Cours*, 687 y sig.; Calasso, *Studi Besta*, II, 511 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, germ. Abt. 63, 161 y siguiente, y más adelante págs. 318 y 319, n. 43.

(13) Vid. supra, pág. 126.

(14) Girard, 5 y sig.; Declareuil, 846 y sig.; Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, VI, 419 y sig., 433 y sig., 435 y sig.

(15) Vid. Stintzing, I, 367 y sig.; Solmi, 643 y sig.; especialmente en re-

Alemania figura como principal representante de esta nueva dirección Ulrich Zasius (1461-1535) (16).

En lo que se refiere a los principios, y al método empleado, la dirección humanística se sitúa en abierta oposición al viejo romanismo y singularmente frente a los postglosadores. Tal dirección, llamada *mos gallicus*, se enfrenta abiertamente con el *mos italicus* (17), haciendo a este objeto de acerbos críticas y usando de expresiones que pugnan con los imperativos de la más rudimentaria cortesía. Resulta todavía comedido el juicio de Cujaz sobre los bartolistas, de quienes dice: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* (18). Tono mucho más fuerte predomina en la novela satírica *Pantagruel*, de Rabelais. Rabelais fué también estudiante de Derecho romano y compara la obra jurídica de Justiniano con un paño riquísimo y precioso, cubierto por la glosa de Acurcio, de inmundicias (19). En otro lugar (II, 10) habla de las *sottes et desraisonnables raisons et ineptes opinions* de Acurcio, Bartolo y Baldo, que nada saben de Derecho romano ni conocen el griego ni el latín, *mais seulement de gothique et de barbare* (20). Sobra decir que los bartolistas, por su parte,

lación con Cuiacius —éste era nativo de Toulouse— vid. la literatura citada por Astuti en *Mos italicus e mos gallicus*, 29, y además, Declareuil, 848 y siguiente; Esmein-Genestal, 730 y sig.; Stintzing, I, 375 y sig.

(16) Para Zasius vid. Stintzing, I, 155 y sig.; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 40 y sig., y singularmente Wolf. *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 55 y sig.

(17) Vid. Astuti, 27 y sig.; Riccobono, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del corpus iuris civilis*, en *Acta congressus*, II (1935), 377 y siguiente.

(18) Flach, *Nouv. rev. hist.*, VII (1883), 216 y sig.; Vid. también suplemento, págs. 499-501.

(19) II, 5. He aquí la conclusión a que llega Pantagruel después de sus estudios en Bourges: *et disoit alcunes fois que les livres des loix luy sembloient une belle robbe d'or triumpicante et precieuse a merveilles, qui feust brodée de merde: car-disoit il, au monde n'y a livres tant beaulx, tant ornés, tant élégans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la Glose de Acurse, est tant sale, tant infame et punaise, que ce n'est que ordure et villenie.*

(20) Otras opiniones en Flach, 221, Astuti, 65. También el humanista alemán Ulrico V. Hutten censura el *mos italicus* por su oscuridad y confusión, *quare qui ingenuo sunt animo ac recte libero, omnia malint quam in*

replicaron adecuadamente a estos ataques. La defensa más relevante del *mos italicus* fué, sin duda, la hecha por el italiano y profesor de Oxford, Alberico Gentili en su obra *De iuris interpretibus dialogi sex* (1582) (21), tanto por su contenido como por la medida de su tono polémico, en la que apartándose de la agresividad insultante de los humanistas, llega en su imparcialidad a reconocer los méritos de los adversarios. En 1555 se produce en Leipzig una verdadera lucha entre ambas direcciones, cuando el profesor Melchor V. Ossa en un informe al elector, defendió el *mos italicus* frente a su colega Pedro Lorioz, humanista, no ciertamente de los más conspicuos, y que procedente de Bourges, se hallaba a la sazón en Leipzig (22). En Alemania y en Italia se producen manifestaciones tumultuosas de los estudiantes contra la enseñanza de los humanistas, pidiendo la aplicación del método de Bartolo y sus partidarios, el cual en algunas Facultades alemanas, era impuesto obligatoriamente a los profesores (23).

Si intentamos valorar en su conjunto las aportaciones del humanismo a la ciencia del Derecho, no puede caber la menor duda de que desde el punto de vista del moderno concepto de la ciencia, estas aportaciones suponen un enorme progreso. Constituía un noble empeño al propio tiempo que un principio científico, el liberar las fuentes de la costra de la *glossa ordinaria* y de las innumerables controversias de sus comentaristas, abordándose el estudio de aquellas fuentes de un modo directo y procurando descubrir la verdad histórica en ellas contenida no con criterio de autoridad, sino sir-

has se demittere sordes (según Stobbe, *Gesch., der deutschen Rechtsquellen*, II, 33, nota 63). La enseñanza, según el *mos italicus*, es para los humanistas, *Accursianum absynthium bibere.*; vid. también Stintzing, I, 91, 267.

(21) Publicado de nuevo por Astuti en *Istituto giuridico della R. Università di Torino. Testi inediti e rari*, IV (1937). Un penetrante análisis de esta obra contiene el tantas veces citado libro de Astuti, *Mos italicus e mos gallicus*.

(22) Vid. Stobbe, II, 26 y sig.; sobre Lorioz vid. Stintzing, I, 373.

(23) De lo primero nos informa Gentili (vid. Koschaker, 68). El método humanístico de Donello a pesar de dotes de sistematización que a éste adornaban, fué estimado por los estudiantes de Altdorf como falto de doctrina y de saber. Vid. Stintzing, I, 121 y sig.; Stobbe, II, 26 y sig.

viéndose de todos los medios científicos entonces disponibles. Los humanistas no llegaron a conocer, en verdad, una historia del Derecho en el moderno sentido de esta denominación. La moderna historia del Derecho es debida a la escuela de Savigny. Lo que los humanistas crearon no fué otra cosa en realidad, que antigüedades jurídicas, pero precisamente por la profunda exégesis que hicieron de múltiples pasajes —a ella debe Cujaz su fama— contribuyeron a la inteligencia de las fuentes del Derecho romano de modo eficacísimo, y el comentario de Jacobus Gothofredus (1582-1652), humanista tardío, al Código de Theodosiano, es todavía hoy obra no superada y de valor inapreciable para el actual historiador del Derecho (24).

Sin embargo, el reconocimiento de estos méritos no excluye la crítica de otros aspectos de la escuela de los humanistas. El fundamento de esta crítica lo hallamos ya en los citados *Dialogi*, de Alberico Gentili. Los humanistas, al exigir en el investigador y en quien se dedicaba al estudio del Derecho romano conocimientos de filología e historia y un saber realmente enciclopédico (25), introdujeron en la ciencia del Derecho elementos extraños, y dieron a éstos valor preponderante, imprimiendo así en esta ciencia un carácter especial que antes no tenía. El estudio del Derecho romano siempre estuvo, por la dificultad que entrañaba el *corpus iuris*, reservado a los doctos, pero a partir de los humanistas se convirtió en privilegio exclusivo de un grupo de sabios, los cuales, por su gran formación humanística y por la profundidad de su saber, perdieron todo contacto con la gran masa de juristas y con la práctica.

Se produjo un caso muy parecido al de la lengua latina. Los humanistas reprochaban a los comentaristas el latín bárbaro

(24) El que en las lecciones y conferencias se apartasen para conseguir una más metódica y sintética exposición de la materia, del orden legal seguido por los comentaristas, consiguiendo así una mayor eficacia pedagógica, es mérito que debe figurar en el haber de la dirección humanística. Vid. Stintzing, I, 144, 242 y sig., 424 y sig. Suplemento, pág. 499-501.

(25) Vid. Astuti, *Mos italicus*, 50 y sig.

ro que éstos empleaban (26). Este latín medioeval no llegó a ser nunca un lenguaje popular, pero sí una lengua usada por círculos amplios, especialmente por el clero y por los juristas doctos. Un latín pulido y ciceroniano era, sin duda alguna, más elegante, pero por esto mismo reducido en su uso al pequeño grupo de humanistas selectos, y si este latín pudo provocar, por contraste, el descrédito del latín medioeval, no pudo, en cambio, sustituir a éste. A lo sumo consiguió impulsar el desarrollo de las lenguas nacionales (27).

El latín de los humanistas era, por lo tanto, un lenguaje docto, y como tal, accesible a muy pocas personas. No podía ser, por consiguiente, el lenguaje usual de los juristas, como lo fué el latín que emplearon los postglosadores (28). En la segunda parte de sus *Dialogi* ocúpase Alberico Gentili de la crítica que hacían los humanistas del latín usado por los partidarios del *mos italicus* y llega a la conclusión, de que es perfectamente posible ser un gran jurista *absque latinae linguae cognitione exquisitiori*. Y no hay duda que tenía razón. Ciertamente que es deseable que las obras jurídicas merezcan alabanzas, incluso por su forma literaria, como ocurrió con las de los juristas romanos. Pero lo que el jurista fundamentalmente precisa, es un lenguaje conceptual. Precisión y claridad son en él cualidades más estimables que la belleza. Las obras de Derecho se escriben —no hay que olvidarlo— para difundir conocimientos de valor práctico, no para producir en el lector un mero placer estético.

Ejemplar es en este aspecto el Derecho inglés. El lenguaje judicial durante los siglos XII y XIII fué el latín, y las actas y documentos judiciales fueron redactados hasta el siglo XVIII en esta lengua. Pero el *common law* fué el Derecho de las clases superiores y éstas usaron el francés a partir de la conquista normanda. El francés fué el idioma usado por los tribunales reales, y en francés informaban también los abogados. Este francés desprendido de su país originario, se fosilizó, y desde

(26) Grabmann, *Philosophie des Mittelalters*, en la colección Goeschen (1935), 35, observa que esta censura no afecta al lenguaje de la temprana y alta escolástica.

(27) Vid. Rüdiger, 78 y sig.

(28) Vid. suplemento, pág. 499-501.

el siglo XIV comenzó a ser sustituido por el inglés. De ello resultó una extraña mezcla, el *law french*, compuesta de francés antiguo y de inglés, la cual fué usada por los juristas; sólo éstos la comprendían y por esto mismo dejó de ser verdadera lengua. Quien odie a los juristas y piense y hable mal de ellos, puede, si gusta, llamar a este lenguaje una jerga de pícaros. Con todo, era una lengua conceptual y técnica, y por esta razón mantenida por los juristas ingleses, los cuales llegaron a desobedecer una ley de Eduardo III que prescribía la obligatoriedad del inglés en los informes. En *law french* fueron redactados los *year books*, los antiguos *reports* y las obras jurídicas hasta el siglo XVIII, y todo esto en un Derecho, cuyas raíces germánicas y carácter nacional y popular no puede ser desconocido. Vid. Holdsworth, *A history of English law* II, 477 y sig. VI, 571. El pasaje reproducido por Maitland en *Renaissance*, 68, podrá dar al lector una idea de lo que era esta jerga jurídica. El juez del tribunal de Salisbury fué atacado por el condenado, *qui puis son condemnation ject un brickbat a le dit Justice que narrowly mist, et pur ceo immediately fuit indictmente drawn par Noyl envers le prisoner, et son dexter manus ampute el fix al gibbet sur que luy mesme immediatment hange in presence de Court*. Lo que significa: «después de haber sido condenado, arrojó al citado juez un trozo de teja que no le dió por milagro. Por este hecho inmediatamente entablamos una acción contra el preso, el cual sufrió como castigo la amputación de la mano derecha; puesto en el patíbulo, fué ahorcado inmediatamente a presencia del Tribunal».

Si por efecto de esta dirección humanística cuyas características hemos tratado de describir, el estudio del Derecho romano queda reservado a los doctos y, por consiguiente, falto de popularidad, y con la nota de constituir un estudio profesoral accesible solamente a reducidos círculos (29), los resultados que tal dirección obtiene, presentan los mismos caracteres. Nadie negará a esta dirección el mérito de haber iniciado un estudio verdaderamente histórico del Derecho romano. Pero si acertó a descubrir el sentido y valor histórico del *corpus iuris*, y puso de relieve sus condicional temporalidad, ¿no es

(29) Hazeltine, *Cambridge legal essays*, 153 y sig.

evidente que al propio tiempo esta tendencia destacó la distancia temporal que separaba el *corpus iuris* del momento en que tal tendencia se produjo y suscitó la duda de si el Derecho contenido en el *corpus iuris* no era inadecuado para satisfacer las necesidades de aquella época? Ya el filósofo italiano del Derecho Gian Battista Vico (1688-1744) caracterizó certeramente a los humanistas, afirmando que ellos *potius leges romanis suas reddiderunt, quam ad nos nostri rebus publicis aptas apportaverunt* (30) y Stintzing (31) formuló la pregunta de si realmente se hubiera producido una recepción del Derecho romano, en el supuesto en que los glosadores hubieran sido humanistas. Stintzing dió con razón a la pregunta una respuesta negativa. En realidad, la cuestión resulta ociosa; la historia debe averiguar lo que efectivamente sucedió y no entretenerse en disquisiciones inútiles sobre lo que hubiera acontecido si se hubieran dado o no determinados hechos. Sin embargo, la cuestión planteada sugiere al propio tiempo fecundos puntos de vista y merece, por tanto, la pena de que le sea dedicada alguna atención.

La recepción constituye un fenómeno singular. Sin imposición por parte del Estado, el Derecho romano llegó a ser no sólo en Alemania, sino en casi toda Europa, fundamento de la ciencia del Derecho, al propio tiempo que se introdujo también en la práctica jurídica. Desde Conrig (1643) se intentó explicar en Alemania —y esto es también aplicable a la escuela histórica— la recepción, considerándola como originada en una costumbre general y mejor diríamos europea (32). Ningún reparo merece esta explicación si se hace la salvedad de que los creadores de esta costumbre fueron los juristas. Ciertamente que nada se dice acerca del fundamento de tal costumbre, y a este propósito conviene recordar lo dicho anteriormente, a saber, que no es la superioridad, la mayor perfección

(30) Citado por Astuti, vid. también suplemento, págs. 499-501.

(31) *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 113.

(32) Según Pitzorno, *Festschr. d. Juristenfakultät Pavia «per il XIV centenario della codificazione Giustiniana»*, 746, esta opinión es sustentada ya por el Auditor de la Rota romana y más tarde Cardenal De Luca (1614-83) en su *Theatrum veritatis et iustitiae*.

D. romano.

intrínseca del Derecho romano en comparación con el Derecho nacional, bárbaro y tosco, lo que decidió la pugna en favor del primero. Tal creencia se atribuyó a los humanistas. Ello supondría el que los juristas hubieran podido elegir entre Derecho romano y Derecho nacional. Pero no hubo tal posibilidad de elección (33). El Derecho romano se impuso desde el principio con autoridad vinculante, como código del emperador Justiniano, primeramente como Derecho del imperio occidental, sucesor del imperio romano, y, por consiguiente, como Derecho propiamente imperial. Este imperio abarca según los glosadores y sus sucesores, toda Europa, y reclama un Derecho unitario, que no podía ser otro que el romano: *unum imperium-unum ius*. No puede negarse que la Europa occidental nada quiso saber de tal imperio y que las construcciones mediante las cuales los juristas quisieron someterla al mismo y al Derecho de Roma, aparecen, como ya señalamos frecuentemente, dislocadas y poco coherentes (34). Ahora bien, detrás de estas construcciones, hay una realidad histórica construida por la unidad de la cultura cristiana occidental, como organización querida por el mismo Dios y respecto a la cual, el Derecho romano era un *ius commune*, pues plasmada en el imperio de Carlomagno, esta organización venía a ser el *imperium* cristiano romano universal (35). Era esta una idea europeo-universal y regía en aquellos países europeos no sometidos al emperador y en los cuales había una fuerte tendencia a sustraerse a la obediencia a éste. El *corpus iuris* era, pues, para los juristas medioevales un código autorita-

(33) Calasso, *Studi Besta*, II, 512, no se muestra justo con la recepción en Alemania cuando afirma que fueron los humanistas quienes la operaron por motivos de índole científica. Vid. también suplemento, pág. 499.

(34) Vid. *supra*, pág. 124-25.

(35) Ceteramente Calasso en *Studi Besta*, II (1939), 482: la *lex romana* como *lex communis* iba ligada *all'idea dell'impero universale, concepito non come una pura e semplice organizzazione politica, bensì come la reductio ad unum dell'humanum genus voluto a Dio e imitante il regno di Dio: come una concezione, quindi, nutrita piuttosto di religiosità che di politica, eche, perciò, poté rimanere viva e indissolubilmente congiunta alla lex romana anche quando la realtà politica ne fu la negazione più clamorosa.*

rio que no necesitaba ser recibido, porque su solo conocimiento llevaba implícita la exigencia de su validez práctica.

La verdad de esta concepción está confirmada por la leyenda, según la cual en la conquista de Amalfi por el emperador Lotario II (1135), éste regaló a los pisanos, como premio por la ayuda que en la guerra le habían prestado, el *codice* florentino, esto es, el manuscrito de Digesto. En este hecho se inspiró una ley que a instancias de Irnerio o de su protectora, la margravina Matilde de Tuscia, promulgó el emperador, la cual ordenaba la aplicación del Derecho romano en los tribunales, así como la enseñanza pública de este Derecho (36). Tal leyenda fué durante muchos siglos aceptada por los juristas, especialmente en Alemania. H. Conring la impugnó en su escrito «*De origine iuris germanici*» (1643) (37) y Savigny demostró su falsedad histórica (38). Pero no obstante, esta leyenda contiene un fondo de verdad, porque refleja la concepción medioeval del carácter autoritario del *corpus iuris*. Este, por su propia autoridad, postulaba vigencia, y tal vigencia le fué otorgada por una ley imperial.

Al *corpus iuris* autoritario se acerca el jurista medioeval en actitud sumisa y con una carencia total de sentido histórico. La distancia temporal que separa las disposiciones del *corpus iuris* de la época a que nos estamos refiriendo, la condicionalidad temporal de sus preceptos, son ignorados por los juristas de la Edad Media, los cuales aplican tales preceptos a las necesidades de su tiempo y los llenan de contenido actual con una absoluta despreocupación histórica. Ello no pudo ocurrir, naturalmente, sin violentar y deformar el sentido histórico del *corpus iuris* apenas presentido por los juristas. Su forma de pensar les permitió con seguro tacto eliminar del *corpus iuris* todo aquello que era inaplicable a su época, incorporando al

(36) Caillemer, *Nouv. rev. hist.*, III (1879), 599 y sig.; Chenon, *Hist. gen. du droit français*, I, 504 y sig.; Esmein-Genestal, *Cours*, 725; Fleischmann, *Melanges Fitting*, II, 672, 675, que ve en la leyenda de una derrota la idea de que el imperio alemán represente la prosecución del romano; Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, II, 172 y sig.

(37) Vid. Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 211 y sig.

(38) *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, III, 92, y sig.

Derecho vigente y a la ciencia del Derecho todo cuanto el Derecho romano ofrecía de humano y de valor intemporal y eterno. Por eso los juristas medioevales y especialmente los comentaristas, transformaron el Derecho romano en una parte viva y fecunda de la cultura jurídica europea y esta su aportación, no puede en justicia ser estimada en menos que la que realizaron los humanistas, restaurando el Derecho de Roma como creación admirable de la antigüedad clásica. El trabajo de los juristas del *mos italicus* era de índole jurídico práctica y creadora de Derecho. Lo que crearon fué un Derecho de juristas. La labor, en cambio, de los humanistas partidarios del *mos gallicus*, era de carácter científico en la más moderna acepción de esta palabra; trataba de llegar a conocer aquél Derecho simplemente por conocerlo, por imperativo de verdad y sin mira alguna al valor práctico que pudiera aquél tener (39). Los humanistas crearon un Derecho profesoral (40) y mediante el descubrimiento y estudio de las interpolaciones y por la crítica de Triboniano y del señor de éste, Justiniano, contribuyeron a socavar poderosamente la autoridad del *corpus iuris* (41). El influjo de los humanistas en la práctica del Derecho fué nulo; más bien a ellos se debe la tajante separación entre la teoría y la práctica y el haber sido esta última excluida de las Universidades (42).

(39) A ello hace ya referencia Gentili en el cuarto de sus Diálogos. Vid. también Astuti, 134, que habla de un *fine formativo* de los comentaristas y de un *fine informativo* de los humanistas. Vid. además, Riccobono, *Studia Humanitatis Festschr* (1942), 54.

(40) Sobre él la oposición entre Derecho de Juristas y Derecho profesoral. Vid. infra, págs. 301 y sig.

(41) Vid. supra, pág. 169.

(42) Sobre esto hay unanimidad en los autores. Vid. Stintzing, I, 96 y siguiente; Declareuil, 848 y sig.; Esmein Genestal, *Cours*, 734; Ol. Martin, *Precis* (1934), 206 y sig.; Wieacker, *Vom röm. Recht*, 259 y sig., 263. Vid. además la opinión de Engelmann, *Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien* (1939), 241 y sig., el cual no sin razón caracteriza el humanismo como un florecimiento de la ciencia y al mismo tiempo como una decadencia de la ciencia del Derecho. Genzmer, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, rom. Abt.* 61, 328, cree que el Humanismo fué un obstáculo para el progreso de la dogmática jurídica. También Wieacker habla de una aguda oposición entre humanismo y jurisprudencia medioeval.

Así, pues, a la cuestión formulada por Stintzing debemos contestar negativamente. Si los glosadores y comentaristas hubieran sido humanistas, no se habría dado el fenómeno de la recepción del Derecho romano, porque en tal supuesto los juristas no hubieran reparado en la posibilidad de utilización práctica del *corpus iuris*, y sí únicamente en su sentido histórico y en su condicionalidad temporal (43). Cabe también preguntar si la recepción no hubiera encontrado fuertes impedimentos, si la dirección humanística hubiera tenido preponderancia en la ciencia del Derecho. A tener prudente cautela en la respuesta a esta cuestión, nos previene el hecho de que precisamente en el siglo XVI, cuando la escuela de Bourges alcanzaba su máximo florecimiento, era muy intensa la recepción en Alemania y en los países del centro de Europa, y en la misma Inglaterra, se iniciaba la lucha del Derecho romano con el *common law* (44). La cuestión podría en realidad plantearse si los humanistas hubieran prevalecido en todas partes, lo que no sucedió. En la misma escuela de Bourges no había unidad de pensamiento, pues no basta para juzgar esta escuela, fijarse únicamente en la actitud mantenida por Cujaz. Hubieron en su seno profesores de Derecho, como Pierre Lorioz, que recibieron fuerte influjo de los comentaristas (45) y frente a Cujaz aparece el gran sistematizador Donello, que empezó siendo bartolista (46). El experto cazador de interpolaciones A. Favre era presidente del Senado de Chambery (47). Ulrico Zasio conocía la literatura del *mos italicus*, pues de otra suerte no hubiera podido realizar aquella feliz concordancia de los Derechos romano y alemán, que se manifiesta en el Derecho de Friburgo (1520) que a él se debe y que apareció cuando desplegaba como secretario del Ayuntamiento, una actividad eminentemente práctica (48). Las mismas tendencias se manifies-

(43) Véase también la opinión de Kunkel, *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, I, 1; *Altäre Stadtrechtsreformationen*, pág. XXIII.

(44) Vid. Holdsworth, IV, 228 y sig.; 253 y sig.

(45) Stintzing, I, 373.

(46) Esmein-Genestal, *Cours*, 732 y sig.; Stintzing, I, 377 y sig.

(47) Stintzing, I, 685, nota 2.

(48) Vid. Kunkel, pág. XXII y sig.; Wolf, *Rechtsdenker*, 68 y siguientes; Stintzing, I, 155 y sig.; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 40 y sig.

tan en los retoños de la escuela de Bourges, en Bélgica y Holanda. En Lovaina —la Universidad fué creada en 1425—, Mudaeus (van der Muyden), discípulo de Alciato, comenzó a enseñar en 1536, creó una escuela, de la que salieron prácticos y maestros de Derecho (49), y estos últimos simultanearon actividades propiamente docentes con las de carácter pragmático. Así, en 1569, Wesenbeck, que profesaba en Wittemberg, participó en la redacción de las constituciones de la Sajonia electoral en 1572 (50). Y lo mismo sucede en Holanda, donde la Universidad de Leiden, fundada en 1575, se convierte en un centro de estudios humanísticos, que se aplica también al cultivo del Derecho romano. Los hombres que en ella profesaron y que conquistaron durante los siglos XVII y XVIII un gran prestigio para la «escuela holandesa», fueron humanistas, dependían espiritualmente de la escuela de Bourges y supieron liberarse del defecto de la unilateralidad, sabiendo compaginar el estudio humanístico del Derecho romano con el interés por el Derecho de su época, esforzándose por cohesionar el Derecho de Roma con el Derecho nacional, y si se asemejan a los comentaristas, sin incurrir en los excesos metodológico-escolásticos de éstos, también se aproximan a los prácticos alemanes y al *usus modernus* propio de los últimos. Sin este carácter práctico, no hubiera podido ser de Voet (1647-1714) una verdadera autoridad en el *roman-dutch-law* (51), ni Bynkershoek, en el siglo XVIII, presidente del Gran Consejo de Holanda. Es en el siglo XVII cuando los historiadores puros, como Brenkmann y Schulting, se apartan de esta dirección práctica seguida por los maestros antes citados (52).

Los humanistas no consiguieron, sin embargo, desterrar el *mos italicus*. A lo sumo logran afirmarse junto a éste. En

(49) Vid. suplemento, pág. 500.

(50) Vid. De Visscher, *Le droit romain en Belgique*, *Atti Congresso Bologna*, II, 206 y sig.; Stintzing, I, 340 y sig.; respecto a Wesenbeck, vid. página 351 y sig.

(51) Vid. supra, pág. 114.

(52) Vid. van Iven, *Le droit romain aux Pays-Bas*, *Atti Congresso Bologna*, II, 37 y sig.; Stintzing, I, 338 y sig.; II, 254 y sig.; III, 1, 163 y siguiente; Kerr-Wylie, *The present crisis of roman law*, *The South-African Law Journal*, 56 (1939), 197.

Italia, a pesar de que la orientación humanística en el estudio del Derecho romano, allí se inició, no pudo penetrar en las Facultades de Derecho. En estas facultades continuó predominando el *mos italicus*.

Solmi (53) ha dicho, con razón, que la atomización política de Italia y el particularismo jurídico que fué su consecuencia, hicieron necesario tratar el Derecho romano como Derecho vivo, por ser este Derecho propulsor del unitarismo y baluarte de la nacionalidad que a la sazón se estaba fraguando ya en Italia. La unidad jurídica no podía ser creada mediante el estudio docto, un tanto arqueológico, del Derecho de Roma. Sólo los juristas con sentido práctico, como fueron los bartolistas, podían crear la unidad, y la falta de una instancia central, que con su jurisprudencia hubiera facilitado ese importante cometido, fué suplida por las Facultades de Derecho. Cosa parecida ocurría en Alemania. También en este país el Derecho romano como Derecho imperial era símbolo de la unidad jurídica. Pero en Alemania había un Tribunal Supremo. El Tribunal cameral real aplicaba en el siglo xv Derecho romano (54). El Tribunal cameral del Imperio, por virtud de una ordenanza de 1495, lo aplicó también. La jurisprudencia de este último Tribunal fué para la recepción, de la más alta importancia (55), sin embargo, su actividad no fué tan regular, ni tan influyente, que hiciese superfluo el apoyo de las Universidades en la misión de introducir el Derecho romano. Para prestar este apoyo fueron requeridos especialmente los juristas partidarios del *mos italicus*. Precisamente en la época de la recepción, en el siglo xvi, no era escaso el influjo del humanismo en las Facultades de Derecho y hasta puede hablarse de una verdadera importación de maestros de Derecho de la escuela de Bourges. La afluencia de éstos todavía llegó a aumen-

(53) *Storia del diritto italiano* (1930), 645 y sig.

(54) Vid. Franklin, *Das königliche Kammergericht vor dem Jahre 1495* (1871), 45 y sig.; Lechner, *Reichshofgericht und kgl. Kammergericht im 15 Jahrhundert*, en *Mitt. d. Inst. f. österr. Geschichtsforschung*, 7. Erg. Bd. (1907), 103 y sig.

(55) Vid. v. Below, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland* (*Hist. Bibliothek*, editada por la redacción de *Hist. Zeitschr.* XIX, 1905), 126 y sig.

tar, porque por ser tales maestros, hugonotes en su mayor parte, se vieron forzados, por motivos de orden confesional, a abandonar su patria y a refugiarse en la Alemania protestante (56). Pero si Francia proporcionó a Alemania muchos profesores partidarios del humanismo, no le fué a la zaga Italia, enviando también a los alemanes muchos profesores adictos al *mos-italicus*. El número de alemanes que frecuentan universidades italianas alcanza en el siglo XVI la cifra máxima (57). No se puede hablar pues, de preponderancia y, menos aún, de hegemonía del humanismo en Alemania (58), pues la finalidad práctica que a la sazón se imponía a los juristas alemanes, no las permitía (59). Volviendo ahora la vista atrás, resulta significativa la actitud de la llamada en Alemania jurisprudencia elegante (60). No es esta jurisprudencia hija espiritual de la escuela de Bourges, sino más bien nieta de esta escuela. Apareció bajo la influencia de la escuela holandesa del siglo XVII y coincide con ésta en la tendencia a mantener contacto con la práctica, como lo acredita la doble actividad teórica y aplicada a un tiempo, de sus más conspicuos representantes. Sólo en el siglo XVIII cristaliza el estudio del Derecho romano con carácter exclusivamente histórico y como ciencia de la antigüedad (61). El desarrollo completo de esta dirección fué frus-

(56) Vid. *supra*, pág. 135.

(57) Vid. *infra*, pág. 221.

(58) Stintzing, I, 389, 523 y sig.; Stobbe, II, 43 y sig.; Koschaker, 20.

(59) Es comprensible que los humanistas no fueran gratos a los prácticos alemanes del *usus modernus pandectarum* en el siglo XVII. La definición que Struve (1619-92) en su *Syntagma iuris civilis*, I, 7, 10-13, da de la jurisprudencia: *habitus practicus quo ius ad actiones civiles convenienter accommodatur* (citada por Stintzing, II, 12), no era compatible con la orientación humanística de los estudios de Derecho romano, cuyos representantes son caracterizados por Mevius en su *Commentarius ad ius Lubecense* (1642-43) con estas frases no ciertamente muy amistosas (citado por Stintzing, II, 125): *antiqui iuris sepulchris insident, oblitterata scrutantur, consulta fastidiunt, ius sibi et scholae discunt, forum non viderunt*.

(60) Stintzing, II, 254 y sig.; Stintzing-Landsberg, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, III, 167-179.

(61) El mismo Heinecius, su más conspicuo representante, dotado de formación teológica y filológica, profesor en Franeker, en Holanda y luego en Frankfurt sobre el Oder y en Halle, no es un humanista en sentido absoluto.

trado por la aparición en Alemania, en este mismo siglo y con innegable predominio, de la escuela de Derecho natural. El nombre de «jurisprudencia elegante» que se aplicó a esta dirección, está indicando a las claras su carácter docto, selecto e impopular.

Tampoco en Francia, el país clásico del humanismo jurídico, goza esta tendencia de un verdadero monopolio en las Universidades. El *mos italicus*, aunque en situación diferente de la que tuvo en Italia y en Alemania, no fué desconocido en Francia y llegó a tener en el mediodía, y especialmente en Toulouse, notable arraigo (62). Ya dijimos que la escuela de Orleans contribuyó en no escasa medida a la difusión del *mos italicus* (63). También hemos dicho que en Italia y en Alemania se trataba de conseguir mediante el Derecho romano la unidad jurídica, empresa ésta en la que no se podía prescindir de la colaboración de las Facultades de Derecho predominantemente bartolistas. Francia se encontró en el siglo XVI ante el mismo problema y lo resolvió partiendo de bases y empleando métodos diferentes, teniendo muy en cuenta su Derecho nacional que era en esencia Derecho franco y, por tanto, germánico, pero al mismo tiempo no entablando lucha con el Derecho romano, sino utilizando éste y apropiándose sus finos conceptos, su sistemática, el método de los legistas y canonistas, y en algunas materias, como la del Derecho de obligaciones, incluso las normas materiales o sustantivas del

Rechaza la crítica de interpolaciones de los humanistas como *intempestivum quorundam studium, qui quum elegantiores litteras cum iurisprudencia coniunxissent, omnem doctrinae laudem in eo positam existimabant, ut audacissima crisi leges non emendarent, sed figerent refigerentque, omniaque Romanorum instituta petulantissime riderent. Justinianum omnemque eius laborem ludibrio exponerent merasque antinomias. Tribonianismos et nescio quae alia monstrea, vel larvas potius, vendrentur quia et novum ius, si fieri posset conderent, nihilque suo loco stare permetterent*, y en otra parte (§ 424): *ac tantum abest, ut hi (los humanistas) debellarint barbariem (esto es, el mos italicus), ut ea multis post annis in foro et in scholis regnarit et quibusdam locis et hodie regnet, imperet, triumphet*.

(62) Vid. Declareuil, 849 y sig.; Flach, *Nouv. rev. hist.* VII, 223 y sig.; Stintzing, I, 121 y sig., 367 y sig.

(63) Vid. supra, pág. 123 y nota 66.

Derecho a Roma (64). Que la tarea resultara entonces muy asequible, se explica por la organización política de Francia en esta época y por el creciente poder del rey. Esta labor fué preparada por la ordenanza de Carlos VII, de Montils-les-Tours (1454), en la que se ordenaba con carácter obligatorio para toda Francia, la consignación por escrito de las *Coutumes* (65), lo cual fué llevándose a efecto durante los siglos sucesivos. Significaba esto un paso importante hacia la unidad jurídica, pues se abolían las costumbres locales y se consignaban por escrito solamete las *coutumes generales*, esto es, las provinciales. Facilitó también mucho la empresa, la intervención del Parlamento de París relativa al procedimiento de redacción. Sobre este fundamento los juristas franceses de los siglos XVI al XVIII —el inicio y el final de esta línea es señalado respectivamente por los nombres de Dumoulin y de Pothier— construyeron el *droit civil commun* en conexión con el Derecho romano, comparando las *coutumes* entre sí, suprimiendo las repeticiones, comentando y siguiendo el método de los legistas, salpicando estos comentarios, con citas del *corpus iuris* (66). La *coutume* de París redactada en 1510 y reformada en 1580, según Dumoulin *caput omnium totius Galliae consuetudinum* (67), fué considerada como modelo en esta tarea unificadora (68), lo mismo que la jurisprudencia del Parlamento de París. No era éste en verdad una corte suprema, con jurisdicción para toda Francia, especialmente desde que en el siglo XV, de los tribunales superiores de los grandes señorios, surgieron los parlamentos provinciales, los cuales, lo mismo que el de París, eran soberanos, esto es, sen-

(64) Esmein-Genestal, *Cours*, 686 y sig.

(65) Vid. Declareuil, 875, y sig.; Esmein Genestal, 708 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, pág. 209 y sig.; Viollet, *Hist. du droit civil français* (1893), 142 y siguiente, 145 y 147; H. Mitteis, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, 63, 168 y sig.

(66) Esmein Genestal, 717 y sig.

(67) Citado por Viollet, 205 y sig.

(68) Véase la obra de Bourjon, abogado del Parlamento de París, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1747) y sobre ella Viollet, 230 y sig.

tenciaban de modo inapelable (69), con lo que se venía a fomentar un indudable particularismo jurídico (70).

El Parlamento de París es ciertamente muy superior en importancia (71).

El Derecho romano, finalmente, sirvió para superar la oposición entre el Norte y el Sur, entre los países de *droit coutumier* y de *droit écrit*, con lo que se acrecentó la influencia del Derecho natural, al tomarse como base de éste el mismo Derecho romano (72). Debe tenerse en cuenta que los juristas que más contribuyeron a su desenvolvimiento, eran prácticos, la mayor parte abogados del Parlamento de París, y que Dumoulin era un convencido bartolista (73). Lo cual es per-

(69) Sobre el desenvolvimiento de los Parlamentos provinciales, Chenon, I, 875 y sig.; Declareuil, 626 y sig.; Esmein-Genestal, 377 y sig.; Ol. Martin, 308 y sig.; Schaeffner, *Gesch. der Rechtsverfassung Frankreichs*, II (1859), 402 y sig.; Eschmann, *Die Führungsschichten Frankreichs I* (Forschungen des deutschen auslandswissenschaftlichen Instituts, IV, 1) (1943), 159 y siguiente. Sobre el concepto de la *cour souveraine*, Martin, 308; Schaeffner, II, 398, y sig.

(70) Vid. Caillemet, *Des résistances que les Parlements exposèrent à la fin du XVI^e siècle à quelques essais d'unification du droit civil*, en *Livre du centenaire du code civil*, II (1904), 1.079 y sig.

(71) Considérese la conocida manifestación de Loyseau (siglo XVII) sobre el Parlamento de París, *qui nous a sauvé en France d'être cantonné et démembré comme en Italie et en Allemagne* (citado por H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.* 63, 154, nota 54). Debe completarse ésta con la de Loisel (1536-1617) en sus *Lettres de Pasquier*, 19, 15 (citado por Vigier, *Livre du Centenaire*, I, 30 y sig.): *je vous puis dire comme chose très vraie, la costume de Paris n'estre autre chose qu'un abrégé de l'air général des arrests de la Cour de Parlement, et à tant qu'on ne s'y repentirait d'y avoir recours en défaut des autres coutumes, comme tant Paris, dedans ce royaume ce qu'était Rome dedans l'empire.*

(72) En este sentido escribe Domat (1625-95), abogado en el Presidial de Clermont-Ferrand sus *Lois civiles dans leur ordre naturel* con el intento de popularizar el Derecho romano en la práctica. Vid. Esmein-Genestal, *Cours*, 734 y sig.; Viollet, 222 y sig.

(73) Además de Meynial citado en el texto, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France*, en las *Verhandlungen des Internationalen Kongresses für Rechtsvergleichung*, París, 1900, I, 270 y sig., vid De Curzon, *L'enseignement du droit français dans les universités de France*, en *Nouv. rev. hist.* 43 (1919), 258 y siguiente; Charmont-Chausse, *Les interprètes du code civil*, en *Livre du*

fectamente comprensible, pues solamente los juristas con orientación práctica, en constante contacto con la vida del Derecho, y en modo alguno los humanistas o los profesores más o menos interesados en la arqueología, eran capaces de crear el Derecho civil francés como realidad histórica y viva. El *ancien droit* era Derecho de los juristas, pero también lo era el Derecho romano de los comentadores, y la recepción del Derecho de Roma en Alemania fué, como veremos más adelante, llevada a cabo también por los juristas. Lo que prestó al fenómeno francés su peculiaridad fué la exclusión de las Universidades. El *droit commun* francés se basa fundamentalmente en el Derecho patrio y éste no fué objeto de cultivo universitario, pues en las Universidades se enseñaba solamente Derecho romano y canónico en lengua latina. Pero no es este fenómeno exclusivo de Francia, sino que se dió también en Inglaterra y en Alemania (74). Por otra parte el Derecho civil común francés no se desarrolló como el *common law* independientemente o en abierta lucha con el Derecho romano, sino en relación más o menos íntima con este último. Carezco de material suficiente para poder resolver esta cuestión, pero con todo, no puedo silenciar la presunción que tengo por fundada, de que el humanismo, ya por el escaso influjo que tuvo en la práctica jurídica, o ya porque ésta se adelantó en la tarea de crear un Derecho civil francés de carácter unitario, sea responsable de la postergación que en la realización de esta empresa sufrieron las universidades (75). Por otra parte carece

Centenaire, I, 137 y sig.; Declareuil, 882 y sig.; Esmein, *L'originalité du code civil*, en *Livre du Centenaire*, I, 17 y sig.; Esmein-Genestal, *Cours*, 721 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 211 y sig.

(74) En Inglaterra fueron decisivas para la inclusión del *common law* en los planes de estudios de las Universidades, inclusión preconizada ya en el siglo XV inútilmente por Wyclif, las célebres lecciones que Blackstone dió en Oxford en 1758 sobre esta materia. En Alemania, C. Beyer, discípulo del jusnaturalista Thomasius, comenzó una serie de lecciones sobre Derecho privado alemán en 1709 y en la ciudad de Wittenberg. Vid. Maitland, *Renaissance*, II, 25 y sig.; Frensdorff, *Das Wiedererstehen des deutschen Rechts*, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.* 29 (1900), 45 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 137 y sig. Sobre Francia lo dicho en el texto.

(75) Debe hacerse aquí referencia a la actitud, que más adelante examina-

totalmente de trascendencia el hecho de que en las universidades se estudiase el Derecho romano con fines puramente científicos y en modo alguno prácticos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que las Facultades francesas de Derecho experimentan una indudable decadencia, se despueblan y fosilizan, en tanto que la tendencia práctica fuera de las universidades, acusa en esta época un notable florecimiento (76). El humanismo, esto no obstante, se afirma largo tiempo en sus posiciones (77), y todavía en 1684 el inglés Duck podía decir (según Flach, loc. cit.) *iurisprudentiam romanam, si apud alias gentes extincta esset, apud solos Gallos reperiri posse*. Sólo Luis XIV, por la reforma llevada a efecto con el edicto de St. Germain-en-Laye (1679), vitalizó las universidades mediante la organización de los «profesores reales» (*professeurs royaux*), llamados así por recibir del rey su nombramiento y su retribución. Estos profesores debían enseñar Derecho civil francés (78) y no al modo tradicional de los romanistas y canonistas, en lengua latina, sino en lengua vulgar, en francés (79). Tales profesores eran prácticos al mismo tiempo, y propuestos de entre los abogados por los Parlamentos, eran nombrados por el Rey. No sin oposición por parte

remos con mayor detenimiento, del Parlamento de París. En París hubo ya durante el siglo XIV corporaciones de *procureurs* y *avocats*, las cuales, en cierto modo, se preocuparon de la formación de las subsiguientes promociones. Vid. Maitland, *Renaissance*, 88.

(76) De Curzon, 211 y sig.

(77) Declareuil, 848 y sig.; Flach, ob. cit., pág. 226.

(78) Vid. Ol. Martin, *Mélanges Sugiyama*, 265 y sig.

(79) Debe observarse que los *regii professores*, que Enrique VIII en el siglo XVI estableció para Oxford y Cambridge, reciben por misión la enseñanza del Derecho romano, propulsado por el Rey en su propio interés. El estudio del Derecho canónico, en cambio, fué prohibido. Vid. Maitland, *Renaissance*, y 8 sig.; Rheinstein, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, V, 1932), 48 y sig.; Holdsworth, *A history of English law*, IV, 230 y sig.

El nuevo principio de usar para la enseñanza la lengua nacional fué seguido por Thomasius, inspirándose para ello en el precedente francés, cuando profesó sus lecciones en Leipzig en 1687. Vid. Stintzing-Landsberg, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, 71 y sig.

de las Facultades, entraban a formar parte del claustro de las mismas (80). El Estudio en las Universidades y la obtención en éstas de determinados grados académicos, era ahora condición indispensable, para poder dedicarse a la práctica de la profesión (81). De este modo conservó la Universidad su función formativa de las futuras generaciones de juristas y se evitó que, como ocurrió en Inglaterra, los centros universitarios no tuvieran intervención en este importante y peculiar cometido.

(80) De Curzon, 225 y sig.; Declareuil, 885 y sig.

(81) De Curzon, 306; Declareuil, 885.

CAPITULO X

ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO
Y RECEPCION

LA anterior exposición nos ha llevado hasta el final del siglo XVI y aun hasta el XVII. El siglo XV y el XVI representan no sólo para Alemania, sí que también para otros países, la época de la recepción práctica, esto es, un período en que el Derecho romano recibe práctica aplicación. Tal vez el lector espere que aprovechemos la ocasión que ahora se ofrece, para examinar el problema de la recepción. Anticipo que tal esperanza va a quedar defraudada.

Indudablemente que la recepción es la causa de que en Alemania y en otros países europeos se mantenga el estudio del Derecho romano en los planes de enseñanzas jurídicas de las Universidades. Se puede incluso admitir, que este fenómeno de la recepción, sea una de las causas importantes de que se conserve su estudio en los países en que ésta se produjo, estudio que, por otra parte, había de conducir a la aplicación práctica del Derecho romano. Pero si la recepción puede considerarse como causa relevante de este hecho, no es su causa exclusiva, y nos atrevemos a decir que ni siquiera la más importante. Por lo que se refiere a Alemania, la recepción, después de la vigencia del Código civil durante más de medio siglo, es ya *res acta* (1), aun después del renacimiento de los estudios

(1) Esta es también la opinión de Mommsen, *Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft, Ges. Schriften*, III, 597. Con la agudeza que le es característica dice: «La cuestión de si para el desenvolvimiento de nuestro Derecho hubiera sido preferible no haber hallado el *corpus iuris*, es tan ociosa, como la de dilucidar si Rafael o Miguel Angel hubieran sido mejores maestros, si las termas de Tito o el Laoconte no hubieran sido desenterrados.»

A idéntica opinión conduce la indicación hallada en un germanista como Stobbe, *Gesch. der Deutschen Rechtsquellen*, I, 638, de que el Derecho alemán hubiera llegado a los mismos resultados, y que la recepción solamente contribuyó a acelerarlos.

D. romano.

romanísticos operado por la escuela de Savigny. Los alemanes serían en realidad un pueblo bárbaro, si después de tres siglos y medio (2) fuera para ellos todavía el Derecho romano, utilizando la expresión del poeta Scheffel, «un mendrugo indigesto», que no hubieran sido capaces de asimilar. Para un histórico del Derecho, puede ser de gran interés el saber si una norma jurídica de nuestro sistema es de origen romano o germánico; para un jurista práctico, esta cuestión tiene una importancia muy secundaria (3) ya que su tarea es interpretar el Derecho como éste es en sí, y teniendo en cuenta las necesidades propias de la época (4). Si los estudios romanísticos no tuvieran otra causa justificativa que la de la recepción, no se abrigaría el más leve escrúpulo para abolirlos definitivamente (5). En esta situación se hallan, desde los comienzos del siglo XIX algunos territorios alemanes y a ella ha llegado también la mayor parte de las naciones europeas que habiendo sufrido la recepción con mayor o menor intensidad, han

(2) La recepción en Alemania puede considerarse concluida en lo esencial, a fines de los siglos XVI. Vid. Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 653 y sig.

(3) Debemos citar aquí lo dicho por Mommsen en un discurso del año 1848 (*Ges. Schriften*, III, 581): «Con la ideología y sentimentalismo propios de los alemanes, interesa más el Derecho que fué alemán un día que aquel que lo es actualmente, y se desearía restaurar el Derecho alemán originario, aunque éste resulte a nuestra época tan extraño como es, por ejemplo, hoy el lenguaje de los Nibelungos.» Un jurista sudafricano, cultivador del *roman-dutch-law*, el profesor Kerr Wylie de la Universidad de El Cabo, escribe en *South African Law Journal*, 56 (1939), 199; todo intento de eliminar los efectos de la recepción debe considerarse retrógrado.

(4) Recuértese que el Tribunal Supremo del Imperio sobre la base del párrafo 242 del Código civil alemán que dispone que «El deudor está obligado a realizar la prestación conforme a las exigencias de la lealtad y buena fe y las propias del tráfico jurídico» y que en definitiva recoge el principio romano de la buena fe contractual, ha llegado incluso a la revalorización de los créditos e hipotecas devaluados por efecto de la inflación.

(5) No puedo negar a Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) mi completa adhesión, cuando afirma (página 31), que nadie ha podido probar hasta ahora, que un error dogmático importante descansa en un conocimiento histórico deficiente y que sea ocioso estudiar históricamente el Derecho vivo. La formulación es, en verdad, sutil en demasía.

llevado a cabo la codificación de su Derecho privado. El Derecho romano sufrió limitaciones más o menos rigurosas en estos países, pero en ninguno de ellos fué abolido, y en Alemania, sin duda por influjo de la escuela histórica, más bien experimentó un notable incremento.

El argumento de la recepción es también, en otro respecto, insuficiente, porque no explica el hecho de que se enseñe Derecho romano en países que no tuvieron aquella. Entre estos países figura Inglaterra (6). En las universidades de Oxford y Cambridge y también en la de Londres, se sigue enseñando Derecho romano en una proporción que supera con mucho la intensidad que alcanzan estos estudios en las universidades alemanas. Con todo, no hay que exagerar el valor de este dato, pues el cultivo del Derecho romano en Oxford y Cambridge, se apoya en una tradición que se remonta a la Edad Media, y el inglés, a diferencia del alemán, siente la tradición muy vivamente. Ignoro si el Derecho romano es cultivado con la misma intensidad, en las pequeñas universidades y escuelas de Derecho inglesas, pero me parece dudoso que así sea (7). Es importante consignar que para el ejercicio de la práctica profesional de jurista, no se requieren allí estudios universitarios, ni por consiguiente, conocimientos de Derecho romano, aunque recientemente, se advierte la tendencia a otorgar facilidades a los candidatos que poseen una formación académico-jurídica (8). El Derecho romano pertenece al número de aquellas disciplinas, cuyo conocimiento debe

(6) No Escocia. Este país consiguió el Derecho romano en el siglo XVI. Importante es la creación de una *Court of session* (1532) por James V que debía juzgar subsidiariamente conforme al Derecho romano. En el siglo XVII la escuela holandesa influye fuertemente en los juristas escoceses que hicieron sus estudios en Holanda. Cuando Escocia se une a Inglaterra, el influjo del Derecho inglés va incrementando lentamente. Para el ingreso en la *Scotch bar*, y consiguientemente para ser juez de la *Court of session*, son exigidos conocimientos de Derecho romano. Vid. Holdsworth, IV, 247, 250 y siguiente; Maitland, *Renaissance*, 19 y sig., 84, nota 55; Sherman, *Roman Law in the modern world*, I, 342 y sig.; Koschaker, 2, nota 2, 17 con bibliografía. En cuanto a Irlanda carezco de material.

(7) Koschaker, 57 y sig.

(8) Koschaker, 59.

acreditar el futuro *barrister* en el examen *for call to the bar*, pero esta exigencia tiene más bien el valor de un gesto respetuoso hacia el Derecho romano (9).

Sólo con reservas puede aquí mencionarse el caso de los Estados Unidos. Estos territorios se hallan regidos por el *common law* inglés, llevado allí por los colonizadores. Lo mismo puede decirse de El Canadá, con excepción de la provincia de Quebec, en donde, por haber sido colonia francesa (1604), (10), rigieron la *coutume* de París y las ordenanzas de los reyes de Francia, las cuales fueron en 1866 sustituidas por una legislación fuertemente influenciada por el *code civil* (11). Nada prejuzga contra este predominio del *common law*, la circunstancia de que en la época de los primeros colonizadores y en la subsiguiente a la declaración de la independencia, se percibiera un sentimiento de repulsión hacia él (12). No puede hablarse respecto a Norteamérica de un influjo directo del Derecho romano, contra el cual, como en Inglaterra, hubiera de defenderse este país. Tal influjo es a lo sumo mediano e indirecto, porque en algunas regiones de Norteamérica rigieron, y aun rigen, Derechos europeos, los cuáles, en un cierto grado estaban influenciados por el Derecho de Roma (13). Ejercen allí un gran ascendiente los Derechos español y francés. El último especialmente en Louisiana, colo-

(9) Koschaker, 59 y sig.

(10) Vid. Koschaker, 61, nota 4 y la literatura que allí se cita; además Colvin, *Roman and civil law elements of sources of the law of the United Staates*, Studi Albertoni, III (1938), 113 y sig.; Radin, *Roman law in the United Staates*, Atti Congresso Bologna, II, 343 y sig.; Sherman, I, 250 y siguiente, 294 y sig; *Roman law in the United Staates of America*, Atti Congresso Bologna, II, 321 y sig.

(11) Vid. P. B. Mignault, *Les rapports entre les lois civiles et la common law au Canada, spécialement dans la province de Quebec en «Introduction é l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert»* (1938) (más adelante esta obra será citada como *Recueil Lambert*), II, 88 y sig.; *Le code civil au Canada*, en *Livre du centenaire du code civil*, II, 725 y sig.

(12) Colvin 133 y sig.; Radin, 346 y sig.

(13) A ciertos restos del *roman dutch law* de tiempos de la colonización holandesa que luego pasan bajo los ingleses a la colonia de New York, alude Colvin, pág. 119 y sig.

nia francesa creada en 1682, sujeta durante el siglo XVIII sucesivamente a la soberanía española, inglesa y francesa, hasta que en 1803 se incorpora a los Estados Unidos. Rigieron, pues, allí, el Derecho francés y el español, ambos inspirados en el *code civil*, y en 1825 aparece el Código de Louisiana (14), el cual, al decir de Sherman (15), es «the most famous of all American codes». El Derecho español estuvo vigente en Florida y en cierto número de Estados occidentales y sudoccidentales, creados en 1848 con los territorios cedidos por Méjico a la Unión, y en los cuales las gentes fronterizas sentían marcada predilección por el Derecho hispánico, pues, por estar inspirado éste en el romano, regulaba mucho más fácilmente que el *common law* la transmisión de inmuebles, con lo que se adaptaba mucho mejor que este último a la forzosa mutabilidad de las relaciones inmobiliarias impuesta por las circunstancias a la sazón imperante en los mencionados países. Por otra parte, en lo que respecta a las sucesiones, el Derecho español les resultaba también más ventajoso (16). En Nueva York, D. Ludley Field elaboró un proyecto de código inspirado también en el *code civil*, y si bien allí no llegó a regir, tuvo, en cambio, vigencia en otros Estados, entre ellos en el de California (17). Sin embargo, en el siglo XIX es preponderante el *common law*.

En estas circunstancias se debe adoptar una actitud cautelosa para enjuiciar la importancia de la enseñanza romanística en los Estados Unidos. A fines del siglo XVIII en la Universidad de Yale se explican lecciones de Derecho romano, y a decir verdad, a partir de esta época, Yale va a la cabeza de las demás universidades en lo que se refiere al cultivo del Derecho de Roma. Durante el segundo tercio del siglo XIX otras universidades americanas (Chicago, Columbia, Harvard, Pennsylvania, Stanford) dan también entrada en sus estudios

(14) Vid. Ireland, *la Lousiane, vue nouvelle de son systeme de droit*, en *Recueil Lambert*, II, 94 y sig.

(15) Ob. cit., I, 250 y sig.

(16) Colvin, 129; Radin, 385.

(17) Colvin, 136 y sig; Radin, 354.

a las enseñanzas romanísticas (18). En la producción de este hecho pudo influir la escuela histórica alemana (19) y también la dirección unilateralmente historicista de los estudios de Derecho romano iniciada en Alemania, la cual, indudablemente, repercutió en algunas universidades americanas (20). Con todo, es evidente que en este respecto ofrece Norteamérica un claro paralelo con el desenvolvimiento de los estudios de Derecho romano en la edad media, ya que la difusión de éste se produce allí, lo mismo que en la época medioeval, a través de las universidades. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en Europa, el estudio del Derecho romano es en Norteamérica puramente académico, y si bien confiere grados universitarios, no otorga otros títulos. El mismo carácter académico tiene el «Riccobono Seminar of roman law in America» creado en 1928 en la Universidad de Wáshington, para dar impulso a los estudios romanísticos y que lleva el nombre del gran profesor italiano (21). No puede hablarse en América de influencia del Derecho romano en la práctica. Téngase en cuenta que para el ejercicio de una profesión jurídica, incluso para el ingreso en la *bar*, si se exceptúan algunos casos (Kansas, Louisiana), no se exige en los correspondientes exámenes, que se acrediten por los candidatos, conoci-

(18) Sherman, I, 407 y sig., 409 y sig.; Atti congresso Bologna, II, 327 y siguiente.

(19) Sherman, I, 321; Schwarz, *Einflüsse der deutschen Zivilistik im Ausland*, en *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, 467, Koschaker, 31, nota 4.

(20) Este hecho ha influido sin duda en el favorable juicio de Wenger, *Röm. Recht in Amerika*, *Studi Besta*, I (1938), 153 y sig., sobre la actual situación del Derecho romano en Estados Unidos. En realidad este hecho, como el de que en Alemania aparezcan con frecuencia libros, monografías y artículos de revista sobre Derecho romano, no autoriza en lo más mínimo la conclusión de que este Derecho influya en la formación de la masa de juristas. Con verdadero estupor no exento de envidia, sobre todo si se piensa en las deficientes condiciones en que se ven forzados a trabajar los especialistas alemanes en la actualidad y se verán seguramente durante un futuro largo, se oye hablar del tesoro de libros de que dispone la Harvard Law School. Vid. suplemento, pág. 500.

(21) Más detalles en Koschaker, 61 nota, 4 al final y en la literatura que allí se cita.

mientos de Derecho romano. Para ingresar en una profesión jurídica tiene valor decisivo el aprendizaje que se realiza en el despacho de un abogado, y la formación que se consigue en los cursos que se encomiendan, generalmente en horas nocturnas, a profesionales experimentados y en los cuales se prescinde de la enseñanza romanística. También a partir del segundo cuarto del siglo XIX, las universidades (22) organizan cursos de este mismo carácter y en las más importantes de ellas, se dan conferencias sobre Derecho romano con finalidad principalmente práctica (23). Pero a pesar de lo dicho, resulta difícil compartir el optimismo de Sherman cuando éste habla de un «revival of roman law studies» del que espera este autor, un beneficioso influjo en la legislación de los distintos Estados particulares, que acabe con la dispersión de su Derecho privado y prepare el terreno para una codificación general (24). No me es posible predecir si los Estados de la Unión llegaran a conseguir una codificación de su Derecho privado y menos todavía, determinar cuándo la llevaron a cabo, pero en todo caso, cabe pronosticar con bastante probabilidad de acierto, que el fundamento sobre el que habría de construirse este Derecho privado unitario será, seguramente, no el Derecho romano, sino el *common law*. En este sentido no es posible silenciar los intentos hechos hasta la fecha para conseguir la aludida unificación y que son de una parte, los proyectos de leyes particulares de Derecho privado, elaborados por la «National conference of commissioners on uniform state laws» que habrán de ser aceptados por la legislación de los Estados particulares (25), y que pueden compararse con el «Derecho general» (ley cambiaria, código de comercio) de la época de la confederación alemana; de otra, los *restatements* del *common law*, debidos al *American law Institute* de Washington, esto es, la

(22) Vid. Llewellyn, *Über den Rechtsunterricht in den Vereinigten Staaten*, *Iherings Jahrbücher*, 79, 241 y sig.

(23) Vid. también Wenger, 160 y sig.

(24) Vid. *Roman law in the modern world*, I, y sig., 392 y sig.; *Atti Congresso Bologna*, II, 336 y sig.

(25) Estas leyes contienen una cláusula que obliga a los Tribunales de los Estados particulares a una interpretación unitaria.

fijación del *common law*, mediante la jurisprudencia de los Tribunales y la formulación de reglas, y que aun careciendo como carecen de fuerza obligatoria, por el cuidado con que han sido elaboradas, poseen para los jueces una autoridad muy semejante a la de las leyes (26).

No puede estimarse de modo distinto el hecho de que a partir del siglo XIX, el Derecho romano figure como objeto de estudio en los planes de las enseñanzas jurídicas de las universidades balcánicas, así como que en Ankara, Constantinopla, El Cairo y aún en las mismas universidades japonesas, se profese actualmente esta disciplina (27). En los países balcánicos se produjo este fenómeno, cuando libres éstos del yugo turco, se aprestaron durante el siglo XIX a entrar en el círculo de la cultura europea. No podemos descender ahora al examen de la difícil cuestión de si en estos Estados se conservó el Derecho romano a pesar de la inmigración eslava y de la hegemonía turca, de si Grecia acertó a mantener el antiguo Derecho griego, o de si tales elementos jurídicos fueron sofocados por las influencias eslava y turca. Una cosa es, sin embargo, segura, a saber, que la introducción de los estudios romanísticos en las universidades creadas en los Estados balcánicos cuando éstos inician su europeización, no significa en modo alguno una recepción del Derecho romano; tanto menos cuanto que la mayoría de estos países, a fines del siglo XVIII, contaba ya con códigos inspirados en el Derecho bizantino (28) y durante los siglos XIX y XX llegaron a la codificación de su Derecho privado inspirándose en el modelo de los más modernos có-

(26) Vid. Kessler, *Zeitschr. f. ausländ. u. international Privatrecht*, I (1927), 185 y sig.

(27) Vid. Koschaker, 53.

(28) Debe citarse a este propósito el *Συναγμάτιον νομικόν* del Wojwoden Alejandro Joh. Ypsilanti de 1780 para la Ugrowalachia (nueva edición de Zepos en *Abhandlungen der Athener Akademie*, IV, 2, 1936), mientras que el Código *walachico* *χῶδις πολιτικός* de 1817, cuya traducción griega fué publicada el año siguiente y que contiene Derecho penal y procesal, recoge preponderantemente Derecho consuetudinario redactado en lengua rumana. Bizantino es el Código moldavico del príncipe Skarlatos Kallimachis de 1817. Vid. Zachariae, v. Lingenthal, *Gesch. d. griechisch-römischen Rechts* (1892), páginas XVI y sig.

digos europeos (29). La romanística fué introducida en estos países como mero exponente de la cultura europea aunque su influjo fuera mucho más profundo que el que tuvo en los Estados Unidos, los cuales, con el importado *common law*, tuvieron un sistema jurídico sentido como Derecho nacional por la mayoría de la población, el cual, como en la metrópoli, contribuyó eficazmente a impedir la penetración del Derecho romano.

Lo mismo puede decirse del Japón (30). La aceptación del Derecho romano en los planes de estudios de las universidades japonesas, es un fenómeno que se produce con la europeización del Japón, iniciada en 1868 con el emperador Mejdshi y que nada tiene que ver con la recepción del Derecho romano. En lo que se refiere al Derecho privado vigente en el Japón, por virtud del llamado *code Boissonade*, este país figura más bien incluído en la esfera de influencia jurídica francesa. Este proyecto fué redactado por el profesor de París Boissonade, nombrado en 1873 instructor del Ministerio de justicia japo-

(29) Así Rumania en 1864, según el Código civil. Vid. Dissescu, *L'influence du Code civil en Roumanie*, en *Livre du Centenaire*, II, 849 y siguiente. Servia, desde 1844, posee un código civil fuertemente inspirado en el Código general austriaco.

Posición especial ocupa Grecia. La ley de 23 de febrero de 1835 atribuye a las leyes de los emperadores bizantinos contenidas en el manual de Derecho de Harmenopoulos, el carácter de fuentes de Derecho privado, pero lo que en realidad dominó en el país fué el Derecho alemán de Pandectas del siglo XIX, tanto, que puede hablarse con propiedad de una recepción del Derecho romano a través de la Pandectística alemana. Desde esa fecha, muchos estudiantes griegos de Derecho se formaron en Alemania. Esta inclinación de los juristas griegos hacia Alemania, ha perdurado hasta el comienzo de la segunda guerra mundial. En mi seminario romanístico de Berlín apenas se contaban los estudiantes alemanes, abundando, en cambio, mucho los balcánicos y especialmente los abogados griegos que estudiaban en la citada capital. Dada esta relación amistosa con Alemania, no sorprenderá que el Código civil vigente en Grecia desde el 15 de marzo de 1940 se haya inspirado en el Código civil alemán.

(30) Vid. Sherman, *Roman law in the modern world*, I, 297 y sig.; Gotai, *L'influence du code civil français sur le Japon*, *Livre du centenaire*, II, 781 y sig.; Toshio Muto, *La recezione e gli studi di diritto romano in Giappone*, *Arch. giuridico*, 111 (separata), *Il diritto romano e il diritto giapponese*, *Atti congresso Bologna*, II, 297 y sig.

nés, y se inspira ampliamente en el *code civil*. Publicado en 1890, tropezó este proyecto con la decidida oposición del Parlamento, lo que impidió que fuera declarado ley vigente, si bien resultara imposible evitar que en la práctica recibiera aplicación como si lo fuera en realidad. En 1898 comenzó a regir el todavía hoy vigente Código civil japonés, inspirado en el *code Boissonade* y en los proyectos del Código civil alemán, aunque manteniéndose en todo lo concerniente a la familia y al Derecho sucesorio, el Derecho patrio. A consecuencia de estos hechos que acabamos de reseñar, desde 1902, en Tokio y en otras universidades japonesas fueron creadas cátedras de Derecho romano (31). De la misma manera debe estimarse la evolución de estos estudios en Turquía y en Egipto. Turquía, en 1926, recibió el Código civil suizo (32) y Egipto cuenta desde 1875 con un Código propio cuyo modelo es el *code civil* (33).

En lo que respecta a Rusia no me ha sido posible procurarme información objetiva, debido, en parte, a la escasez de literatura sobre el tema, y en parte, a mi desconocimiento de la lengua rusa. Sólo he podido disponer del breve informe de Gsovski, *Roman private law in Russia*, publicado por el Riccobono Seminar of roman law in America, en el *Bulletino dell'*

(31) Desde final del siglo XIX la influencia en el Japón de la ciencia alemana del Derecho aumenta en relación con la que allí ejerce la ciencia jurídica francesa. El Japón viene a ser como un manómetro que señala las variaciones de la presión en la caldera jurídica alemana, y ello mucho más de lo que en Alemania se cree. En el año 1880 son traducidos al japonés los tratados de Pandectas de Dernburg y de Windscheid. En el año 1920 el estudio del Derecho romano es solamente facultativo, indicio elocuente del desvío que empezaba a sentirse entre nosotros, después de la primera guerra mundial, por esta disciplina, desvío que más tarde se agudiza y concreta, en las medidas del Nacional socialismo contra el Derecho romano. Vid. Rabbel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (*Münchener jurist. Vorträge*, I, 1925), 13 y sig.

(32) Koschaker, 35. Hoy se explica Derecho romano en Ankara y en Estambul. Vid. Semseddin Talip. *Gli studi di diritto romano in Turchia*, en *Glo studi romani nel mondo*, III (1936), y 349 y sig.

(33) Arminjon, *le code civil et l'Egypte*, en *Livre du Centenaire*, II, 375 y siguiente.

Instituto di diritto romano, 46 (1939) 363 y sig., y de una obra anónima, publicada por Leonhard en *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, en la sección titulada «*Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts*», XVII (1906), 72 y siguiente.

Posición especial ocupan las provincias bálticas y Polonia. En lo que atañe a Polonia me faltan datos. En Polonia, tal como queda estructurada esta nación, después de la primera guerra europea, los estudios de Derecho romano alcanzaron mayor intensidad que la que consiguieron en la Alemania de esta época. En las provincias bálticas la obra del profesor de Dorpat, v. Bunge (1802-1897), «*Baltische Privatrecht*» (1865), significa una recepción, no del Derecho romano, sino de la doctrina pandectística alemana del siglo XIX. Vid. Blaesé, *Bedeutung und Geltung des römischen Privatrechts in den baltischen Gebieten* (*Leipziger rechtswissenschaftl. Studien*, 99, 1936), página 70 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 559 y sig. En lo concerniente a la Rusia central (Rusia Blanca y Ucrania) es todavía cuestión no resuelta, la de determinar la medida en que el Derecho romano penetró bajo forma bizantina. En cuanto al Derecho matrimonial, con la cristianización del país, rigió el Derecho eclesiástico bizantino. Cualquiera que sea la opinión que se sustente, es indudable que en Rusia no hubo recepción. El Código del imperio ruso publicado en 1832 y elaborado por el conde Speransky, no es, a pesar de las innegables simpatías que su autor sintió por el Derecho romano, un Código inspirado en este Derecho, ni en general, acusa este Código influjos occidentales, sino que es más bien Código de carácter exclusivamente nacional.

En el siglo XIX la escuela histórica alemana ejerce en Rusia indudable ascendiente. Bajo el reinado de Alejandro I, empeñado este monarca en conseguir una mejor formación de sus funcionarios y en organizar las escuelas superiores según el modelo europeo, buen número de rusos se trasladan a Berlín para seguir allí la dirección de Savigny. Más tarde, también Ihering gozó de gran autoridad entre los rusos. En la época de Alejandro III, por iniciativa del Gobierno ruso y con la colaboración del Ministerio prusiano de cultos y la Facultad de Derecho de Berlín, fué creado en esta ciudad un Instituto para la formación de los juristas rusos, en el cual profesaron los más destacados romanistas berlineses. De este Instituto salieron algunos romanistas rusos, los cuales, por haber redactado sus

trabajo en alemán, contribuyeron con ello a crearse un nombre en la bibliografía romanística alemana. Merced a ellos, la enseñanza del Derecho romano, según el modelo alemán, penetró en las universidades rusas, y muchas obras de la pandectística alemana, fueron traducidas al ruso. Sobre si todo lo dicho tuvo efecto profundo en Rusia y sobre la cuestión de si el Derecho ruso recibió efectivo influjo del romano a través de la pandectística alemana, no me atrevo a decidir, pero me parece poco probable, habida cuenta de las corrientes de hostilidad que por motivos nacionales y políticos se inician en los comienzos del siglo XX. Vid. Suplemento, pág. 500.

Estas consideraciones nos permiten conseguir un punto de vista de amplio alcance. El Derecho romano, una vez introducido por los glosadores en los círculos doctos de Europa, por las intrínsecas dificultades que ofrecía y, singularmente, por la que entrañaba el lenguaje de sus fuentes, cultivado a la sazón solamente por las personas cultas, fué un objeto de estudio, reservado a las gentes dotadas de una superior formación. Por esta causa el Derecho romano comienza siendo estudiado en las universidades. A partir del siglo XIII, la fundación de una Universidad representa una piedra miliar en el proceso de difusión de los estudios romanísticos. Sin Derecho romano y sin Derecho canónico, no tendríamos hoy Facultades de Derecho. Lo prueba, como veremos luego, el ejemplo de Inglaterra. Los juristas medievales consideraron el Derecho romano como un Derecho vigente y válido para el *imperium romanum* medieval, pero no pesó menos en ellos la orientación cultural de aquella época, cuyo norte es Roma, y lo que hemos llamado valor cultural de la «romanidad»; por eso estudiaron el Derecho romano considerando su intrínseca importancia, fijando su contenido, sirviéndose de la escolástica como auxiliar para, de este modo, utilizando también el Derecho patrio, crear una ciencia del Derecho, la cual, por estar fundada en el Derecho romano, tenía que ser esencialmente europea. Tal es la aportación espiritual de la Edad Media, de la que aún hoy nos nutrimos. Esta realización entraña un innegable progreso, salvo que se considere la jurisprudencia como una invención necesar

ria del diablo (34). Esta ciencia del Derecho basada en el Derecho romano, no tiene relación alguna con la recepción, pues es evidente que aquélla hubiera podido cumplir su misión beneficiando exclusivamente al cultivo y estudio del Derecho patrio. Y esto es lo que ocurrió, como ya se dijo (pág. 185), en Francia, Alemania y también, aunque en menor medida, en la misma Inglaterra. No la recepción, sino la propagación de la ciencia romanística del Derecho en toda Europa durante los siglos XII al XIV, ciencia que fué creada en Italia como exponente de la cultura europea, ha sido la causa de que actualmente los estudios jurídicos se basen en esa creación italiana. Con lo dicho, hemos ganado un punto de vista desde el cual nos es dable explicar muchos fenómenos y que nos autoriza a estimar la recepción como un problema de orden secundario.

Ahora bien, la recepción del Derecho romano no constituye caso único de recepción. En el siglo XIX se produce no ya en Europa solamente, sino en todo el planeta, una segunda recepción que ha merecido, en verdad, atención muy escasa. Me refiero a la recepción del *code civil*. Este no fué recibido *in complexu*, sino que inspiró de modo decisivo la codificación del Derecho privado de un gran número de países. Prescindo ahora del hecho de la introducción del *code civil* en territorios alemanes que estaban a la sazón sometidos a la soberanía

(34) Esta parece ser la opinión de un conspicuo escritor nacional socialista, H. Nicolai, *Rasse und Recht* (Conferencia dada en la Dieta de juristas alemanes del año 1933 en Leipzig), 38. Estima este autor la Jurisprudencia, y especialmente la Jurisprudencia de Roma, como producto de la descomposición de una raza. No dice Nicolai si esta afirmación se apoya en el hecho de considerar a los juristas de Roma como judíos, o por lo menos, dotados de una mentalidad judeo-oriental, pero por otras consideraciones de el autor, es fácil conjeturarlo (pág. 39). Se da como fundamento de estas aseveraciones, el que simultáneamente con la aparición de los juristas, se produce el fenómeno de pretenderse hallar el Derecho, no consultando los dictados de la conciencia, sino deduciéndolo de la ley escrita. Cabría preguntar a Nicolai, si los alemanes partidarios del Estado nacional-socialista con su gran abundancia de leyes, no dan muestras de esa misma degeneración de la raza que es, según él, el origen de la Jurisprudencia. El hecho indudable de que entre los juristas de Roma la interpretación del Derecho escrito juega un papel insignificante, parece haber escapado a su conocimiento. (Este discurso transmitido por radio fué acogido con estruendosos aplausos.)

francesa (35), en una parte de los cuales conservó aquél su vigencia hasta la implantación del Código civil alemán (36). Prescindiendo igualmente de la consideración de que en Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Mónaco, estuvo también vigente el *code civil* porque al implantarse éste, tales países pertenecían a Francia (37). Paso por alto el hecho de la vigencia del citado cuerpo legal en las colonias francesas, porque no dispongo del material científico preciso para poder fundamentar un juicio propio. Es más importante consignar que el Código civil español de 1889 se inspira en el *code civil*, y lo mismo podría decirse de los Códigos de Derecho privado de los países balcánicos y de Egipto (38). En la misma Italia, el país clásico del Derecho romano, el *codice civile* de 1865, está fuertemente orientado también hacia el *code civil* (39), y en América del Norte (Lousiana, Quebec) (40), en la América central y en Iberoamérica, los Estados que codificaron su Derecho privado se inspiraron también en el modelo del *code civil* (41). En el Japón, el Código civil vigente en 1898, pese al indudable in-

(35) Vid. un examen de conjunto en Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, I. 105 y sig., y H. Mitteis, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung, germ. Abt.* 63, 178, nota 144 a.

(36) Así en la provincia del Rhin y en Baden, donde rigió como «Derecho territorial Badés» (1809). Vid. Moeller, *Livre du centenaire*, II, 630 y siguiente; Andreas, *Zitschr. d. Savigny Stiftung, germ. Abt.*, 31, 182 y siguiente. La carrera de uno de los mejores conocedores del Derecho francés en Alemania, Daniels (1754-1827), resulta a este respecto característica. Profesor en Bonn y consejero del Tribunal de Apelación de Colonia, perdió sus empleos con la ocupación por los franceses de los territorios del Rhin. fué llamado por Napoleón para formar parte de la Corte francesa de Casación en 1804, entró al servicio de Prusia en 1817 y murió allí siendo Presidente del Tribunal de Apelación de Colonia. Vid. Stintzing-Landsberg, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, 98 y sig.

(37) Vid. los artículos de Hanssen, Asser, Ruppert en *Livre du Centenaire*, II, 681 y sig., 817 y sig., 917 y sig., 793 y sig., 807 y sig. En estos territorios se llegó a una nueva redacción del *code civil* (en Bélgica en 1831 y en Holanda en 1838), muy fiel al modelo.

(38) Vid. supra, págs. 200, 201 y 202.

(39) Chironi, *Livre du Centenaire*, II, 763, y sig.

(40) Vid. supra, págs. 195 y siguientes.

(41) Sherman, I, 290 y sig., 293.

flujo que en el mismo tuvieron los proyectos del Código civil alemán, acusa igualmente íntima conexión con el *code civil* (42.)

Esta ojeada que no tiene, ni mucho menos, la pretensión de ser completa, muestra a las claras que durante el siglo XIX el *code civil* fué un código «recibido», y esto confirma nuestra tesis (43) de que el Derecho romano no fué objeto de la recepción por sus intrínsecas cualidades, sino por ser el Derecho del *imperium romanum*, cuya idea pervive en el imperio alemán y en la cultura europea. Y esta misma consideración es perfectamente aplicable al *code civil*. Con ello no pretendo menguar en un ápice las cualidades técnicas que dicho código posee, ni niego que haya sido esta la mejor codificación de Derecho privado conseguida hasta la fecha. Pero no es por esto por lo que alcanzó tan extraordinaria propagación. Esta se debió a la circunstancia de que el *code civil* fuera el código del imperio francés y constituyera, además, un exponente de la cultura francesa precisa y clara, la cual, independientemente de toda consideración política, tuvo un gran ascendiente sobre los contemporáneos y sobre las generaciones sucesivas. Además, la autoridad de que gozó el *code civil*, se debió, en gran parte, al prestigio personal del gran emperador, lo que determinó que por la ley de 1807-1815, se designará aquél oficialmente como *code Napoleón* (44) y se reputará obra personal de este gran caudillo (45). No resulta, por tanto, exagerado situar a Napoleón entre los legisladores del mundo, al lado del mismo emperador Justiniano. El imperio jurídico creado por Napoleón, tanto en lo que se refiere a la población que abarca, como en lo que respecta a su extensión territorial, supera en mucho al creado por Justiniano. El tiempo dirá si aquel imperio jurídico

(42) Vid. *supra*, págs. 201 y 202.

(43) *Supra*, págs. 130 y 178.

(44) H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny, Stiftung, germ. Abt.* 63, 176, nota 142.

(45) Las deliberaciones sobre el proyecto en el *Coseil d'Etat*, dieron lugar a 102 sesiones, de ellas 57 personalmente presididas por Napoleón. Conocido es lo que dijo en su destierro de Santa Helena: *ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles... ce que rien n'effacera, ce que vivra éternellement, c'est mon code civil*. Vid. Sorel, *Livre du Centenaire*, I, páginas XXIV, XXV y sig.

logra mayor pervivencia histórica que el de este último emperador.

El contraste de nuestra tesis se basa en las siguientes consideraciones. En el tránsito del siglo XVIII al XIX, hubieron, además del *code civil*, otras importantes codificaciones. Una de éstas es el Código civil general austríaco, el cual, por su brevedad y concisión, se halla mucho más cerca del *code civil* que pueda estarlo el Derecho prusiano. La ley austríaca sirvió de modelo al Código civil servio de 1844. Influyó también en la legislación de algunos cantones suizos (46), amplió la esfera de su validez con la extensión del dominio austríaco a Venecia y Lombardía; fué tenido muy en cuenta para los proyectos de codificación civil de Checoslovaquia y Yugoslavia, y todavía aumentará su prestigio probablemente después de la segunda guerra mundial, ya que los Estados aludidos no se hallan dispuestos, por motivos de índole política, a dejarse influenciar por el Código civil alemán. Ahora bien, con esta consecución puede decirse que el Código civil general austríaco habrá alcanzado todas sus metas (47). El influjo del Código austríaco no se extenderá nunca, más allá de donde alcanza el influjo político de Austria, o en todo caso, más allá de donde todavía perdura el recuerdo de la soberanía o del ascendiente austríacos. Se juzgaría erróneamente el Código civil de Austria, si se dijera que éste es en relación con el *code civil* lo que el emperador Francisco II es respecto a Napoleón. Ciertamente Francisco II no es Napoleón y que el Imperio austríaco no es el *empire français*, y cierto también que la cultura alemana, por muy relevantes que hayan sido sus aportaciones en Austria, no puede medir sus fuerzas con su competidora la cultura fran-

(46) Los datos pueden verse en Stobbe, *Handbuch d. deutschen Privatrechts*, I (1893), 108.

(47) Mucho más limitada es la esfera de influencia del Derecho territorial prusiano y escaso también su influjo en el Código civil alemán. Influye en el Código báltico de 1865, pero es ésta una influencia compartida con la de la pandectística alemana. Vid. Blaese, ob. cit., 67 y sig., 71, 72. En el Código báltico se inspira el Código civil letón de 28 de enero de 1937. Sobre ello Blaese, *Zeitschr. f. osteuropäisches, Recht N. F. V.*, 487. vid. además suplemento, pág. 501.

cesa. A ésta debe el *code civil* su enorme ascendiente fuera de los territorios de su originaria vigencia.

Establecemos, pues, como conclusión de las anteriores consideraciones, que la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La receptibilidad de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el Derecho que se recibe, condicionada, además, a la circunstancia de que el sistema jurídico que se adopta haya sido al propio tiempo creado por un gran poder político que exista todavía en la actualidad como tal, o cuyo recuerdo, así como la cultura que representa, se mantengan todavía vivos. Podemos decir, por tanto, que la recepción de un sistema de Derecho extraño, es un fenómeno que tiene su raíz en la autoridad que emana de este sistema o, cuando menos, en la que se le atribuye todavía (48). Visto así, desaparecen en lo esencial las diferencias que pudieran distinguir la recepción del Derecho romano en Europa, de las modernas recepciones que han tenido lugar por virtud de un acto legislativo. La primera, si bien no se produjo por este último procedimiento, se debió en cambio, sin duda alguna, a la autoritaria presión que ejerció.

Tendremos la prueba de lo dicho, si consideramos el caso del Código civil alemán. El legislador alemán no ha tenido, en verdad, fortuna, pues no halló asiento en el banquete de los legisladores, sino cuando la mayor parte de los puestos estaban ya ocupados por otros comensales y sus respectivos

(48) No está demás consignar aquí lo que se dice en el texto, se refiere a la recepción de todo un sistema jurídico. El legislador puede muy bien inspirarse en el principio cualitativo para regular una cuestión singular o una parte de un territorio, escogiendo para ello entre varios modelos disponibles, aquel que considere mejor. De este modo la legislación inglesa, desde fines de siglo XIX, se inspiró para la regulación de la publicidad en el Derecho inmobiliario, no en el sistema francés de la transcripción y la inscripción, sino en el sistema registral alemán. Vid. Heymann, *Englisches Privatrecht*, en Holtzendorff-Kohler, *Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft*, II (1914), 321 y sig.; Williams-Eastwood, *Principles of the law of real property* (1926), 241 y sig.

séquitos. Quedaban entonces pocos países que se hallaran necesitados de Códigos civiles. Con todo, aún pudo el Código civil alemán influir en el Código civil y en el Derecho de obligaciones suizos, en el Derecho austríaco, en el proyecto húngaro, así como en las legislaciones de algunos Estados sudamericanos y en las de China, Japón y Grecia (49). Pero una legislación no se halla jamás en situación estática, y se ofrecía la posibilidad de que el Código civil alemán ampliara la esfera de su influencia y se convirtiera en competidor del *Code civil*, si Alemania se hubiera resignado a tener un desarrollo político tranquilo. En tal caso, además de un poder político fuerte, hubiera tenido un aliado valiosísimo en la ciencia pandectística alemana, cuyo ascendiente europeo, y aun internacional, no es posible desconocer (50). El imperio alemán quedó destruido a consecuencia de la primera conflagración, y por lo que se refiere a la Pandectística alemana, en lugar de seguir ésta su normal desarrollo, realizó los más inauditos esfuerzos para provocar su propia ruina, en tanto que primero de un modo solapado, y después abiertamente, a partir de 1918 se declara hostil al Derecho romano que era su fundamento, hostilidad que inspiró más tarde las draconianas medidas adoptadas por el Nacional-Socialismo contra los estudios romanísticos.

Paralelamente a este fenómeno, comienza a producirse en la literatura jurídica alemana una clara tendencia a provocar el descrédito de la Pandectística. Resulta difícil abrigar la esperanza de que en el extranjero se sepa valorar ponderativamente una corriente científica, cuando ésta sufre desprestigio en el mismo país que acertó a producirla. De este modo Alemania renunció a un medio eficaz de influir en las esferas jurídicas extranjeras, y prescindió de esta magnífica plataforma europea sobre la que pontificaba la Pandectística alemana. Este hecho no favoreció lo más mínimo al Código civil alemán. A este respecto es característica la actitud de Turquía, país que

(49) Vid. Schwarz, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande* (*Symbole Lenel*, 472 y sig.); *Recueil*, Lambert, II (1938), 584; Koschaker, 35 e infra, pág. 289, nota 2.

(50) Podemos ahora hablar con mayor detalle para la justa valoración de la escuela alemana histórica del Derecho. Vid. infra, pág. 391.

en 1926 recibe el Código civil suizo, cuando indudablemente quince años antes, en su deseo de europeizarse, hubiera aceptado el Código civil alemán. Suponiendo por un momento que Alemania, después de la derrota sufrida en la última guerra, hubiera sido capaz de crear un código tan perfecto en contenido y técnica como el actual, es seguro que éste no hubiera logrado ya ejercer ascendiente alguno.

Si ahora fijamos nuestra atención en Europa y en los países que recibieron el influjo de la cultura europea (51), veremos que en lo que se refiere al Derecho privado, cabe distinguir tres grandes territorios jurídicos (52): el anglo-americano, el francés del *code civil*, que abarca las codificaciones de Derecho privado por éste influenciadas, y el alemán. De éstos, el último, tanto en lo que atañe a la población a que afecta como en orden al territorio a que se extiende, es, sin duda, el más pequeño a pesar de haber sido el que más intenso influjo recibió del Derecho romano. El Derecho anglo-norteamericano es por su origen un Derecho germánico (53). El Derecho francés está en verdad penetrado del romano, pero en el fondo —sobre ello insistiremos más adelante, aunque algo hayamos dicho ya— (54), fué menos afectado que el alemán por la recepción, y el *code civil*, en la parte que tomó del Derecho patrio, supo conservar en gran proporción ideas jurídicas y principios netamente germánicos (55). En Derecho privado no puede, pues, hablarse simplemente de germanismo, sino que, teniendo en cuenta los extensos territorios en que hoy dominan los Derechos anglo-norteamericano y francés, es obligado hablar de

(51) Atendidos los fines de la presente obra podemos limitarnos a estos territorios, pues en otro caso deberíamos ocuparnos también de los dominios propios de los Derechos islámico y chino.

(52) Vid. Schwarz, 475 y sig.

(53) Sobre el ámbito de su validez, vid. Wilke, *Römisch-rechtliche Einflüsse auf die Rechtsentwicklung im britischen Weltreich*, Arch. f. Rechts. u. Wirtschaftsphilosophie, XX (1926-27), 306 y sig.

(54) Vid. supra, pág. 185.

(55) Por lo demás esto es ya conocido y ha sido puesto de nuevo muy en claro por H. Mitteis en *Die germanischen Grundlauge des französischen Rechts*, Zeitschr. der Savigny Stiftung, germ. Abt., 63 (1943), 137 y sig. y especialmente en pág. 178 y sig.

germanismo mundial, aunque con la lamentable limitación que supone el que los alemanes, los más caracterizados representantes del germanismo, apenas si cuentan en lo que a éste se refiere por haber sido completamente desbordados por ingleses y franceses (56). La historia se complace a veces en realizar juegos grotescos, y uno de éstos es lo ocurrido con el nuevo *codice civile* italiano de 16 de marzo de 1942. Revela este código en relación con su predecesor de 1865, una innegable tendencia a vigorizar los principios romanos, pero en realidad se ciñe bastante a la antigua ley. Puede, pues, afirmarse que el Código de la Italia fascista, no obstante la pretensión de este régimen, de encarnar el espíritu de la romanidad, es en muchos puntos, más germánico que pueda ser el Derecho privado de los alemanes, a pesar que éstos parezcan ser los portaestandartes del germanismo. Muchas gentes, aquellas sobre todo que creen que el Derecho se puede valorar como se valora una raza de perros o de caballos, considerarán grotesco y chocante el fenómeno a que nos hemos referido, pero no se olvide que en la ciencia del Derecho alemán de los últimos tiempos se acuñó para esta extraña forma de valoración, la conocida expresión «Raza y Derecho».

Todavía resulta más desfavorable el balance en orden al Derecho romano cuando preguntamos dónde tiene éste Derecho inmediata vigencia. Si el territorio en que el Derecho romano regía, era en Europa, a fines del siglo XVIII, todavía considerable, con el movimiento codificador, se inicia una progresiva reducción de aquél, que termina con la expulsión del *ius romanum* del solar europeo, excepción hecha de algunos mínimos restos de pervivencia en Escocia. Si queremos comprobar la vigencia práctica del Derecho romano, habremos de recurrir a la navegación para verlo aplicado en forma de roman-dutch-law en Sudáfrica y en Ceylán (57), si bien en estos países sufra actualmente la amenaza de verse eliminado, por la competencia del *common law*.

Esta progresiva liquidación de la validez práctica del De-

(56) Vid. suplemento, pág. 502.

(57) Vid. supra, pág. 114.

recho romano, que puede considerarse hoy como conclusa, se halla en cierto modo desmentida por el reflorecimiento innegable de los estudios jurídico-romanísticos y la intensificación de la enseñanza del Derecho romano, debidos a la escuela histórica alemana que han culminado en nuestros tiempos en la conquista de nuevos e importantes dominios para estas disciplinas. El alcance del descenso del valor práctico del Derecho de Roma queda en cierto modo compensado por el progresivo academismo que impera en los estudios y conferencias romanísticos, fenómeno éste que no deja de entrañar peligros muy graves para el futuro del Derecho romano. De esto trataremos más adelante. Por ahora baste consignar que los hechos últimamente reseñados demuestran que la base en que se apoyan actualmente los estudios de Derecho romano, no es otra que la ciencia europea del Derecho privado, nacida de tales estudios; y que frente a esta verdad, la recepción práctica del Derecho romano es un fenómeno de importancia secundaria.

CAPITULO XI

LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO
Y SUS PROBLEMAS

A) AMBITO DE LA RECEPCIÓN

HAY otras razones, además, que justifican el que nos abstengamos de tratar el problema de la recepción del Derecho romano en Alemania. Sobre la recepción se ha escrito mucho durante todo el siglo XIX (1) y a pesar de la abundante literatura existente sobre tal cuestión, puede afirmarse que la solución de este problema se halla todavía lejana. Se ha dicho muy justamente (2), que por ser Alemania un país de acentuado particularismo político y jurídico, el fenómeno de la recepción se descompone en él, en numerosos fenómenos particulares, los cuales no pueden ser apreciados de modo uniforme, ya que la resistencia ofrecida por el Derecho alemán no fué la misma en todas las zonas del país. Es necesario, pues, estudiar el hecho de la recepción incluso en los territorios más pequeños (3). Sólo mediante la reunión de estas piezas del mosaico podrá conseguirse un estudio de conjunto veraz y fidedigno. Ahora bien, el esfuerzo que se requiere para realizar este estudio minucioso y pormenorizado, rebasa las posibilidades meramente individuales y exige un trabajo científico organizado, que en los momentos actuales es prácticamente imposible en Alemania.

Hay que tener en cuenta, además, otra consideración. La

(1) Una ojeada de conjunto y certera crítica sobre las teorías aparecidas durante el siglo XIX en Alemania para explicar este fenómeno, puede verse en Below, ob., cit., pág., 3 y sig., 52 y sig.

(2) Kunkel, *Ältere Stadtrechtsreformationen* (*Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschland*, I, 1, 1936), pág. XI.

(3) Una importante aportación dentro de esta tendencia hace Coing, *Die Rezeption d. röm. Rechts in Frankfurt a. M.* (1939).

recepción no es un don que Dios ha hecho a los alemanes, un huevo de cuclillo puesto en el nido. El substrato de la recepción es el Derecho romano, y este substrato es lo que da al fenómeno una magnitud verdaderamente europea. En todos los países europeos ha tenido el Derecho romano un desarrollo más o menos intenso, y en la misma Inglaterra, nación que consiguió oponerse con éxito a su penetración, lo tuvo también. Si seguimos el camino de la recepción del Derecho romano, podemos considerar ésta como un último resplandor de la idea del *imperium* mediterráneo, que se produce no sólo en Italia, si que también en los territorios bañados por el Mediterráneo occidental, esto es, en España y en el Sur de Francia. En lo que respecta a España (4), sabemos que en los reinos cristianos del siglo XIII, juristas formados en Bolonia, despliegan una actividad práctica, que se fundan universidades, las cuales son poderosos puntos de apoyo en el estudio del Derecho romano y que en 1265, por mandato del rey Alfonso X de Castilla, se redactan *Las siete partidas*, que constituyen una recopilación del Derecho castellano, sobre la base del Derecho de Roma. Francia se divide, como es también sabido, en *pays du droit écrit* y de *droit coutumier*, esto es, de Derecho romano y de Derecho consuetudinario propio; el primero abarca los territorios situados en la parte sur del Garona (5). Esta terminología usada ya en el siglo XIII, no tiene un alcance recíprocamente excluyente, en el sentido de que en los territorios de Derecho escrito, rigiera solamente el Derecho romano y, en modo alguno, el Derecho consuetudinario. En estos territorios la difusión alcanzada por el *Breviarium Alaricianum*, preparó el terreno para la recepción (6). Ya en el siglo XII comienza a sentirse el influjo de los glosadores (7), se inicia en las universidades el estudio

(4) Vid. además de la literatura citada en las págs. 123-124. Larraona Tabera, *El Derecho justinianeo en España*, *Atti Congresso Bologna*, II, 83 y sig.

(5) Declareuil, *Hist. gen. du droit français*, 830 y sig.; Esmein-Génestal, *Cours*, 682 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 87 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, 63, 155, nota 57; Viollet, *Hist. du droit civil français* (1893), 149 y sig.

(6) Vid. supra, pág. 102 y nota 2.

(7) Chenon, *Hist. gen. du droit français*, I, 506.

del Derecho romano (Montpellier, Toulouse) y en Orleans florece, en el siglo XIII, una importante escuela (8). Constituye una prueba de la validez práctica del Derecho romano (9), la creación por Felipe el Atrevido (1278) de un *auditoire du droit écrit*, en París, para entender de las apelaciones entabladas por los países de Derecho escrito, que tuvo más tarde su sede en Toulouse, llegando en 1291 a constituir una cámara del Parlamento de París que subsiste hasta el siglo XIV (10). Poco a poco va extendiéndose el conocimiento del Derecho romano hacia el norte, en los países del *droit coutumier* (11). El *livre de justice et de plet*, que aparece en Orleans alrededor del año 1260, acusa el influjo de la escuela de Derecho radicada en esta ciudad (12), y el propio Beaumanoir (13), a pesar de que no cita jamás el *corpus iuris*, posee no escasos conocimientos de Derecho romano y cuenta éste entre las fuentes del Derecho común de Francia (14). En el siglo XIV prosigue el avance del Derecho

(8) Vid. supra, pág. 123 y nota 66.

(9) Una teoría ideada por los legistas que pretendían apoyar la independencia del rey francés frente al emperador, afirmaba que la vigencia del Derecho romano se debía a la costumbre, aprobada por el rey (vid. H. Mitteis, 155 y sig.). Vid. también supra, pág. 170. Estos legistas no eran opuestos al Derecho romano (vid. Ol. Martin, *Precis*, 93, Caillemet, *Nouv., rev. hist. du droit français*, III, 606 y sig.), antes bien, se servían de él gustosos, para derivar del mismo atribuciones y prerrogativas reales. Repudiaban solamente el Derecho romano concebido como Derecho imperial.

(10) Chenon, *Melanges Fitting*, I, 203 y sig.

(11) H. Mitteis, *Zitschr. der Savigny Stiftung, germ. Abt.*, 63, 159, 162 y siguiente.

(12) Chenon *Hist. gen. du droit français*, I, 554 y sig.; Declareuil, 862 y siguiente; Esmein-Génestal, 699 y sig.; H. Mitteis, 162 y sig.; Viollet, 180 y sig.

(13) Trátase de una exposición de la *coutume* de Beauvaisis por Felipe, señor de Beaumanoir y bayle del conde de Clermont. La obra es estimada con razón, como la más importante aportación jurídica francesa de estos remotos tiempos. Vid. Chenon, I, 556 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 90 y sig.; Viollet, 185 y sig., y además suplementos, pág. 503.

(14) Vid. van Wetter, *Melanges Fitting*, II, 536 y sig., 546 y siguiente; Mitteis 164. Es interesante consignar que según Beaumanoir el Derecho común rige en último término para completar la *coutume*, en defecto de costumbres de los países vecinos. Es curioso hallar una regulación similar en la *coutume* de Burdeos, esto es, en un país de *droit écrit*: las lagunas deben

romano. Surge entonces la teoría del «droit haineux, odieux», denominación que se aplica al Derecho consuetudinario francés, y de la que se desprende que con respecto a este Derecho sólo la interpretación estricta era posible excluyéndose en cambio la analógica. El Derecho romano se aplica a distintas materias propias del Derecho privado, cuya regulación consuetudinaria había de resultar forzosamente deficiente e incompleta; tales son el Derecho de obligaciones, testamentario, y de tutela (15).

Estas observaciones, y otras que pudieran hacerse, demuestran claramente que la recepción no es un fenómeno circunscrito a Alemania ni a Europa central. Mucho antes se produjo ya en los países occidentales de Europa, y en los siglos XIII y XIV está ya en su apogeo. En esta época, los emperadores alemanes operan ocasionalmente con la idea de que el Derecho romano es un Derecho imperial, si bien en Alemania apenas se tiene conocimiento del Derecho romano. Los rastros de este conocimiento, que hallamos en el *Schwabenspiegel* y en los estudios sobre el *Sachsenspiegel*, son insuficientes (16) y no se pueden comparar en modo alguno con el influjo que el Derecho romano, conocido por los juristas ingleses a través de Vacarius (17), ejerció en la obra de Bracton titulada *De legibus et consuetudinibus Angliae* (18). Las universidades alemanas comienzan a ser centros de estudio y cultivo del Derecho romano sólo desde mediados del siglo XIV y aun en esta época tiene tal Derecho una importancia subordinada al Derecho canónico, porque sólo el Derecho eclesiástico resultaba necesario en la práctica. No se puede demostrar que con anterioridad al siglo XV se enseñara de modo permanente Derecho romano en alguna universidad alemana. Sólo más tarde se inicia la corrien-

ser suplidas por *coutumes* semejantes, en defecto de éstas, por la *ratio naturalis*, y en último término, por el Derecho romano. Vid. Esmein-Génestal, 688, nota 34; Viollet, 149 y sig.

(15) Declareuil, 835; Esmein-Génestal, 682 y sig.; H. Mitteis, 164 y sig.

(16) Vid. Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 8 y sig.; Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), 31 y sig. y además Wieacker, *Vom römischen Recht*, 230.

(17) Vid. supra, pág. 123-24.

(18) Relativamente a Bracton (muerto en 1268). Vid. infra, pág. 308.

te de alemanes que van a estudiar a universidades italianas, singularmente a la de Bolonia (19); los profesores que en Alemania reciben encargo de profesar Derecho romano, proceden durante largo tiempo de Italia o de Francia, y el título de profesor alemán sólo es estimado cuando quien lo ostenta ha conseguido, por lo menos, el grado de doctor en las universidades de los citados países. Al final del siglo XIV encontramos en las ciudades alemanas síndicos que son muy doctos juristas, y todavía ha de transcurrir más tiempo para que se permita a los doctores juristas penetrar en los Tribunales (20).

La recepción del Derecho romano en Alemania es considerablemente posterior a la de los demás países occidentales de Europa. Ninguna otra nación europea ha dispuesto de tanto tiempo para armarse y prevenirse contra el ataque del Derecho romano, como Alemania, y sin embargo, la resistencia opuesta por este país fué más débil que la de cualquier otro. Sobre las causas de este fenómeno tendremos ocasión de hablar. De momento insistimos en la conveniencia de no estudiar aisladamente el fenómeno de la recepción del Derecho romano en Alemania. Con la recepción de este Derecho, no ocurrió como con las modernas recepciones, no sucedió que un legislador ordenase: en lo sucesivo solamente regirá el Derecho romano y el Derecho anterior queda abolido. Por el contrario, la penetración del Derecho romano se fué produciendo a través de una lucha secular y tenaz con el Derecho patrio (21). Ahora bien,

(19) Comienza a fines del siglo XIII y todavía en esta época hay un fuerte interés por el Derecho canónico; se mantiene largo tiempo contenida en límites modestos, aumenta en el siglo XV y llega a su mayor auge en la segunda mitad del siglo XVI. Vid. v. Below, 108 y sig. y 108, nota 2; Fleischmann, *Melanges Fitting*, II, 692 y la bibliografía citada en esta obra; Wieacker, 235 y sig., y suplementos, pág. 498-9.

(20) Vid. sobre lo dicho en el texto Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, 643 y sig., 653 y sig.; II, 7 y sig., 9 y sig., 13 y sig., 16 y siguiente y supra, pág. 134. Además Below, 107 y sig., 117 y sig., 122 y siguiente, que advierte que todavía a fines del siglo XV el Derecho alemán subsiste inmovible y sólo a partir de la creación del Tribunal cameral imperial se empieza a percibir una clara tendencia en favor del Derecho romano.

(21) En un cierto grado ocurre esto también con las modernas recepciones. Así, en 1864, se puede publicar como ley una traducción rumana con

la esencia de este Derecho patrio es germánica en casi toda Europa; ello es la consecuencia de la ocupación de la Europa central por las stirpes germánicas así como de las migraciones de pueblos. En la misma Italia, a través de los longobardos advertimos la presencia de este elemento germánico. En cuanto a los elementos jurídicos no germánicos, no nos es posible precisarlos por sus fuentes, o sólo muy deficientemente nos es dable señalarlos, y únicamente en lo que afecta al Derecho celta, resulta relativamente fácil la tarea, mediante la utilización de las fuentes irlandesas (22). En lo que se refiere a Sicilia y a todo el sur de Italia, es innegable la presencia de ingredientes árabes y bizantinos, de carácter complejo. Con relación al Derecho eslavo es sabido que rige en la periferia de Europa o fuera de este continente (23). La recepción viene a

ligeras modificaciones, del *code civil* (Dissescu, *Livre du centenaire*, II, 855), y en el Japón, hacia el año 1870, se abraza el propósito de introducir un nuevo Derecho, mediante la traducción japonesa del *code civil* (Toshio Muto, *Atti Congresso Bologna*, II, 302 y sig.). Ningún legislador intenta permitir una cierta validez al Derecho patrio. Sin embargo, aun proponiéndose realizar una recepción *en bloc*, es dudoso que quiera, al propio tiempo, excluir totalmente al Derecho nacional. El Derecho actual puede cambiar mañana, pero los hombres no cambian, y para los hombres rige el Derecho ahora y en el futuro. Vid. también Schwarz, *La reception et l'assimilation des droits étrangers*, en *Recueil Lambert*, II, 584 y sig.

(22) De la nueva literatura véase D'Arbois de Jubainville, *La famille celtique*; los *Studies in early Irish law* publicados por la Royal Irish Academy, mediante la colaboración de una serie de doctos profesores. Además Thurneysen, *Coic Conara Fugill, ein altirischer Rechtstext* (*Abhandl. Berlin ph. h. Kl.* 1925 Nr. 7). La tesis sostenida por Meijers, con gran acopio de doctrina, de un «derecho ligúrico» propio de una población prehistórica, no indogermánica, extendida por los Alpes con restos de este Derecho, conservados más tarde entre los colonizadores románicos y germánicos, es demasiado hipotética para ser considerada aquí. Vid. H. Meyer, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.* 50 (1930), 354 y sig.

(23) El conocedor de la historia del Derecho no debe esperar grandes sorpresas de la investigación sobre los componentes no germánicos de Europa. Trátase de dos grupos jurídicos, que en relación con el Derecho romano recibido, pertenecen a un grado de desenvolvimiento más primitivo. Estos Derechos, como enseña el Derecho comparado, en lo que se refiere a la esfera jurídico privada, no coinciden simplemente en los principios, si que también, por basarse en condiciones sociales análogas, en los detalles. Vid. también, pág. 286-7.

ser, pues, como una lucha encarnizada entre romanismo y germanismo en el campo del Derecho, y siendo como es el germanismo un elemento no menos europeo que pueda serlo el romanismo, la mezcla y la lucha entre ellos, es la misma Europa. De lo dicho se desprende que en orden a toda una serie de problemas histórico-jurídicos, no basta con estudiar éstos, sobre una amplia base y en su común fundamento germánico cuando éste es todavía perceptible, para luego, cuando se desarrollan las nacionalidades, hacerles objeto de estudio, desde el punto de vista de la historia del Derecho nacional respectivo. Se impone, antes bien, el estudio comparativo de estos problemas, entre los cuales, por su carácter europeo, figura de modo insoslayable la recepción. Desgraciadamente la germanística alemana, llamada con innegable preferencia a resolver estas cuestiones, no manifiesta inclinación alguna hacia ellas (24). Por lo

(24) La indiferencia por el estudio comparativo de los problemas jurídicos debe imputarse a la escuela histórica alemana. Vid. Moeller, *Die Trennung der deutschen und der römischen Rechtsgeschichte* (1905), 57 y siguiente; Stontzing-Landsberg, III, 2, 208; Del Vecchio, *Die idee einer vergleichenden, universalen Rechtswissenschaft*, *Arch. f. Rechts-u. Wirtschaftsphilosophie*, VII (1914), 6 y sig. (de la separata). Esto es comprensible si se piensa que el estudio comparado de los Derechos conduce a la aceptación del Derecho natural. Vid. Koschaker, *Festschr. f. Hirt*, I (1936), 150; Schönfeld, *Gesch. d. Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* (1943), 207 y sig., 562 y siguiente. Este estudio comparativo tiene, pues, sus raíces en la orientación iusnaturalista de la ciencia del Derecho. De hecho, autores como Fuerbach, Thibaut, Gans, en los albores de la escuela histórica, admitieron el estudio comparativo de los Derechos e incluso le dieron impulso fuera de la escuela. Vid. Moeller, 48 y sig., 59 y sig., 55 y sig. Esta, en cambio, que apartada del Derecho natural, tenía su interés puesto en el Derecho positivo romano y en el alemán, y especialmente en el primero de estos dos, no dejaba lugar alguno para el estudio de los restantes Derechos. Savigny, *System d. heutigen röm. Rechts*, I, 52 y sig. no desconoce que todo Derecho posee al mismo tiempo un elemento específico y otro general apoyado en la naturaleza humana, condena el método de destacar en el estudio de un sistema jurídico, uno u otro de ambos elementos y prescinde del estudio comparativo de los Derechos cuando tal estudio considera ese elemento general como basado en la textura moral de la humana naturaleza tal como ésta es en la comunidad de vida cristiana y se le mezcla con los principios de la *aequitas* y de la *publica utilitas*. Con esta actitud se priva de sustancia y contenido al estudio comparado de los Derechos y se mantiene con respecto a él una actitud formalmente reverente aunque de recusación en el fondo. Esta actitud

demás, *peccatur intra muros et extra*. H. Mitteis reprocha esta misma actitud a los historiadores franceses del Derecho (25).

B) EL DERECHO ROMANO SEGÚN LOS GERMANISTAS ALEMANES Y EL NACIONAL-SOCIALISMO

El estudio del problema de la recepción ofrece dificultades para los germanistas y romanistas alemanes, las cuales son debidas también a otras causas. Aproximadamente desde mediados del siglo XIX, constituye un dogma para la germanística alemana, el considerar la recepción del Derecho romano en Alemania como una calamidad nacional, como una violación perpetrada por los romanos en la infeliz Germania que causó la muerte del Derecho propio de este país; como una especie de quiste extraño y maligno aparecido en el cuerpo del Derecho germano. Fué para los que así piensan, el Derecho romano, un veneno solapado que inficionó y contaminó el robusto organismo del Derecho alemán (26). Estas afirmaciones extremas no se hallan, desde luego, en todos los autores. Pero raro será el libro de un moderno germanista alemán, que al enjuici-

produjo sus efectos, y no hay país alguno en que la ciencia y la enseñanza del Derecho comparado, juegue un papel de menor trascendencia que en Alemania. Vid. Schwarz, *Röm. Recht a. d. Universität Zürich* (1938), 67, nota 41; Isay, *Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens* (1924); Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (*Münchener juristische Vorträge*, I, 1925), en el cual habla al mismo tiempo de un aislamiento del Derecho alemán.

La germanística alemana del siglo XIX, en su aspiración de construir un Derecho privado común alemán, impulsó el estudio comparativo del Derecho, pero limitado a los Derechos particulares alemanes. Resultaba adecuado este procedimiento para el fin que se proponían los germanistas, pero era al mismo tiempo evidente el vicio de unilateralidad de que adolecía.

(25) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, 63, 148. Por otra parte los trabajos de H. Mitteis (véase especialmente *Der Staat des hohen Mittelalters*, 1940), muestran la fertilidad del estudio de determinadas instituciones, no sólo en la evolución nacional de éstas, sino desde un punto de vista europeo, y teniendo en cuenta su desenvolvimiento en otras zonas culturales de la misma Europa.

(26) Vid. suplemento, pág. 503.

ciar el fenómeno de la recepción, no coincida en lo esencial con estas aseveraciones. Ciertamente que no faltan opiniones más templadas y que hay germanistas de nota, que mantienen frente al Derecho romano, una actitud más bien conciliadora. Díganlo si no, Heusler, Gerber, Stobbe. Por otra parte no deja de tener cierto sabor irónico la circunstancia de que un tratado de Derecho romano cuidadosamente elaborado, y preferido de los estudiantes sea el de Rudolf Sohm, autor de relevantes condiciones pedagógicas, si bien como jurista, figure entre los más destacados germanistas alemanes (27).

Este juicio sobre la recepción es un reflejo parcial de la enconada oposición entre romanistas y germanistas, la cual constituye una verdadera peculiaridad alemana no digna, en verdad de imitación, y que no se da en los demás países (28). Esta

(27) Heusler fué discípulo de los romanistas de Zürich y Keller, que como discípulo de Savigny, introdujo en Suiza las teorías de la escuela histórica alemana, acertó como auténtico suizo a liberar éstas de sus características exageraciones, consiguiendo una conexión orgánica entre el Derecho alemán y el romano. Vid. infra, pág. 376. Esta actitud moderada hace que el germanista Heusler adopte frente al Derecho romano una actitud llena de comprensión. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 465 y sig.; Schwarz, A. v. Tuhr (1938), 17 y sig. Gerber que no encontraba desaconsejable para la construcción de una dogmática del Derecho privado alemán el auxilio del Derecho romano y que pasa por esta razón como germanista romanizante, fué también, como su discípulo Stobbe, y más tarde Sohm, profesor en Leipzig. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 780 y sig., 891 y sig. Lo mismo puede decirse del romanista Kuntze (1824-1894), el cual aspiró en muchos de sus trabajos a relacionar entre sí los Derechos alemán y romano. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 839 y sig. ¿No juega en la actitud de estos hombres cierta influencia el *genius loci*? Recuérdese que en el siglo XVI Melchor v. Ossa defendía el bartolismo contra el humanismo en Leipzig, que esta ciudad fué sede de un importante Tribunal de jurados, y que en el siglo XVII Benedicto Carpov, el Bartolo alemán y destacado representante del *usus modernus pandectarum*, actuó también en Leipzig y fué profesor ordinario de su Facultad de Derecho. Vid. supra, págs. 159, 160, 172. Leipzig, es pues, una de aquellas ciudades que aspiraron a conseguir un enlace orgánico en el estudio de los Derechos romano y alemán.

(28) Una notable particularidad: Los candidatos franceses al Doctorado en Historia del Derecho se hallaban antes obligados a presentar dos trabajos, uno sobre tema romanístico y otro que había de versar sobre Historia del Derecho francés, y por tanto, este último esencialmente germanístico.

peculiaridad alemana se mantiene hasta el actual momento (29) y todavía se ha agudizado en la época del nacional-socialismo, pues por la repulsión sentida por este régimen hacia el Derecho romano, los círculos germanísticos alentaron la esperanza de verse liberados del peligro que para el alma germánica entrañaba, la penetración del Derecho de Roma. Al mismo tiempo se creyó conseguir que la nación, al amparo del nuevo régimen, se saturase progresivamente del espíritu germánico. Hay que reconocer que la primera de estas esperanzas se ha visto cumplida.

Vale la pena referirse aquí a los orígenes de esta oposición. El hecho de que los inicios de la ciencia germanística se remonten a la fecha de aparición del libro de Hermann Conring, titulado *De origine iuris germanici* (1643), demuestra que la antinomia romano-germanística no puede ser muy antigua. La obra que comienza con la conocida leyenda de que el Derecho romano fué introducido en Alemania por una ley del emperador Lotario II, asestó, habida cuenta del pensamiento de la época, un rudo golpe a la autoridad del Derecho romano (30). Sin embargo, Conring, aun cuando en ocasiones juzga al Derecho romano con severidad, no es enemigo de éste (31). Los iusnaturalistas, en cambio, durante la primera mitad del siglo XVIII emiten sobre el Derecho romano juicios y opiniones que por su acrimonia recuerdan la crítica del humanismo sobre el *mos italicus* (32). No voy ahora a entretenerme con estas crí-

(29) No creo que tenga fundamento el optimismo de Fleischmann, *Melanges Fitting*, II, 656, porque afirmase en 1907 que se debía renunciar a los extravíos a que había conducido la disputa entre romanistas y germanistas y hablarse solamente de mentalidad germanista y romanista. Esto último no entrañaba, en verdad, ninguna conquista importante. Un jurista alemán, fuera éste profesor o práctico, debía tener una mentalidad germanista, la cual no excluía la posibilidad de una actitud imparcial frente al Derecho romano.

(30) Vid. Stintzing, II, 3 y sig., 18 y sig., 178 y sig. y supra, pág. 179.

(31) Vid. Stintzing, II, 5; V. Moeller, 12; Wolf, *Grosse Rechtsdenker d. deutschen Geistesgech*, 213 y sig.

(32) Así, por ejemplo, Thomasio (citado por Wolf, ob. cit., págs. 384 y siguiente), afirma que «no hay libro más insulso y simple que las *Justiniani Institutiones*». Conocida es también la manifestación del iusnaturalista holandés Schorer, de que es más fácil encontrar una perla en un muladar que en el *corpus iuris* una idea utilizable. Vid. van Oven, *Atti Congresso Bologna*,

ticas ni tampoco con la exaltación con que los romanistas tratan el tema de sus amores (33). Los iusnaturalistas condenan el Derecho romano, no por ser un Derecho extraño, sino por no ser conforme al Derecho natural. Las manifestaciones a que nos estamos refiriendo proceden todas de profesores entusiasmados con su propia dirección científica y su especialismo, y animados de no disimulada hostilidad contra toda tendencia distinta de la suya.

El siglo XVIII señala un reflorecimiento de los estudios germanísticos en general y singularmente en el aspecto histórico jurídico (34). Según Stintzing-Landsberg, III, 1, 271 (35), la voz «germanistas» opuesta a la de «romanistas», para designar uno de los dos partidos antagónicos, aparece por primera vez en la obra de Hauschild sobre la Constitución judicial de los alemanes (1741). Sin embargo, justo es reconocer que la lucha en este tiempo no había entrado todavía en la fase aguda. Ya en el siglo XVII Schilter (1632-1705) pudo escribir *Praxis iuris romani in foro germanico*, obra en que se expone el desenvolvimiento jurídico alemán; y el libro *Institutiones iuris ex*

II, 51 y sig. También el título del escrito de Thomasio, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato receptae in foris Germanorum* (1703), prueba su falta de simpatía hacia el Derecho romano. En este escrito pretende su autor probar que el derecho a reclamar indemnización por el daño aquiliano, rigió en Alemania por ser de Derecho natural y que esta misma *lex Aquilia*, en cuanto se desvía de los principios iusnaturalísticos que constituyen su fundamento, no ha sido recibida. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 92.

(33) Son citados frecuentemente. Fuchsberger en su traducción de las Instituciones (1935); «si desapareciera el Derecho romano, volverían los hombres a un estado salvaje, se alimentarían de bellotas y el más fuerte oprimiría al más débil»; Vigelius (1529-1600), profesor en Marburgo, en su *Methodus de retractu, praef.*, pág. 20, en el mismo supuesto enunciado por Fuchsberger: *mahometicae iurisprudentiae ad occidentis regna occupanda iter apertum*, con lo que el autor alude indudablemente al peligro turco. En otro lugar dice que la eliminación del Derecho romano es *nihil aliud quam vincula imperii romani dissolvere* (todo según Stobbe, II, 113, nota 8). El último pensamiento que percibe con claridad la relación del Derecho romano con el imperio alemán se halla en el boloñés Zoanetti (vid. supra, pág. 120, nota 55).

(34) Frensdorff, *Das Wiederstehen des deutschen Rechts*, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, germ. Abt. 29 (1908), 18 y sig., 27 y sig.

(35) Vid. también Frensdorff, 48, nota 1.

principiis... tum romani, tum germanici (1685) (36). Representantes de la «jurisprudencia elegante», tales como Brunnquell, Heinecius, y otros como v. Selchow, publican exposiciones conjuntas de Derecho romano y alemán, o se ocupan de uno y otro en la misma obra, si bien Heinecio concede indudable preponderancia al Derecho romano (37). A éstos siguen, fuertemente influenciados por el Derecho natural, los enciclopedistas como Reitemeier y Hufeland, con sus exposiciones de los Derechos particulares vigentes en Alemania, estudiados en relación con el Derecho romano (38). Más que de verdaderos estudios de historia del Derecho, se trata de obras sobre antigüedades jurídicas (39). Sólo a fines del siglo XVIII se inicia en los precursores de la escuela histórica de los círculos de Göttingen la tendencia a tratar separadamente ambas materias; Pütter (1725-1807) postula tal separación, y Hugo (1764-1844) la lleva a efecto. Estos maestros operan con un concepto de la historia del Derecho, que si bien supera la simple recopilación de antigüedades jurídicas, exige, al mismo tiempo, un dominio de las fuentes, que rebasa con mucho las posibilidades individuales de entonces (40). La escuela histórica asumió esta tarea y consiguió la polarización de los investigadores alemanes en los campos del germanismo y del romanismo. Pero esta polarización

(36) Stintzing-Landsberg, III, 157 y sig., 61 y sig.

(37) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 175 y sig., 179 y sig., 308 y sig.; V. Moeller, 27 y sig., 32 y sig.; Frensdorff, 15.

(38) V. Moeller, 27 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 1, 946 y sig. Uno de éstos es Bluhme (1797-1874) con su *Encyclopädie der in Deutschland geltende Rechte*. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 289 y sig., 475 y sig. Su nombre irá asociado largamente a la historia del Derecho romano, por la reconstrucción del procedimiento seguido en la compilación de los Digestos que a él se debe. Es celebrado como romanista, competente también en Derecho alemán. Fué durante mucho tiempo magistrado del Tribunal Superior de Apelación de Lübeck. Quizá fué en este puesto donde aprendió que los Derechos romano y alemán debían ayudarse mutuamente, más bien que servir de tema de encarnizada polémica a sus respectivos representantes.

(39) Moeller 5 y sig.

(40) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 13, 42; v. Moeller, 39, 44 y sig.; Zwilmeyer, *Die Rechtslehre Savignys* (*Leipziger rechtswissenschaftl. Studien*, 37, 1929), 2 y sig.; F. v. Hippel, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan* (1931), 19 y sig.

no suponía, entiéndase bien, desconocimiento y hostilidad recíprocos en el sentido que uno de los grupos ignorase totalmente las aportaciones y actividades del otro. Esta hostilidad recíproca sobrevino a fines de 1830. Resulta difícil determinar los motivos de esta lamentable actitud. Es posible que a ello haya contribuido la decepción de los germanistas, motivada por la circunstancia de que el espíritu del pueblo alemán dirigido por Savigny, mostrara a la sazón, indudable interés por el Derecho romano. Decisivo a este respecto fué, sin duda, el auge del movimietno nacional que condujo a la revolución de 1848. Portavoz en esta lucha ha sido Jorge Beseler, tan docto como buen polemista. Profesor de Basilea, Rostock, Greifswald y de Berlín últimamente, fué miembro de la Asamblea Nacional de Frankfurt y más tarde del Parlamento alemán y de la Cámara prusiana de los Señores. En su discurso inaugural de Basilea (1835) denigró la recepción, considerándola como un forzado extravío del pueblo alemán. Las ideas fundamentales de este discurso fueron más tarde desarrolladas por el autor en el famoso libro titulado *Volksrecht und Juristenrecht* (Derecho popular y Derecho de juristas). En el año 1839 fundan los germanistas Reyscher y Wilda (41) su órgano de lucha, la revista *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* (Revista del Derecho alemán y de la ciencia alemana del Derecho). En 1846 y 1847, en Frankfurt sobre el Main y en Lübeck, se celebra un congreso de germanistas y a él acuden algunos especialistas de Derecho romano, a decir verdad, más bien en calidad de acusados que de invitados. Se trató en este congreso de la recepción del concepto de Derecho común y del Derecho privado común alemán (42), temas todos a propósito para ser estudiados por un par de docenas de profesores alemanes especialistas. El caso resultaba verdaderamente cómico,

(41) Más tarde profesor en Halle. Su nombre de familia es Seligmann y adoptó el de su padrastro Wilda. Vid. Kisch, W. E. Wilda, en *Mittel-deutsche Lebensbilder*, publicado por la Comisión histórica de la provincia de Sajonia y Anhalt V.; *Lebensbilder des XVIII u. XIX Jahrhunderts* (1930), 339 y sig.

(42) Lo dicho en el texto es según Stintzing-Landsberg, III, 2, 496 y siguiente.

y es síntoma de la angostura mental alemana en aquella época, el hecho de que estas cicaterías de profesores tuvieran notable repercusión y trascendencia. Produce sorpresa el comprobar que una institución tan sensata como el Congreso alemán de juristas, tenga su origen en esta extraña asamblea de germanistas. Pero pronto el encrespado mar se aquietó y la agrupación casi gremial de romanistas y germanistas, cerrada e impermeable, quedó como un lamentable fenómeno específicamente alemán.

En una atmósfera tan cargada —no de prejuicios, sino de dogmatismos, un nuevo examen del problema de la recepción resulta poco prometedor y fructífero. Por otra parte, el fin que persigue este trabajo no es el de glorificar o condenar la recepción en Alemania, porque la importancia del Derecho romano para el jurista moderno radica en la eficacísima ayuda que este Derecho ha prestado a la construcción de la ciencia jurídica europea, y esta aportación del Derecho de Roma es completamente independiente de su recepción. Con lo dicho resulta innecesario tomar partido respecto a la opinión predominante entre los germanistas en orden al fenómeno que estamos estudiando. Sólo exceptuamos la cuestión de si la recepción constituye en verdad un fenómeno de penetración extraña y violenta, pues la respuesta que se dé a la misma, tiene indudable importancia.

La consideración histórica de este problema impone la tarea de examinarlo, primeramente en relación con las personas que cooperaron a la recepción o que por la recepción fueron afectadas. Todo aquel que suscriba nuestras disquisiciones sobre el pensamiento sometido a la autoridad (43), habrá de constatar de modo negativo la cuestión planteada. En efecto, en el sentir de los juristas que trabajaron en favor de la recepción del Derecho romano en Alemania, la legislación justiniana, por su carácter autoritario, postulaba una inmediata obligatoriedad, y esto, tanto por su condición de romano, como por su carácter de legislación imperial. Sobre si esta legislación tuvo en Alemania fuerza de ley no cabe discusión (44), pues con el solo

(43) Vid. *supra*, págs. 89 y 179.

(44) Below juzga la recepción con excesiva adustez cuando estima que la actitud de los juristas de la recepción, fué la de adoptar el Derecho romano

enunciado del teorema de la recepción *in complexu* y la *fundata intentio in iure* de todo aquel que invoca el Derecho romano, queda tal cuestión sobradamente contestada (45). El pensamiento de que la recepción imponía innecesariamente al pueblo alemán un Derecho extraño, no cruzó siquiera por la mente de estos juristas. Además el *corpus iuris* contiene Derecho imperial y no puede afirmarse que el Derecho imperial sea Derecho extraño, a pesar de que en la época de la recepción exista ya, como no puede menos de reconocerse, un auténtico sentimiento nacional (46). Seguramente que la recepción disgustó a algunos grupos de personas, a algunos estamentos; y, en efecto, sabemos de quejas formuladas por la nobleza, por las Dietas y, sobre todo, por los labradores para cuyas múltiples relaciones de dependencia carecía el Derecho romano de normas adecuadas (47). Es sintomático que estas quejas vayan dirigidas contra quienes manejaban ese Derecho, es decir, contra los sabios

porque consideraron razonable adoptarlo, siéndoles indiferente el Derecho patrio.

(45) La tesis de Conring de que el Derecho romano fuera recibido por costumbre y de que para cada precepto jurídico se plantea la cuestión de su recepción (Wieacker, *Vom römischen Rechts*, 253), si bien repercute en lo dicho, no lo excluye.

(46) Lo que niega Stintzing, I, 48. Vid. sin embargo infra, pág. ooo. Además Stobbe, I, 639 y sig.; Kunkel, *Altere Stadtrechtsreformationen*, página XII, afirma con razón que allí donde el Derecho alemán es defendido, esta defensa se hace siempre con invocación de los usos locales y nunca desde el punto de vista de un ordenamiento verdaderamente popular. La idea de un Derecho alemán surge en el siglo XV y sólo muy lentamente va conquistando terreno. Vid. supra. Vid., además, v. Below 140 y sig.; en la época de la recepción se recurre al Derecho romano, no en virtud de un ideal nacional unitario, todavía inmaduro, sino para evitar la incomodidad del particularismo jurídico.

(47) Constituye una exageración de la fuerza del Derecho romano el hacer a éste responsable de la situación de los labradores en los señoríos territoriales de la parte oriental del Elba. Es más justo decir que el Derecho romano suministró los argumentos precisos, en cuanto hizo posible construir jurídicamente la situación de los labriegos vasallos, como un simple arrendamiento. Lo ocurrido fué más propiamente, en último término, una cuestión de poder y la superestructura jurídica la hubiera proporcionado un Derecho cualquiera en el supuesto de que no se hubiera podido disponer del romano. Vid. Brunner-Schwerin, *Grundzüge d. deutschen Rechtsgesch.* (1930), 248 y siguiente.

doctores, extranjeros en buen número (48), contra sus sutilezas (49) y su codicia, que privaban al Derecho de «su fundamento de verdad, y contra su desordenada ambición, que sembraba la desconfianza entre los hombres» (50); se pedía un Derecho que «garantizase al pobre la libertad y el mismo acceso a él que tenía el rico» (51).

No se puede desvirtuar el valor sintomático que tienen estas citas, alegando que las quejas aludidas no se dirigen contra el Derecho romano en sí mismo, sino contra aquellas personas que lo representaban. De otra suerte atribuiríamos a aquellas gentes del siglo XVI una capacidad de distinción que en verdad se hallaban muy lejos de poseer. Al atacar a aquellos sutiles doctores, se atacaba también el Derecho por ellos administrado. Pero con todo, una cosa resulta cierta: Determinadas esferas y ciertos grupos del pueblo alemán, se opusieron al Derecho romano porque éste o sus representantes, lesionaban sus intereses, y por este motivo consideraron aquel Derecho como socialmente injusto. Harto conocida es la motivación socialista que determinó el movimiento campesino del siglo XVI (52). No se rechazó el Derecho romano porque éste fuera un Derecho extraño, es decir, por motivos nacionalistas. A este respecto tienen plena razón Muther (53) y Below (54), los cuales han es-

(48) Vid. v. Below, 68 y sig.

(49) O contra su táctica dilatoria favorecida por el proceso romano-canónico y de la cual nos informa Oldendorp, *Disputatio forensis de iure* (1541): *forma igitur iudiciorum quo nunc utimur neque ordo est neque processus, sed magis confusio. Malum esse advocatum qui patiaturs intra decem annos litem contestari cum tutore et curatore* (citado por Flach, *Nouv. rev. hist.*, VII (1883), 221).

(50) Así los acuerdos del congreso de campesinos de Heilbronn 1525 (según Stobbe, II, 51 y sig.). Las mismas quejas contra los doctos juristas percibimos en Francia durante el siglo XIII; las provocan ciertos casos pero también van dirigidas contra aquel *qui cherche ses chicanes dans la coutume*. Vid. Meynial, *Remarques sur la reaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XII^{eme} et XIII^{eme} siecles*, en *Melanges Chabaneau, Romanische Forschungen*, publicado Vollmöller XXIII (1907), 557 y sig., 562 y siguiente, 567.

(51) Vid. Stobbe, II, 138, nota 90.

(52) Stintzing, I, 69 y sig., 71.

(53) *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, IV (1864), 381 y sig.

(54) Ob. cit., 67-102.

tudiado a fondo este problema. Hablar de repulsión unánime del Derecho romano o de repugnancia sentida hacia el mismo por amplias esferas del pueblo alemán, sería una exageración. Ciertamente que el pueblo alemán, excepción hecha de los juristas, no sentía simpatía alguna por el Derecho romano, pero cierto también que no abrigó hacia él antipatía. Le era simplemente indiferente y produce sorpresa comprobar con qué rapidez y casi sin fricciones, se va consumando la recepción del Derecho romano en Alemania (55).

La estimación de la recepción como ingerencia extraña, se basa en un juicio *ex post*. Este modo de valorarla prueba únicamente que desde el siglo XIX un importante grupo de profesores alemanes consideró la recepción como un verdadero desastre nacional. Tales valoraciones son consecuencia de un derecho que debemos reconocer en todo historiador: un mismo acontecimiento, según la postura que frente a él se adopte, puede ser estimado como desgracia o como bendición, una misma personalidad histórica puede ser juzgada como un bribón o como un santo. Estos juicios son determinados por una fuerte dosis de subjetivismo y poseen una condicionalidad temporal. Nadie dudará de la pureza de los motivos que impulsaron a los germanistas a condenar la recepción. Pero en todos los tiempos, y especialmente en el siglo XIX, hubieron romanistas alemanes que pensaban de muy diverso modo y ¿creará alguien que éstos, por su opinión discrepante, deben ser estigmatizados como traidores al pueblo alemán? Véase, pues, a qué lamentables consecuencias conduce la extremosidad y exageración en los juicios, originados en la enconada oposición existente entre romanistas y germanistas. Quisiéramos, por nuestra parte, acercarnos más a la entraña del problema, preguntándonos qué fue lo que pensaron de la recepción sus contemporáneos, y más especialmente, preguntarnos si en realidad estimaron éstos la recepción como ingerencia de un elemento extraño. La respuesta ha de ser negativa, pues si bien el Derecho romano sufrió los embates de críticas y denuestos, ello no fue debido, como ya hemos dicho, a consideraciones de carácter naciona-

(55) V. Below, 101 y sig., 163 y sig.

lista. El hecho resulta más sorprendente todavía si se tiene en cuenta que en el siglo XVI, en el agopeo de la recepción, y por influjo de la Reforma, se produce en Alemania una fuerte oleada nacionalista, la cual afecta a zonas muy extensas del país (56). No cabe la menor duda que la aceptación de un Derecho privado extraño, no constituye el mejor substrato para el ensayo de ideologías nacionalistas. Esta consideración nos lleva de nuevo a nuestro punto de partida. La consideración de la recepción como ingerencia de elemento extraño es una teoría profesoral de los germanistas alemanes del siglo XIX, la cual, al mismo tiempo de su formulación, fué arrollada por los acontecimientos. Es dudoso que esta teoría trascendiese a otras esferas que no fueran las de los aludidos ambientes profesoriales.

Confírmase esta sospecha dirigiendo nuestra mirada a la actualidad. El Nacional-socialismo provocó indudablemente una fuerte exaltación del sentimiento nacional en extensas zonas del pueblo alemán. Podría tal vez pensarse que este régimen político, para fortalecer su repulsión hacia el Derecho romano y la condena lanzada contra éste, aceptara y desarrollara los argumentos de los germanistas alemanes. Pero nada de esto sucedió. A tenor de ciertas manifestaciones oficiales y oficiosas, se puede afirmar que la condenación del Derecho romano se apoya en puntos de vista distintos de aquel que considera este Derecho como elemento totalmente extraño al Derecho alemán. El motivo por el que se rechaza el Derecho romano se halla en la «ley fundamental de todos los alemanes», esto es, en el Programa del Partido nacional-socialista de 24 de febrero de 1920, cuyo punto 19 postula la «eliminación del Derecho romano que sirve a una ordenación materialista del mundo» y se descalifica este Derecho por ser considerado como individualista y antisocial. Sobre esto hablaremos más adelante. El otro motivo, el del *ajudiamiento* del Derecho romano, apenas si es tenido en cuenta en los últimos años del Nacional-socialismo, por lo menos, oficialmente. No agradó ciertamente discutir este

(56) Véanse los hechos recogidos por Köhler, *Die deutsche Kaiseridee am Anfang des XVI Jahrhunderts*, *Hist. Zeitschr.*, 149 (1934) 48 y sig. Me satisface ver confirmada la opinión que sustento en el texto, por Wieacker, *Vom römischen Recht* (1944), 228, 241.

presunto carácter del Derecho romano, bien porque se considerase falso (57), o bien por deferencia obligada a los aliados italianos, deferencia que, por otra parte, no debe ser sobrevalorada (58). En 1939 un eminente romanista, afiliado al Nacional-

(57) Esto es también aplicable a las modernas recepciones. La recepción del Derecho romano en Alemania tropezó, como se desprende de las fuentes, con fuerte resistencia en muchos lugares y en otros tuvo, en cambio, propicia disposición. Vid. respecto a Frankfurt a M. M. Coing, *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt a. M.* (1939), 143 y sig., 147 y sig., 173 y siguiente, 178 y sig., 181 y sig. Cuando Rumania en 1864 introdujo el *code civil*, el Japón, publicó en 1898 un Código de Derecho privado cuyos elementos componentes eran el *code civil* y los proyectos del Código civil alemán, y Turquía en 1926 adoptó el Código civil suizo, de un solo golpe, en lugar del sistema jurídico hasta entonces imperante en estos países, comenzó a regir una ley nueva y totalmente distinta de las anteriores. Estas recepciones están, por tanto, respecto a la tradición cultural y social de los mencionados países, en más fuerte contraste que el que supone la recepción del Derecho romano en las naciones europeas donde ésta tuvo lugar, pues tal recepción acaeció lentamente y el Derecho romano recibido tuvo solamente una función subsidiaria. Y esto es cierto aun teniendo en cuenta que por lo que se refiere a determinadas materias íntimamente ligadas al sentimiento nacional, en estas modernas recepciones, se dejó subsistente el Derecho patrio (vid. supra, pág. 221), pues tampoco en tales materias penetró el Derecho romano. Apenas si en estos países se formulan quejas, ni siquiera críticas, por los germanistas alemanes, las cuales, en tales circunstancias y por el carácter extraño del Derecho recibido, hubieran parecido motivadas.

Tampoco estimo de peso el argumento esgrimido con frecuencia (vid. recientemente de Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien* (1939), 14), de que no tiene nada de vergonzoso aceptar un bien, culturalmente superior, y de que no es propio del carácter alemán el oponerse a una más alta cultura espiritual de otros países, siquiera este argumento vaya respaldado por la autoridad del emperador japonés Mejdski, el cual proclamaba en 1876: «Para que el celeste imperio florezca y prospere, debe buscarse la ciencia en todo el mundo» (citado por Toshio, Mutuo, *Atti congresso Bologna*, II, 303). Este argumento mantiene íntima conexión con una idea que nosotros hemos rechazado, a saber, que fué la superior calidad del Derecho romano lo que determinó su recepción. La europeización de el Japón se produjo por haberse apropiado esta nación las conquistas técnicas de la cultura europea. Se puede adoptar un mejor modelo de fusil o de ametralladora enemigos, aun cuando nos lo procuremos por el espionaje, pero esto no puede aplicarse a fenómenos de tan fuerte carácter espiritual como la recepción o las mismas recepciones modernas (vid. supra, pág. 205-206).

(58) Hitler mismo no tenía un elevado concepto del fascismo, porque para él los italianos no eran gentes guerreras. Obtengo esta nota del libro de

socialismo, E. Schönbauer, declaraba solemnemente que el Derecho romano no estaba judaizado (59). Sin embargo es indudable que el convencimiento de la verdad de esta característica, atribuída al Derecho romano, jugó un papel de cierta importancia (60) en los primeros años del régimen, y que mu-

Rauschnig, muy difundido en toda Europa y que me es conocido por su traducción francesa *Hitler m'a dit* (1939). Este libro se apoya en las conversiones que el autor, como Presidente del Senado de Danzig, 1932-34, mantuvo con Hitler.

(59) *Festschr. Koschaker*, II, 388.

(60) No deja de ser culpable de su aparición la misma ciencia romanística por su tesis de la orientalización del Derecho romano tardío, la cual fué ganando terreno entre los romanistas a principios de nuestro siglo. No podemos examinar el grado de verdad que esta tesis contiene. Debemos observar, sin embargo, que la palabra «oriente» se adopta aquí siempre con referencia a la división del imperio romano en las dos mitades oriental y occidental, incluyéndose en la primera, y de modo relevante, Grecia y los territorios costeros del Mediterráneo oriental dominados por la Cultura helenística. Spengler, en su libro *La decadencia de Occidente*, II, 77 y sig., publicado al terminar la primera guerra mundial, suscribió y exageró esta teoría atribuyendo a los juristas de la época clásica la condición de arameos, de hermanos de raza de los Tannaim que completaron la Mischna. De Spengler pasó esta tesis, todavía más deformada, con la afirmación del adjudiamiento experimentado por el Derecho romano, a los escritores nacional-socialistas. En *Die rassengestzliche Rechtslehre* (*Nationalsozialistische Bibliothek*, 39, 1932), *Rasse und Recht* (1933), 10 y sig., 39 y sig., acepta la tesis en esta forma, dejando al lector la opción entre admitir este adjudiamiento del Derecho romano en el momento de la aparición de los plebeyos, o en época tardía.

Con estos datos puede explicarse mejor esta teoría. Vid. también Koschaker, *Deutsche Rechtswissenschaft*, V (1940), 114 y sig. Schönbauer, ob. cit., 158, 388; creyó hallar la causa en la circunstancia de que durante los últimos tiempos un gran número de profesores de Derecho romano en Alemania eran judíos. Pero aun aceptando y no concediendo que sea exacta la afirmación, se podría concluir a lo sumo que la enseñanza del Derecho romano en Alemania estuviera influenciada por un espíritu judaico. Los escritores nacional-socialistas que recibieron sus conocimientos romanísticos de aquellos profesores, con deficientísima lógica, sacaron la consecuencia, de que ya en el imperio romano, el Derecho estaba judaizado. Sin embargo, he de hacer al respetable colega de Viena el cumplimiento de reconocer, que su argumentación no carecía de habilidad táctica. El tercer Reich procedió a la eliminación sistemática de los profesores judíos, con lo cual era dable conseguir, en opinión de los que así pensaban, una restauración del Derecho romano en su racial pureza. Esta actitud impresionaba más que los esfuerzos de algunos romanistas (vid. Schönbauer, *Zeitschr. Sav. Stift., rom. Abt.* 54 (1934), 233

chos juristas alemanes creyeron en ella. Por lo menos sucedió así con los juristas prusianos, pues tal creencia fué impuesta a éstos legalmente durante cuatro meses. Una de las primeras leyes del nacional-socialismo, la referente al patrimonio familiar, de 15 de mayo de 1933, vigente desde 1.º de junio hasta el 1.º de octubre de 1933 y sustituida por la ley de 29 de septiembre de 1933, comprueba este aserto. En el prefacio de la ley se lee (II y III) «la constitución agraria de los primeros siglos, aseguraba en Alemania la conexión (de familia y tierra) derivada del sentimiento vital del pueblo» «por vías legales penetró un Derecho extraño que destruyó el fundamento de esta constitución agraria». Y preguntamos ahora, ¿cuál es este Derecho extraño? Y la respuesta a esta cuestión puede darse con toda seguridad. Nada más extraño para el alemán de 1935 a 1945 que lo judío (61). Se puede admitir sin reserva alguna la ecuación extraño-judío. Sin embargo no hay que pensar que el legislador prusiano de 1933 creyese que el Derecho hebreo hubiera sido recibido en Alemania. En proyecto semejante pen-

y siguiente: *Vom Gemeinschaftselement im Bau des röm. Rechts, Vortrag am Tübinger Rechtshistorikertag*, 1936, ebenda 57 (1937), 539 y sig.; Kaser, *Röm. Recht als Gemeinschaftsordnung (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, cuaderno 126, 1939, 7 y sig.), por atribuir al Derecho romano un lugar relevante mediante el sabroso descubrimiento de que los antiguos romanos eran ya nacional-socialistas en el fondo, descubrimiento que, por otra parte, habría menguado la originalidad y novedad que al régimen atribuían sus partidarios. Vid. el folleto de Biondi, *Romanità e fascismo, Annuario della R.universita di Catania*, 1928/29 en el que manifiestan tendencias muy semejantes.

(61) En un gran conocedor del alma alemana, K. Barth, *Zur Genesung des deutschen Wesens* (1945), 53, 61, leo que los alemanes, en cuanto a su modo de ser y destino, tienen mucho de común con los judíos y propenden a obedecer el mandato o la consigna que les son impartidos desde un puesto central. En esta característica radica, en gran parte el antisemitismo alemán de la época nacional-socialista, incluso en el propio partido. Hitler, en su juventud, vivió en Viena un agudo antisemitismo, y llegó a concebir al judío como encarnación del principio del mal y opuesto radicalmente al alemán, si bien no negaba un cierto interno parentesco existente entre ambos pueblos. Vid. Rauschning, 262 y sig., 265, 269. La hostilidad alemana contra los judíos es cosa importada y que cesará cuando desaparezca ese poder de mando del sistema nacional-socialista. Lo dicho hasta aquí sirve de justificación a lo que en el texto se afirma.

saron los reformadores en su celo por el Antiguo Testamento; Melanchthon quiso sustituir el Derecho romano-canónico por el Derecho mosaico, y un duque sajón, Juan el Constante, hermano menor y corregente del elector Federico el Prudente, fué, por fin, determinado, no sin grandes esfuerzos, a desistir de su proyecto de dar en su territorio vigencia al Derecho mosaico (1524) (62). El legislador prusiano se refirió más bien al hablar de un Derecho extraño, al Derecho romano, al cual se achacaba en estos tiempos y en todos los periódicos, el haber convertido la tierra en mercancía. Así, pues, la ecuación resultaba ampliada en esta forma: extraño-judío-romano.

No es necesario hacer la crítica de las opiniones del legislador prusiano, porque el patrimonio familiar prusiano no existe ya y la ley general relativa a éste que sustituyó a la ley prusiana, evita en lo posible el uso de expresiones atrevidas, si bien la tesis sostenida en su prefacio, de que la ley con sus preceptos trata de restablecer los «antiguos usos sucesorios alemanes» no es tampoco defendible en buen criterio jurídico.

a) En la Francia meridional, el Derecho romano vigente con su principio de la libertad de testar, ha hecho perfectamente posible el que al labrador suceda en el patrimonio familiar un heredero principal. Vid. Drescher, *Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in Frankreich*, 240 y sig., en Sering, v. Dietze, *Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in der Nachkriegszeit (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 178, II, 1930)*. El Derecho romano prestó, pues, al labrador, los mismos servicios que a tenor de una interesante hipótesis de Wieacker, *Hausgenossenschaft und Erbeseinsetzung*, 17 y si-

(62) Vid. Stintzing, I, 271 y sig. En una hoja suelta (1951) citada por Stintzing, I, 268, leemos: «aboliremos los derechos imperial y clerical... y no se aceptará en adelante un estatuto penal que no esté respaldado por la ley mosaica; el hombre no debe poder castigar más duramente que Dios». Esto arroja luz sobre el movimiento de los campesinos, el cual no tendía a la mera abolición del Derecho romano sino a la de todo el Derecho secular. También Tomas Münzer sostenía la eterna validez de la ley mosaica. La misma tendencia se manifiesta en los puritanos ingleses y resulta muy significativa la cortesía con que el Lord Protector la rechaza. Vid. uno de sus discursos (1654) en Holdsworth, *A history of English law*, VI, 413: *but when they wish to bring in judaical law instead of our known laws: this is worthy of every magistrat's consideration.*

guiente, 19 y sig., 37 y sig., en *Festschr. d. Leipziger Juristen-fakultät f. H. Siber* (*Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, 124, 1940), acertó a prestar en Roma al terrateniente noble de mediados de la república. Vid. también Koschaker, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, röm, Abt.*, 63, 455 y sig.

b) El Derecho alemán sobre patrimonio familiar de 1933 es sólo en pequeña parte, desarrollo del precedente Derecho de sucesión principal (*Anerbenrecht*), y se basa preferentemente en el señorío territorial alemán. En Alemania existieron, rigiendo el Derecho romano, durante largos siglos, labradores dependientes de la tierra. La legislación del siglo XIX, influida por la revolución francesa los suprimió. No es exacto, pues, afirmar que la penetración de ese Derecho «extraño» destruyó los fundamentos de la constitución agraria.

c) No fué el Derecho romano el que convirtió la tierra en mercancía, sino ciertas instituciones tendentes a movilizar el crédito inmobiliario, aparecidas en el siglo XIX en la Alemania del Norte y en orden a las cuales resulta inútil el empeño de buscar modelos en el Derecho romano. Quien quiera tener una idea exacta de este proceso de movilización del crédito real, lea la obra de Gustavo Freytag, *Soll und Haben* («Debe y Haber»), la cual a más de ser una obra maestra de la novelística alemana, resulta altamente instructiva.

Podría objetarse que estos conocimientos no son presumibles en el legislador nacional-socialista prusiano. Admitimos el reparo. Sin embargo, hemos de convenir en que no era preciso *saber*, bastaba con *sentir*, la verdad de la antigua regla: *Lex imperat, non disputat*. Es siempre peligroso que el legislador se aventure a dar lecciones de historia del Derecho.

C) ¿PUDO EVITARSE EN ALEMANIA LA RECEPCIÓN COMO OBRA DE JURISTAS?

He expuesto ya algunos de los motivos que me vedan ocuparme del problema de la recepción, y es hora de que declare, si he de decir algo en general a propósito de la misma. Anticipo que, desde luego, algo he de decir sobre este problema, pero la cuestión que voy a plantear es muy distinta. No me interesa dilucidar aquí qué fué la recepción, cómo y por qué tuvo lugar, sino más bien examinar si la recepción pudo ser evi-

tada en Alemania. El examen de esta hipótesis es, a pesar de su irrealdad, altamente instructivo. La respuesta a esta cuestión puede ser facilitada con el estudio de la evolución jurídica en Inglaterra y en Francia. Con este estudio satisfago la exigencia, formulada en páginas anteriores, de no estudiar el problema de la recepción limitadamente a Alemania y, al propio tiempo, la de explicar la actitud de los germanistas alemanes relativamente a la recepción.

Es opinión dominante y fundada (63), la que considera que el Derecho romano fué recibido en Alemania sólo formalmente con el *corpus iuris* y materialmente a través de la elaboración a que éste fué sometido por la ciencia italiana del Derecho y por los comentaristas. Esta opinión confirma nuestra tesis (64) de que el *corpus iuris* y de entre las partes de éste, los Digestos de un modo especial, por su extensión y complejidad, jamás fueron utilizados inmediatamente en la práctica jurídica y requirieron una especie de intermediario que los hiciera accesibles a ella. En Alemania fueron éstos intermediarios los comentaristas, los cuales acusaron una tendencia práctica que consiste en cohonestar y relacionar el Derecho romano y el Derecho patrio o autóctono. Como con razón ha dicho Kocourek (65), la recepción supone como supuesto obligado la fijación por escrito del Derecho que se trata de aceptar (66). Se reciben los códigos pero no un Derecho como tal, y en modo alguno un Derecho de juristas, porque éste se halla disperso en un sinnúmero de decisiones casuísticas, las cuales resultan prácticamente inabarcables para el país extraño que pretende efectuar la recepción. Sin el *corpus iuris* no hubiera sido ésta posible. Por esto el Derecho anglonorteamericano no es susceptible de ser recibido, ya que no puede concebirse siquiera que millares de volú-

(63) Vid. Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 22 y sig., 124; v. Below, 16, 21 con literatura. La afirmación de Calasso, *Studi Besta*, II, 512 de que en Alemania la recepción fué influenciada por los humanistas y que el Derecho romano fué recibido por motivos de índole científica, me resulta incomprensible

(64) Vid. supra, págs. 114, 137.

(65) *Factors in the reception of law*, *Atti congresso Bologna*, II, 237.

(66) Las siguientes consideraciones son aplicables solamente a la adopción de todo un sistema jurídico.

menes que contienen todavía mayor número de sentencias, todo ese Derecho casuístico del *case law*, puede constituir base adecuada para el nuevo Derecho (67). Por esta razón, cuando el

(67) Vid. supra, pág. 154. Kocourek, loc. cit. No obstante el Derecho inglés se extendió por amplios territorios, no por la recepción, sino mediante la conquista, entendiendo esta palabra, no como penetración violenta del propio Derecho en los sometidos, sino más bien como *penetration pacifique*. Distintamente a lo ocurrido con muchos modernos Estados continentales, los cuales, al incorporar nuevos territorios, hallaban casi natural introducir en éstos el Derecho privado propio; fué siempre principio de la política inglesa no imponer su Derecho privado a los sometidos. En este punto los ingleses se asemejan mucho a los romanos. Vid. Riccobeno, *Studia Humanitatis Festschrift*, 1942, 97 y sig. Este principio es muy sabio. La uniformidad de los transportes, de la policía, es en tales casos mucho más importante que la del Derecho privado, especialmente cuando éste va estrechamente unido al territorio, como ocurre con el Derecho inmobiliario. La precipitación puede tener aquí lamentables consecuencias, como lo demuestra en orden a Alemania la recepción. La extensión del Derecho inglés tuvo lugar mediante la colonización, en tanto los colonizadores eran portadores de su propio Derecho. Lo confirman los casos de Norteamérica, Australia, Nueva Zelanda, etc. Para los detalles vid. Wilke, *Arch. f. Rechts-u. Wirtschaftsphilosophie*, XX (1926/27), 306 y sig. De este modo penetró el Derecho romano en los territorios del *roman dutch law* (vid. supra, págs. 113-114. Cuando la población autóctona era primitiva, no había posibilidad de someterla al Derecho inglés, sino que seguía viviendo conforme a sus propias costumbres jurídicas, mientras esta población subsistiera o no fuera absorbida por la población de los colonizadores. Con este hecho puede compararse la romanización de las costas del Mediterráneo occidental. Cuando la conquista inglesa tropezaba, como ocurrió en el caso de la India, con una población compacta, provista de una vieja cultura, se mantenían los derechos propios de esta población, esto es, el hindú y el islamítico. Guarda un cierto paralelismo con este fenómeno, el encuentro del Derecho romano con la cultura greco-helenística y parcialmente con la de Oriente, en los territorios del Mediterráneo oriental. Respecto a la India, no se puede negar un cierto influjo del Derecho inglés en la legislación ya que en 1880 se regula allí conforme al Derecho británico la materia de transportes. Vid. Sherman, *Roman law in the modern world*, I, 389 y siguiente.

El Derecho inglés, finalmente, y por efecto de la extensión de la soberanía anglo-norteamericana, tomó contacto con otros Derechos europeos tales como el *roman-dutch-law*, el español y el francés. Sucedió esto en Suráfrica, Canadá, en determinados Estados del sur y suroeste de la Unión y en algunas islas. Estos Derechos se afirmaron largo tiempo y hasta llegaron a ser objeto de codificaciones, pero con todo, el *common law* continuó penetrando en estos territorios. Llegó a ellos con el comerciante inglés y americano y tuvo gran ascendiente sobre el Derecho mercantil y la regulación de los transpor-

Japón se europeiza, a pesar de mantener relaciones culturales muy intensas con Estados Unidos, no recibe el Derecho anglo-norteamericano, sino el *code civil* y los proyectos del Código civil alemán (68).

Este Derecho romano elaborado por los comentaristas, era propiamente un Derecho de juristas (69) y fueron éstos los que formados en Italia con el estudio del Derecho romano y del canónico, facilitaron la penetración del primero de estos Derechos en la práctica jurídica alemana. Es innecesario recurrir para explicarla a la sustitución paulatina de los jueces arbitrales profanos en Derecho, por los jueces profesionales dotados de saber y pericia jurídicos. Tan importante como esta sustitución, si no más importante todavía, era el asesoramiento de las partes litigantes por abogados competentes (70) y el de los jueces arbitrales (*Schöffen*) mediante dictámenes emitidos por los secretarios municipales, profesores y abogados (71). Finalmente una parte muy importante de la recepción fué llevada a cabo a través de la actividad legislativa (72), en la cual influyen los juristas partidarios del romanismo. Piénsese en la reforma del Derecho municipal y en la compilación de *Las siete partidas* realizada por Alfonso X de Castilla. Por eso estimo exagerada la actitud de los que contraponen en agudo contraste la actividad de los jueces arbitrales alemanes que aplican al caso particular, el Derecho extraído de las convicciones y sentimientos jurídicos del pueblo, a aquella otra que aplica el De-

tes. Por último, el *common law* fué el Derecho del poder soberano y hegemónico. Los Tribunales de estos países no podían menos de tener en cuenta el *case law* angloamericano. Vid. Lee, *Atti Congresso Bologna*, II, 253 y sig.

El Derecho inglés, diversamente a lo ocurrido con el *corpus iuris* y el *code civil*, no fué, pues, recibido, sino que peregrinó con sus portadores, constituyendo un mero exponente de las cualidades de la raza anglosajona que jamás fué impuesto a los sometidos.

(68) Kocourek, ob. cit., pág. 250 y sig.

(69) Vid. supra, págs. 144, 147-148, 150.

(70) Vid. Beseler, *Volksrecht u. Juristenrecht*, 308-311 y de nuevo Coiné, *Reception des röm. Rechts in Frankfurt a. M.* (1939), 156 y sig., 180 y sig.

(71) De los consejos de las Facultades jurídicas hay rastro según Below, 134 a partir de la segunda mitad del siglo XVI.

(72) Sobre las codificaciones de tiempos de la recepción en Alemania orientadas romanísticamente. Vid. Below, 134-140.

recho escrito contenido en el *corpus iuris*; o la de los que creen que en esta época se produce una transformación sustantiva y radical en las concepciones jurídicas (73). El *corpus iuris* no es un código en el moderno sentido de esta palabra, ni una recopilación de normas jurídicas generales. Contiene una enorme masa de casos, es de carácter eminentemente casuístico, como lo fué el método empleado por los comentaristas en la confección de sus obras, si bien éstos ayudándose de la escolástica, consiguieron dar a las mismas una sistemática cada día más perceptible (74). Con ayuda de este material trabajaban los juristas de los tiempos de la recepción y decidían los casos concretos que les eran planteados. No puede decirse que interpretaran un código. Podemos afirmar que el Derecho enseñado por los comentaristas era un Derecho de juristas y que su actividad fué creadora de Derecho (75). Y esto mismo puede aplicarse a sus discípulos, esto es, a los juristas de la época de la recepción. No constituye lo dicho, ni mucho menos un descubrimiento, pues ya Beseler, en su obra *Volksrecht und Juristenrecht* (Derecho popular y Derecho de juristas) (1843) había llegado a estas mismas conclusiones. Me ha parecido oportuno recordarlas aquí (76).

(73) Vid. supra, pág. 112 y Wieacker, *Vom röm. Recht*, 246 y sig., el cual —pág. 137—, no sin razón compara las sentencias de los Tribunales de Jurados con la actividad de los juristas romanos.

(74) Apenas se puede admitir que se designe el Derecho común, siguiendo a Calasso, *Studi Besta*, II, 505 y sig., como sistema legislativo, en el cual, la actividad dogmática del jurista es la interpretación de un Código.

(75) Vid. supra, págs. 147-152 y 152 nota 26.

(76) Vid. especialmente, págs. 303 y sig., 328 y 332 y también Coing, 152 y sig.

CAPITULO XII

DERECHO DE JURISTAS

ANTES de proseguir en el desarrollo del presente ensayo, es oportuno precisar con la mayor claridad posible, el concepto de Derecho de juristas. Ya anteriormente hemos hecho frecuente uso de esta expresión y de la idea que la misma entraña, y hasta fijado algunas de sus características propias. Para los fines que este ensayo persigue, es altamente útil completar este concepto dándole una base más amplia, y establecer, mediante un estudio comparativo de algunos sistemas jurídicos, las notas distintivas propias del Derecho de juristas. Este requisito responde a una exigencia del punto de vista europeo adoptado para tratar este tema. El Derecho romano, el Derecho común construido sobre el romano, los Derechos inglés y francés —este último por lo menos en el *ancien regime*— ofrecen las particularidades específicas del Derecho de juristas. También podían ser considerados como tal, el Derecho islámico y el talmúdico. Ahora bien, estos Derechos no son europeos y por lo mismo no serán objeto de nuestra consideración (1). Por otra parte, escasea la literatura sobre ellos y yo carezco de especiales conocimientos en orden a esta materia, para poder disertar sobre ella con cierta autoridad. Limitaremos nuestro trabajo al Derecho privado, el cual constituye el dominio propio del Derecho de juristas.

A) EL ESTAMENTO DE JURISTAS CREADOR DEL DERECHO DE JURISTAS

Se puede hablar con propiedad de un Derecho de juristas, cuando la formación y elaboración del Derecho se atribuye a un grupo de personas, las cuales tiene el Derecho como

(1) Vid. *supra*, pág. 211, nota 51.

tema de ocupación profesional. A tenor de la doctrina de la escuela histórica, especialmente de Savigny (2) y de Puchta (3), es esto la consecuencia del natural desenvolvimiento del Derecho, el cual en un cierto estadio de su evolución, deja de ser patrimonio común de todos los ciudadanos. La necesidad de los «juristas» no deriva únicamente de la lenta y progresiva complicación y diferenciación social, antes bien, la aparición de los juristas, puede muy bien coincidir con la realidad de un sistema jurídico por demás sencillo y primitivo. A veces estos sistemas se hallan saturados formalmente de elementos mágicos (4); el uso de determinadas formas jurídicas exige ciertos conocimientos, y el manejo torpe de unos y otras produce, como consecuencia, la pérdida del derecho u otro efecto nocivo para el interesado. Este precisa, pues, ineluctablemente, del asesoramiento y de la dirección de un perito en Derecho. Corrobora esta necesidad, la aparición del documento, la cual puede sobrevenir también en un sistema jurídico primitivo o en el momento en que este sistema toma contacto con un Derecho más progresivo y perfecto. Tal es, por ejemplo, el caso de germanos y romanos. Se comprende también que hallemos estos antiguos juristas en los círculos sacerdotales —recordemos los *pontífices* romanos— ya por el carácter sacro de los Derechos antiguos, ya porque siendo norma de todo sistema jurídico, su tendencia a ser fijado por escrito, una vez conseguida su redacción, solamente podía ser conocido e interpretado por gentes de elevada formación o que supiesen por lo menos leer y escribir. Tales son los sacerdotes, o aquellas personas que se congregaban en los templos o en otros lugares de culto, los cuales, a la sazón, constituyen centros culturales de relevante importancia.

El hecho de que algunos juristas actúen en época muy primitiva para desvelar el misterio y disipar la nebulosidad que

(2) *System des heutigen römischen Rechts*, I (1840), 45 y sig.; vid. también *Von Beruf unserer Zeit f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, 11 y sig.

(3) *Gewohnheitsrecht*, II (1837), 18 y sig.

(4) Vid. Hagerström, *Der röm. Obligationsbegriff im Lichte d. allg. röm. Rechtsanschauung*, I (1923), y sobre ello Kunkel, *Ztschr. der Savigny-Stift. rom. Abt.* 49 (1929), 479 y sig.

suele envolver a los sistemas jurídicos más antiguos, y de que esta actividad otorgue prestigio y consideración a quienes a ella se dedican, no es por sí sólo bastante para admitir en este caso la existencia de un Derecho de juristas. Todo Derecho, aun el más tosco y primitivo, es una cadena de conceptos. El Derecho de juristas supone dominio de estos conceptos, conciencia de su enlace o conexión y de su inordinación en un sistema. Se pudiera hablar más propiamente de instinto. No es preciso el conocimiento consciente del sistema, ni la exposición de éste en forma legible y didáctica. Esta fase aparece más tarde, y puede afirmarse que los juristas romanos nunca llegaron a ella no obstante haber dominado su sistema jurídico con seguro instinto (5). Su aportación se nutre del trabajo de muchos y presupone la existencia de un verdadero estamento de juristas. El concepto de estamento implica una organización y un poder; este último es necesario para que el influjo de los juristas en la formación del Derecho pueda ser una realidad. No hay Derecho de juristas cuando un número mayor o menor de gentes se ocupa profesionalmente del Derecho o publican obras jurídicas. Es esencial, en cambio, para el concepto de Derecho de juristas determinar cuáles son las gentes que se consagran al Derecho y cuál es el origen social de estas gentes.

Kunkel ha publicado recientemente unos interesantes estudios «Sobre el origen y posición social de los juristas romanos» en la época de la república, obteniendo con ellos resultados muy valiosos (6). Es perfectamente comprensible que los juristas romanos fueron durante mucho tiempo los pontífices, y que pertenecieran más tarde a la nobleza patricia. Aun después del acceso otorgado a los plebeyos, a los colegios de los pontífices, y de la secularización de la jurisprudencia, hasta el siglo primero antes de J. C., es la alta nobleza (familias consulares y senatoriales), la clase social de que los jurisconsultos proceden. Sólo a partir de los últimos siglos de la república, hallamos juristas procedentes de la clase de los ca-

(5) Vid. suplemento, pág. 504.

(6) *Festschrift Zycha* (1941) 1-42 y también Wieacker, *Von röm. Recht* (1944) 15.

balleros. La clase de los juristas comprende, pues, aquellos elementos de la romanidad que tienen una participación importante en la dirección del Estado. Durante el imperio, la trabazón íntima del estamento social de los jurisconsultos se quiebra y pierde y es sustituida por la estrecha relación que éstos mantienen con el emperador. Desde Augusto hallamos ya el *ius respondendi* concedido por el *princeps* a los juristas de mayor relieve (7). Estos entran a formar parte del *consilium* del emperador, y cuando Adriano crea una burocracia imperial integrada por los caballeros, son también juristas quienes escalan los puestos más elevados de esta burocracia. Papiniano, Paulo, Ulpiano, fueron *praefecti praetorio*.

Respecto a Francia e Inglaterra carecemos de trabajos sobre este tema, o cuando menos éstos no me son conocidos. No obstante algo podemos deducir de la bibliografía disponible (8). El estamento francés de los juristas tiene su origen en los legistas de los siglos XII y XIII, los cuales, formados en las Universidades con el estudio del Derecho romano, se hallaban en íntima relación con el rey y prestaron a éste su apoyo precioso en las luchas que sostuvo contra el emperador, contra el Papa y contra los señores feudales. Esta relación se concreta y manifiesta en el tribunal real o *curia regis*, en el Parlamento de París, que tuvo su sede permanente como tribunal en esta ciudad desde el siglo XIII, y que desde 1308 celebra sus sesiones anualmente. En el siglo XIII se fija y consolida la organización de este Tribunal central superior. Sus miembros estuvieron originariamente sujetos a incesantes cambios, y los que no eran juristas, como los barones, prelados y altos dignatarios, desempeñaron entonces un papel todavía importante. Desde el siglo XIII se advierte una cierta preponderancia de los jueces peritos en Derecho, los cuales eliminan en el siglo XIV a los no juristas, excepción hecha de los señores feudales, de los *pairs*, que son jueces natos en los procesos incoados

(7) Vid. supra, págs. 153-154.

(8) Vid. Chenon, I, 681 y sig.; Declareuil, 604 y sig.; Esmein-Genestal, Cours, 356 y sig., y recientemente Eschmann, *Die Führungsschichten Frankreichs*, I, *Forschungen des deutschen auslandswissenschaftlichen Instituts*, IV (1943), 134 y sig.

contra sus iguales (9). Aquellos *magistri curiae* (maitres de la cour de parlement o conseillers du roi en sa cour de parlement) eran en su calidad de jueces peritos en Derecho, juristas profesionales. A medida que van ganando prestigio van también consolidando su cargo. Al principio eran nombrados por el rey, solamente para una sesión, y su nombramiento caducaba desde luego con la muerte del rey, pero como era práctica usual el reiterar la designación cuando el Parlamento empieza a trabajar de modo continuo (siglo XIV), comienzan a ser nombrados por tiempo indeterminado (á tant qu'il nous plaira), hasta que en el transcurso del siglo XVI consiguen, por fin, la inamovilidad. El mismo Parlamento empieza a tener una facultad de propuesta de los candidatos que habrán de ser nombrados por el rey (10), y elige éstos preferentemente de entre los mismos abogados del Parlamento, los cuales en el siglo XIV se hallaban ya organizados o agremiados en colegios (11). En París, existe, pues, en el siglo XIV un estamento de juristas prácticos, organizado e influyente (12), formado con gentes que proceden de las Universidades y versadas en Derecho romano (13). Ahora bien, como el Parlamento de París aplica con preferencia la *coutume*, estos juristas cultivan también el Derecho nacional, creando de esta suerte una jurisprudencia francesa, la cual se aplica desde el siglo XVI a la ingente tarea de elaborar un *droit français commun*. El hecho de hacer enajenables inter vivos y hereda-

(9) Vid. Chenon, I, 695 y sig., 873 y sig.; Declareuil, 454 y sig., 604-609; Esmein-Genestal, 364 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 161 y sig.; Schaeffner, *Gesch. d. Rechtsverfassung Frankreichs*, II (1859), 382 y sig., 388 y sig.

(10) Schaeffner, II, 392 y sig.; Chenon, I, 874; Declareuil, 608 y sig., 649 y sig., 651 y sig.; Esmein-Genestal, 366 y sig.; Ol. Martin, 312 y sig.

(11) Vid. supra, pág. 189, nota 76 y Ol. Martin, 312 y sig.

(12) Vid. la caracterización del ideal del abogado en el *Dialogue des avocats du parlement de Paris de Loisel* (1604) (citado por Viollet, 215), en donde el autor polemiza con Cicerón, el cual exige del orador forense un dominio pleno de la retórica: «je distout au rebours que l'avocat doit surtout estre scavant en droit et en pratique, et mediocrement eloquent, plus dialecticien que rheteur, et plus homme d'affaires et de jugement que de grand ou long discours».

(13) En esto existe una diferencia radical con respecto a Inglaterra no obstante el paralelismo que se da en muchos aspectos entre ambos países.

bles los mencionados cargos, durante el siglo XIV (14), determinó un fortalecimiento del poder de estos juristas y del Parlamento. Por los impuestos que el rey percibía y que gravaban las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* de estos cargos, la enajenación de los mismos constituyó un saneado recurso fiscal para el monarca. A pesar de todos los reparos que puedan hacerse a esta institución —abolida por la república— es evidente que contribuyó a robustecer el estamento de los juristas; la vendibilidad del cargo de juez convertía a éste en prácticamente inamovible, mientras que posteriormente su transmisibilidad hereditaria facilitó la formación de un gran número de familias de juristas con fuerte tradición. Por otra parte, el costo de adquisición de los cargos hizo el de juez privilegio de las clases acomodadas de la burguesía. Así se creó una especie de nobleza hereditaria de juristas, una *noblesse de robe*, integrada por una serie de familias orgullosas de su estamento, que desempeñaban una destacada misión directiva y dotadas de una elevada formación, que impidió, a diferencia de lo ocurrido en Alemania, que la judicatura se burocratizase (15).

Estas últimas consideraciones son características de la estructura social del estamento francés de juristas. Los legistas del siglo XIII pertenecen en su mayor parte, no a la aristocracia, sino a la burguesía (16), y este carácter se mantuvo a pesar de que algunos de ellos pasaran, mediante la concesión de feudos en su favor, a formar parte de la nobleza. Los juristas franceses son los representantes del *tiers état* y como tales constituyen una verdadera fuerza política. Como aliados de la monarquía, cooperaron a formar la unidad de la nación y de su Derecho y por su actividad en la abogacía, en el *barreau*, medio de constante renovación, conservaron también una fuerte

(14) Vid. Declareuil, 651 y sig., 656 y sig.; Esmein-Genestal, 392-399. Debe distinguirse la *finance*, o sea el valor patrimonial del empleo, el cual puede ser enajenado y transmitido a los herederos, y la *fonction* que sólo el rey puede otorgar y que se transfiere también al adquirente y al heredero, cuando éstos poseen la necesaria capacidad.

(15) Vid. Eschmann, 158, 160 y sig., 175 y sig., 177 y sig., 202, 204.

(16) Declareuil, 437 y sig.; Ol. Martin, *Precis*, 222 y sig.; Eschmann, 151 y siguiente.

independencia. Como campeones del tercer estado tuvieron parte muy destacada en la formación de la nación y en la revolución. En el siglo XIX son ellos los conductores de la moderna democracia y contribuyeron eficazmente a la creación de la mentalidad francesa, tan despierta siempre y tan sensible para las cuestiones jurídicas (17). Berthelot, tantos años inspirador de la política exterior del *Quai d'Orsay*, decía en cierta ocasión: «le français ha une confiance complete dans la demonstration juridique» (18), y es característico del pueblo francés, que la injusta condena de un oficial en el proceso Dreyfus, produjese como consecuencia, una profunda agitación de las pasiones políticas. La argumentación jurídica domina incluso en la política exterior. Cuando se produce el ataque francés en nuestra frontera occidental, bajo Luis XIV, se disimula o legitima, con la finalidad de conseguir una *reunión*, y la atribución de los nuevos territorios a la corona se hace con estricta observancia de ciertas formas procesales (19). La recuperación de Alsacia y Lorena en 1918 fué una simple *desanexión*. También a este respecto juega importante papel el pensamiento de la *securité* del país (20). Las luchas políticas son luchas de poder, en las que la victoria del partido más fuerte resulta siempre modesta. Sin embargo, no carece de importancia el hecho de que se procure dar a estas luchas una forma jurídica que produce en todos un efecto legitimador. Nada más equivocado que eliminar estas formas y argumentos jurídicos que sirven para velar y disimular la crudeza del poder, a pretexto de que no tienen más valor que el de ser hábiles artimañas. Lo dicho es de sumo interés para poder enjuiciar ciertamente el *code civil*. De una parte es este Código la obra de los juristas del *ancien regime*, de otra, el Código de la bur-

(17) En cuanto a lo que en el texto se dice, seguimos a C. Schmitt, *Die Formung des französischen Geistes durch die Legisten in Deutschland und Frankreich*, *Vierteljahrsschrift des deutschen Institut*, en París, I (1942), separata pág. 2 y sig., 5 y sig., 15 y sig., 29. A este autor sigue Eschmann, 134 y sig.

(18) Schmitt, 25.

(19) Eschmann, 155 y sig.

(20) Vid. E. Winkler, *Securité* (Abhandl., Berlin, phil. hist. Kl. 1939 nr. 10), 15 y sig.

guesía, vencedora en la revolución francesa. Para el francés actual, el *code civil* no representa una mera codificación de Derecho privado, sino la ley que determina jurídicamente su misma existencia (21).

También en Inglaterra, el desarrollo del estamento de juristas guarda estrecha relación con el fenómeno de la centralización de la justicia en la persona del rey. El peligro, al que en alguna ocasión sucumbió la monarquía francesa y que constituyó también una seria amenaza para la inglesa, fué el de la feudalización de la justicia por influjo del Derecho feudal normando. Soberanos enérgicos de los siglos XII y XIII, como Enrique II y Enrique III (22), opusieron a la penetración de este Derecho ciertas tradiciones del período prenормando; reafirmación de los antiguos tribunales populares y una mo-

(21) Vid. Schmitt, 26. El *code civil* recoge por una parte, las exigencias de la revolución que eran también las del *tiers état*, tales como la igualdad de todos ante la ley, la supresión de las vinculaciones de la Edad Media tanto en las relaciones personales como en las reales, seguridad y libertad de la propiedad, libertad sucesoria; en resumen, plasma en realidad los ideales de la libertad civil, pero por otra parte no es posible negar al *code civil* un cierto carácter conservador, en cuanto que codifica el *droit commun français del ancien regime*, elaborado por los juristas. De estos caracteres se ocuparon, con ocasión de la fiesta del centenario del *code civil* (1904) una serie de autores franceses colaboradores del *livre du centenaire du code civil*. Véanse los artículos de Esmein, I, 5, 15 y sig.; Saleilles, I, 104 y sig., 114 y sig.; Sorel, I, página XXV, y además De Curzon, *Nouv. rev. hist.*, 43 (1919), 351 y sig. Como la burguesía fué la clase dominante en Francia durante el siglo XIX, el *code civil* fué y es popular, no obstante haber experimentado las relaciones sociales una alteración tan profunda y planteado problemas que al redactarse el *code civil* ni siquiera se barruntaban. Esto se debe en no escasa medida a la existencia de una práctica viva y despierta a las necesidades del tiempo y que ha sabido adaptar la ley a las nuevas y muy distintas relaciones de la época actual. Vid. Sorel, I, pág. XXX; Saleilles, I, 111. El *code civil* es, pues, en el ámbito del Derecho, el representante más genuino del espíritu francés y aun hoy resulta certero el juicio de Sorel, I, pág. XXXV: «je ne crois point qu'il existe un pays ou la loi civile ait, á ce degré, pénétré dans les mœurs et se soit si intimement mêlée á la vie intellectuelle, passionnelle et littéraire du pays».

(22) Vid. H. Mitteis, *Staat des hohen Mittelalters* (1940), 174 y sig., 181 y siguiente, 274 y sig., 333 y sig., 345, 376 y sig.; Heymann, *Das englische Privatrechts* en *Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft*, II (1914), 289 y sig.

narquía fuerte como la que existió en la época de la dominación danesa. Para oponerse a esta feudalización, los reyes frente a los barones, se apoyaron en la baja caballería. De este modo consiguieron mantener una estrecha relación con sus súbditos, amenazada por la justicia feudal, así como someter a su poder la jurisdicción de los barones, limitando ésta a la esfera puramente territorial y a los vasallos de las baronías. La jurisdicción real creció en prestigio. Desde Enrique II rige el principio de que toda la jurisdicción dimana del rey (1154-89). Jueces ambulantes (*iusticiarii itinerantes*), que actúan desde 1166, promueven la extensión de la jurisdicción real por los campos, y a partir de Enrique III (1216-72), las cortes reales de justicia se agrupan con sede permanente en la ciudad de Londres.

En estas cortes de justicia, bajo Enrique II, hallamos ya los *iusticiarii* elegidos de entre los secretarios reales, que son verdaderos jueces profesionales (23); y durante el siglo XIII, en el reinado de Eduardo I (1272-1307), comienza a desarrollarse la profesión legal, esto es, un estamento profesional de juristas cuya organización en sus líneas fundamentales aparece ya establecida alrededor de 1300. Es ya característica en este período la distinción no exclusiva del Derecho inglés, entre la asistencia jurídica de las partes, que expone al Tribunal la calificación jurídica del caso litigioso (*pleader*) y el representante de las partes (*attorney*) que actúa el proceso y prepara el material de hecho y la información en que ha de basarse la actuación jurídica del *pleader*, manteniendo estrecho contacto con los clientes (24). De la primera clase proceden los *barristers*, de la segunda, con la cooperación de otros antecedentes (25), los *solicitors*. En los siglos XVI y XVII aumenta la separación de ambas funciones. La posición del *barrister* se aproxima a la de un *nobile officium*. No puede contratar ni reclamar honorarios (*fees*). Es simplemente un consejero jurídico de las partes, las cuales no quedan obligadas por la actuación del *ba-*

(23) Heymann, 289; Plucknett, *The place of the legal profession in the history of English law*, «*The Law Quarterly Review*», 1932, 332 y sig.

(24) Holdsworth, *A history of english law*, II, 311 y sig.

(25) Jenks, *The book of English law* (1932), 84 y sig.

barrister ante el Tribunal, contrariamente a lo que ocurre con el *attorney*, no responde de las negligencias cometidas en la dirección del proceso (26). Esta profesión de *barrister* exige, además, un sólido conocimiento de Derecho procesal, y sustantivo del *case law*. Recibe las necesarias enseñanzas en los *Inns of Court*. En el siglo XVI los *Inns* excluyen de su seno a los *attorneys*. Estos no precisaban de la sólida formación jurídica de los *barristers*, la cual, por su elevado coste, era sólo accesible a los individuos pertenecientes a las clases acomodadas. Para el *attorney* era suficiente un cierto período de práctica con un colega (27). *Solicitor* es, como la misma denominación indica, la persona que se ocupa de los asuntos de otra y los atiende, sin que esta circunstancia permita que se le considere como un representante procesal. Recibe las atribuciones de su cargo durante el siglo XVI en las Cortes de justicia nuevamente fundadas y en el Tribunal del canciller (*Court of Chancery*). El *attorney*, en cambio, ostenta la representación procesal en los Tribunales de *common law*, en virtud de especial concesión (28). La progresiva concordancia de las funciones propias del *attorney* y del *solicitor*, determina en el siglo XVIII la fusión de ambas profesiones, y que los *attorneys* queden absorbidos por los *solicitors*. Por este mismo tiempo se crea la *Society of gentlemen practisers in the Courts of Law and Equity*, precursora de la actual *Law Society*, organización colegial de los *solicitors*, que proporciona a éstos la necesaria formación profesional (29).

Desde Enrique III se advierte la tendencia en los Tribunales reales a proceder al nombramiento de los jueces, extrayendo

(26) Holdsworth, VI, 439 y sig.; Jenks, 79.

(27) Holdsworth, VI, 435 y sig., 439 y sig. La cuestión del coste implicaba una cierta diferenciación social de ambas clases.

(28) Vid. Pollock, *The origin of the Inns of Court* «*The Law Quart. Rev.*», 1932, 165.

(29) El pensamiento fundamental es el antiguo: tiempo de aprendizaje con un *solicitor* y la necesidad de seguir determinados cursos y sufrir ciertos exámenes, con lo que se consigue que aquellos candidatos que demuestren haber realizado estudios jurídicos y hayan adquirido una formación académica, obtengan algunas facilidades. Vid. Holdsworth, VI, 439 y sig., 448 y sig.; Jenks, 85 y sobre la actual *Law Society*; Jenks, 86 y sig.; Koschaker, 59.

éstos del estamento de los abogados (30), práctica que arraiga en el siglo XIV (31). El círculo de entre cuyos miembros eran elegidos los jueces, era en realidad, más concretamente, el de los *serjeants at law*. Los *serjeants* eran nombrados por orden del rey de entre los más prestigiosos *barristers* o *apprentices* (aprendices) (32) a propuesta de la *Court of common pleas*, y fueron los elementos directivos de la profesión legal. Eran funcionarios de la Corona; formaban una especie de orden; tenían, en virtud de su nombramiento, un grado comparable al de doctor en las universidades, usaban un indumento especial y sólo ellos podían litigar ante la *Court of common pleas* y ser llamados al Parlamento. La colación de su cargo tenía lugar con cierta solemnidad y era de elevado coste, por lo que esta profesión sólo era accesible a las gentes acomodadas. Con el transcurso del tiempo pierden los *serjeants at law* esta situación privilegiada, y a partir de los Tudor, el *barrister*, llamado a desempeñar la judicatura, es nombrado simultáneamente *serjeant at law*, con lo cual la designación pasó a tener un significado meramente formal. Hasta la publicación de la *Judicature Act* de 1873, el nombramiento de *serjeant at law* fué requisito para el desempeño del cargo de juez. Prácticamente, a partir de esta época el juez era nombrado de entre los individuos pertenecientes al grupo del *King's Counsels* (K. C.). Eran estos individuos, *barristers* que gozaban de la confianza de la Corona, y asesores jurídicos de ésta, hasta que en el siglo XVIII pasaron a constituir un mero título honorífico (33).

Grande importancia tiene el hecho de que la profesión legal, esto es, el estamento inglés de juristas, a través de las *Inns of Court*, de Londres, existentes ya en el siglo XIV, tome a su cargo la formación jurídica de las nuevas generaciones (34). El problema fué resuelto de modo auténticamente medieval por

(30) Holdsworth, II, 318.

(31) Vid. Holdsworth, II, 484 y sig., V, 340 y sig., VI, 431 y sig. 477 y siguiente; Plucknett, 334 y sig.

(32) La organización de los *Inns of Court* aclara el sentido de esta expresión.

(33) Holdsworth, VI, 472 y sig.; Jenks, 83 y sig.

(34) Vid. Holdsworth, II, 494 y sig., 503-511, V, 344 y sig., VI, 478 y siguiente; Pollock, 163 y sig.

la integración de los juristas (entre los cuales se contaban los *attorneys*) juntamente con los estudiantes, en corporaciones autónomas, cuyos miembros, por proponerse el aprendizaje del Derecho que necesitaban para la práctica, eran llamados *apprentices*; los más antiguos y experimentados eran los *benchers*, provistos de poder disciplinario, dirigentes de la corporación y encargados como *readers* de la enseñanza (35). Auténticamente medioeval, muy inglesa y animada de un fuerte tradicionalismo, era también la costumbre de que estos *apprentices* vivieran bajo un mismo techo, con lo que se conseguía una formación más eficaz. En virtud de estas actividades consiguieron los *Inns* el derecho de *call to the bar*, esto es, la facultad de otorgar a los estudiantes más distinguidos educados en su seno, la prerrogativa de litigar ante las cortes reales (36), así como el cargo de *barrister*; ahora bien, como los jueces se extraían de los *barristers*, tuvieron los *Inns* una influencia indirecta en la provisión de los cargos de la judicatura. A estos *Inns* se remonta, pues, la característica autonomía de la enseñanza del Derecho en Inglaterra, independiente de las Universidades, si bien el influjo de éstas, debido al humanismo, y a partir del momento en que siguiendo el ejemplo de Blackstone comienzan las Universidades a incluir el *common law* en sus planes de estudio, va aumentando de día en día. A pesar de esto, durante muchos siglos las universidades enseñaron Derecho romano y canónico, y la enseñanza del vigente *common law* con un carácter eminentemente práctico, estuvo reservada a los *Inns* (37). Desde la segunda mitad del siglo XVI se advierten en los *Inns*, por efecto seguramente de la revolución y del período de restauración subsiguiente, ciertos síntomas de decadencia,

(35) Los miembros de los *Inns* nombrados *serjeants at law* son segregados de esta organización y no enseñan.

(36) La necesidad del abogado es desconocida en Derecho inglés, pero sólo los miembros de la *bar* pueden litigar por las partes en las cortes de Justicia. Jenks, 78.

(37) Un principio de regulación semejante puede verse en los profesores reales de Derecho civil francés establecidos en el Edicto de Luis XIV de St. Germain en Laye (1679), en tanto que los titulares de aquéllos son escogidos de entre los prácticos. Pero Luis XIV mantuvo siempre el enlace con las Facultades de Derecho. Vid. supra, págs. 189 y 190.

como es la cesación de la vida en común y de la eficacia educativa que ésta tuvo, la repugnancia de los *readers* a encargarse de los cursos, porque ello les sustraía tiempo que dedicar a la práctica profesional, con la pérdida consiguiente de ganancias, y la propensión de los estudiantes al autodidactismo jurídico facilitado por la disponibilidad de libros con los cuales se procuraban la necesaria formación técnica (38). En el siglo XIX los *Inns* se reorganizan (39). Los *Inns* fueron administrativamente agrupados bajo cierto número de *joint comittes*, entre los cuales el *council of legal education*, mediante la organización de conferencias, cursos y exámenes, atendió a la formación práctica de los estudiantes (40).

El desenvolvimiento del estamento de los juristas ingleses, vino ahora determinado, por la centralización de la jurisdicción en las cortes reales de justicia en Westminster, con lo que se creó un fuerte vínculo de aquél con la monarquía, la cual, con su gran autoridad, apoyó al mencionado estamento haciéndole adquirir un elevado prestigio (41). Con todo, la profesión legal no fué obra del rey. Característica fundamental de tal profesión fué su autonomía, y las raíces de esta auto-

(38) Holdsworth, VI, 481 y sig.

(39) Holdsworth, VI, 482 y sig.; Jenks, 81 y sig.; Pollock, 167.

(40) Como recuerdo de esta vida en común se ha conservado la costumbre de que el candidato a la *bar* debe ofrecer a los miembros de los *Inns* un cierto número de comidas. La antigua autonomía de los *Inns* se conserva aún hoy. Mientras la formación de los *solicitors* puede ser objeto de regulación legal, la de los *barristers* es autónoma y determinada por los órganos comunes de los *Inns*. Vid. Jenks, 86 y sig.

(41) Ya en tiempos muy antiguos encontramos juristas empleados en otros servicios del rey. Ranulph, v. Glandvill, que escribió en 1187 una exposición de las leyes y costumbres del imperio inglés, fué embajador, diplomático, general y primer ministro de Enrique II, y acompañó a Ricardo Corazón de León a Palestina, muriendo allí. También Bracton figura un cierto tiempo en el «entourage» del monarca. Sabemos de los jueces de Eduardo I que desempeñaron cargos diplomáticos. Fortescue, en el siglo XV, fué político, diplomático, partidario de la casa de Lancaster, con la cual fué desterrado a Francia. Desde el siglo XVII el lord canceller es siempre un jurista experto en *common law*. Antes fué, por lo general, un clérigo canonista o legista. Precisamente entre los cancilleres de los últimos tiempos figuran los nombres de los más célebres juristas ingleses. Vid. Holdsworth, II, 188 y sig., 232 y sig., 557 y sig., 566 y siguiente, V, 227 y sig., VI, 523 y sig.

nomía deben buscarse en el origen abogadil del estamento y en la organización de éste en los *Inns*. Fueron estas las causas que produjeron un sentimiento corporativo y un gran celo por salvaguardar el honor profesional (42). Ciertamente que no faltaron perturbaciones y trastornos en el saludable equilibrio de estos factores. En la época de la revolución y en el período sucesivo de la restauración, en la lucha abierta entre el Parlamento y la Corona, se pretendió introducir la política en la judicatura, y los jueces que no quisieron someterse a ella fueron depuestos. Tampoco escasean los casos de corrupción (43). Sin embargo, el estamento inglés de juristas supo superar esta crisis, manteniendo su prestigio y su independencia, singularmente la judicatura, que halló en el estamento una seguridad mucho más eficaz que la que pudieran depararle solemnes declaraciones del Gobierno y garantías constitucionales. El estamento de juristas fué un elemento conservador en el Estado, aseguró al Derecho privado una lenta y tranquila evolución conforme a las exigencias de su naturaleza, y se abstuvo de operar las violentas y radicales reformas que respecto a este Derecho había proyectado la revolución (44).

Esta especial evolución sólo fué posible porque la profesión legal no se hallaba constituida por gentes de heterogénea condición que se hubieran consagrado por diversos motivos a actividades jurídicas, y sí por aquellas, precisamente, que pertenecían a un estrato social bien definido. Es difícil precisar quiénes eran estas gentes por que carecemos de estudios especiales sobre este punto. El hecho de que determinados individuos de humilde condición social escalaran un puesto elevado en la judicatura, como el conocido *reporter* y *pleader* Saunders (siglo XVII) que llegó a ser *chief justice* del *kings bench*, debe ser consignado como excepcional (45).

(42) Holdsworth, II, 511 y sig., V, 413 y sig.

(43) Holdsworth, V, 350 y sig., VI, 499 y sig. El famoso jurista y lord *canciller*, Francis Bacon fué procesado por corrupción y su culpabilidad ha sido demostrada. Holdsworth, V, 238 y sig.

(44) Holdsworth, VI, 413 y sig.

(45) Holdsworth, VI, 563 y sig.

Ya hemos dicho que el elevado coste de la formación que los *Inns* procuraban, reservó prácticamente los puestos de *barrister* a las clases de elevada posición económica. Los estudiantes aprendían en el *Inn* no solamente el Derecho privado, sí que también, como nos refiere un contemporáneo: «música, danza y otras artes propias de gentes distinguidas, como son las gentes que se educan en la corte» (46), y el humanista inglés Reginald Pole recomienda a Enrique VIII que ordene que la formación propia del jurista comience con el estudio del latín, porque *thys ys one thyng necessary to the education of the nobility* (47). Por otra parte, la práctica profesional procuraba al *barrister* considerables ingresos y no eran menores los que percibían los jueces en las cortes londinenses de justicia, siendo siempre lo que obtenían por su sueldo inferior a lo que recaudaban por aplicación del arancel judicial. Rentas de 1.000 a 1.500 libras en la segunda mitad del siglo XVII resultan para esta época muy elevadas (48). Quien censure este carácter timocrático, tan importante en el estamento inglés de juristas, no debe olvidar que sin una suficiente base material no se pueden cumplir bien los fines corporativos. También las familias de la nobleza romana, de las que procedían los juristas, eran al propio tiempo las familias más adineradas. De este modo el estamento de juristas consiguió en Inglaterra una gran importancia política y se manifestó a la altura de las circunstancias, cuando en la primera mitad del siglo XVII, dirigido por el gran jurisconsulto del *common law*, Eduardo Coke (1551-1634), se situó en el Parlamento en primera línea, para combatir las prerrogativas absolutistas del rey (49). Ciertamente que esta fué una lucha por el poder político, pero la circunstancia de que esta lucha fuese alentada entre los juristas bajo la bandera de la *supremacy of law*, imprime

(46) Music, dancing and other Noblemen's pastimes as they used to do which are brought up in the king's house (según Holdsworth, II, 494).

(47) Maitland, *Renaissance*, 7.

(48) Holdsworth, V, 346, VI, 514.

(49) Holdsworth, V, 421 y sig., 425 y sig., 444 y sig.; Rheinstein, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht* (Beiträge z. ausländ. u. international. Privatrecht, VI), 44, 46.

al pueblo inglés y al estamento de sus juristas, un carácter muy significativo (50), y demuestra, al mismo tiempo, el fuerte apego de este estamento a su tradición y origen medioevales.

En la Edad Media el concepto de soberanía es desconocido, se sitúa en plano relevante el Derecho consuetudinario al cual está el monarca sometido, y la regla del fr. 31 D. 1,3: «*princeps legibus solutus est*» suscita recelos (51).

También el estamento de los juristas franceses consigue ser un moderador eficaz de la monarquía. Se debe ello en gran parte al derecho reconocido al Parlamento de París durante el siglo XIV, de autorizar la aplicación a las ordenanzas reales mediante su registro, y en caso de que no se cumpliera este requisito, el de formular reparos (*remontrances*) contra la disposición real (52). Así consigue el Parlamento de París un eficaz influjo en la dirección del Estado y por la sujeción de la monarquía, una propulsión de la idea de la libertad, aun cuando, por otra parte, ofrezca su actuación, sobre todo en lo que respecta a la defensa de los derechos de la Iglesia y de la nobleza, un cierto matiz conservador (53). No nos interesa aquí el estudio de los medios con que el rey contaba para reducir la resistencia del Parlamento de París. Basta consignar, por su carácter sintomático, el hecho de haber sido el Parlamento de París, haciendo valer sus prerrogativas, el que ocasionó momen-

(50) Respecto a los Estados Unidos carezco de datos que no sean la comunicación de Llewellyn, *Jherings Jahrb.*, 79, 420 y sig., según la cual la profesión de abogado es allí trampolín para la carrera política y juega un papel muy importante en las corporaciones legislativas y políticas. Algo muy semejante ocurre en la moderna Francia.

(51) Vid. A. J. Carlyle, *Studi Besta*, III, 187 y sig., 189 y sig. Además O. v. Gierke, *Genossenschaftrecht*, III, 680 y sig.; Kohler, *Beitr. z. Gesch. d. röm. Rechts in Deutschland*, I, 140.

(52) Vid. Chénou, I, 527 y sig.; Declareuil, 805 y sig.; Esmein-Genestal, 505 y sig. Los parlamentos provinciales reclaman idéntico derecho para sus territorios. Según la opinión dominante basta el registro en París, para que éste surta efectos en toda Francia. Vid. Esmein-Genestal, 507 y sig.; Cailletmer, *Livre du centenaire*, II, 1079.

(53) Vid. Eschmann, 162, 166, 170, 172 y sig.

tos muy amargos a Luis XIV. y Luis XV, representantes del absolutismo francés, sin que pudiera evitarse que esta situación degenerase en conflicto abierto (54).

B) DERECHO DE JURISTAS Y CENTRALISMO POLÍTICO

Esta evolución histórica que hemos descrito nos permite descubrir algunas particularidades propias del Derecho de juristas, y al mismo tiempo penetrar más profundamente en la verdadera esencia de éste. Los juristas que trabajan en la elaboración del Derecho, se sitúan en el centro político en donde radica el poder. Inglaterra confirma este aserto. Ciertamente que se hallan *solicitors* en todo el territorio, pero los *barristers*, representantes del Derecho de juristas y de entre los cuales son elegidos los jueces de las cortes centrales de justicia, residen en Londres (55). Lo mismo sucede en Francia, aunque en menor escala. Francia necesitó más largo tiempo para llevar a cabo la centralización de la justicia en París, y es frecuente hallar juristas destacados, actuando en las sedes de los Tribunales provinciales. Pronto, sin embargo, comienzan a agruparse junto al Parlamento de París. También los juristas romanos, los que influyen decisivamente en la elaboración del Derecho privado, residen en Roma, aunque procedan de otras ciudades itálicas y, lo que es cada día más frecuente durante el imperio, de las mismas provincias.

No es difícil buscar explicación a este fenómeno. El Derecho de juristas es creado por los juristas prácticos. No es posible pensar en el Derecho sin pensar al propio tiempo en la autoridad. No basta para la existencia de un Derecho de juristas que haya unas cuantas gentes que se ocupen profesionalmente del Derecho, sino poseen, al mismo tiempo, un cierto grado de autoridad. Este elemento autoritario era para los juristas romanos del período republicano, su pertenencia a las familias que tenían en sus manos la dirección del Estado,

(54) Vid. Declareuil, 812 y sig.; Esmein-Genestal, 519 y sig.

(55) Jenks, 86 y sig.

y en la época imperial, su estrecha relación con el emperador. En Inglaterra es también la conexión con una monarquía fuerte, lo que respalda a los juristas, y este apoyo sólo puede encontrarse allí precisamente donde el rey tiene su residencia, esto es, en la sede de los Tribunales reales cuyos jueces son elegidos de entre los juristas. En esto estriba la fuerza vinculante del precedente, es decir, el principio de que la sentencia no es válida tan sólo para el caso particular que decide, sino que crea también Derecho objetivo, principio cuyo desarrollo se inicia lentamente en el siglo XVI, consolidándose en el XIX (56), y que rige solamente en orden a los Tribunales centrales, los cuales son hoy la High Cour of Justice, en sus distintas secciones y como tribunal de apelación, y la House of Lords (57). No es dable tampoco concebir el Derecho francés de los juristas del *ancien regime* sin el Parlamento de París, considerado como Tribunal superior. El Derecho de juristas es creado por juristas, pero sólo allí donde se halla situado el centro del poder político del Estado. El Derecho de juristas aparece lo mismo que el centralismo, cuando el territorio de un Estado alcanza una extensión tal, que no puede ser ya regido y administrado de modo inmediato por aquel centro de poder. En la Roma de la jurisprudencia pontifical, aunque esta jurisprudencia constituye esencialmente un Derecho de juristas, tal Derecho no existe todavía, y sólo después de la guerra con las ciudades itálicas, en los comienzos del siglo I antes de Jesucristo, cuando se crea una Italia integrada por un complejo de municipios autónomos, es en realidad cuando aquél aparece.

No obstante la descentralización administrativa, que en ciertos aspectos se extiende también a la jurisdicción, no oímos hablar de juristas municipales o provinciales (58). Sólo en

(56) Holdsworth, IV, 224 y sig.; Schwarz, *Das englische Recht und seine Quellen*, en Heinsheimer, *Zivilgesetze der Gegenwart*, II (1931), 15 y sig. Indicios de esta idea hallamos ya en Bracton. Vid. Holdsworth, II, 243.

(57) Schwarz, 16 con detalles.

(58) Sobre si Gayo fué un jurista provincial existe gran discusión. Vid. Krüger, *Gesch. d. Quellen u. Literatur d. röm. Rechts* (1912, 212; Jörs-Kunkel, *Röm. Privatrecht* (1935), 33; Petropoulos 'Ιστορία και εισήγσεις του Ρωμαϊκού δικαίου (*Gesch. und Institutionen d. röm. Rechts*) (1944), 134 (con bibliografía). Un estudio pormenorizado de la cuestión en Visukidis 'Ο τατος και αι εισήγσεις

Roma, sede del supremo titular de la jurisdicción para toda Italia, hallamos juristas que trabajan en el progresivo desarrollo del Derecho.

De esta nota de la relación que guarde el Derecho de juristas con el poder central, impuesta por la misma naturaleza de las cosas, deriva la consecuencia de que este Derecho extiende su vigencia a todo el territorio del Estado, siendo al mismo tiempo un enemigo del particularismo. Así, Pomponio llama al Derecho creado por los juristas, no formulado en normas, al *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus, ius civile*, esto es, Derecho válido para todos los ciudadanos (59). Del mismo modo, el Derecho privado inglés, que tampoco es formulado en normas legales, es *common law*, es decir, costumbre general, y como tal, opuesta al Derecho consuetudinario local (60). Igualmente los juristas franceses del *ancien régime*, fueron los creadores de un *droit commun français*.

C) DERECHO DE JURISTAS Y DERECHO LEGAL

El modo de cooperar los juristas en la creación del Derecho es, como ya tuvimos ocasión de afirmar, una cuestión de importancia secundaria (61). Para los ingleses, desde Jeremías Bentham, el Derecho de juristas es un *judge made law* (62), esto es, un Derecho judicial, porque aquél se manifiesta en la

autores (Gayo y sus *Instituciones*) (1937), 10 y sig. Pero aun cuando lo hubiera sido, resulta significativo, que fuera desconocido y jamás mencionado en Roma por sus contemporáneos. Tropezamos con él en las fuentes romanas por vez primera en la famosa ley de citas de Valentiniano III (426) con el privilegio de que sus escritos puedan ser utilizados por los tribunales como fuentes de Derecho, sobre todo sus *Instituciones*, las cuales, dada la deficiente formación de la época, eran más comprensibles y preferidas a las grandes obras de la jurisprudencia clásica.

(59) Vid. Ehrlich, *Beitr. z. Theorie d. Rechtsquellen* (1902), 47, 64 y siguiente, 75 y sig.

(60) Schwarz, 59 y sig.

(61) Supra, 147-148 y sig.; 151 y sig.

(62) Schwarz, 27 y sig.

fuerza vinculante y objetiva de las sentencias emanadas de los Tribunales superiores. Pero precisamente el ejemplo del Derecho romano muestra que existen otros medios por los cuales los juristas influyen en la creación del Derecho. Derecho de juristas es también, y desde muy antiguo, la práctica notarial. Esta tiene muy especial importancia en el Derecho inmobiliario. Piénsese en la actividad desplegada por los notarios franceses en el desarrollo de las transmisiones inmobiliarias por simple contrato mediante la *traditio ficta* (63), y paralelamente en la eficacia de los *convenyancers* ingleses (64).

Finalmente, los juristas pueden también influir en la legislación. Ciertamente que ley y Derecho de juristas parecen cosas contrapuestas, pues el último es necesariamente un Derecho no formulado en normas. La circunstancia de que dentro del Derecho de juristas, los llamados *books of authority*, asuman en un cierto grado la función propia de la ley, es intrascendente. No sería correcto deducir de esta oposición una verdadera hostilidad entre el Derecho de juristas y la ley o la codificación. La verdad es que el Derecho de juristas siente escasamente la necesidad de la norma legal (65). El Derecho

(63) Vid. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé* (1935), 335, 339 y siguiente.

(64) Holdsworth, V, 388 y sig.; VI, 444 y sig.

(65) Ninguna relación tiene esto con la repugnancia sentida hacia la legislación por la escuela histórica alemana. Esta escuela se funda en la idea de un Derecho popular, nacido del espíritu del pueblo y que se desarrolla lenta e imperceptiblemente, desarrollo que no puede ser perturbado por una legislación. En su *System des heutigen römischen Rechts*, I, 39 y sig., Savigny llegó a superar tal repugnancia, alegando que el legislador, considerado como ser extraño a la nación, se hallaba en realidad imbuído del espíritu y mentalidad nacionales. En esta concepción se advierte el influjo de la teoría de las fuentes de Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, 145 y sig., en la cual este autor, intenta con no muy feliz resultado, cohonestar la legislación con la teoría del espíritu del pueblo. Hay leyes que son impuestas al pueblo por los Gobiernos. La ley alemana del patrimonio familiar (29-IX-1933) fué repudiada por la mayoría de los campesinos; repugnancia que, por otra parte, fué prevista por el legislador. Aun suponiendo que el legislador pretendió crear mediante esta ley una mentalidad nueva en el campesino, queda en pie el hecho de que dicha ley no fué en modo alguno un producto del espíritu del pueblo. Vid. también Zwiigmeier, *Die Rechtslehre Savignys* (*Leipziger rechtswissenschaftl. Studien*, 37, 1929), 11 y sig., 15 y sig.

privado es la parte más conservadora del total ordenamiento jurídico (66); se muestra poco propicio a los experimentos legislativos (67) y halla en el Derecho de juristas el cauce más apropiado para conseguir una evolución lenta y sosegada. Sin embargo el Derecho de juristas no puede prescindir completamente de la legislación, pues si bien este Derecho favorece el ritmo lento, propio de la evolución del Derecho privado, es en cambio absolutamente incapaz de llevar a cabo reformas radicales (68). Estas sólo pueden ser realizadas por el legislador. No es un puro azar que las primitivas legislaciones, empezando por el Código babilónico Chamurabi, pasando por las leyes griegas de Licurgo, Solon, Zaleukos o Charondas, hasta llegar al Código decenviral de los romanos, sean leyes reformadoras (69). De aquí la gran actividad legislativa en los períodos revolucionarios. También el Derecho inglés que es Derecho de juristas por excelencia, conoce desde los reyes normandos, una nutrida serie de leyes (*statutes*) y ha desarrollado esta duplicidad del *common* y el *statutory law* comparable a la que se dió en Roma con el *ius* y las *leges*; antinomia que aunque en germen, se da también en el continente, entre el Derecho del

(66) No parece que pueda existir mayor contradicción que entre comunismo y Derecho privado. Pero esto es solamente una apariencia. Puede concebirse una agrupación constituida por una docena de personas que vivan en régimen comunista en una isla solitaria del Océano Pacífico, sin poseer Derecho privado. Pero en la realidad las cosas son de muy otra manera. Una agrupación comunista no puede prescindir de conceptos de Derecho privado tales como los de propiedad, compra, adquisición del dominio, préstamo, comodato, etc. El Código soviético confirma esta aseveración. Ni socialismo ni comunismo significan supresión del Derecho privado, sino tan sólo exclusión de éste en orden a algunos especiales bienes económicos. Vid. Maklezow, Timaschew, Alexejew, Sawadsky, *Das Recht Sowjetrusslands* (1925), 247 y sig. Estos conceptos de Derecho privado a que nos hemos referido últimamente serán tal vez arcaicos, sujetos a cambios y alteraciones más o menos sustantivos, pero perennes en su esencia.

(67) Vid. *supra*, págs. 153-154.

(68) Ya lo observa agudamente Savigny, *System*, I, 40 y sig.

(69) Concuerta con lo dicho, la circunstancia de que la mayoría de las escasas leyes romanas de Derecho privado fueron debidas a *rogationes* de los tribunos del pueblo. No puede hablarse aquí de ideas reformadoras de gran alcance. Sólo pueden hallarse éstas en la legislación de Augusto. Wieacker, *Vom röm. Recht* (1944), 70, 80 y sig.

rey y el Derecho del pueblo durante la época franca. En Alemania se atrofia progresivamente esta oposición, debido a la especial modalidad política de este país (70). El llamamiento a la codificación de todo el Derecho privado, o de una parte de éste, es lanzado desde el campo mismo del Derecho de juristas. Los motivos determinantes pueden ser las exigencias reformadoras, el deseo de dar forma accesible al inabarcable Derecho de juristas (71), la necesidad de unificar el Derecho existente en zonas más o menos amplias (72). Atendiendo a

(70) Me remito a lo consignado en la nota 33 de la pág. 154.

(71) Vid. supra, págs. 153-154.

(72) Por las causas enunciadas, la tendencia a la codificación en los territorios europeos, es a partir del siglo XVI, verdaderamente epidémica. Ya Hotman fué oportunamente citado. Dumoulin y Loisel abogan por una unificación de las *coutumes* francesas, la cual fué también solicitada por los *états généraux* en distintas ocasiones, y por el tercer estado del cual procedía y se nutría el estamento de juristas. Vid. Viollet, *Hist. du droit civil français* (1893), 201 y siguiente, 205 y sig., 215 y sig.; Meynial, *Le rôle joué par la doctrine dans l'oeuvre d'unification du droit en France*, 306 y sig. En Escocia se proyectó una codificación del Derecho privado. El *regius professor* de Cambridge, Butzer, de origen alemán, defendió el proyecto de un código civil y eclesiástico (vid. Maitland, *Renaissance*, 20, 74); Francis Bacon (1561-1626) pedía un *digest of case law and statute law* en la forma de un *restatement*, es decir, postulaba la formulación de los principios más importantes (Holdsworth, V, 485 y siguiente). Partiendo de la consideración de lo difícil que es conseguir abarcar el *common law*, Jeremías Bentham (1784-1832) propugnaba una codificación del Derecho privado inglés (Schwarz, 7 y sig.; Symbolae Lenel, 451 y sig.). En Italia, Giovanni Nevizzano, en los comienzos del siglo XVI, proclama la necesidad de una codificación del Derecho privado (Calasso, *Studi Besta*, II, 467). También en Alemania, en el siglo XVI, se manifiestan deseos de proceder a una compilación del Derecho imperial. Conring recomienda en el siglo XVII recopilar el Derecho romano y el Derecho consuetudinario alemán vigentes a la sazón (Stintzing, I, 58 y sig., II, 176 y sig.; Stobbe, II, 141), Leibniz luego de de haberse ocupado por encargo del elector de Maguncia en la redacción de un *corpus iuris reconcinnatum*, esto es, de la reunión de los más importantes principios jurídicos, concibe el plan de una codificación del Derecho imperial alemán con miras a conseguir la unidad jurídica del imperio (vid. supra, página 121). En último término debe citarse aquí la obra de Schlosser: *Vorschläge und Versuch zu einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbruchs* (1777), propugnando un *restatement* del Derecho romano (vid. Stintzing Landsberg, III, 1, 466). A esta misma necesidad, apunta Kerr Wylie en *The South African Law Journal*, 56 (1939), 209 y sig., con respecto al *roman-dutch law*. No hay por qué entrar en los

estos puntos de vista, en Inglaterra, durante el siglo XIX, algunas materias de Derecho privado, tales como la venta de cosas muebles (*sale of goods act* 1893) o el Derecho inmobiliario, fueron objeto de regulación legal, y la legislación de 1925 reformó el Derecho inmobiliario y el sucesorio legal. Estas leyes constituyen verdaderas codificaciones parciales (73). La misma trayectoria siguieron los monarcas franceses a partir del siglo XVII, como lo prueban las ordenanzas de Luis XIV y Luis XV. Estas últimas referentes al Derecho privado, y que en número de tres, una sobre donaciones (1731), otra sobre testamentos (1735), y otra, finalmente, sobre sustituciones fideicomisarias (1747), fueron elaboradas por el canciller Daguesseau, pasaron en gran parte al *code civil* (74). La codificación de todo el Derecho privado, tal como vino a realizarse medio siglo después, reconoce como antecedente la revolución.

No puede hablarse, pues, de una actitud hostil del Derecho de juristas contra el Derecho legal. Más bien ocurre lo contrario. Las codificaciones todas alientan la aspiración perfectamente explicable de que el Derecho en las mismas formulado, constituya una ordenación nueva y definitiva, y para conseguir la inalterabilidad de tal ordenación suelen prohibir, o por lo menos limitar, la interpretación de la misma por los juristas. Ejemplos confirmatorios de lo dicho son las disposiciones del emperador Justiniano (75), limitando la interpretación

detalles de estas propuestas y sugerencias. Por lo demás no hallaron eco alguno debido a que los supuestos precisos para una codificación no habían alcanzado aún el grado de madurez necesario. Todas ellas provienen del campo del Derecho de juristas, y sirven para corroborar lo dicho en el texto.

(73) Son éstos el *Law of property act*, *Land registration act*, *Land charges act*, *Settled land act*, y respecto al Derecho sucesorio la *Administration of estates act*.

(74) Vid. Declareuil, 820 y sig.; Esmein-Genestal, 741 y sig., 743; H. Mitteis, *Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.* 63, 174 y sig. Sobre Daguesseau vid. Regnault, *Les ordonances civiles du chancelier Daguesseau*, I (1929), 49-74; Viollet, 226 y sig.

(75) Prohibió las críticas y los comentarios a su obra legislativa. Solamente eran permitidas las traducciones griegas, extractos (índices) de algunos pasajes y colecciones de los textos paralelos. A pesar de las penas conminadas a los infractores de la prohibición, ésta fué en realidad letra muerta. Vid. Jörs-Kunkel, *Röm. Privatrecht* (1935), 50; P. Krüger, *Gesch. der Quellen u. Literatur*

del *corpus iuris*, el Derecho territorial de Prusia (76) o la codificación italiana de los siglos XVIII y XIX, prohibiendo esta misma interpretación y aun el recurrir a los juristas (77). Hoy día podemos afirmar que estos intentos del legislador se apoyan en una vana ilusión. No es posible que una legislación cualquiera, por perfecta que ésta sea, regule de un modo completo y sin lagunas, la materia que abarca, y constituye, por otra parte, un craso error, creer que todo lo contenido en la codificación es Derecho vigente. Aun prescindiendo de la consideración de que es inevitable que un Código contenga normas y preceptos que sean en la práctica letra muerta, precisa admitir que los Códigos, en el mejor de los casos, reflejan tan sólo el Derecho existente en el momento de su vigencia. La vida no permanece quieta y plantea incesantemente al jurista nuevos problemas, los cuales, sólo mediante una interpretación del Código verdaderamente creadora, pueden ser resueltos. No hay legislador que pueda impedir que los preceptos de una ley, de un código, breve tiempo después de su entrada en vigor, resulten fosilizados en comparación con el Derecho más dúctil y flexible creado por los juristas (78).

Lo expuesto no constituye ningún descubrimiento para el

d. röm. Rechts (1912) 406 y sig.; Peters. *Oström. Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (Sitz. Ber. Leipzig, phil. hist. Kl. 65, núm. 1, 1913), 44 y sig.

(76) Federico el Grande, que acarició también el proyecto de promulgar una ley popular y completa, quiso prohibir la interpretación judicial. En tal sentido se da la orden de Gabinete de 1780, en la que se dispone que el juez, en caso de duda, deberá acudir en consulta al poder legislativo (Comisión legal) (*référé législatif*). Vid. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung*, 87 y siguiente. La medida fué adoptada por el Derecho territorial prusiano. 47, 48. Más particularidades en 49-52. Esta comisión fué suprimida por la orden de Gabinete de 8 de marzo de 1798, con lo que volvió al juez la facultad de interpretar la ley. Vid. Förster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, I (1896), 71 y sig.; Lukas, *Archiv f. öffentl. Recht*, 26 (1910), 111 y sig. 113.

(77) Vid. Marongiu, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi*, Studi Besta, III (1939), 461 y sig. Ya el Derecho territorial prusiano, Intr. 6, dispone que «las opiniones de los profesores de Derecho y antiguas resoluciones judiciales no serán tomadas en cuenta en las futuras decisiones». Sobre esto Förster-Eccius, I, 82.

(78) El Código civil alemán procede con prudencia, al no contener disposición alguna sobre interpretación de la ley.

jurista de nuestros días, pero se debe advertir que hace ciento cincuenta años, cuando estas verdades no eran ni mucho menos familiares, los redactores del *code civil* las tuvieron muy presentes. Prueba de ello son algunos pasajes del *discours préliminaire* del proyecto del *code civil*, debido a Portalis, cuya cita textual me voy a permitir: *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est plus tôt achevé que milles questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours, et ce mouvement, que ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversément modifiés par les circonstances, produit a chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau* (79). Y prosigue: *c'est au magistrat et au jurisconsults, pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application*. La «práctica» en realidad no es otra cosa que un complemento de la legislación (80). Finalmente la fórmula de-

(79) Citado por Vigié, *Livre du centenaire*, I, 26.

(80) Citado por Boistel, *Livre du Centenaire*, I, 54 y sig. Como fuente última para suplir la ley, se pensó en el Derecho natural, el cual por su contenido teórico, no podía ser considerado como norma legal. El *livre préliminaire* en su art. 1 (Saleilles, *Livre du centenaire*, I, 102), lo considera como fuente de Derecho, disponiendo en su art. 11 que: *dans le matieres civiles, le juge, a défaut de loi precise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour a la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive*» (Saleilles, I. 100). Lo mismo Portalis en *discours préliminaire*. Vid. Boistel, I, 47 y sig. Este pensamiento inspira también el párrafo 4 del Derecho territorial badés (1809), el cual remite al juez, una vez agotados los demás medios de interpretación, especialmente el de la analogía, a los principios de Derecho Natural. Por otra parte el parágrafo 7, párrafo 2.º del Código general austríaco, dispone que si agotada la analogía, es dudosa la solución del caso jurídico planteado, previa consideración de las circunstancias que en el mismo concurren, se atenderá para su decisión a los principios del Derecho natural. Vid. Lukas, *Arch. f. öffentl. Recht* 26 (1910) 89 y sig.; Wellspacher en *Festschr. zur Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzbuchs*, I (1911), 184 y siguiente.

Resulta sumamente instructivo cotejar estos preceptos con la regulación de la cuestión en el Código civil italiano de 1942. El art. 12 trata de la interpretación analógica y en su párrafo II dispone: «se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato» lo que según la *relazione al re* del ministro guardasellos (Grandi) de 16 de mar-

bida también a Portalis: *on ne fait pas les codes, ils se font* (81). Este lenguaje sólo era posible en hombres para los cuales el Derecho de juristas era una realidad viva. Y tales eran los redactores de *Code civil*. En efecto, éstos habían estudiado, con los profesores encargados de explicar el *droit français*, el cual, por el edicto de Luis XIV, de 1679, adquirió carta de naturaleza en las Facultades de Derecho; eran, al propio tiempo, discípulos de los grandes juristas prácticos del siglo XVIII (82), entroncados por tradición con sus predecesores del siglo XVI, los cuales habían iniciado una práctica jurídica que reconocía por fundamento un *droit commun français* en conexión con el Derecho romano. Resultado de todo ello fué el magnífico artículo 4.º del *code civil*: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Este

zo de 1942, pág. 40 (Librería dello stato, Roma, 1943), debe entenderse, considerando como decisivos «oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico legislativo statuale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune ecc) con esso concordante». Es esto mucho mejor que la vaga referencia a la concepción mundial nacional-socialista, al sano sentido popular, en la cual se advierten vestigios de aquel espíritu del pueblo de la escuela histórica, tan manejado en Alemania durante los últimos tiempos. En el fondo son la misma cosa, pues el *ordinamento giuridico dello stato* no es en realidad otra cosa que el ordenamiento fascista del Estado, pero la norma resulta tan amplia, que aun cambiando este régimen político, es utilizable. Entre las fuentes jurídicas supletorias figuran el Derecho romano y el Derecho común, en tanto no estén en pugna con el aludido ordenamiento estatal. Resulta también característica la alusión a la «tradición científica nacional» integrada por estos Derechos y aunque con un criterio rigurosamente histórico, la inclusión de los mismos en esa tradición suscite reparos, no es por ello totalmente recusable. El Derecho romano rigió en Italia, no como factor nacional, sino como Derecho del *imperium romanum* supranacional y occidental. Todavía más digna de nota es la diferencia respecto al *code civil* y otras legislaciones de la época. Cuando éstas hacen referencia al Derecho natural como última fuente jurídica supletoria, y atribuyen dentro de ella un papel relevante al Derecho romano, se admite implícitamente un factor de valor universal, el cual ha sido olvidado en el siglo XX.

(81) H. Mitteis, *Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.*, 63, 178. La fuente es un pasaje del *discours préliminaire: les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler, on ne les fait pas*. Vid. Esmein, *Livre du Centenaire*, I, 20; H. Mitteis, 178, nota 144 b.

(82) De Curzon, *Nouv. rev. hist.* 43 (1919), 351 y sig.

artículo en realidad confiere al juez la tarea de crear Derecho, supliendo de esta suerte la insuficiencia de la ley (83).

La civilística francesa supo mantener el Derecho de juristas aun rigiendo el *code civil*. Naturalmente, hubieron oscilaciones; épocas en que se pretendió, como ocurre en toda codificación, descubrir el sentido de la ley; fluctuaciones en la relación entre la teoría y la práctica en las que ésta renunció temporalmente a participar en la elaboración de las leyes; valoraciones diversas de la judicatura en los distintos tiempos, las cuales dependían del nivel alcanzado por las colecciones de sentencias (84). Ahora bien, la jurisprudencia, singularmente la de la corte de Casación, no desertó jamás de su misión formativa de Derecho, cumpliéndola unas veces con prudente cautela y otras con atrevida decisión, de modo que Saleilles pudo decir con justicia en el *Livre du Centenaire*, I, 114 y siguiente: «le texte du code civil est resté le même, mais le contenu qu'il recouvre s'est modifié du tout», y Esmein (85)

(83) El precepto no supone (en contra Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 14, 26), un reconocimiento de la ausencia de lagunas en la ley, sino por el contrario, la existencia de éstas. Estas lagunas deben ser suplidas por el juez, no recurriendo a una instancia superior, sino mediante su personal y creadora labor interpretativa inspirada en el espíritu de la ley. Los textos del *discours préliminaire* citados anteriormente, no permiten sobre este punto la menor duda. Lo que se rechaza es, como advierte certeramente Lukas, 67 y sig., 109 y 113, el *référé législatif*. Al mismo fin responden los preceptos antes citados del Derecho territorial badés, y del Código general austríaco. Tal vez pudiera objetarse que por la sumisión del juez al Derecho natural, se admite implícitamente la inexistencia de lagunas legales. Pero el Derecho natural no es un Derecho estatuido que complete el Derecho positivo y pueda ser consultado con la misma facilidad que éste; no contiene normas jurídicas concretas sino, como dice la ley austríaca, principios de Derecho que no excluyen en modo alguno el deber del juez de decidir el caso concordemente al sistema jurídico vigente. Cabría pensar que la concepción de un juez creador de Derecho plantea al legislador alemán, diversamente de lo ocurrido con el francés, dificultades que aquel trató de superar mediante la sumisión del juez al Derecho natural. En el fondo existe en ambos legisladores el mismo propósito.

(84) Sobre las particularidades de la evolución, ilustran mucho, dos artículos contenidos en el *Livre du centenaire du code civil*: Charmont-Chausse, *Les interpretes du code civil*, I, 133-172 y Meynial, *Le recueils d'arrêts et les arrêstistes*, I, 175 y sig.

(85) Según Meynial, I, 203.

exigía que la «doctrine prenne désormais la jurisprudence pour son principal objet d'études», con lo que se produciría una evidente aproximación a la literatura jurídica inglesa. Un jurista alemán que examinase un libro cualquiera sobre Derecho civil francés vigente, quedaría sorprendido —abrigo la más firme seguridad— al ver la libertad, el atrevimiento y la destreza con que los juristas franceses, utilizando los elementos teóricos precisos, manejan y adaptan el *code civil* y contribuyen así a elaborar una teoría homogénea, unitaria y conservadora del Derecho privado. Ambas notas constituyen la mejor tradición del Derecho de juristas. Resumiendo: ni la ley ni la codificación, pueden eliminar el Derecho de juristas. Ambos se complementan recíprocamente (86). Algunos Derechos de juristas, como el islamítico y el talmúdico, se apoyan en los libros santos, esto es, el Corán y la Biblia. La ingente masa de *case law*, lo mismo que una codificación poco abarcable, dan lugar en todo el ámbito del Derecho privado o en una parte de éste, a la aparición de los *books of authority* (87), los cuales a su vez necesitaban de una labor interpretativa. Esto mismo ocurre con el *corpus iuris*. Como reiteradamente hemos dicho, el *corpus iuris* no es un Código en el moderno sentido de esta palabra, sino más bien, una serie de *case law*. El jurista, ya interprete una ley, un código o el mismo Derecho de juristas, procede siempre de modo prudente y cauteloso. El Carácter conservador del Derecho de juristas, ya ha sido puesto de relieve (88), y radica en la naturaleza misma de las cosas. El jurista se halla en su tarea, fuertemente ligado al Derecho vigente. No puede ser un reformador ni menos un revolucionario. Este quehacer de reforma y de revolución es confiado al

(86) Los trabajos del Ministerio de Justicia para desarrollar el patrimonio familiar y dar a las decisiones de los tribunales competentes, fuerza de ley mediante las oportunas ordenanzas, han provocado reparos por implicar una interferencia de las funciones propias de la justicia y de la legislación.

(87) Vid. *supra*, pág. 158.

(88) Respecto a Roma, vid. De Francisci, *Spirito della civiltà romana* (1940) 73, y para el Derecho francés, vid. De Curzon, 351 y sig.; Esmein, *Livre du Centenaire*, I, 5. En Inglaterra fueron los juristas, quienes en tiempo de la revolución, impidieron que se llevaran a cabo las reformas proyectadas por los puritanos, relativas al Derecho privado. Vid. Holdsworth, VI, 413 y sig.

legislador, y el jurista con su técnica, unas veces frena y otras ayuda a éste. Si se comparan el momento inicial y el final del proceso evolutivo de una institución jurídica cualquiera en el Derecho de juristas, la distancia que media entre ambos aparece desmesuradamente grande. Sin embargo, este largo camino no se recorre con saltos violentos, sino de modo suave, a paso lento y seguro. Por esa su constante adhesión al pasado, el Derecho de juristas es en su actuación transformadora del Derecho privado, un elemento destacadamente conservador.

D) DERECHO DE JURISTAS E HISTORIA DEL DERECHO

En otro aspecto, el Derecho de juristas no es enemigo de la historia del Derecho. Holdsworth, en su gran exposición de la historia del Derecho inglés (V, 473), dice que «the continuity of the common lawyer must make every sound common lawyer something of an historian». Esta frase debe ser tomada *cum grano salis*. El jurista en el Derecho de juristas es un práctico o está orientado hacia la práctica. El *conveyancer* inglés, debe tener en cuenta que el vendedor de un inmueble viene obligado a mostrar su *good title*, lo que en defecto de Registro inmobiliario, sólo puede suplirse con el documento acreditativo de una larga posesión anterior. Para interpretar bien estos antiguos documentos y estimarlos en su justo valor, son indispensables conocimientos de historia del Derecho inmobiliario relativos a los cien o ciento cincuenta años últimos. De aquí el interés del jurista práctico por la historia del Derecho (89). Del estudio del Derecho actual, se remonta el jurista al estudio del Derecho del pasado, en la proporción precisa para conseguir la recta comprensión del Derecho vigente. Tal fué el punto de vista del fundador de la investigación histórico ju-

(89) Vid. también Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft* (Discurso rectoral de Leipzig, 1881), 30. Con este punto de vista, el Derecho inglés limita fuertemente la interpretación de la ley, admitiendo únicamente la literal, de la cual sólo es dable emanciparse, en los casos en que la ley resulte ambigua y contradictoria. Vid. Schwarz en Heinsheimer, *Zivilges. d. Gegenwart*, II, 53, 56.

rídica en Inglaterra, John Selden (1584-1654). Este autor se ocupó en el estudio del Derecho bíblico (90), y su libro «de uxore hebrica» es aún hoy citado con respeto. Por lo demás, la Historia del Derecho, suscita en él un gran interés, porque esta disciplina, «gives necessary light to the present in matter of state, law, history and the understanding of good authors» (91). Desde el punto de vista de la ciencia moderna, para la cual la historia del Derecho es un fin en sí misma, tal posición puede suscitar reparos (92). Un moderno profesor de Historia del Derecho, estudiaría un problema cualquiera de Historia del Derecho inglés, comenzando con los anglosajones y tratando de aproximarse al Derecho actual a través de una larga serie de antecedentes; es muy posible que su mucho saber le impida llegar a conclusiones prácticamente estimables. Estas ofrecerían seguramente escaso interés para los juristas prácticos, del mismo modo que la posición de Selden, el cual se había formado en los *Inns*, sería posiblemente tildada de utilitaria y no científica.

Sin embargo, hay que reconocer que tal posición era muy jurídica. La jurisprudencia y la ciencia se interfieren, pero no son la misma cosa. No otra era la actitud de los romanos. Es característica a este respecto la anécdota que leemos en Gellio (93), a propósito de un jurisperito, el cual, habiendo sido preguntado sobre la significación de algunos términos arcaicos

(90) Holdsworth, V, 409, nota 1. El interés puritano por estas investigaciones de tipo humanístico influye muy poco.

(91) Holdsworth, V, 407 y sig., 411. Desgraciadamente no me es conocida la obra de este autor *The historians of Anglo-American law*. Vid., además, Balogh, *New York Law Quarterly Review*, VII (1929), 271, nota 23, con amplia bibliografía sobre Selden.

(92) Se comprende que ésta sea también la opinión de los modernos historiadores ingleses del Derecho, algunos de los cuales, como Maitland, mantienen íntima relación con los germanistas alemanes. V. Schwarz, *Symbolae Lenel*, 465.

(93) *Noctes Atticae*, XVI, 10: *ego vero... dicere et interpretari hoc debere, si ius Faunorum et Aboriginum didicissem. Sed enim cum «proletarii» et «adsidui» et «sanates» et «vades» evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque carum, quibus utimur.*

que figuran en las XII Tablas, elude la respuesta, rehusando ocuparse de estas cuestiones antiguas, porque sólo le interesa el *ius quo utimur*, y sabe poco de la introducción y antecedentes del proceso formulario vigente entonces.

Dentro de este interés histórico, en el Derecho de juristas, se percibe un vivo sentimiento tradicionalista. Los juristas romanos de fines del período clásico, citan, si bien no con excesiva frecuencia, a Q. Mucius, no obstante ser este jurisconsulto trescientos años anterior a ellos; en la segunda mitad del siglo I después de J. C., se escriben comentarios sobre la exposición de Derecho civil debida a Sabino. En los libros ingleses sobre Derecho actual, apenas se cita a Glanvill, raras veces a Bracton, con relativa frecuencia en cambio a Littleton, Coke y Blackstone. Lo mismo sucede en Francia. Un estudio cualquiera sobre una materia de las comprendidas en el *code civil* no es ni siquiera concebible sin que contenga citas de Pothier y aun de otros juristas de los siglos XVII y XVIII (Domat, Bourjon, Argou, Fleury, etc.), hasta Dumoulin y Loisel. Si las cosas van en Alemania por otros cauces, si para los dogmáticos del Derecho actual alemán, no cuentan ya los juristas alemanes del siglo XVIII, ello es en parte debido al escaso desarrollo que en Alemania alcanzó el Derecho de juristas, en parte también al poco apego que siente el alemán por su tradición y, sobre todo, a la escuela histórica, la cual, haciendo gala de un doctrinarismo auténticamente alemán, hizo también tabla rasa del pasado jurídico de este pueblo exponiendo al mismo fatal destino al Código civil. Con todo y a pesar de estas explicaciones, produce estupor comprobar la total desaparición del recuerdo de la Pandectística, la genial aportación alemana a la ciencia del Derecho, en la dogmática y en la práctica del Código civil alemán. Basta hojear una monografía, un tratado, un comentario del Código civil alemán publicado en los últimos treinta años, para advertir en él la ausencia de los nombres de Savigny, Puchta, Ihering, Dernburg, Windscheid y de otros grandes pandectistas. No dispongo de estadísticas ni puedo comprometerme a elaborarlas, pero no creo equivocarme si opino que una encuesta entre los actuales juristas alemanes, daría

como resultado, la comprobación de que un 90 por 100 de éstos no conocen los nombres de los autores citados, y menos todavía la importancia de sus respectivas aportaciones.

E) LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS EN EL DERECHO DE JURISTAS; DERECHO DE JURISTAS Y DERECHO LIBRE

No podemos ocuparnos aquí del modo de operar, propio del Derecho de juristas. Es esta una difícil cuestión no estudiada todavía. Una historia de los métodos empleados por los distintos Derechos de juristas que se ocupara de los más importantes de éstos, aunque fuera de modo parcial, podría ayudar eficazmente a ahondar más en la esencia de los mencionados Derechos, así como en el proceso formativo del Derecho en general y del pensamiento jurídico (94). Por de pronto hemos de repetir aquí que el Derecho de juristas, aunque tiene fuerza creadora en la forma, procede con mucha prudencia y sin perder la conexión con el Derecho existente, apoyándose siempre en este último para crear un Derecho nuevo. En tiempos antiguos se cree en el poder mágico de las formas y actos jurídicos y de determinadas palabras, cuyo efecto se atribuye a este poder, y se ofrece la posibilidad, de utilizar estas formas jurídicas con fines distintos de aquellos para los que originariamente sirvieron (95). Así se da en múltiples sistemas de Derecho una larga serie de «negocios jurídicos imitados» (96), la utilización de «procesos ficticios» en función de negocios jurídicos constitutivos y transmisivos de derechos (97). Tam-

(94) Para el *case law* americano son valiosísimos los ensayos de Llewellyn, *Präjudicialrecht und Rechtsprechung in Amerika* (1933).

(95) Constituye ésta la más sencilla explicación, válida también para el Derecho romano antiguo, en orden a los tipos de negocios jurídicos que en el texto se citan. En contra Wieacker, 78 y sig.

(96) Vid. Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, *Zeitschr. Sav. Stift., rom. Abt.*, 27 (1906), 290 y sig., 28 (1907) 311 y sig.

(97) Aunque lo dicho, por lo que se refiere al Derecho romano, es solamente conocido, no se limita a éste. Quien quiera tener una idea de lo que el Derecho de juristas es capaz de realizar en este orden de cosas, lea la obra de Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Dublin, 1771, II, 268

bién en el Derecho moderno hallamos los negocios jurídicos imitados, si bien su reconocimiento tropiece con dificultades debidas a nuestra rigurosa actitud crítica, la cual repudia, en cierto modo, el procedimiento de ficción y de rodeo que los mismos suponen, hasta que por fin dichos negocios son adoptados por la práctica e incorporados a la vida del Derecho. La transmisión fiduciaria hecha con fines de seguridad y garantía en el Derecho actual alemán, constituye un ejemplo típico de lo que llevamos dicho. A esto se añaden las alteraciones de sentido y deformaciones de los preceptos jurídicos existentes, ya sea de la ley, ya del mismo Derecho de juristas, para adaptarlos a las necesidades de la época; alteraciones que en determinadas circunstancias, significan una radical subversión del sentido originario del precepto. La aplicación del *Corpus iuris* en la práctica no fué en realidad otra cosa que esta alteración operada para hacer adaptable a la actualidad, normas que sirvieron para regular relaciones muy diversas, adaptación que a no ser por el criterio de autoridad antihistórico y acrítico en que se inspira, no hubiera sido posible (98).

Finalmente, la construcción jurídica. En Alemania ésta despertó escasa simpatía. No ha mucho que esta jurisprudencia constructiva y de conceptos, fué radicalmente condenada y considerada como un fenómeno degenerativo, no obstante el fuerte impulso doctrinal que la animó.

Por otra parte, el Derecho de juristas trabaja con conceptos jurídicos enlazados entre sí y que forman un sistema teóricamente elaborado o por lo menos «sentido» (99). La misión de los juristas es la de subsumir los casos jurídicos en los conceptos existentes y mediante tal procedimiento, ordenar estos casos en un sistema. Sólo así puede el jurista percibir el momento en que debe actuar creando Derecho, para hallar de

y siguiente, 357 y sig., y las informaciones en ella contenidas sobre el origen y aplicación del «fine by common recovery», mediante el cual los juristas ingleses lograron superar la incapacidad de la Iglesia para adquirir inmuebles, establecida en los *statutes*. Observa Blackstone, II, 270, según Coke, *Institutes*, II, 75, tal vez no sin razón, que la Iglesia tuvo «ever of their counsel the best learned men that they could get».

(98) Vid. *supra*, págs. 89 y 144.

(99) Vid. *supra*, pág. 249, nota 1.

este modo una solución satisfactoria, sin que trate nunca de imponer ésta, antes bien, ofreciéndola solamente como deducción constructiva del Derecho existente o ideando en caso de necesidad nuevas reglas y conceptos jurídicos. Entendido esto así, la construcción viene a ser como un regulador de la actividad del jurista, y en tanto promueve la formación de conceptos, es también productiva y creadora. Algo parecido ocurre con la desahuciada teoría de la ausencia de lagunas en la ley, y especialmente en la codificación. Probablemente originada en el Derecho natural, domina en la pandectística alemana del siglo XIX, hasta que es combatida en los primeros años de nuestro siglo por el movimiento del Derecho libre (100). La teoría de la ausencia de lagunas legales no resiste a una crítica científica, pero de ello no se sigue que desde el punto de vista de el Derecho de juristas deba ser considerada como falsa. Por el contrario tiene esta teoría valor indiscutible en tanto obliga continuamente al jurista a buscar en la autoridad de la ley, autoridad que él personalmente no posee, la necesaria cobertura, forzándole a derivar sus decisiones de la ley misma, aunque este resultado se logre por el camino de la alteración del sentido de ésta mediante una construcción jurídica, que desde el punto de vista histórico, atendida la intención originaria del precepto legal, ofrezca las características de un nuevo hallazgo e implique una verdadera creación de Derecho (101). Por tanto,

(100) Vid. Koschaker, 29, nota 2, y la bibliografía allí citada.

(101) No puedo estar de acuerdo con E. Fuchs, *Gemeinschaftlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz* (1909), 125 y sig., cuando argumenta contra las llamadas lagunas impropias de la ley, esto es, aquellos casos para los cuales la ley no contiene disposición, pero en los que ésta puede derivarse de la Ley misma mediante una construcción jurídica, ocurriendo frecuentemente que la decisión es hallada antes que su fundamento. No me parece tal procedimiento recusable aunque Fuchs lo considere criptosociológico. Sobre la legitimidad de la distinción entre lagunas reales e impropias puede discutirse, pero no cabe duda de que aun tratándose de las primeras, el jurista no actúa con entera libertad, y debe esforzarse en mantener la conexión con el Derecho existente.

En cuanto a la posición de los juristas, Charmont-Chausse en el *Livre du Centenaire*, I, 135, dice atinadamente: «et pourtant le respect qu'on semblait avoir pour ces textes écrits (las leyes) n'était qu'une vaine apparence: car

la audida teoría mantiene al jurista en una actividad de elaboración continua del Derecho, y en esto precisamente radica su valor. Téngase en cuenta, por otra parte, que estas consideraciones sólo pueden servir a quienes tengan un claro sentido de lo que es la argumentación jurídica.

Estos distintos puntos de vista se reflejan en una controversia suscitada en el Derecho inglés, que demuestra que el problema de la ausencia de lagunas no se plantea tan sólo en orden a la ley. A principios del siglo XIX, el filósofo Jeremías Bentham, con quien en Inglaterra se inicia el estudio teórico y filosófico de Derecho (102), enseñaba que el Derecho contenido en las decisiones de los Tribunales ingleses, es un Derecho judicial, esto es, un Derecho creado por los jueces (*judge made law*); en cambio, según Blackstone (103), éstos aplican un Derecho consuetudinario, manejado por ellos como si fuera un verdadero Código, siendo, por tanto, la actividad de tales tribunales de carácter meramente declarativo (104). Desde un punto de vista científico es Bentham quien está en lo cierto. Bentham es filósofo y Blackstone, en cambio, jurista, y a este último interesa destacar más especialmente la elaboración del Derecho privado, llevada a cabo por los Tribunales de un modo lento y sin perder nunca la conexión con el pasado. Tal vez en esta actitud del jurista, tan razonable como la del filósofo, sea perceptible un influjo del Derecho natural. La discusión entre jurisprudencia constructiva y movimiento del Derecho libre, sostenida en Alemania en los comienzos del presente siglo, con gran aparato doctrinal —recuérdese que la palabra *Weltanschauung* (concepción del mundo), de la que tanto se ha usado y abusado en nuestro país, es intraducible para muchos idiomas— entraña un juicio valorativo de dos

en réalité, le commentateur, á son insu et se trompant lui même, creait ses principes et les prêtait au législateur pour leur procurer l'autorité qui leur manquait».

(102) Rheinstein, ob. cit., 236.

(103) *Commentaries*, I, 69, el juez se juramenta «to determine, not according to his own private judgement, but according to the known laws and customs of the land, not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one».

(104) Vid. Schwarz, ob. cit., págs. 27 y sig., 29 y sig.

concepciones muy distintas, si es que no supone más bien la confusión de un principio metódico con una verdad filosófica. Se puede proscribir un determinado método, pero es más razonable confesar nuestra culpa que condenar aquél, imitando al hombre que para curar su insomnio no halló otro mejor procedimiento que el de quemar su cama.

A los juristas y a los jueces representantes del Derecho de juristas, es aplicable al famoso verso de Hesiodo, τῆς ἀρετῆς προπαύροιθεν θεοὶ ἰδρωτὰ ἔθγκαν («antes de la virtud pusieron los dioses el sudor»), pues si bien aquéllos crean Derecho, deben antes esforzarse por hallar el camino para crearlo. No es su misión construir nuevas vías, sino adaptar las existentes a las exigencias del moderno comercio jurídico. De este modo consiguen para el Derecho privado la necesaria continuidad evolutiva. El jurista es siempre servidor del Derecho y cubre y respalda su actividad con la autoridad que de éste irradia. No es un esclavo del Derecho cuyos mandatos acate de una manera ciega. Puede, antes bien, corregir a su señor aunque con el respeto debido a la autoridad que éste posee. El jurista no es legislador. Los campos de actuación del legislador y del jurista aparecen en algunos Derechos de juristas precisamente deslindados (105). Convenimos en que los medios con que el jurista se asegura a veces la conexión con la autoridad del Derecho, adoptan formas raras que le han valido en ocasiones la justa fama de formalista y de triturador de conceptos. Indudablemente que son posibles y se han producido en la práctica jurídica casos constitutivos de verdadera deformación degenerativa. Pero no por esto deben recusarse los principios, pues con frecuencia, estas artísticas argumentaciones sirven para propulsar eficazmente la evolución y progreso del Derecho privado. Por esta razón también, el Derecho privado ha constituido siempre el dominio propio del Derecho de juristas. La cuestión

(105) De aquí que el Derecho inglés limite fuertemente la interpretación de los estatutos (vid. supra, pág. 275, n. 2) y que la cámara alta se halle muy frenada en sus decisiones, por que, de otra suerte, alterando éstas, podría minar la ley. Vid. Schwarz, 17 y sig. Sobre la oposición que se da en el Derecho romano y en el inglés entre Derecho legal y Derecho de juristas: vid. pág. 96, nota 4, 182.

de determinar cuáles sean los factores e incitaciones que actúan sobre los juristas en esta su tarea de elaborar el Derecho, es ciertamente una cuestión ardua y difícil. Se habla de Derecho natural, naturaleza de las cosas, equidad, espíritu del pueblo, sentimiento del Derecho, sano sentido del pueblo, interés del proletariado, etc. La variedad de nombres está indicado a las claras, lo inseguro del terreno en que sobre este punto se mueve la investigación. Es muy posible que la cuestión planteada sea de solución imposible, porque la decisión creadora de Derecho se base en última instancia en una simple intuición que no puede estar sometida a reglas (106). Y todavía resulta más lejana la solución de estas cuestiones, si se considera que los juristas, tras de haber agotado el Derecho positivo, inspiran sus decisiones en un Código aún más remoto e ideal.

De lo expuesto se desprende que el Derecho de juristas no reconoce esa realza del juez tan glorificada por la dirección alemana del Derecho libre (107), ese *bon juge*, que en tanto no se halla vinculado por el texto escrito de una ley, decide tan libremente como si fuera un verdadero legislador. No es éste tampoco el designio del artículo 4.º del *code civil*, cuando establece la responsabilidad del juez por denegación de justicia, si éste rehusa la decisión, alegando insuficiencia, silencio o ambigüedad de la ley (108); tampoco es esta la intención del artículo 1.º, II del Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (109), aunque esta disposición se enlace con una idea contenida en la Ética de Aristóteles, V, 14 (110), pues no implica una limitación intrascendente la contenida en el párra-

(106) Wieacker, *Vom röm. Recht*, 28.

(107) Para la historia del movimiento del Derecho libre, vid. Manigk, *Formalismus und Freirechtsschule in Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft*, 480 y sig.

(108) Vid. *supra*, pág. 272, nota 83.

(109) Si la ley no contiene precepto alguno aplicable, el juez recurrirá al Derecho consuetudinario, y cuando éste no exista, decidirá según las normas que establecería en el caso de que fuera legislador (III). Se atiene, pues, a la doctrina y a la tradición.

(110) Esto es discutido por Balis, *Der Richter u. die Lücken der bürgerl. Gesetzgebung in Festschrift zur Hundertjahrfeier (εκατονταετηρίδα) der Universität Athen* (1939).

fo III, en el cual se obliga al juez, cuando éste procede a crear la norma que establecería para el caso concreto si fuera legislador, a «atenerse a la doctrina y a la tradición» (jurisprudencia), lo que hace que su actividad sea muy distinta de la legislativa (111). En realidad lo que establece y consagra el legislador en este caso, es un Derecho de juristas con poder creador, pero apegado al régimen jurídico existente, lo que en el fondo no difiere de lo establecido en otros países. El pensamiento de la realeza o soberanía del juez, está, pues, como se ve, muy lejos de la intención del legislador.

F) DERECHO DE JURISTAS Y DERECHO POPULAR.
EL DERECHO Y ESPECIALMENTE LA LEGISLACIÓN,
¿SON POPULARES?

El lector, por lo que llevo dicho, tendrá la impresión de que sitúo muy alto el valor del Derecho de juristas, y que considero éste como el cauce más idóneo para promover la evolución del Derecho privado. Los sistemas de Derecho privado que en la historia del Derecho han tenido mayor eficacia y alcanzado la más amplia difusión, han sido el romano, el anglonorteamericano y el francés, el segundo de los cuales está fundado sobre base puramente germánica, constituyendo el tercero una verdadera síntesis de romanismo y germanismo. Todos ellos son Derechos de jurista, caracterizados por la continuidad de su evolución (112). Los juicios valorativos contienen siempre, en mayor o menor proporción, una cierta dosis de subjetivismo, y por ello no pretendo que los demás suscriban mis opiniones. Estimo, en cambio, conveniente, eliminar algunos prejuicios que dificultan una recta valoración del Derecho de juristas, los cuales, a decir verdad, especialmente en Alema-

(111) Sin que esto suponga hallarse vinculado a la *communis opinio* o al precedente. Vid. Egger, *Kommentar z. schweiz. ZGB*, Comentarios 45 y 46 al art. I/III.

(112) Para el Derecho romano en el final del período clásico, de nuevo Riccobono, *Studia Humanitatis Festschr.* (1942), 87 y sig.

nia, por motivos que más adelante examinaremos, han jugado un papel no muy importante.

El primero de éstos es la teoría del espíritu del pueblo que los juristas alemanes recibieron en herencia de la escuela histórica del Derecho. Mientras unos consideran esta teoría hija del romanticismo (113), otros la estiman inspirada en la organología de Herder (114). Para éste, como para Savigny, el pueblo es un ser vivo y orgánico, con vida histórica y espiritual propias, que nace, crece y muere y está dotado de una fuerza orgánica y específica, el espíritu del pueblo, cuyas manifestaciones, lenguaje y Derecho, se desarrollan de modo natural, lento y secreto; de tal suerte que el Derecho viene a ser patrimonio común de quienes integran como socios la comunidad pueblo. No escapó a Savigny que lo dicho sólo es exacto en lo que se refiere a un estadio sencillo y elemental del proceso evolutivo del Derecho. Más tarde o más temprano va éste a parar a manos de juristas, esto es, a una minoría del pueblo, dejando de ser en este momento Derecho popular. La dificultad que este Derecho plantea, es superado por Savigny siguiendo a Puchta (115) de modo dialéctico, considerando que los juristas son a modo de Diputados de la nación, que representan también el espíritu del pueblo (116). Esto es, según él, tanto más cierto, cuanto que los juristas no forman un estamento cerrado, antes

(113) Vid. la bibliografía en Koschaker, 21. Precedentes de la teoría del espíritu del pueblo se hallan ya en época antigua. A las referencias de Koschaker, loc. cit., añádase el filósofo italiano del Derecho Gian Battista Vico (1688-1744). Vid. Solmi, *Storia*, 656, 853; Kantorowicz, *Recht und Wirtschaft*, I, 48 y sig.

(114) Vid. Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 447 y sig., 461 y sig.; Zwiłgmeyer, *Die Rechtslehre Savignys (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, 37, 1929), 48 y sig. Vid., además, Frensdorff, *Ztschr. Sav. Stift., germ. Abt.* 29, 62 y sig.

(115) *Gewohnheitsrecht*, I (1828), 146 y sig.

(116) Con el mismo violento recurso convierte el Derecho legal en Derecho popular. Vid. supra, pág. 265 y sig.

Vid. Savigny, *System*, I (1940), 45 y sig., 48 y sig. La teoría del espíritu del pueblo aparece ya en 1814, cuando Savigny escribe su obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, y es completada su construcción por Puchta. Vid. Zwiłgmeyer, 25 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 2. 444 y sig.; Koschaker, 21, y la bibliografía por éste citada.

bien, cualquier socio del pueblo mediante la apropiación de los necesarios conocimientos, puede ingresar en él, afirmación que para quien haya seguido atentamente lo que llevamos dicho sobre la sociología de la profesión de juristas (vid. páginas 249, 252, 260) no puede ser exacta. Savigny llega así a pretender explicar con su doctrina el fenómeno de la recepción del Derecho romano, llevada a cabo por los juristas alemanes, recepción que contradice abiertamente la teoría del espíritu del pueblo (117).

Contra esta subsunción del Derecho de juristas en el Derecho popular, se manifiesta Beseler (118), manteniendo una actitud hostil a aquél y determinada por la consideración de que la recepción del Derecho romano en Alemania, constituyó una calamidad nacional que debe imputarse al Derecho de juristas. Afirma, además, que la preponderancia de un grupo de juristas, no es nunca saludable y que el pueblo jamás debe desprenderse de su soberanía en orden al Derecho. De esto deriva la consecuencia de la impopularidad del Derecho de juristas. Lógicamente quien considere que el ideal jurídico radica en el Derecho popular, quien vea en éste el patrimonio común de todos los socios del pueblo, no puede sentir admiración alguna por el Derecho de juristas, el cual supone siempre el dominio del Derecho privado ejercido por una minoría (119). Ahora bien, precisa dilucidar, ante todo, si esta teoría del espíritu del pueblo, imperceptible y secreto creador del Derecho, no adolece, en realidad, de un idealismo excesivo, de una coloración romántica y sentimental (120). Por falta de gusto y competen-

(117) Vid. Thieme, *Der junge Savigny* en *Deutsche Rechtswissenschaft*, VII (1942), 62; Stintzing-Landsberg, III, 2, 204; Wolf, *Rechtsdenker*, 465, 467 y sig.

(118) *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), 64 y sig., 89, 303 y sig., 332, 351.

(119) En los últimos tiempos, se ha acentuado en Alemania esta repugnancia y un eminente escritor nacionalsocialista (Nicolai, *Rasse un Recht*, 38, 40), considera la jurisprudencia como un síntoma de decadencia de la raza, al mismo tiempo que niega al Estado que posee un Derecho de juristas, el carácter de tal Estado. Vid. supra, págs. 133-134.

(120) Con razón observa Wolf, *Rechtsdenker*, 462, que la teoría del espíritu del pueblo no es resultado de la reflexión, sino más bien constituye

cia no me es dable filosofar acerca del origen del Derecho. Una cosa es, sin embargo, segura a pesar de haber sido desconocida por la escuela histórica, a saber, que por el carácter formal que poseen los derechos antiguos, que hace necesaria la actividad mediadora de los técnicos, la actuación de los juristas y la consciente y reflexiva elaboración del Derecho, aparecen mucho antes de lo que creen Savigny y sus discípulos (121). Esta consideración por sí sola basta a limitar el alcance de esta idea tan cara a los juristas alemanes, de un Derecho popular grabado en el corazón de los hombres.

La teoría del espíritu del pueblo es también falsa en otros aspectos. Como el espíritu del pueblo no puede constituir un privilegio de los alemanes o de los germanos, sino que se da también en otros pueblos, se llega a la conclusión de que el Derecho privado de uno cualquiera de éstos es tan individual como su propio espíritu. En Alemania, en el siglo XIX, con la llamada «técnica de blanco y negro», fueron enfrentados con fines comparativos, el Derecho romano del *corpus iuris* y los Derechos alemanes de las fuentes medioevales, parangonándose así dos Derechos que por corresponder a estadios evolutivos muy diversos, eran en realidad totalmente incomparables. La investigación histórico jurídica de los tiempos modernos, utilizando métodos más perfectos, ha descubierto, en relación con el Derecho primitivo romano, tras penosos esfuerzos motivados por la insuficiencia de las fuentes disponibles, estados jurídicos que guardan una notable semejanza con los propios de la edad media alemana. Idéntico paralelismo puede advertirse en orden a otros Derechos, y por mi larga experiencia, estoy en situación de afirmar, que me ha sido posible establecer comparaciones entre los Derechos orientales antiguos —casi todos

la expresión poética de un sentimiento. Su crítica se inicia muy pronto. Vid. Schönfeld, *Gesch. d. Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* (1943), 175 y sig. La opinión de este autor (pág. 165), según la cual, dicha teoría radica en la antigua concepción alemana del Derecho, y es lo más profundo que se haya pensado en materia jurídica, constituyendo la base sobre que se sienta la fama mundial de la escuela histórica, difícilmente puede ser compartida. El gran prestigio de Savigny y de su escuela, se deben, como veremos, a otras causas.

(121) Vid. *supra*, págs. 247-248.

no indogermánicos— y el Derecho alemán y otros Derechos germánicos. No se puede confiar, dado el escaso desarrollo que en Alemania han alcanzado los estudios de Derecho comparado, que los hechos que acabamos de consignar, consigan atraer la atención de los estudiosos. Sorprende verdaderamente el carácter autárquico que a partir de la escuela histórica, ofrecen los estudios de historia del Derecho y la investigación germanística, pues puede asegurarse que constituyen excepción los germanistas que pasado el período franco, extienden su mirada más allá de las fronteras alemanas y se interesan por el estudio de los Derechos francés e inglés, cuya evolución tan influenciada está por el elemento germánico.

De la mano con la teoría del espíritu del pueblo, va el convencimiento de que el Derecho alemán y el germánico, constituyen un Derecho peculiar y *sui generis*, idea muy difundida y exaltada por el lema «Raza y Derecho» que hizo suyo el nacionalsocialismo. Investigadores serios han sido alcanzados por el poder de seducción de este lema y, a decir verdad, la responsabilidad de las consecuencias sólo limitadamente alcanza el mencionado régimen político. Ya Del Vecchio, *Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft* (separata del *Archiv. f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, VII, 1914), 3 y sig. 28 y sig., observó que la idea de un pueblo elegido, no es exclusiva de los judíos, sino que se halla más o menos oculta e inconsciente en las modernas culturas nacionales. Me sería fácil citar una media docena de trabajos correspondientes a los últimos cincuenta años y de autores de diversas nacionalidades, que niegan que el matrimonio por compra, por su carácter bárbaro, sea propio de su pueblo y lo atribuyan a otros, sin tener en cuenta que la presunta barbarie de esta forma matrimonial se debe a un mal planteamiento de la cuestión y a una comprensión deficiente de lo que es la esencia de la compra antigua. Esto se repite con frecuencia y la afirmación puede contribuir a hacer sospechosa, la objetividad de los fundamentos de las ciencias del espíritu.

No puede haber duda de que la forma de un sistema de Derecho privado es determinada por factores individuales, y que entre éstos, la raza desempeña un papel que es muy conveniente precisar. Es evidente que el juego de estos factores imprimiría al sistema del Derecho privado unas características específicas, y que esto mismo sucederá cuando tal sistema sea elaborado intensivamente por el Derecho de juristas. Es, pues, na-

tural y lógico que las normas y principios jurídicos que la investigación germanística descubre en las fuentes que utiliza, sean específicamente germánicas o alemanas. Pero sólo podremos estar autorizados a afirmar esta verdad, cuando logremos probar —y la prueba no es fácil— que tales notas no se dan en las normas y principios jurídicos de otros países. Es, por el contrario, un hecho indubitable, que en las instituciones y principios propios de los diversos pueblos, hallamos coincidencias hasta en los detalles, las cuales, no podemos explicar mediante los habituales recursos de la común descendencia, imitación, migraciones, etc. El origen de estas coincidencias o convergencias, conocidas de antiguo por la etnología comparada, es cuestión todavía no resuelta. Vid. Koschaker, *Festsch. f. Hirt*, I (1936), 145 y sig. Se habla de un desenvolvimiento paralelo e independiente, se apela como explicación a la común naturaleza humana, a la acción de típicos elementos que colaboran en la formación del Derecho (Rehfeldt, *Grenzen d. vergl. Methode in der rechtsgeschtl. Forschung* (Bonner Antrittsvorlesungen, VI, 1942), 7), a la escasa variabilidad de las formas de Derecho, que limita fuertemente las posibilidades creativas (suplemento, página 247). Todos estos intentos son más bien descriptivos que explicativos. De todos modos la coincidencia queda en pie y puede ser un eficaz auxiliar del método comparativo que facilite poderosamente la recta comprensión de un determinado Derecho.

Como reaccionan ante esta verdad, los defensores de la concepción que ve en el Derecho alemán un exponente de la raza, cual sea su posición frente a estas convergencias que se dan, no sólo entre los Derechos germánicos, si que también entre los no indogermánicos, es punto que no nos interesa. Los etnólogos afirman que el lenguaje no constituye un criterio racial suficiente. Todo europeo que haya aprendido una lengua no indogermánica, tendrá la sensación de hallarse en un mundo diferente del suyo. Y ¿cómo el Derecho, mucho más fijo en sus formas, mucho menos variable que el lenguaje, podrá ser un típico exponente de la raza?

Fecunda en consecuencias es la comparación con el médico. Los médicos son un grupo de hombres que mucho más que los juristas, hablan entre sí un lenguaje salpicado de expresiones griegas y latinas, que los filólogos clásicos no compren-

den y mucho menos los legos, para los cuales, por otra parte, es conveniente que resulte ininteligible tal lenguaje. El paciente sólo capta imprecisas alusiones que impiden que sea presa de la preocupación y la intranquilidad. Y, sin embargo, las gentes se dejan abrir su estómago, amputar sus miembros, e injieren pociones compuestas sobre recetas escritas en latín, con abreviaturas comprensibles solamente para los iniciados, y tragan píldoras y líquidos de un pésimo sabor. Nadie se lamenta, sin embargo, de que no exista una medicina popular accesible a todos los socios del pueblo. No sirve la objeción de que este soberano poder de los médicos es tolerable porque se ejerce únicamente en los casos de enfermedad, los cuales tienen un carácter excepcional, pues tampoco con los juristas ocurre diversamente. El Derecho privado acompaña al hombre desde la cuna al sepulcro y, sin embargo, la mayor parte de las relaciones jurídicas se producen de modo normal y sin que requieran la intervención del jurista. Esta es necesaria tan sólo cuando el bien jurídico en cuestión tiene un especial valor, y la correspondiente relación jurídica es muy compleja, para evitar, con el empleo de medios que pudiéramos llamar profilácticos, el futuro litigio; también resulta indispensable tal intervención, cuando se produce la fase patológica del proceso. Es entonces cuando el jurista resulta tan necesario, como el médico en los casos de enfermedad. No es, pues, justo ni congruente rechazar el Derecho de los juristas a pretexto de no ser este un Derecho popular.

Otra de las causas del juicio desfavorable que ha merecido el Derecho de los juristas, se halla en el Derecho natural al exigir éste en las leyes, un carácter popular que haga innecesaria la intervención del jurista. Ya Montesquieu en su *Esprit des lois* formuló esta exigencia, la cual sirve (122) también de fundamento a los preceptos que limitan la interpretación de las leyes en el Derecho territorial prusiano (123). Es-

(122) Les lois ne doivent point être subtiles: elles sont faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de logique, mais la raison simple d'un pere de famille. (Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne* en *Livre du Centenaire*, II, 1.006.)

(123) Vid. suplemento, pág. 505.

tos preceptos revelan una profunda desconfianza hacia el juez perito en Derecho, y un evidente deseo de prescindir de él (124). La misma exigencia apunta en la revolución francesa (125). Tal fenómeno no puede causar sorpresa, pues todas las revoluciones han asumido siempre la defensa de los derechos del pueblo y declarado la guerra a toda clase de privilegios, incluso a los de la cultura y de la formación especializada. La revolución francesa suprimió en 1793 las Universidades y las Facultades de Derecho. El diputado Jean Bon-Saint Andre declaraba en la convención: *ce n'est pas des savants qu'il nous faut, se sont des hommes libres... les sans culottes ne sont pas des savants, et les savants ne sont pas des republicains* (126).

Todavía es más digno de nota el hecho de que el abogado Robespierre, declarase en la misma convención que las leyes para todo un pueblo no pueden ser sencillas (127). Por esta misma razón Lutero tradujo la Biblia al alemán. Pero tan pronto como se apagó el entusiasmo revolucionario, se abrió paso la consideración objetiva y fría del problema. En 1804 se restablecen las Universidades en Francia (128). Mientras los dos primeros proyectos de *code civil* procuraron satisfacer las exigencias de sencillez y fácil comprensión de la ley, utilizando, al efecto, las enseñanzas del Derecho natural, sin que por otra parte lograsen otra cosa, como dice Esmein (129), que ser una especie de *manual de morale politique*, el tercer proyecto de 1796, señala la vuelta a la jurisprudencia y al Derecho romano y el cuarto de 1800, que había de ser ley más tarde, abandona ya completamente la idea de código sencillo y

(124) Vid. Thieme, *Die preussische Kodifikation*, Ztschr. Sav. Stift., germ. Abt. 57, 1937, 397 y sig., 404 y sig. Se ha censurado al Código civil alemán por su lenguaje excesivamente técnico y poco comprensible para la generalidad. Vid., por ejemplo, Fuchs, *Gemeinschaftlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz*, 92, 202, en donde opone a «la enredada madeja del Derecho romano» la «cristalina claridad de los Códigos alemán y suizo».

(125) Esmein, *Livre du Centenaire*, I, 6 y sig.

(126) De Curzon, *Nouv. rev. hist.* 43 (1919), 332, 350.

(127) Esmein, 6 y sig.

(128) De Curzon, 354 y sig.

(129) Ob. cit., 9 y sig.

comprensible para todo el mundo (130). Tampoco Lutero y los demás reformadores pudieron impedir que surgiese de nuevo el privilegio de interpretar la Biblia, reservado a los teólogos.

Por todo lo dicho, no debe causar sorpresa el hecho de que el Nacional-Socialismo tuviese la intención de dar al pueblo alemán, no un nuevo Derecho privado, ni siquiera un Derecho civil, sino un Código popular que estuviera al alcance de los socios del pueblo, sin necesidad de que éstos hubieran de tener una especial preparación; que fuera un código realmente popular no sólo por el contenido, sí que también por la forma. Tal intento resulta comprensible (131). Las consideraciones que preceden hacen más que sospechosa la posibilidad de realización de este proyecto y el escepticismo aumenta a poco que amplíemos nuestras reflexiones.

Ya dijimos que el Derecho de juristas no es enemigo de la legislación (132), pero las leyes creadas bajo el influjo del Derecho de juristas, son todas menos populares y al alcance de la generalidad de los ciudadanos. Confirma este aserto la simple ojeada al lenguaje técnico y clausulado de las leyes romanas que nos han sido conservadas en inscripciones, no obstante su apariencia sencilla (133). Los mismos lapidarios

(130) Esmein, 10, 12 y sig.

(131) Vid. F. Beyerle, *Schuldenken und Gesetzkunst*, *Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 102 (1942), 209 y sig. Es digna de nota la postura adoptada por Hedemann, uno de sus redactores, en *Das Volksgesetzbuch der Deutschen (Arbeitsberichte d. Akademie f. Deutsches Recht*, separata, 1941), 24, contraria a la popularidad del lenguaje a costa de su precisión terminológica.

(132) Vid. supra, págs. 265 y 187 y sig.

(133) Entre estas figura la *lex Rubria*, c. 20, línea 46 y sig. (Bruns-Gradenwitz, *Fontes iuris romani*, I (1909), 98 y sig., que dispone que al usar las fórmulas procesales, los nombres convencionales que designan el lugar del proceso y las personas del juez y de los litigantes, deben ser sustituidos por aquellos otros concretos y reales del lugar y personas del proceso efectivo: «neive ea nomina qua(e) in earum qua formula s(upra) s(crupta) s(unt), au Mutina(m) in eo iudicio includei concipei curet nise(i) eie, quos inter id iudicium accipietur leisve contestabitur, leis nominibus fuerint, quae in earum qua formula s(upra) s(crupta) s(unt), et nisei sei Mutinae ea res agatur», y ningún magistrado puede aceptar los nombres del juez y de las

preceptos del Código decemviral contienen una no escasa serie de expresiones y conceptos jurídicos (*nexum, Mancipium, legare, sus heres, adgnatus*). La ley fué expuesta al público durante bastante tiempo para que todos los ciudadanos tuvieran posibilidad de conocer su contenido, con tal de que —*nota bene*— supieran leer (134), y los muchachos, según

parres o el de Módena como lugar del proceso, que figuran en los mencionados modelos procesales, en la fórmula que debe emplearse en el caso real, a no ser que las partes que celebran la *litis contestatio* lleven nombres que coincidan con los nombres supuestos que figuran en el modelo de la fórmula o de que el lugar del proceso real sea efectivamente Módena.

(134) Lo dicho en el texto sugiere reparos contra la opinión, tan generalizada, de que la fijación de las leyes en material duradero (piedra, bronce) responda a fines de publicidad. Vid. Schwind, *Zur frage der Publikation im römischen Recht* (*Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, XXXI, 1940), 33 y sig. También el Código babilónico del rey Chammurabi (probablemente de la segunda mitad del siglo XVIII a. de Jesucristo, aunque la cronología a este respecto no está todavía rigurosamente precisada. Vid. Ungnad, *Wiener prähist. Ztschr.* 30 (1943), 124), fué grabado en escritura cuneiforme sobre una estela de diorita en forma de cipo fijada en lugar público. Por la dificultad que entraña la lectura y comprensión de la escritura cuneiforme, la cual sólo es inteligible a muy pocas personas, debe rechazarse la idea de que el grabado y fijación de la ley, respondiera al propósito de hacer llegar ésta a conocimiento de todos, y la exclusión de tal finalidad puede generalizarse teniendo en cuenta el extenso analfabetismo imperante en la época. Debe, pues, buscarse otro motivo, y éste podría ser que la dureza y resistencia del material a que la ley se incorpora, atribuye a ésta los caracteres de duración y perennidad. Esta estela contiene, como ocurre frecuentemente con los escritos de los reyes orientales, una imagen del rey legislador, y por el poder mágico atribuido a las imágenes, y por el que se reconoce en la misma estela en forma de cipo, bien pudiera todo ello significar la presencia viva del rey legislador en la piedra. Los ataques dirigidos contra ésta, alteraciones del texto grabado, son concebidos como ataque a la ley misma para conseguir abolirla. Estas concepciones son remotísimas para nosotros. No cabe duda que quien rompe un bando con la firma de una autoridad, revela un designio ofensivo contra ésta, que le hace acreedor a un castigo. Pero hay que convenir en que el hecho no constituye una calamidad. Todo se reduce a que la policía fije de nuevo el bando. Ahora bien, las ideas primitivas sobre el particular son muy distintas a las nuestras, pues un acto de esta naturaleza es un acto dirigido contra el mismo legislador, y su obra, acto que indudablemente viene dificultado por la dureza y condiciones físicas del material en que la ley se graba. Así se explican también las severas conminaciones contra los actos de esta índole contenidas en las antiguas inscripciones orientales.

refiere Cicerón hablando de su juventud (135), la aprendían de memoria. Ahora bien, los romanos no impusieron a los jóvenes la asistencia obligatoria a la escuela, y aquellos que aprendían de memoria estas leyes, pertenecían en su mayor parte a familias nobles, y de estas familias procedían, a su vez, la mayoría de los juristas. También el Edicto del Pretor era fijado en lugares públicos, y en verdad que el profano, sin la ayuda de un jurista, podía entender muy poco de su contenido (136). ¿De qué le serviría conocer el Edicto referente a la injuria, si ignoraba el desarrollo de las normas edictales debido a los juristas? También las leyes inglesas referentes a materias de Derecho privado, aun cuando como la *Sale of goods* regulen transacciones de la vida diaria, y aunque mediante la definición de expresiones técnicas, aspiren a ser claras, no son, sin embargo, accesibles a cualquiera (137).

De nada sirve la objeción de que los ejemplos aducidos proceden del Derecho de juristas, al cual es extraña la codificación. No existe el menor fundamento para admitir que el romano medio o el angloamericano de hoy, sepan más de su Derecho privado que el alemán, el francés o el italiano, y que estos últimos necesiten adquirir una mayor preparación jurídica mediante la redacción de un Código de su Derecho privado. En segundo lugar, para que un código de tal naturaleza consiga proporcionar esta información, precisa como requisito previo el que se propague entre la población. El *code civil* es en Francia, seguramente, mucho más popular y conocido que el Código civil alemán, y a pesar de esto, dudo mucho que un 50 por 100 de franceses tenga en los estantes de sus bibliotecas, un ejemplar de esta ley. Por lo que respecta a Alemania, no es aventurado afirmar que a lo sumo un 5 por 100 de alemanes saben de la existencia del Código civil, incluyendo en este 5 por 100 a los juristas (138). Por otra parte, se

(135) *De legibus*, 2, 23, 59.

(136) Vid. Wlassak, *Die Klassische Prozessformel* (Sitz. Ber. Wien, Ph. Kl. 202, Nr. 3, 1924), 25 y sig., 58 y sig. 140 y sig.

(137) Vid. suplemento, pág. 505.

(138) Me permito ofrecer aquí al lector un recuerdo de carácter íntimo. Cuando manifesté a mi padre mi resolución de emprender los estudios de

puede afirmar que, por lo general, el Código es un medio inadecuado para proporcionar a los legos la necesaria enseñanza jurídica (139). El Código es la base sobre que los juristas actúan aplicando el Derecho. Nadie puede impedir que cierto tiempo después de la vigencia de un Código, se produzca un Derecho de juristas apoyado en los preceptos de aquél, completamente desconocido de los profanos, de modo, que a éstos resulte imposible conocer sólo a través de aquel Código el Derecho realmente vigente. Aplicación del Derecho e información jurídica son, pues, cosas distintas tanto en sus fines como en sus métodos respectivos (140). Mientras que en orden a la información, un buen ejemplo es más eficaz que la disquisición teórica, la aplicación del Derecho, tiende por

Derecho —año 1898— aquél me indicó que era necesario que estudiara Derecho romano. Apenas llevaba un año en la Universidad, cuando supe que existía el Código civil austríaco, vigente en mi patria, que pretendía procurar a todo ciudadano la necesaria instrucción jurídica. Y para esto ¡era yo estudiante de Derecho!

(139) De distinta opinión A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890), 16 y sig., el cual postulaba para el Derecho civil una codificación hecha en forma popular.

(140) La aspiración de procurar una general instrucción jurídica mediante formas populares de expresión, ha tenido períodos de singular florecimiento. En una de las primeras leyes nacional-socialistas, la del patrimonio familiar prusiano de 15 de mayo de 1933, se dispone en el parágrafo 1/III: «Solamente un hijo del labrador deberá recibir el patrimonio familiar. Este hijo es llamado heredero principal (*Anerbe*).» Los redactores tenían el convencimiento de haberse expresado en este parágrafo de un modo popular y sencillo, sin pensar que el campesino, poco ilustrado en cuanto a la orientación y sentido de la institución del patrimonio familiar, sentía por virtud de la citada ley, el estímulo de limitar su descendencia, lo que pugnaba abiertamente con los principios del nacional-socialismo. Por otra parte, la redacción es defectuosa porque solamente parece prever el caso de sucesión de los hijos, siendo así que el principio del heredero único se da igualmente en el supuesto de que en el patrimonio familiar sucedan los parientes colaterales. De este caso trata el parágrafo 12 de la ley, y en cambio la norma contenida en el parágrafo 1.º recoge un pensamiento fundamental de aquélla. La ley general del patrimonio familiar de 29 de septiembre de 1933 establece en el parágrafo 19/II: «El patrimonio familiar se transmite indiviso y por virtud de la ley al heredero principal», y en el parágrafo 20 se enumeran las clases de herederos principales legales, con lo que se evita el descuido en que incurrió la ley anteriormente citada.

una parte, a la generalización, porque las normas jurídicas generales son más flexibles, y por otra, a la formulación de precisos y rígidos conceptos jurídicos (141). Es dudoso que un Código pueda conseguir ambas finalidades (142). Tampoco es exacto afirmar con F. Beyerle (143), que sólo la ciencia del Derecho necesita de conceptos jurídicos escolásticos y, en cambio, éstos son improcedentes en un Código. Antes al contrario, una bien desarrollada dogmática jurídica constituye el supuesto mejor para conseguir leyes bien formuladas y una codificación útil. La codificación opera, naturalmente, con los conceptos jurídicos elaborados por la jurisprudencia anterior. La historia lo confirma. En las XII Tablas se oculta una buena porción de jurisprudencia pontifical. El *code civil* no hubiera sido posible, sin el trabajo preparatorio de los juristas franceses a partir del siglo XVI, como las codificaciones alemanas no se hubieran producido, sin una previa y sistemática ciencia del Derecho, impulsada por el Derecho natural. Al Código civil alemán pasó, como tendremos ocasión de ver, la pandectística alemana, y el mismo *corpus iuris*, a pesar de diferir tan radicalmente de las modernas codificaciones de Derecho privado, no es concebible sin el supuesto de la teoría postclásica del Derecho.

Para la difusión de conocimientos jurídicos, la codificación del Derecho privado es no sólo inadecuada, sí que también

(141) Perfecta es en este sentido la técnica del Código civil alemán, el cual acierta a emplear una terminología precisa, mantenida en todo el Código y que se manifiesta en la conexión rigurosa del concepto con su adecuada forma expresiva. Sirvan de ejemplo las reglas interpretativas, la excepción. Ha sido Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne*, quien ha manifestado la duda de si «la technique ardue, serrée, doctrinaire ne fasse pas passer tout le droit positif sur le lit de Procuste de la loi», escribe aun cuando por lo demás reconozca (pág. 1.036), la bondad de tal principio. *Livre du Centenaire*, II, 1.032.

(142) No eludió este peligro el proyecto del libro I de un Código popular nacional-socialista, presentado por los profesores Hedemann, Lehmann y Siebert (*Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht*, Nr. 22, 1942). Llevado por su afán de conseguir una forma popular, consignó entre sus reglas fundamentales (1-18) meras variaciones de algunas partes del programa del partido, las cuales no se ajustan a la índole propia de un Código civil.

(143) Ob. cit., pág. 220 y sig.

innecesaria. El pueblo posee un cierto número de representaciones y conceptos jurídicos. Todo el mundo sabe que los préstamos deben ser restituídos, que el confiar un bien cualquiera a una persona exige de ésta un cierto grado de diligencia en su custodia, que no es aceptable la venta de una cosa viciosa, que no se compra un inmueble lo mismo que una caja de cerillas, que para la celebración de un matrimonio precisa la observancia de ciertas formalidades. Los periódicos contribuyen a la propagación de los conceptos jurídicos más eficazmente que pueden hacerlo los Códigos, porque aquéllos son leídos por el gran público y éstos, en cambio, no. Quien pretenda fundar una sociedad por acciones o limitada, conceder un préstamo con garantía hipotecaria o arrendar un local para un establecimiento, procederá razonablemente si se procura antes los conocimientos jurídicos precisos o aun mejor, si consulta previamente a un abogado, evitando de esta suerte futuros disgustos y perjuicios. Será indispensable la intervención del jurista cuando la relación jurídica sea discutida y el proceso inevitable. Sin embargo, estos casos, en relación con los innumerables que se desenvuelven pacífica y normalmente, constituyen la excepción (144). Para los casos normales, son suficientes los conceptos jurídicos y los conocimientos más o menos precisos que el pueblo posee, ya que éstos, en lo concerniente al Derecho privado, son muy estables y apenas sufren alteración (145).

(144) Desde este punto de vista la redacción clara de una ley del impuesto sobre la renta es mucho más necesaria que pueda serlo la de un Código de Derecho privado ya que la diferencia de criterio entre el contribuyente y el funcionario fiscal resulta mucho más probable que las divergencias que puedan derivar de una relación de Derecho privado.

(145) Gnaeus Flavius (Kantorowicz), ob. cit. 13, señala tales conceptos como propios del Derecho libre. Vid. también Fuchs, *Gemeinschaftlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz*, 11. De todos modos no son conceptos legales. Relativamente a nuestro tiempo es falsa la afirmación tan repetida (Vid. A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 21 y sig.) de que los conocimientos jurídicos están más extendidos entre las clases poseedoras, las cuales, por razón de los bienes que poseen, tienen un mayor interés por el Derecho. Otra cosa es que estas clases puedan pagar mejor a sus abogados y asesores, y aun hoy con la abundancia de consultorios gratuitos y abogados de pobres, hay que reconocer que esta afirmación no tiene mucha fuerza.

La importancia de la codificación del Derecho privado es para los encargados de aplicar el Derecho, esto es, para los juristas, mayor que para el pueblo en el cual el Código rige. Es de desear una formulación clara y precisa de la Ley, pero esto no supone el que la ley haya de ser comprensible para todos, y que las gentes a las cuales se aplica puedan orientarse sobre sus respectivos derechos con solas sus propias fuerzas. Esto es más bien una ilusión sentimental. Por otra parte, los juristas constituyen la mejor salvaguarda de la autoridad del Derecho. Siempre ha ocurrido que los bienes que están al alcance de todos, son los que menos se estiman. Parece más respetable el templo de la Justicia cuando éste se halla rodeado de un cordón de policía o cuando se requiere para tener acceso a él, ir provisto de un pase especial o acompañado de un sacerdote, que cuando todo el mundo puede frecuentarlo sin dificultad, y predicar en él inspirándose en el espíritu del pueblo. Si a esto se añade que los juristas forman un estamento social bien definido y animado por un vivo sentimiento del honor profesional, y con un sentido pleno de la responsabilidad, tendremos un ambiente inmejorable, dentro siempre de la natural imperfección humana, para conseguir una sana aplicación del Derecho privado. Aquí rige lo de *Men not measures*. Juristas expertos con arraigo en el pueblo, con sensibilidad y comprensión para las necesidades jurídicas de su tiempo, son mucho más eficaces que los Códigos mejores y más populares (146), ya que aun rigiendo éstos, la función de aquéllos es necesaria, y tan estimable, que merced a ella se puede convertir un Código malo en instrumento útil de aplicación del Derecho.

Una mirada a Inglaterra y a los Estados Unidos aclarará lo dicho.

No es frecuente que en la literatura inglesa de Derecho privado un autor combata un precedente, y cuando lo hace, suele usar siempre giros respetuosos, tales como «it is respectfully», y especiales salvedades y reservas. Este hábito revela el grado de respeto que se siente hacia la jurisprudencia, respeto fun-

(146) Sólo con este alcance puede aceptarse el pensamiento de Puchta y de Savigny de que los juristas son mandatarios del pueblo y que el Derecho de juristas viene a ser una manifestación del Derecho popular.

dado, sin duda, en la función creadora de Derecho propia de la misma. Sobreviene un cierto momento en que la relación del jurista con la jurisdicción de los Tribunales superiores se configura de un modo personal; es el momento de los informes en los *Law Reports*, entroncados con la antigua tradición de los *Year-Books* (147). A los angloamericanos parece natural que se citen los nombres de las partes a que afectan las decisiones recaídas, así como los de los jueces y abogados que intervinieron en la cuestión planteada. Los *Reports* reproducen lo esencial de los *pleadings* de los abogados, informan de las discusiones de éstos con los jueces (*arguing*), de la sentencia y sus fundamentos, pero también de la opinión discrepante del asesor; en resumen, el *making of the law* tiene lugar con una fuerte y perceptible vitalidad, como hechos acaecidos entre hombres de carne y hueso. Los grandes juristas angloamericanos que perviven aún en el recuerdo de las gentes, no son teóricos del Derecho, sino prácticos y jueces, los cuales, por regla general, no escribieron un sólo artículo sobre temas jurídicos. Las gentes en cuyo recuerdo perduran estos nombres son también juristas que leen solamente los *Law-Reports*, pero cuyos informes coloreados por la prensa periódica penetran en el gran público y despiertan en él un vivo interés por la justicia y la judicatura, incluso en la materia propia del Derecho privado, que es la que por su índole menos suele apasionar.

Por el contrario, en las relaciones o informaciones continentales, especialmente en Alemania, predomina una fría objetividad y un carácter marcadamente abstracto. Los nombres de las partes son indicados con iniciales, pues interesa solamente la relación jurídica independientemente de las personas a quienes ésta afecta. Se consignan las decisiones y sus fundamentos y ocasionalmente, los argumentos de los abogados, silenciándose el nombre del juez. Habla sólo el Tribunal o una sección de éste, y sus miembros son mantenidos en el anonimato. La personalidad del juez desaparece, y para que sea conocida, no hay otro recurso que el de conquistarse un nombre en el campo de la literatura jurídica, y aun así, en el caso de

(147) Vid. *supra*, pág. 156, nota 36.

colaborar en una obra de comentario, se corre el riesgo de sufrir la sombra que al colaborador hace el nombre del editor de la obra. La objetividad es, desde luego, importante, pero en determinadas circunstancias, puede suscitar reparos. Tal es el caso en que el interés del público se centra, no en la relación jurídica abstracta, sino en los nombres concretos de las personas que intervienen en ella. Esta objetividad impide que se ponga de relieve la personalidad del juez, y ello no favorece ciertamente al prestigio de la judicatura. Ocurre esto singularmente en las relaciones de Derecho privado, las cuales al quedar despojadas de toda circunstancia personal y concreta, pierden indudablemente interés para el público.

G) DERECHO PROFESORAL

Como conclusión de este capítulo debo ocuparme ahora del Derecho de juristas, tal como fué desarrollado por Puchta y Savigny (148). Este último en su *System* I § 14 se ocupa del Derecho de juristas bajo el epígrafe titulado «Derecho científico». La relación establecida entre ambos Derechos es, a decir verdad, poco feliz, pues parece dar a entender que existe un Derecho no científico, siendo así que el Derecho, si bien puede ser objeto de la ciencia, en sí mismo considerado no es científico ni acientífico. En realidad, al hablar Savigny del Derecho científico, no se refiere a una cualidad determinada del Derecho, sino que piensa en los juristas, como fautores de la formación y desenvolvimiento del Derecho. En la actividad propia de los juristas distingue este autor, entre una actividad material y creadora y una actividad formal, «puramente científica», que constituye la teoría del Derecho. Esto es verdad, pero debe notarse, que los teóricos del Derecho no son creadores (149). El teórico, con sus estudios, puede conseguir una

(148) Vid. Savigny, *System*, I, 45 y sig.; Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I (1828), 147 y sig. II (1837), 20 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 2, 444 y sig.; Zwiglmeyer, ob. cit., pág. 26 y sig.

(149) En este punto es Savigny más claro que Puchta (*Gewohnheitsrecht*, I, 147, 161 y sig., II, 20 y sig., pues éste se pierde en una verdadera maraña

solución nueva a un caso de Derecho y mediante el desarrollo de un sistema jurídico deducir nuevos preceptos (150). Pero en realidad todo esto no es Derecho sino, a lo sumo, un estímulo o incitación para la práctica, que se convierte en Derecho solamente cuando ésta lo recoge y acepta (151). El error de Savigny comienza en el momento en que este autor sitúa la teoría del Derecho y la práctica jurídica, bajo el concepto superior del Derecho científico, siendo así que, en realidad, se trata de dos actividades muy distintas. Adviértase que el planteamiento de esta cuestión no supone en manera alguna preterición o desestima de ninguna de las dos actividades. Insistiremos sobre este punto (152). Debemos consignar aquí que el práctico del Derecho ya decida una cuestión jurídica, halle una nueva fórmula para un negocio de esta especie o emita un dictamen relativo a un proceso que resulte aceptado por el Tribunal, necesita de una autoridad. El teórico del Derecho busca en cambio solamente adquirir conocimientos, despliega una actividad

de argumentos dialécticos. Por un lado el Derecho de juristas en cuanto no procede directamente del pueblo, es contrapuesto al Derecho consuetudinario privado del carácter de Derecho popular. La misma actividad científica que nos permite descubrir un principio o norma jurídicos, no es nacional en sí misma, aunque puede llegar a serlo, cuando el Derecho es tratado como objeto o tema nacionales. Es entonces cuando el jurista viene a ser un representante del pueblo. Consecuentemente, la práctica puede ofrecer una doble modalidad según se base en una norma o principio jurídico deducido científicamente, o constituya una expresión de la conciencia jurídica nacional y contenga Derecho consuetudinario.

(150) En este último caso admitiría Savigny, *System*, I, 46, una verdadera producción o creación jurídica. Pero es difícil concebir cómo «de una determinada forma científica con su aspiración a descubrir o completar la unidad de la materia a que se ajusta, pueda surgir una nueva vida orgánica, la cual actúe a su vez formativamente sobre la materia, de modo que de la ciencia del Derecho dimane un poder de incesante creación jurídica».

Según Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, 522, el principio de que la ciencia del Derecho es fuente jurídica, es de Derecho natural. Y se comprende. La investigación jusnaturalista era una ciencia, y el Derecho natural mediante está conseguido, proclamaba su exigencia de informar los sistemas jurídicos positivos. Era, pues, lógico que se considerase la ciencia jurídica como fuente de Derecho.

(151) Vid. Bergbohm, I, 523 y sig.

(152) Vid. *infra*, cap. XVII A, pág. 475.

puramente cognitiva y únicamente puede aspirar a servir de estímulo a la práctica. Es dudoso que esta actividad del teórico del Derecho pueda ser en puridad considerada como científica, dando a la palabra ciencia el sentido moderno que ésta tiene de indagación o búsqueda de la verdad, ya que el teórico del Derecho trabaja con verdades que le han sido ya dadas autoritariamente, esforzándose por hacerlas comprensibles y por ordenarlas en un sistema. El lenguaje románico usual es en este punto muy claro, pues evita el empleo de la palabra ciencia y habla solamente de teoría del Derecho y de doctrina, a las cuales contraponen la jurisprudencia, subsumiendo en esta palabra la práctica del Derecho y el Derecho elaborado por la judicatura (153). La expresión «Ciencia del Derecho» fué hallada por la escuela histórica alemana, es *made in Germany* y fuente de muchas confusiones y oscuridades. En Francia, Italia e Inglaterra, no es usual tal denominación, y cuando en estos países oímos hablar de *science de droit*, *scienza del diritto* o *legal science*, no se hace en realidad otra cosa que traducir del alemán. La expresión alemana se explica únicamente por la tendencia de Savigny y de su escuela (154) a dar a toda actividad que tenga el Derecho por objeto, un carácter científico. Es este un pensamiento profesoral y tal vez específicamente alemán, pues los representantes de la escuela histórica eran en su mayor parte profesores. Por eso no es exacta. El Derecho de Juristas designa el Derecho creado por los juristas, esto es, por los prácticos del Derecho (155). Sucede a veces, en determi-

(153) Schönfeld parece ignorar esta distinción al establecerla él idéntica (*Gesch. d. Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik*, 93 y sig.). Por el contrario, para los angloamericanos a partir de Austin (1790-1859), jurisprudencia es la investigación teórica del Derecho en sus diversas ramificaciones. Vid. Schwarz en Heinsheimer, *Zivilges. d. Gegenwart*, II (1931), 68 y sig.

(154) Vid. infra, pág. 376.

(155) A esta conclusión se acercó ya Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, sin lograr desprenderse de la teoría de Savigny. De aquí sus no pocas fluctuaciones. Habla de una doble dirección de la ciencia del Derecho, de la dirección teórica y de la aplicación; considera el Derecho de juristas como el Derecho en la fase de su elaboración científica, para llegar luego al resultado de que el Derecho de los juristas, es el Derecho producido o creado por éstos;

nadas épocas y bajo ciertas condiciones que son las escuelas de Derecho y los profesores que en las mismas enseñan, los que mayormente se ocupan del Derecho. En tales casos se produce lo que yo llamo un Derecho profesoral. Estoy muy lejos de creer en la justeza y propiedad de esta expresión. Advertimos de paso que Derecho profesoral no significa que sean los profesores quienes creen y elaboren el Derecho. Antes bien, el Derecho de juristas, puede convivir con el profesoral y pueden crearse determinadas relaciones entre el magisterio y la práctica del Derecho. Es característico, sin embargo, que en el juicio valorativo de las distintas épocas, la práctica frente a la teoría y el práctico con respecto al profesor, ocupen un lugar secundario. Se trata de un supuesto histórico utilizable en el estudio del Derecho de juristas.

El Derecho profesoral, lo mismo que el de juristas, ofrece caracteres que le son propios. Así el Derecho de juristas, como ya se dijo (156), tiende al centralismo, y por eso los jurisconsultos más destacados, que despliegan una actividad creadora, suelen hallarse en los centros en donde radica el poder político del Estado, porque en estos lugares les resulta más fácil recibir la autoridad que necesitan para su eficaz actuación. El profesor, en cambio, trabaja con argumentos, depende escasamente de la autoridad estatal y puede vivir en provincias y aun dedicarse en éstas a sus elucubraciones con mayor eficiencia que en la misma capital.

Debemos consignar a este respecto, el ejemplo del Derecho romano tardo. La teoría del Derecho romano tardo, es a pesar de su método casuístico, impuesta por el material que elabora (los escritos de los juristas clásicos), un Derecho profesoral (157). Los problemas teóricos aparecen en esta época en primer plano, los juristas de más relieve son profesores, y se atiende cada

conclusión cuyo alcance viene limitado por la distinción que el mismo autor establece entre un Derecho de jurista en sentido amplio y otro en sentido estricto. Este último se da cuando se consideran propios también de Derecho de juristas, las normas que se consiguen por vía deductiva. Esta afirmación viene a su vez desvirtuada por la observación subsiguiente de que en este último caso no hay una actividad propiamente creadora de Derecho.

(156) Vid. supra, pág. 263.

(157) Vid. suplementos. pág. 505.

día más a la organización de las enseñanzas jurídicas. En este período, los juristas de más nombradía, no colaboran en la función jurisdiccional ni tampoco en la producción legislativa imperial, ni en la emisión de dictámenes (158). Las escuelas de Derecho aparecen no solamente en las capitales de Roma y Constantinopla, sino incluso en las provincias, mientras que en el período clásico, los grandes juristas viven casi exclusivamente en la primera de las capitales mencionadas. En la época que nos referimos el primado de Roma ha desaparecido, y la más renombrada escuela jurídica del imperio Romano-Oriental, no radica ya en Constantinopla, sino en la ciudad siria de Berito (159).

(158) Vid. Wieacker, *Vom röm. Recht*, 34 y sig., 170 y sig.

(159) Vid. sobre ella Collinet, *L'histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925); Wieacker, 172 y sig.

CAPITULO XIII

LOS JURISTAS COMO PORTADORES
O ADVERSARIOS DE LA RECEPCION
DEL DERECHO ROMANO

Es tiempo ya de coger de nuevo el hilo de nuestra exposición ocupándonos del problema que páginas atrás dejamos enunciado, a saber: el de decidir si la recepción del Derecho romano en Alemania hubiera o no podido evitarse.

Como ya observó certeramente Beseler, la recepción fué obra de los juristas formados romanísticamente en Italia, Francia y Alemania, los cuales convencidos de que el Derecho romano era un Derecho todavía vigente, lo introdujeron en la práctica, mediante las decisiones de casos singulares más o menos inspiradas en el Derecho romano, y también mediante el influjo que éste ejerció en la misma legislación. La recepción tuvo, pues, lugar mediante la elaboración y formación de un Derecho de juristas. De lo dicho se desprende la respuesta a la cuestión planteada. A ella puede aplicarse la conocida regla de la medicina homeopática: *similia similibus*. O con otras palabras, son los juristas quienes están en mejor situación para combatir el Derecho de juristas, y si no se siente simpatía por éstos, puede también decirse que la mejor manera de combatir los efectos de un veneno es utilizando otro veneno similar. El problema que ahora nos ocupa, suscita la necesidad de precisar si en Alemania, en tiempos de la Recepción, hubieron juristas conocedores del Derecho alemán capaces de oponerse a los juristas romanizantes. Para puntualizar este extremo, es de gran utilidad exponer la evolución de los hechos en Inglaterra y en Francia.

A) INGLATERRA

Inglaterra, a mediados del siglo XII, en época en que en Alemania nada se sabía de Derecho romano, sintió los primeros efectos de este Derecho, a través de Vacarius, discípulo

de los glosadores (1). No es fácil determinar la intensidad de estos efectos, pero sabemos que no dejaron de producir una cierta reacción. Leemos que el rey Esteban, en 1151, prohíbe a Vacarius toda actividad docente en Oxford (2), que Enrique III, en 1234, prohíbe también la enseñanza en Londres del Derecho romano (3), y que los barones ingleses en 1236 proclamaban en Merton: «nolumus Angliae leges mutare, quae hucusque usitatae sunt et approbatae» (4). En realidad estos barones no pudieron medir el verdadero alcance de su declaración (5). El influjo del Derecho romano se hace todavía más perceptible en dos obras importantes de esta época, la de Ranulph de Glanvill, en 1187, o mejor dicho, puesto que este personaje fué diplomático, ministro y general del rey (6), compuesta bajo su dirección y titulada *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* (7), y la de Henry Bracton (8), escrita sesenta o setenta años más tarde, que ostenta idéntico título. Ambos autores exponen el Derecho inglés vigente en su tiempo, los dos poseen conocimientos de Derecho romano y especialmente Bracton, juez real y clérigo, que conocía la obra de los glosadores, utilizó la *summa* del Código debida a Azo, y fué a su muerte, ocurrida en 1268, canciller de la catedral de Exeter. Glanvill sólo adopta del Derecho romano, las expresiones y términos técnicos, mientras que Bracton utiliza los conceptos jurídicos romanos para explicar y aclarar el

(1) Vid. supra, págs. 123-124 y 220.

(2) Liebermann, *The English hist. review*, XI (1896), 310 y sig.

(3) Pollock-Maitland, *The history of English law*, I, 122 y sig.; Schwarz, ob. cit., 6.

(4) Schwarz, loc. cit., Heymann, *Engl. Privatrecht*, en Holtzendorff-Köhler, *Rechtsencyclopädie*, II, 289 y sig.

(5) Es posible, como piensa Liebermann, que la animadversión contra el emperador, contra el imperio y contra el Derecho romano, hayan jugado en esto su papel.

(6) Vid. supra, págs. 259-260.

(7) Sobre Glanvill vid Pollock-Maitland, I, 162 y sig., y Holdsworth, II, 188 y sig.

(8) Sobre Bracton, vid Pollock-Maitland, I, 206 y sig.; Holdsworth, II, 232 y siguiente; Maitland, *Renaissance*, 84 nota 55, Schwarz 65 y suplemento, página 506.

Derecho inglés y para reducirlo a sistema. Pollock-Maitland (9) pudo caracterizar esta obra como «romanesque in form english in substance». Por consiguiente no puede hablarse de una verdadera recepción que introdujera en Inglaterra las reglas y principios de Derecho sustantivo romano.

¿Cómo se explica este fenómeno?

Es digno de tenerse en cuenta que el *note-book* de Bracton, descubierto por Vinogradoff, y que es una recopilación de las decisiones de las Cortes reales de Justicia utilizada por Bracton en su práctica profesional como juez, e ilustrada por él con notas constituye en amplia medida, la apoyatura de su obra (10). Esto nos lleva a tratar del estamento de juristas. Ya hemos visto (11) que este estamento se inicia en el siglo XII se perfila con precisión en el XIII y constituye una verdadera organización a fines de este siglo, bajo el reinado de Eduardo I. Las *inns of Court* de Londres, aparecen ya en la primera mitad del siglo XIV como verdaderas escuelas de Derecho. Los juristas ingleses establecían los fundamentos del *common law* extrayéndolos de la costumbre, y defendían éste eficazmente contra la penetración y el influjo del Derecho romano, ya que tal penetración sólo era posible mediante la práctica, y la práctica estaba en manos de los juristas del *common law*. La resistencia a la penetración se hace más fuerte a medida que el estamento inglés de los juristas se organiza, y el Derecho que este estamento aplica se va transformando en materia que puede ser objeto de enseñanza, es decir, en disciplina escolar. «Law schools make tough law» es una afirmación muy exacta de Maitland (12). El éxito de la resistencia inglesa a la penetración del Derecho romano, no se debe a un mayor desarrollo del espíritu del pueblo inglés, como pudieran creer los germa-

(9) Loc. cit., I, 207. Vid. también Holdsworth, II, 282: «roman doctrine (en Bracton) is used to illustrate and to explain the principles of law, or is worked in the modified form into its substance. Güterbock, *Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum römischen Recht* (1862) ha sobrevalorado el influjo del Derecho romano en Bracton.»

(10) Vid. Holdsworth, II, 235, Schwarz, 65.

(11) Vid. supra, pág. 253.

(12) *Renaissance*, 23 y sig. 25.

nistas alemanes, y como consecuencia de este fuerte espíritu popular, a la gran repulsión sentida hacia el Derecho romano considerado como extraño; tampoco se debe a un sentimiento de repugnancia inspirado en motivos racistas conforme a la teoría del nacional-socialismo. El éxito de la defensa inglesa contra la invasión del Derecho romano se debe exclusivamente al estamento de jurista y al interés corporativo de éste, íntimamente ligado al *common law*. Este *common law* fué elaborado y desarrollado por dicho estamento con todos los caracteres propios de un Derecho de juristas (13). Además de esta causa que hemos apuntado, pudo también jugar un cierto papel en la defensa contra el Derecho romano, la hostilidad sentida hacia éste por su condición de Derecho imperial. Y el hecho resulta tanto más notable cuanto más se considera que la idea cultural de Roma, autora en gran parte de la recepción, no fué extraña a Inglaterra; antes al contrario, merced a los monjes irlandeses y a la actividad misional de los benedictinos de Roma, prendió también dicha idea en aquellas islas (14). Y aún más, los monjes de Bec, llegados del continente con Guillermo el Conquistador, un Lanfrac, un Anselmo de Canterbury, y más tarde un Juan de Salisbury, nada hicieron ciertamente por desterrar esta idea cultural de Roma, a pesar de no sentir simpatía alguna por el emperador y por el imperio. Aceptar el Derecho romano en la forma que acertaron a darle los glosadores y los comentaristas, y que era la propia de un Derecho de juristas, hubiera significado para los ingleses permutar su Derecho de juristas por otro también de juristas (15). Para ello habrían tenido que emprender nuevos estudios o ceder su pues-

(13) Así se reconoce en la literatura aunque no siempre con la deseable precisión. Vid. Heymann, 289; Holdsworth, IV., 285; Rheinsteint, *Struktur d. vertragl. Schuldverhältnisses*, 48 y sig. Formulaciones generales: centralización del sistema político y de la jurisdicción (Kocourek, *Atti Congresso Bologna*, II, 247) y pronta unificación del Derecho inglés, conseguida por las Cortes reales de Justicia (De Villiers, *The South African Law Journal*, 41, 141; Wilke, *Arch. f. Rechts-u. Wirtschaftsphilosophie*, 20, 304 y sig., son explicaciones que aunque contienen algo de verdadero no son enteramente satisfactorias.

(14) Vid. Dawson, *The making of Europe*, 200 y sig., 206 y sig.

(15). Vid. Holdsworth, IV, 285.

to a otros juristas formados en el Derecho romano, lo que hubiera significado decidir su propia eliminación. No es la pugna contra el Derecho romano lo que caracteriza el desenvolvimiento de la historia del Derecho inglés, sino más bien el precoz desarrollo, pujanza e influjo conseguidos por el estamento de los juristas organizado y poderoso, y que fué instrumento eficazísimo en esta actitud frente al Derecho romano, manteniéndolo a través del tiempo su misión defensiva (16). Tal vez se pregunte si no hubiera sido posible, siguiendo el ejemplo de Bracton, haberse mantenido Inglaterra fiel a su Derecho nacional,

(16) Algo semejante a lo acaecido en los siglos XII al XIII en Inglaterra ocurre también hoy en este país. Me refiero a la tenaz resistencia que opusieron los juristas a la implantación del sistema registral, recibido de Alemania por la legislación inglesa, y especialmente por la de 1925. Sistema registral significa: establecimiento de los registros en los que figuran todos los inmuebles de los distritos respectivos, por tanto inscripción obligatoria (compulsory registration). En principio la forzosidad de la inscripción se halla recogida ya en el *Land transfer act* de 1897. El consejo del condado (*county council*) podía oponerse a ella en su distrito. Según el *Land registration act* de 1925, desde 1936 la inscripción puede practicarse a pesar de la oposición del consejo del condado. La ley permite, si no impedir la inscripción, sí en cambio aplazarla. Es evidente que el sistema registral con libros bien llevados, garantiza el título posesorio del constituyente o trasmite de derechos de carácter inmobiliario con mayor seguridad, restringiendo considerablemente el papel decisivo que los juristas tienen en sistemas jurídicos que carecen de libros registros, y en los que el examen de la titulación —de aquí proviene la complejidad del Derecho inmobiliario inglés— hace imprescindible la intervención del jurista. Esta pudiera ser una de las razones que explican la oposición de los juristas ingleses a la implantación del sistema registral inmobiliario. Los argumentos que se aducen en contra del sistema registral tales como la deficiencia de la ley, encarecimiento de las transacciones inmobiliarias, aranceles registrales elevadísimos para poder pagar un ejército de funcionarios y la repugnancia del público *to dealings with a government bureau in any shape or form* (Turner, *The equity of redemption* (*Cambridge studies in english legal history*, 1931, 133 y sig.), pueden ser parcialmente verdaderos, pero no son decisivos. El resultado de esta resistencia fué que en la época anterior a la Guerra, fuera de Londres, los libros registros se llevaban tan sólo en un pequeño número de condados. Vid. para más detalles Williams-Eastwood, *Principles of the law of real property* (1926) 241 y sig., 245 y sig.; T. C. Williams. *The contract of sale of land* (1930), pág. XXX y sig. Por otra parte, el ejemplo del Derecho inglés muestra la eficiencia de un estamento de juristas consciente de su responsabilidad aun no existiendo un sistema registral.

aceptando, sin embargo la dogmática del Derecho romano (17). En realidad no faltaban incitaciones, pero esto, no obstante, se emprendió otro camino. Resulta muy significativo que a fines del siglo XIII los eclesiásticos, como es natural, propicios al Derecho romano, son sustituidos en sus cargos de jueces de las Cortes y Tribunales de justicia del *common law*, por juristas seculares (18), con lo que se revela que el estamento a que éstos pertenecían se hallaba en situación de poder elaborar y perfeccionar aquel Derecho. Paralelamente, el influjo de Bracton va disminuyendo, y en el siglo XV este autor carece prácticamente de autoridad. Solamente a través de Coke (1551-1634), el cual utiliza a Bracton y revela por ello una cierta influencia romanística, recupera este último autor parte de su prestigio (19). De esta suerte, el influjo del Derecho romano, no muy importante a decir verdad en la época de Bracton, disminuye sensiblemente en los siglos XIV y XV. El *common law* es el Derecho inglés, insular, un tanto tosco y deficiente en cuanto a su sistema (20). Este Derecho excesivamente formal y rígido, es causa de que el Tribunal del Lord Canciller (*Court of Chancery*) en el siglo XIV, tenga en materia civil una jurisdicción que atiende los imperativos de la *equity* (21). Con este Tribunal se abre una nueva puerta, no muy amplia ciertamente, para la penetración del Derecho romano, aun cuando éste no llegue a ser reconocido nunca como verdadera fuente del Derecho. El proceso propio de la *Court of Chancery* era el proceso canónico, y los miembros de este Tribunal, sin excluir al mismo Lord Canciller, eran eclesiásticos, y como tales, canonistas o legistas. Solamente a partir del siglo XVI comienza aquél a perder este su carácter clerical, y a mediados del XVII

(17) Vid. Holdsworth II, 176 y sig., 268 y sig., IV, 249 y sig., Rheinsteint 15.

(18) Schwarz, 6; Holdsworth, II, 176 y sig.

(19) Para Coke, vid., supra, págs. 158-159 y 261, y además Rheinsteint, 166; Holdsworth, II, 287 y sig. En 1569 se imprime la obra de Bracton. Vid. Maitland, Renaissance, 84, nota 55.

(20) Así puede decir Maitland, 29 y sig., 91, nota 62, que ningún jurista relevante del *common law* posee importantes conocimientos de Derecho romano.

(21) Holdsworth, IV, 275 y sig.; Sherman, *Roman law in the modern world*, I, 362.

sus jueces y el Lord Canciller proceden de las *Inns* y del *Bar*, es decir, son juristas de Derecho inglés (22).

Más grave y peligroso es el ataque del Derecho romano que sufren los juristas ingleses en la primera mitad del siglo XVI, bajo el reinado de Enrique VIII (1509-1547), precisamente en la época en que la recepción en Alemania consigue su victoria definitiva (23). Muy grave porque en esta ocasión el Derecho romano cuenta con la simpatía de la realeza. Los Tudor y los Stuardo, como la mayoría de los príncipes europeos, esperaban obtener del Derecho romano, el necesario apoyo a sus tendencias absolutistas. Mientras la reforma consigue postergar o eliminar el Derecho canónico, el romano recibe un notable impulso. Fué Enrique VIII, como ya dijimos (24) quien crea los *regii professores*. Añádase a esta circunstancia la ayuda que presta el Humanismo y la mayor posibilidad de actuación de los legistas en estos tiempos. Ya hemos hablado de la *Court of Chancery*. Los tribunales episcopales (*ecclesiastical courts*) competentes en materia de matrimonios y sucesiones, y que se conservan hasta el año 1857 centralizándose en la *Court of divorce and probate*, constituyen también un elemento de relevante importancia (25). Además existe la *Court of admiralty*, creada en 1357 como tribunal real de la armada, competente para entender en delitos de piratería y que paulatinamente extiende su jurisdicción a cuanto concierne a la navegación y al comercio, sin excluir a los tribunales del *common law* ni al del Lord Canciller. Sus juristas, adoptando la doctrina italiana de los siglos XIV y XV, muy imbuída de romanismo, contribuyeron al desarrollo del Derecho comercial in-

(22) Vid. Holdsworth, IV, 275 y sig.; V, 218 y sig., 257 y sig.; Heymann, 291; Sherman, I, 368 y sig.

(23) Vid. Holdsworth, IV, 253-85; *Roman law in the 16th century*. The *Law Quarterly Review*, 1928, 131 y sig.; Maitland, *Renaissance*; Sherman, I, 368-77; el artículo de Sarfatti *Influenza reciproca del diritto romano e del diritto anglo-sassone*, *Studi Albertoni*, III (1938), y 563 y sig., parece conceder una importancia excesiva al influjo del Derecho romano.

(24) Vid. supra, pág. 189, nota 79.

(25) Vid. Heymann, 291; De Villiers, *The South African Law Journal*, 41 (1924), 143 y sig.; Wilke, *Archiv f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, XX (1926-27), 298; Sherman, I, 368 y sig.

glés, el cual, por no ser el *admiralty* un tribunal especial en materia de comercio, continuó formando parte del *common law* (26). Finalmente los tribunales que aparecen en esta época, tales como el Star Chamber, Council, la Court of requests, el empleo de los legistas para ocupar puestos de la administración o del servicio diplomático, son factores que deben ser tenidos también muy en cuenta. El ataque del Derecho romano resultaba en esta ocasión peligroso porque los legistas se hallaban entonces organizados en el Doctor's Commons o como oficialmente se le llama, en el «College of doctors of law exercent in the ecclesiastical and admiralty courts» creado en 1511 (27). No era una organización como la de los Londoner Inns que tuviera como éstos a su cargo la formación profesional de los aspirantes —los legistas debían procurarse la necesaria formación en la Universidad— pero por la posición social de muchos de sus miembros, llegó a ser un club muy influyente (28).

La situación del *common law* era, pues, crítica. El final del siglo XVI y el comienzo del XVII son tiempos de lucha entre las cortes de justicia del *common law* y de la Chancery (29) y

(26) Para más detalles Holdsworth, V, 65, 76 y sig., 129, 139 y sig.; 149 y siguiente, 151 y sig. Sobre la Court of admiralty Heymann, loc. cit. Rhein-stein, 46; De Villiers, 143 y sig.; Sherman, I, 364 y sig.; Wilke, 301 y sig.

(27) Vid. Holdsworth, Iv., 235 y sig.; De Villiers, 145; Sherman, I, 371; Plucknett, *The Law Quarterly Review*, 1932, 328.

(28) El Doctor's Commons con la eliminación o transformación de los jueces episcopales, desapareció en 1858 cuando la *bar* consigue el que los prácticos sean autorizados para actuar en todas las cortes de justicia.

(29) Prueba lo viva que fué esta oposición, la queja formulada por los estudiantes ante el lord Protector (citada por Maitland en *Renaissance*, 78, nota 51), en 1547, sobre la Court of Chancery la cual en lo que se refiere al *common law* «hath many times altrid and violated by reason of decrees made in the saide Courte of Chancery, most grounded upon the lawe civile and upon matter depending in the conscience and discretion of the hearers thereof, who being sivilians and not learned in the common lawes, setting aside the saide common lawes, determine the weighty causes of this realme according either to the saide lawe civile or to their owne conscience»: «ha introducido cambios y cometido infracciones mediante decisiones adoptadas por esta Corte de la cancillería inspiradas en el Derecho romano (El Tribunal o la Corte de la cancillería deriva la equidad, por influjo del Derecho canónico, de la conciencia de los jueces) o en la conciencia y hasta en el capricho de sus miembros,

otros nuevos tribunales (30). Si a pesar de estas luchas el *common law* consigue afirmarse victoriosamente, ello se debe a la interna robustez que el estamento inglés de los juristas alcanzó durante los tres siglos precedentes y también a la fuerte personalidad de su más destacado representante Edward Coke; en segundo lugar, a la circunstancia de que el Parlamento patrocinase como suyo el Derecho común, sosteniendo bajo la dirección de Coke la lucha constitucional contra la corona en nombre de la *supremacy* del *common law* (31).

La tercera colisión del Derecho inglés con el Derecho romano tuvo un carácter más inofensivo por afectar no a la práctica, sino a la teoría del Derecho (32). El estudio teórico del Derecho comienza en Inglaterra con el filósofo del utilitarismo Jeremías Bentham (1748-1832), adversario del *common law* y paladín de la idea de una codificación del Derecho privado inglés. La aplicación de la doctrina de Bentham al Derecho fué obra de John Austin (1790-1859). Austin acusa un innegable influjo de los componentes sistemático-dogmáticos propios de la pandectística alemana. En el año 1827-28 estuvo Austin en Bonn y tomó contacto personal con los pandectistas alemanes, contacto que pudo despertar en el jurista inglés una cierta simpatía hacia el Derecho romano. Austin es el fundador de la *analytical jurisprudence*, una especie de teoría general del Derecho, tema de sus conferencias en la Universidad de Londres, fundada en 1826 y, en las que cosechó muy escaso éxito (33). Más resonancia tuvieron las ideas de Austin recogidas

los cuales por su formación romanística y desconocimiento del *common law* excluyen la aplicación de éste y resuelven importantes cuestiones jurídicas según el Derecho romano o según su propia conciencia».

(30) Vid. Sherman, I, 373.

(31) Vid. supra, págs. 260-261. Además Holdsworth, IV, 253 y sig., 284; Rheinstein, 46, 48 y sig.

(32) Vid. Heymann, 295; Schwarz, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande*, en *Symbolae Lenel*, 451 y sig., *Das englische Recht und seine Quellen*, en Heinsheimer, *Zivilgesetze der Gegenwart*, II (1931), 69 y sig.; John Austin *and the German jurisprudence of his time*, Política, 1934, pág. 178 y sig.; Rheinstein, 236 y sig.

(33) Se cita con frecuencia esta frase suya, pesimista: «I was born out of time and place. I ought to have been a schoolman of the 12th century-or a German professor». Vid. Schwarz, *Austin*, 181 y sig.; Rheinstein, 237, nota 30 b.

en un libro publicado en 1862 y titulado *Lectures on jurisprudence*. Surgen nuevas direcciones, una filosófica jurídica y otra histórica (*ethical, historical jurisprudence*); esta última, cultivada por el *regius professor* de Cambridge Sumner Maine, el cual, da notable relieve al estudio comparativo del Derecho, con lo que esta dirección, deriva hacia una historia jurídica comparada, o si se prefiere, hacia una sociología jurídica; la historia del Derecho inglés, en cambio, en la persona de su más destacado representante en esta época, Maitland, está muy influenciada por las investigaciones de Brunner y de Gierke. Todos estos factores favorecieron al Derecho romano. Las obras de Savigny y de otros pandectistas alemanes fueron traducidas al inglés (34); buen número de ingleses que más tarde adquirieron renombre en la teoría y en la práctica del Derecho, cursaron una parte de sus estudios en universidades alemanas, especialmente en las de Bonn y Heidelberg. Sobre el papel que el Derecho romano desempeña en la formación de los actuales juristas ingleses hemos tratado ya. Baste ahora decir que en las grandes universidades inglesas se concede gran importancia a la enseñanza y exámenes de Derecho romano, y que éste es exigido también para el examen práctico *for call to the bar*, aunque con un carácter más bien figurativo y simbólico. Puede asegurarse que en este respecto Inglaterra, aventaja notablemente a Alemania. El peso de las universidades en la formación del jurista parece incrementar de día en día. Prueba de ello son las ventajas concedidas a los títulos académicos incluso para los juristas prácticos. Es preciso, por consiguiente, un cierto grado de conocimiento del Derecho romano, incluso para el ejercicio de la práctica jurídica. En efecto, a partir del siglo XIX, en las sentencias de los altos tribunales ingleses, hallamos referencias al Derecho romano (35), no menos frecuentes que las contenidas en las sentencias del Tribunal alemán del imperio de los últimos treinta años.

Esta atención que los ingleses dispensan al Derecho romano, responde a una finalidad práctica, a saber, la de conseguir

(34) No puede menospreciarse el influjo de Pothier sobre los juristas ingleses del siglo XIX. Vid. Rheinstein, 175, 186.

(35) Vid. Koschaker, 63 y nota 1.

una mejor comprensión de los Derechos extranjeros, utilizados con singular frecuencia por los jueces de los tribunales superiores del Imperio mundial inglés (36). De Sumner Maine es la frase de que el Derecho romano es la lengua franca de la jurisprudencia universal (37). Léase sobre este punto el artículo de Pollock, «The lawyer as a citizen of the world» (*The Law Quarterly Review*, 1932, pág. 37 y sig.). El autor afirma que el antiguo hermetismo insular de los juristas ingleses es ya cosa pasada. «An accomplished lawyer cannot do without making himself a citizen in the commonwealth of cosmopolitan jurisprudence». Para esto necesita conocimientos lingüísticos que le permitan leer los autores modernos de obras jurídicas y también el latín, clave para entender el *corpus iuris*; sobre todo necesita tener un dominio del Derecho romano que le haga posible la inteligencia de los sistemas jurídicos continentales. Sin embargo conviene no dar desmedida importancia a la moderna actitud inglesa en relación con el Derecho romano. Hay en Inglaterra romanistas, y algunos muy destacados, pero no existe propiamente hablando, una romanística inglesa (38). En cuanto a las sentencias que contienen alusiones al Derecho romano, conviene advertir que en ellas se utiliza éste como una fuente de sabiduría jurídica, como autoridad en que se apoyan las deducciones judiciales, pero sin que en modo alguno pueda considerarse esta fuente, obligatoria para el juez inglés. El Derecho romano viene, pues, a ser para los juristas ingleses, un venerable anciano de hermosas y luengas barbas, al cual se le abre cortésmente la puerta cuando llama, a quien se escucha con respeto y a quien se acompaña hasta la puerta para despedirle. En Alemania, en cambio, es arrojado con insultos, simplemente porque en los años de su juventud se permitió fumar sus pipas con excesiva familiaridad en los salones de doña Germania, y el humo de su tabaco ennegreció los muebles y la

(36) Frente a esta actitud, la de los juristas alemanes de la mayor parte del siglo XIX, a pesar del florecimiento de los estudios romanísticos, es de un sorprendente aislamiento. Prescindiendo de otras causas, este aislamiento es debido a la escasez de sus propias internas relaciones.

(37) Vid. Koschaker, 61 y nota 3.

(38) Vid. suplemento, pág. 506.

seda de las tapicerías con tal intensidad, que hasta la fecha, el procedimiento mejor, no ha podido suprimir el fuerte aroma que dejara.

B) FRANCIA

Por lo que se refiere a Francia, las cuestiones particulares que suscita el problema que nos ocupa, habían de ser tratadas en otro lugar, y aquí solamente por imperativo de obligada conexión. Anticipo, pues, que seré breve. Francia ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania. Como Inglaterra, Francia tomó contacto con el Derecho romano en la época de los glosadores, y tuvo, a diferencia de aquellas islas, una verdadera recepción. Francia encajó bien el empuje del Derecho romano, suavizando las consecuencias del mismo, incorporándolo a su propio Derecho nacional. Utilizando la técnica del Derecho de Roma, hizo de su Derecho nacional un Derecho dotado de gran finura y perfección. Las causas de este fenómeno apenas si se hallan apuntadas en las obras de Derecho que fueron compuestas por los juristas prácticos, ocupados desde fines del siglo XII hasta la primera mitad del XV, en recopilar y explicar el Derecho nacional vigente en las distintas partes del territorio francés (39). Obras de esta especie y en esta misma época hay también en Alemania, pero aquí no pudieron detener la marcha arrolladora de la recepción; a lo sumo consiguieron aumentar la resistencia de los Derechos particulares de determinados territorios. Las obras jurídicas francesas tuvieron también carácter particularista y si a pesar de su índole privada, consiguieron, por el concurso de determinadas circunstancias, la consideración de verdaderas fuentes de Derecho, fueron, en general, poco adecuadas para oponer eficaz resistencia al Derecho romano que trataba de penetrar como *ius commune*. Por el contrario, fueron estas obras las que en realidad sufrieron el influjo del Derecho romano. Mayor importancia tiene en mi concepto la

(39) Vid. Chenon, I, 494 y sig.; 553 y sig.; Declareuil, 857-71; Esmein-Genestal, *Cours*, 692-704; Ol. Martin, *Precis*, 90 y sig.; H. Mitteis, *Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.*, 63, 152 y sig.; Viollet, 165, 177 y sig.

oposición de la Monarquía francesa al Derecho romano (cuando ésta se robustece bajo el reinado de San Luis a fines del siglo XII y en el XIII), concebido éste como Derecho del *imperium romanum*. Para oponerse eficazmente a la penetración del Derecho romano, cultivado por los glosadores y comentaristas, es decir, por juristas de prestigio europeo, era indispensable disponer de una fuerte preparación jurídica, era preciso luchar contra esa penetración con armas jurídicas, y estas armas fueron, las que los legistas franceses, pusieron a disposición de la monarquía (40). De una parte tomaron del Derecho romano los medios e instrumentos que necesitaban (41), y de otra idearon los argumentos precisos para justificar la limitación de la vigencia del Derecho de Roma. Así surgió la teoría según la cual, el Derecho romano regía también en los *pays du droit écrit*, por la fuerza de la costumbre, teoría ésta que se justifica históricamente, ya que el conocimiento del Derecho romano antes de los glosadores, se obtuvo a través del *Breviarium Alaricianum*, el cual no alcanzó, en todo el sur de Francia general vigencia como ley (42). El Derecho romano tuvo, pues, que vencer costumbres que le eran adversas; no rigió *ratione imperii*, esto es, como Derecho imperial, sino *imperio rationis*, es decir, en cuanto servía las exigencias de la razón, tanto más cuanto que el rey, podía en todo momento suprimir la vigencia de aquellas costumbres, las cuales se mantenían únicamente por su tolerancia (43). Resulta, pues, claro, que no se dieron en Francia las circunstancias adecuadas para que se produjese una recepción *in complexu* como la que tuvo lugar en Alemania.

Hablemos ahora de los juristas. Tuvimos ya ocasión de

(40) Vid. *suprà*, págs. 218-219.

(41) Vid. *suprà*, págs. 127-128.

(42) Vid. *suprà*, págs. 102-103.

(43) Así Felipe el Bello, en una disposición (1312) en que ratifica la prohibición del estudio del Derecho romano. Vid. H. Mitteis, 161 y sig. Este pensamiento se atribuye a los juristas y va dirigido contra el *imperium* como prueba Esmein-Genestal, citando una manifestación de un jurista tardío, Ferrault del siglo XVI, *De iure liliorum: pro regno Franciae, quod nunquam fuit subiectum imperio, nec est spes, quod oboediat, et si legibus imperialibus utimur, ille usus permissus est, quatenus lex regni non disponit*. Vid. también página 1.081.

describir en páginas anteriores la evolución del estamento francés de juristas (44); aludimos a la estrecha relación que éste mantuvo con el Parlamento de París, en el cual, durante el siglo XIII, predominan los jueces profesionales formados jurídicamente en las escuelas, predominio que todavía aumenta en el siglo XIV. Estos hombres de la práctica jurídica fueron quienes desde el Parlamento de París, como jueces o como abogados, o mediante trabajos científicos, crearon el Derecho civil francés. El Derecho civil francés se debe a la *coutume* de París, la cual, si bien formalmente no fué Derecho común, superó, sin embargo, en importancia a las restantes; el Derecho civil francés era principalmente el Derecho patrio antiguo; éste no prescindió totalmente del Derecho romano, sino que utilizó la superior claridad de algunos conceptos y hasta algunos preceptos sustantivos propios del Derecho de Roma. Los juristas no se opusieron abiertamente a la recepción del Derecho romano, sino que hicieron solamente imposible las formas agudas de la recepción conservando el Derecho nacional.

C) ALEMANIA

En Alemania, como ya sabemos (45), el Derecho romano fué recibido en la forma del *mos italicus*, esto es, en la forma práctica, de viva aplicación, que acertaron a darle los comentaristas italianos. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que una gran parte de los profesores de Derecho romano de las universidades alemanas procedieran de la escuela humanística de Bourges o hubieran estudiado allí (46). Tales profesores enseñaban el Derecho romano con vistas a su aplicación práctica y utilizando preferentemente el método casuístico (47). Eran, por tanto, profesores prácticos y desplega-

(44) Vid. *supra*, págs. 250 y sigtes.

(45) Vid. *supra*, págs. 239-240.

(46) Vid. *supra*, págs. 134, 183, 221.

(47) Vid. Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 523 y siguiente; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 23 y sig. Sin casuística no puede un profesor de Derecho influir en la práctica, porque para ésta

ron, como sus maestros los comentaristas, una extensa actividad consiliar como facultativos (Veredictos de la Facultad), que influye notablemente en la práctica; y en el siglo XVI, mediante la llamada remisión de actas (*Aktenversendung*), pueden incluso sentenciar, sustituyendo a los Tribunales (48). No se puede hablar en los tiempos de la recepción de una pugna entre la teoría y la práctica. Sucede frecuentemente que a los profesores son confiadas funciones de carácter práctico que influyen en sus lecciones, matizándolas de un cierto pragmatismo, y no es ni mucho menos raro el caso, de que pasen aquellos del ejercicio del profesorado al desempeño de cargos íntimamente enlazados con la práctica del Derecho (49). Estrecha dependencia con lo dicho guarda el gran prestigio de que disfrutaban los profesores de Derecho y los juristas formados en el Derecho romano durante la época de la recepción, no solamente en Alemania (50) sí que también en otros países (51). El Derecho romano era Derecho imperial, y los legistas, los

es mucho más importante un *simile* que la más brillante exposición teórica. Este principio ha regido siempre y fué conocido por la misma escuela histórica a pesar del carácter teórico que ésta tuvo. La predilección que por la casuística mostró Keller, discípulo de Savigny y consagrado en Suiza, su patria, al desempeño de cargos de índole práctica, es frecuentemente celebrada (vid. Schwarz, *Röm. Recht a. d. Universität, Zürich* (1938), 14 y sig.). Un práctico del Derecho común Kierulff hacía hincapié en el valor de la casuística y el pandectista Brinz se lamentaba de la escasa importancia que a ésta concedía la escuela histórica. Vid. Stintzing-Landsberg, *Desch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, 592 y sig., 747. En la relación con la casuística radica la justificación del método del *case law* seguido en las escuelas americanas de Derecho. Vid. Llewellyn, *Über den Rechtsunterricht in den Vereinigten Staaten*, *Jherings Jahrb.* 79 (1928-29), 233 y sig.

(48) Vid. Stintzing, I, 523; Stobbe, II, 75.

(49) Stintzing, loc. cit.; Stobbe, II, 54. Lo mismo puede observarse en la relación de los legistas franceses con el rey. Vid. Eschmann, *Die Führungsschichten Frankreichs* (1943), 135 y sig.

(50) Para España vid. Hinojosa, *Melanges Fitting*, II, 404 y sig.; para Inglaterra en el siglo XVI, vid. Maitland, *Renaissance*, 69, nota 43; para Italia, vid. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, 25 y sig.

(51) Vid. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 35, Coing, *Reception d. röm. Rechts in Frankfurt a. M.* (1939), 155, 161; Rabel, *Die Rezeption d. röm. Rechts in Deutschland*, *Atti Congresso Bologna*, II, 186 y sig.; Stintzing, I, 61 y sig., 66, II, 30; Stobbe, I, 622 y sig., 632 y sig., II, 44 y sig.

representantes del unitarismo jurídico en el ámbito del Derecho privado. De aquí el respeto que mereció siempre la formación docta como manifestación de la idea cultural de Roma (52). Se comprende, pues, que los emperadores y los señores territoriales nombraran consejeros suyos a los legistas y que los distinguieran con la concesión de dignidades cortesanas y cargos públicos. La situación del Derecho romano en Europa, hacía a los legistas especialmente aptos para el desempeño de misiones políticas y diplomáticas. Los legistas acompañaban a sus señores al Parlamento, y las ciudades tuvieron siempre secretarios bien retribuidos, abogados municipales, que utilizaban como asesores. Estos desplegaron gran actividad en las reformas de Derecho municipal y hasta actuando como embajadores (53). Los juristas, por su parte, hicieron todo lo posible por conservar y acrecentar la confianza que les otorgaron los príncipes y emperadores. Ya Cino de Pistoia situaba al *nobilis propter scientiam* por encima del *nobilis ex genere* (54) y su discípulo Bartolo deducía del C. 12, 15, 1 que el *doctor legens* tras veinte años de

(52) Sospecho que Coing 189 atribuye un excesivo influjo al humanismo. La recepción y el estudio del Derecho romano no fué una mera concesión a la corriente humanística, ya que ambos comienzan en una época en la que nada se sabía del humanismo. El renacimiento del siglo XII nada tiene que ver con éste. Vid. supra, págs. 106-107. Esto lo sabe Coing, y por ello me resulta incomprensible, la afirmación que este autor hace de que fueran los juristas quienes introdujeran en Alemania el humanismo. Lo que ellos llevaron de Italia a Alemania fué el *mos italicus*, el cual, como es sabido, mantiene frente al Humanismo una actitud de defensa. Inglaterra y Suiza, como señala Wieacker, *Vom röm. Recht*, 234, a pesar de haber tenido un humanismo floreciente, no conocieron la recepción. Se puede conceder que el humanismo crea una disposición para la estimación valorativa de la formación cultural o legal o aumenta esta disposición ya existente. Ahora bien, esta estimación valorativa a que nos referimos existió mucho antes, porque la cultura medieval nutrida de antigüedad latina y esencialmente cristiana, tuvo por representantes originarios al clero y a los monjes. Vid. suplemento, pág. 506.

(53) La carrera de Hopper puede servir de ejemplo (1523-76). Discípulo de Mudaeus en la escuela de Lovaina, profesor más tarde, fué miembro del Consejo Supremo de Malinas, guardasellos de los Países Bajos, llegó a ser depositario de la confianza del rey Felipe II de España y consejero de este monarca en Madrid para los asuntos holandeses. Vid. Stintzing, I, 343 y sig.

(54) Stobbe, I, 633, nota 36.

ejercicio, adquiriría una condición nobiliaria equiparada a la de conde. En la ciudad donde enseñó, adquirió Bartolo la ciudadanía y la inmunidad fiscal. A partir del siglo XIV va abriéndose paso la opinión de que el *doctor iuris utriusque* está equiparado al que posee un título de nobleza inferior (55). Los ingresos de estos juristas eran también proporcionados a su alto prestigio (56). Los doctores de Derecho común eran, pues, un grupo de juristas —justificaré después por qué no hablo de estamento— gozaba en las esferas superiores de gran predicamento y de la protección de sus señores, y no obstante las críticas de que eran objeto, también de no escaso prestigio entre las gentes humildes (57). Frecuentemente en la creencia de asegurar mejor la protección de sus derechos se acudía a estos juristas sometiéndoles constantemente problemas y cuestiones y fomentando de esta suerte la aplicación del Derecho romano (58). Como sucede con respecto a Francia e Inglaterra, carecemos de estudios sobre la estructura social de estos juristas a que nos estamos refiriendo. Una alusión a dicha estructura contiene la ordenación del Tribunal cameral de 1495. En ella se establece que de los 16 puestos de asesores (juzgadores) que integran dicho Tribunal, se reservan ocho a la nobleza (caballeros) y ocho a los jurisperitos, con lo que se da a entender que éstos no eran nobles y recíprocamente que los nobles no eran jurisperitos (59).

(55) Stobbe, I, 632 y sig.; Visconti, *Studi Besta*, III (1939), 223, 233 y siguiente.

(56) A mediados del siglo XVI Pierre Lorioz es llamado de Bourges a Leipzig donde percibe 600 florines más al año que sus colegas de la Facultad de Derecho, lo que concita la unánime envidia de éstos (Stintzing, I, 126). Adviértase que en los comienzos del siglo XVI el sueldo anual de un profesor de Derecho en la Universidad de Wittenberg era de 250 a 300 florines por término medio, y la manutención de un estudiante venía a costar unos 8 florines al año. Comparando estas cifras con las de retribución y costes de nuestra época, habrá que convenir en que si bien los profesores de Derecho entonces no percibían los exorbitantes sueldos de un «peso pesado» o de una «estrella» de cine de nuestros días, sus ingresos eran treinta o cuarenta veces mayores que la cantidad que precisaba un estudiante para su manutención, lo que constituye una cantidad no despreciable ciertamente.

(57) Vid. supra, págs. 231-232.

(58) Vid. Coing, 187 y sig.

(59) Vid. Smend, *Das Reichskammergericht*, «*Quellen und Studien zur*

Es presumible que lo mismo que en Francia, estos juristas procedían de la burguesía, y muy probablemente de la burguesía acomodada. Su formación basada en dilatadas explicaciones de los profesores, exigía un estudio largo de las instituciones y otras materias, que ocupaba un período de tiempo de seis u ocho años, cursado en gran parte en universidades extranjeras (Francia e Italia). Todo ello ocasionaba gastos no pequeños. Dijimos ya que una de las características del Derecho de los juristas es su tendencia al centralismo político. Los fautores de este Derecho de juristas se hallan principal, sino exclusivamente, en los lugares donde se concentra el poder político del Estado a que pertenecen. Si esta característica no se da en el Derecho alemán de juristas de la época de la Recepción, ello es debido a la especial estructura del imperio. El imperio alemán, en efecto, no poseía una capital en donde se concentrasen los funcionarios superiores (60), porque el *regnum* alemán tampoco la tenía. El rey alemán peregrinaba de ciudad en ciudad aun cuando los frecuentes traslados de la corte obedecieran a un plan sistemático consagrado por el uso (61). Hubieron ciudades que en la vida constitucional del imperio alcanzaron singular importancia. Tales fueron, por ejemplo, Aquisgrán, donde el rey alemán fué coronado; Frankfurt a. M. donde aquél era elegido por los electores; Regensburg, sede permanente del Parlamento; Nuremberg, lugar donde se custodiaba la corona (62). Habían residencias reales para las dinastías reinantes, como Ostfalen para los emperadores sajones y Schwaben para los

Verfassungsgeschichte des deutschen Reichs in Mittelalter und Neuzeit», editado por Zeumer, IV, 3 (1911), 25, 28; Stobbe, *Reichskammergericht u. Reichsgericht* (Discurso rectoral de Leipzig, 1878), 27. La disposición resultó pronto de imposible cumplimiento por la dificultad de hallar asesores pertenecientes a la nobleza. Por esta razón la ordenanza del Tribunal cameral de 1548-55 permitió en el caso de vacantes de puestos de la nobleza presentar para proveerlos asesores dotados de formación jurídica, y extendió la exigencia de tal formación a todos los asesores, entre los cuales, a mediados del siglo XVI, dominaba el elemento burgués. Frecuentemente el asesor al ocupar su puesto adquiría nobleza. Vid. Smend, 297 y sig., 303.

(60) Vid. Heimpel, *Deutsches Mittelalter* (1941), 150 y sig.

(61) Th. Mayer, *Das deutsche Königtum und sein Wirkungsbereich*, en *Das Reich und Europa* (1941), 54 y sig.; Heimpel, 156.

(62) Heimpel, 145, 151, 156.

Staufen, y dentro de ellas, localidades de tanto relieve como Quedlinburg en tiempo de los Otones (63). Sin embargo, a diferencia de los Estados europeos occidentales, no hubo aquí una capitalidad propiamente dicha. Viena, desde que los Habsburgo, a mediados del siglo XVI concentraron en ella a los funcionarios del país hereditario y a los funcionarios imperiales todavía existentes, fué ciertamente capital del país hereditario (64), pero en modo alguno del imperio, ya que los restantes funcionarios imperiales probaban, más que la existencia, la ausencia del poder imperial. Tampoco el Tribunal cameral del imperio era organismo apropiado para que en él pudiera cristalizar un estamento imperial de juristas, a pesar del gran prestigio de que gozaban los cameralistas y los jueces que formaban parte de este Tribunal. Seguramente por imperativo de la necesidad y en interés del Tribunal Supremo del Imperio, se estableció en 1495 una sede fija para éste. No favorecía en cambio al imperio el que por presión de los diversos estamentos y para limitar la soberanía judicial del emperador (65), se fijara en Frankfurt a. M. la sede del Tribunal cameral del imperio (las sesiones se inauguraban solemnemente por el emperador en 31 de octubre de 1495 (66), es decir, en una ciudad no visitada de modo regular por Su Majestad imperial (67). Dada la situación de la época hubiera sido Viena lugar más adecuado.

La consecuencia fué que en Viena se desarrolló el consejo áulico de la corte con el doble carácter de autoridad suprema de gobierno y de justicia. Se inicia inmediatamente después

(63) Heimpel, 153 y sig.

(64) Heimpel, 145.

(65) La opinión de Smend, 45 y sig., 67, de que la ordenanza del Tribunal cameral de 1495 no implica un cambio constitucional, una federalización del Tribunal, y sí, en cambio, una reforma técnica del antiguo Tribunal cameral real, no me convence. Está contradicha por la oposición del emperador, abandonada por Maximiliano en el Parlamento de Worms (1495), ante la necesidad en que el monarca se hallaba, de conseguir el apoyo de los estamentos para financiar la guerra contra el turco. Vid. Stobbe, 27.

(66) Vid. Smend, 69 y sig.; Stobbe, 28.

(67) Smend, 5 y sig.; Stobbe 26 y sig.

de la constitución del Tribunal cameral (ordenanza del emperador Maximiliano de 1497), y a fines del año 30 del siglo XVI, el Consejo áulico de la corte es al propio tiempo Tribunal imperial, lo que produce la lamentable consecuencia de una duplicidad de carácter de este organismo, que se agrava por la oposición reinante entre las distintas confesiones. El consejo áulico sufrió a fines del siglo XVI el influjo de la tendencia contrarreformatora de los emperadores de la casa de Habsburgo e hizo profesión de catolicismo, mientras que los estamentos protestantes del imperio hicieron su baluarte del Tribunal cameral, sin que por otra parte dispensaran a éste el necesario apoyo. Alrededor de 1600 la importancia del consejo áulico supera a la del Tribunal cameral. Esta mayor importancia no trasciende a las materias propias del Derecho privado porque éstas por su carácter apolítico, a diferencia de lo que ocurre con aquellas otras cuestiones que se refieren al imperio o que entrañan problemas de Derecho público, son confiadas en su mayor parte al Tribunal cameral. En 1560 este Tribunal instaura la paridad confesional fijada ya por la paz de Westfalia y establecida legalmente en virtud de disposiciones del año 1654. A su vez el consejo áulico de la corte cuya estructura definitiva se fija por una ordenanza de 1654, admite en su seno a miembros protestantes. La oposición de las confesiones había a la sazón menguado ya bastante. Esta evolución confirma el principio de que el Tribunal Supremo de un Estado debe radicar en la sede del Gobierno y que fué un error la creación del Tribunal superior de Comercio de la liga nord alemana, en 1869 accediendo a los requerimientos del Gobierno sajón (de este Tribunal procede el posterior Tribunal imperial alemán) y fijando como asiento del mismo la ciudad de Leipzig en lugar de la de Berlín (68).

Tal vez en la regulación de 1495 influyera el temor sentido por los estamentos, de que fijando la sede del Tribunal Supremo del Imperio en el lugar de la residencia del emperador, se expusiera peligrosamente al citado Tribunal a degenerar

(68) Stobbe, 24 y sig. Vid. Brunner-Schwerin, *Grundzüge d. deutschen Rechtsgesch.* (1930), 283 y sig.; Smend, 195 y sig., 197, 200, 209 y sig., 211 y siguiente, 222, 270; Stobbe, 26 y sig., 36 y sig., 40 y sig.

rar en órgano de una justicia de gabinete (69). En efecto, es evidente que contribuye a asegurar la independencia de un tribunal, el sustraer a éste al influjo directo del Emperador. Este hecho se produce en Inglaterra durante el siglo XIII. En Francia, en el Parlamento de París, a fines del siglo XIII, la circunstancia de que el rey sólo muy excepcionalmente tome parte en sus sesiones, llevó a la concepción de que el Tribunal decide en nombre propio y no en nombre del rey, independizándose de éste (70). Esta evolución es impulsada en ambos países por un estamento de juristas, el cual en Inglaterra, en el siglo XIII y en París en el XIV, dominaba en el Tribunal real mediante los jueces profesionales de éste, provistos de formación jurídica (71). Tal preponderancia favoreció indudablemente la independencia del Supremo Tribunal, sin que la circunstancia de que sus jueces ejercieran el cargo en el lugar de la residencia del monarca, representara un peligro serio para dicha independencia, antes bien, la relación de los jueces con la persona del rey prestaba a éstos una mayor autoridad. Aquí estriba la principal diferencia de estos países con respecto a Alemania. En Alemania, por el temor de robustecer la autoridad del emperador, se procuró con miras más bien políticas que objetivas, asegurar la independencia del Tribunal cameral, alejándolo del emperador.

Por lo demás, estos temores eran perfectamente comprensibles si se tiene en cuenta el desenvolvimiento del Tribunal cameral real, precursor del Consejo áulico imperial. Según los estudios de Franklin (*Das Reichshofgericht im Mittelalter*, I (1867), 329 y sig., 352; *Das kgl. Kammergericht vor dem Jahre 1495* (1871) Lechner (*Reichshofgericht u. kgl. Kammergericht im XV Jahrdt* «Mitt. d. Inst. f. österr. Geschichtsforschung» 7, volumen complementario, 1907, 44 y sig.), este Tribunal aparece alrededor de 1415 interviniendo en determinados casos junto al Consejo áulico imperial. A partir de 1450 este Consejo, sin ser formalmente abolido, es sustituido en sus funciones por el mencionado Tribunal, el cual es considerado

(69) Vid. Stobbe, 26 y sig., 35 y sig.; Smend, 5 y sig. 199 y sig.

(70) Vid. Chenon, I, 696 y sig., 698, 875; Declareuil, 611, Esmein-Genestal, 370 y sig.; Ol. Martin, 162, 308 y sig.

(71) Vid. supra, págs. 250, 254-255.

como Tribunal supremo del imperio. Este hecho se origina en el uso muy difundido en el siglo xv de que las partes, para eludir la intervención del Consejo áulico, acudieran directamente al Emperador a fin de que éste decidiera, actuando personalmente o por delegación y con los necesarios asesoramientos. Este procedimiento era más rápido, libre de las formalidades del procedimiento propio del Consejo áulico imperial y de los privilegios de que gozaban determinadas personas. La Provisión de los cargos del Consejo áulico, bajo los emperadores luxemburgueses, y Habsburgo, que vivían en sus territorios hereditarios y alejados largo tiempo del imperio, resultaba cada vez más difícil. En realidad, el Tribunal cameral real implica una justicia de gabinete y constituye una institución paralela al posterior Consejo áulico del imperio. Vid. Stobbe 25. Es el emperador quien decide por sí mismo o —lo que es más usual— por medio de los jueces camerales asistidos por sus asesores. Estos últimos son designados de entre los empleados de la corte, entre los cuales figuran doctores en Derecho romano. En la constitución del Tribunal cameral de 1495 se adoptaron la denominación de Tribunal, los jueces camerales, y los asesores peritos en Derecho; en cambio, y por influjo del Parlamento, se restringió la relevante posición que el Emperador había adquirido en el Tribunal mencionado.

Los hechos reseñados constituyen la prueba palmaria de la carencia de un estamento imperial de juristas que pudiera asumir la función de salvaguardar la independencia del Tribunal cameral frente al poder del emperador, no obstante hallarse este Tribunal integrado por jueces profesionales, la mitad de los cuales debía estar constituída por profesores de Derecho —requisito que con el transcurso del tiempo se extendió también a los asesores— (72). Este estamento no pudo formarse en el Tribunal cameral por los continuos cambios que sufrió la sede de éste (73) y menos aún en la insignificante ciudad de Wetzlar donde se refugió en 1693 hasta su total desaparición (7 de agosto de 1806) (74). Por otra parte, la mala situación finan-

(72) Vid. *supra*, págs. 323.

(73) Regensburg (1507), Worms (1509), Nuremberg (1521), Esslingen (1524), Spira (1527). Vid. Smend, 102, 135; Stobbe, 29 y sig.

(74) Smend, 215.

ciera del imperio, la irregular percepción de un impuesto establecido en 1654 destinado al sostenimiento del Tribunal cameral, impidió el normal funcionamiento de éste y dificultó mucho la provisión de los cargos de jueces, paralizándose su actividad durante períodos más o menos largos (75). En tales circunstancias faltaban los supuestos necesarios para que pudiera desarrollarse un estamento organizado de juristas tal como lo hallamos en Londres y en París. La distinción entre representantes de las partes (procuradores) y consejeros jurídicos de éstas (abogados), se da ya en el Tribunal cameral (76). A los abogados, desde que en el siglo XVII se divulgaron los principios del procedimiento cameral, si bien han de estar autorizados para tener acceso al Tribunal, no les es preciso, en cambio, residir en el lugar donde éste tiene su sede. Añádase a esto que los abogados, por la escasa cuantía de sus ingresos, se hallaban en una situación social inferior a la de los procuradores. Falta también todo indicio que nos permita colegir, que los jueces de los tribunales fueran escogidos de entre los abogados. Mientras en el nombramiento de los jueces camerales pertenecientes a la nobleza, tuvo intervención muy principal el emperador (77), relativamente a los asesores, pronto apareció un derecho de presentación en favor de los estamentos sociales, que fué luego confirmado por la ordenanza de presentación del Parlamento de Constanza del año 1507 (78). Es dudoso si en su origen careció este derecho, como cree Smend, 34 y siguiente, 280 y sig., de todo carácter político y sirvió únicamente para la designación del más idóneo; pero lo cierto es que si en sus inicios no tuvo tal carácter, pronto lo adquirió (79). El presentado o propuesto sentía menos su condición de juez del imperio que una cierta vinculación a su presentante; pro-

(75) Stobbe, 30, 31.

(76) Vid. Smend, 341 y sig.

(77) Smend, 209, 244 y sig., 248, 256 y sig.

(78) Smend, 29.

(79) La cuestión de determinar cómo se nombra el juez —originariamente por elección en el Parlamento, y más tarde en otros organismos también por los electores, y, por último, por el mismo Tribunal cameral— pierde importancia al compararse con el derecho de presentación. Vid. Smend, 265, 294 y siguiente.

cedía, por lo general, de los señoríos territoriales, a donde volvía ocupando altos cargos, después de haber servido en el Tribunal cameral (80). Entre los juristas del Tribunal cameral predominaba, pues, sin contradicción, el carácter particularista. Eran, por tanto, por su origen y por la índole de su cargo en el Tribunal cameral, verdaderos funcionarios, lo que produjo una cierta burocratización de los juristas alemanes que se advierte a partir de la recepción. Nunca el estamento de los abogados tuvo, ni siquiera aproximadamente, el carácter que ofrece en Inglaterra y en Francia. Falta aquí la necesaria orgánica conexión entre los abogados y los jueces, en virtud de la cual estos últimos son designados de entre los primeros; no se da en Alemania o sólo muy insuficientemente, la nota de autonomía que constituye la base fundamental de un estamento de juristas organizado e independiente (81), el cual, situado dentro del Estado, sirve de firme garantía a la independencia jurisdiccional con mayor eficacia que las declaraciones de gobierno y las garantías constitucionales. Tal es la situación hasta nuestros días. Aquella actitud del estamento inglés de juristas combatiendo el absolutismo monárquico en nombre de la *supremacy of law* o la del Parlamento de París esforzándose en conseguir, como efectivamente consiguió, una cierta intervención en la legislación real (82), son actitudes completamente inconcebibles en Alemania.

No obstante la inexistencia de un centro político en el cual pudieran agruparse los juristas del imperio y de los territorios, y a pesar de la carencia de organización, el vínculo unitivo de estos juristas tuvo un carácter ideal, que se manifiesta en la idea del imperio occidental y de un Derecho unitario imperial: *unum ius num imperium*. No es dable menospreciar el valor

(80) Durante el siglo XVIII el cargo de juez se convierte en vitalicio, y luego llega a constituir una especie de tradición familiar, ya que el hijo sucede muy frecuentemente a su padre en la profesión. Con ello el Tribunal cameral pierde mucha de su antigua importancia. Vid. Smend, 286, 298 y sig., 304 y sig.

(81) El desarrollo de una rama especial del Derecho, la cameralística, entre los juristas del Tribunal cameral que se ocupaban del procedimiento y publicaban y explicaban las sentencias, no prueba lo contrario.

(82) Vid. *supra*, págs. 261-262 y sig.

de esta idea, tanto menos cuanto que a ella servía en cierto modo de apoyatura o de refuerzo, la idea cultural de Roma. Estas ideas aun con la progresiva decadencia del poder imperial, actúan en Alemania durante los tiempos de la recepción práctica y siglos posteriores, en los círculos cultos, incluso en aquellos que como los de los reformadores, mantienen frente al Derecho canónico, aliado del romano, una actitud de franca repulsa (83). En Alemania como en Italia, donde Irnerio, de un simple gramático se transforma en jurista por obra del *corpus iuris*, es el Derecho romano el que produce los juristas. El Derecho romano es por su naturaleza un Derecho de juristas, puesto que son éstos quienes lo elaboran; juristas son también, quienes más tarde lo cultivan en la forma que acertaron a darle los comentadores, y juristas, quienes finalmente consiguieron introducirlo en la práctica. Con sólo estos supuestos ideales podían surgir juristas, pero no podía producirse un estamento orgánico de éstos, como hubo en Londres y en París y en otras sedes judiciales de Francia e Inglaterra. El Tribunal cameral del Imperio carecía, como ya hemos visto, de la fuerza necesaria. En tales circunstancias, la finalidad del *unum ius* fijada por los glosadores, no era realizable en Alemania. La jurisprudencia del Tribunal cameral trabajó ciertamente en tal sentido (84) a través de la teoría de la recepción *in complexu* y de la *fundata intentio* de que las partes al invo-

(83) Aplícase lo dicho a Lutero, el cual, después de haber recusado toda ordenación jurídica fuera del Derecho bíblico, en su escrito *Von Weltlicher Obrigkeit* (1521), admite el Derecho imperial. Tonos más cálidos hallamos en Melancthon, *Oratio de dignitate legum* (citada por Savigny, *Von Beruf unserer Zeit*, etc., pág. 162), *nam mihi aspicienti legum libros... saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam et hoc curiae ornamentum... nam hac (doctrina) remota, nec dici potest, quanta in aulis tyrannis, in iudiciis barbarie, denique confusio in tota civili vita secutura esset, quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus*. Ciertamente que aquí habla el humanista también. Vid. Stintzing, I, 271 y sig.

(84) Su influjo en favor de la recepción fué notable en la primera época de su existencia ya que los jueces inferiores, principalmente los Tribunales de los señorios territoriales se vieron obligados a ajustar su jurisprudencia a la del Tribunal cameral, y a su vez éstos sirvieron de modelo a los Tribunales inferiores. Vid. Below, ob. cit., 126 y sig., 133.

car los Derechos particulares mal precisados y carentes del apoyo de una segura tradición jurídica, habían de asumir la difícil carga de su prueba, lo que contribuía muy frecuentemente a imposibilitar la aplicación de aquéllos. Por otra parte, el Tribunal cameral, excluida o limitada su jurisdicción en muchos territorios en virtud de los privilegios existentes (85), no consiguió imponerse y vencer el obstáculo que para él significaba el que los juristas, siguiendo el ejemplo de sus maestros los comentadores italianos, se afanaran en cohonestar el Derecho romano con el Derecho patrio. De este modo hubieron en Alemania extensos territorios en los que el Derecho local, unas veces resiste victoriosamente al Derecho romano y otras merced a la labor de los juristas, se apropia las formas lógicas, las categorías del pensamiento jurídico de Roma. Así, por ejemplo, en el territorio donde rige el Derecho sajón, el cual desde el *Sachsenspiegel* (*Espejo de Sajonia*), es un Derecho preciso, mantenido en su aplicación por los tribunales de jurados de Magdeburgo, Halle y Leipzig (86), así como por las cuatro Facultades de Derecho sajonas de Erfurt, Jena, Halle y Leipzig, y que pervive en las constituciones de 1572 de la Sajonia electoral, se forma un *ius commune saxonicum* que excluye el Derecho común y que extiende su validez incluso fuera del territorio que le es propio.

Es la época de los prácticos alemanes cuya actividad co-

(85) Tales privilegios se dan ya respecto al Tribunal de la corte imperial (Reichshofgericht) y aumentan en el siglo XIV. Son los *privilegia de non evocando* que se dan en consideración a los señores territoriales o a los súbditos de éstos, contra el derecho del rey de avocar a su jurisdicción un litigio cualquiera; los *privilegia de non appellando*, por los que se excluye la intervención de un Tribunal superior por vía de apelación. Estos últimos tenían mucha importancia cuando el Tribunal del imperio era llamado a intervenir por denegación de justicia de un Tribunal inferior, pues, en tal caso, no tenía aplicación el *privilegium de non evocando*. Ambos privilegios fueron garantizados a los electores constitucionalmente por la llamada Bula de oro (1356). Vid. Franklin, *Reichshofgericht*, II, 15 y sig.; Lechner, loc. cit., pág. 63. Además existe la posibilidad de excluir, mediante contratos de arbitraje de los señores territoriales, la competencia de los Tribunales superiores. Vid. Franklin, II, 22 y sig.; Lechner, 67 y sig.

(86) Vid. Kisch, *Leipziger Schöffenspruchsammlung* (1919) con laudos arbitrales del siglo XV.

mienza a fines del siglo XVI y alcanza con el *usus modernus pandectarum*, durante todo el XVII, su apogeo (87).

A doctos juristas deben los Derechos particulares alemanes su reafirmación y su extensión más allá del territorio donde originariamente rigieron, si bien perdiendo algo de su pureza al resultar influídos o modificados por el Derecho romano y por las categorías o formas del pensamiento jurídico, propias de este último. Esto nos lleva a tratar del Derecho alemán. Reiteradamente he combatido la opinión de los que creen (88) que el Derecho romano debió su victoria en Alemania a la inferior calidad del Derecho propio de esta nación. Es esta una posición doctrinal que tiene sus raíces en el humanismo y que todavía en la actualidad seduce a muchos. No hay motivo alguno para admitir que el Derecho alemán en sus formas de Derecho municipal, territorial y curial, tal como aparece en las fuentes de la época de los comienzos de la recepción y en las compilaciones consuetudinarias —las cuales, dicho sea de paso, presuponen un innegable desarrollo del pensamiento jurídico— fueran insuficientes y defectuosas para satisfacer las necesidades sentidas en aquellos tiempos (89). Creo poco en la carencia de dotes o aptitudes jurídicas del alemán. Ciertamente que esta aptitud por sí sola nada puede y se esteriliza, cuando no halla ambiente propicio a su eficaz desenvolvimiento, y este ambiente fué precisamente lo que faltó. Los alemanes no sólo no fueron un pueblo de juristas sino ni siquiera un pueblo en cuya mentalidad tuvieran honda estimación los intereses de carácter jurídico. Para el pueblo alemán, el profesor de Derecho es mucho más característico y representativo que un estamento de juristas con tendencia práctica y poder político. No es la presunta inferioridad del Derecho alemán la causa que determina la progresiva penetración del Derecho romano; es el Particularismo del Derecho alemán lo que imposibilita que éste

(87) Vid. Beseler, *Volksrecht u. Juristenrecht*, 47, 330; Stintzing, I, 547 y siguiente, 553 y sig., 558 y sig.; II, 62, y sig.; Stobbe, II, 4 y sig., 92 y siguiente. Sobre algunos prácticos alemanes de singular relieve, vid. *supra*, páginas 131, 132, 178, 235, nota 57.

(88) Vid. *supra*, págs. 131, 132, 178, 235, nota 57.

(89) Vinogradoff *Roman law* (traducción de Riccobono), 115 y sig.

pueda oponerse victoriosamente al Derecho de Roma. Merk (90) ha observado que la denominación «Derecho alemán» aparece esporádicamente en el siglo xv. Lo que los contemporáneos veían ante sí —el pensar y el sentir de estos contemporáneos es de gran importancia para respaldar la validez del juicio histórico— eran Derechos particulares con vigencia práctica en territorios más o menos extensos. Estos Derechos particulares no llegaron a tener conciencia de la comunidad de principios que los informaban y que constituía la expresión de una concepción jurídica propiamente alemana. La práctica no consiguió formular principios generales mediante una abstracción jurídica, sino que estableció solamente preceptos o normas de carácter concreto. La constitución política del imperio en la época de la Recepción, no permitía la creación de fuertes centros de poder político desde donde un Derecho particular alemán se hubiera podido imponer y extenderse a todo el imperio, y menos todavía era posible con esta constitución política, el desarrollo de un estamento de juristas que hubiera elaborado y defendido ese Derecho particular. Había, indudablemente, cortes o Tribunales superiores de justicia que como las de Magdeburgo, Lübeck, Frankfurt a. M., por ser tribunales de apelación, hubieran podido contribuir con cierta eficacia a extender la esfera de aplicación de un determinado Derecho privado vigente en un cierto territorio (91). Pero en el fondo, se trataba también en este caso de un Derecho particular que pretendía ampliar su vigencia, algo semejante al intento de los prácticos alemanes de vivificar uno de estos Derechos poniendo de relieve sus relaciones con el Derecho romano. Lo que se necesitaba para hacer frente al ataque del Derecho de Roma era un Derecho privado imperial de estructura alemana y un

(90) *Die deutschen Stämme in der Rechtsgeschichte, Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.* 58 (1938), 40.

(91) Vid. Beseler, 25 y sig.; Stobbe, II, 63, y sig., v. Schwerin, *Grundzüge d. deutschen Rechtsgesch.* (1941), 137, 268. Sus adversarios eran los señores territoriales, los cuales no veían con agrado que sus súbditos buscaran la protección de sus derechos fuera del territorio. En la época de la recepción los dictámenes o veredictos de las Facultades son considerados como concurrentes peligrosos. Stintzing, I, 65 y sig.

estamento de juristas, que lo defendiera eficazmente (92). No hay que olvidar que el Derecho romano advino como Derecho del imperio (93). Y no es que no se diera la posibilidad de que en Alemania se formase un Derecho privado de estas condiciones. Alemania fué de entre los grandes países europeos el último —casi doscientos años después que el resto de Europa occidental— que sufrió la recepción (94), y pudo por esta circunstancia disponer de un tiempo más que suficiente para armarse y prevenirse contra el ataque del Derecho romano. Se hubiera podido formar un Derecho privado imperial y un estamento imperial de juristas (siguiendo los modelos de Francia y de Inglaterra) en estrecha unión con el rey alemán y al socaire de un Tribunal Supremo del imperio. A imposibilitar ambas cosas contribuyó no poco el hecho de que el rey alemán careciese de residencia fija y el de que el tribunal imperial de la corte no cumpliera su verdadera misión. Merece la pena considerar aquí su desenvolvimiento comparándolo con el del Par-

(92) Las ideas que seguidamente esbozamos fueron expuestas con ocasión de haber leído yo el trabajo de Sohmn publicado en *Grünhuts Zeitschr.*, I (1874), 245 y sig., y en *Zeitschr. Sav. Stift. germ. Abt.*, I (1880), 76 y sig., que en lo esencial coincide con mis puntos de vista y utiliza con fines comparativos datos concernientes a Francia y a Inglaterra. Ciertamente que estas ideas no son enteramente nuevas. Ya en 1864, Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquelle*, II, 1, y sig., afirmaba, siendo compartida su opinión por Stintzing, *Hist. Ztschr.*, 29 (1873) 409, que difícilmente el Derecho romano hubiera conseguido en Alemania, la victoria que consiguió, si se hubiera opuesto a su penetración un Derecho alemán de carácter unitario. Creí procedente no modificar mi exposición. Por una parte, la coincidencia con la opinión de los grandes germanistas, es una garantía de exactitud en favor de mis convicciones, por otra, esta coincidencia no es completa. Se equivoca Sohmn cuando cree poder explicar la recepción, por la constitución judicial alemana. A la cuestión de si la recepción hubiera podido ser evitada, contesta Sohmn con la referencia a la falta de una ciencia alemana del Derecho. Yo hubiera preferido que Sohmn aludiese a la inexistencia de un estamento de juristas encargado de elaborar y defender un Derecho privado alemán, inexistencia que en parte obedece a la constitución especial del Tribunal Supremo del imperio. Es muy probable que Sohmn atribuya a la expresión «Ciencia del Derecho» el sentido amplio que le atribuye la escuela histórica. Vid. además las observaciones de Wieacker, *Vom röm. Recht*, 226 y sig.

(93) Vid. Stobbe, II, 136 y sig.

(94) Vid. supra, págs. 220 y siguientes.

lamento de París, por que a diferencia de Inglaterra, donde la centralización de la jurisdicción en el rey se produce prontamente, en Francia, los reyes necesitan mucho tiempo para conseguirlo, y por lo mismo, el proceso evolutivo francés en este respecto ofrece un paralelismo con el alemán, mayor que el que pudiera ofrecer el caso de Inglaterra.

El Consejo áulico imperial de la Edad Media, con sus raíces en el Tribunal real de la época carolingia, presidido por el rey o por el conde palatino, representa al monarca como fuente suprema de toda jurisdicción. Las noticias referentes al mismo hasta la época de los Staufen en que le vemos intervenir en los procesos de alta traición contra los príncipes imperiales, escasean bastante (95). Era el Tribunal Supremo según el Derecho territorial y feudal, y competente además en primera instancia, para los litigios que por su importancia no correspondieran a los tribunales locales. Entendía, pues, en litigios entre súbditos directos del Reich o en los que versaban sobre bienes también del Reich. Ejercía una jurisdicción concurrente, en tanto que el rey podía avocar a sí los pleitos todavía no fallados (*ius evocandi*) e imponer a los jueces inferiores residentes donde el rey se hallaba, la inhibición en favor del tribunal de la corte; por vía de apelación entendía en los casos de denegación de justicia y en los juicios de represión (96). La posición del rey francés era en realidad desventajosa comparada con la situación a que acabamos de referirnos, pues por efecto de la feudalización, se vió muy limitado en sus atribuciones y tenía propia jurisdicción sólo en el territorio de la *Isle de France* (*domaine royal*) (97) y en materia feudal, la que le correspondía

(95) Franklin, II, 21 y sig.; H. Mitteis, *Politische Prozesse des frühen Mittelalters in Deutschland und Frankreich*, Sitz. Ber. Heidelberg, ph. h. Kl. 1926-27, Nr. 2.

(96) Vid. Franklin, I, 3, II, 3 y sig., 5 y sig., 34 y sig.; Lechner, 62 y sig.; H. Mitteis, *Staat des hohen Mittelalters*, 374 y sig.

(97) La ejercía desde el año 1000 mediante los *prévôts*, a los cuales más tarde (a fines del siglo XII) se añaden como segunda instancia los *baillis* (*sénéchaux*) procedentes de los jueces ambulantes y de los inspectores judiciales. El prevoste de París con el Tribunal municipal en el castillo (*chatelet*) del rey, se hallaba directamente sometido a este último. Vid. Chenon, I, 866 y sig.; Esmein-Genestal, 343 y sig., 348 y sig., 351 y sig.; Declareuil, 586 y sig., 591 y sig.; Ol. Martin, 164, 321 y sig.

sobre sus vasallos (98). Mientras que los reyes de Francia de los siglos XIV al XV, consiguieron someter la justicia *seigneurale*, esto es, la jurisdicción general sobre los súbditos (99) a la suya propia y lentamente centralizar ésta con su cúspide en la *curia regis*, esto es, en el Parlamento de París (100), en Ale-

(98) La jurisdicción feudal exigía que el vasallo fuese juzgado por su señor, asistido éste por otros vasallos. De aquí se originó el privilegio de que los *pairs de France*, extraídos de los vasallos de la corona (seis príncipes seculares y seis eclesiásticos; el número de los primeros aumentó más tarde), fueran juzgados por una *cour* compuesta también de *pairs*. Los *pairs* eran los jueces natos del Parlamento de París, y el Tribunal de que formaban parte quedó luego absorbido en este último. Vid. Chenon, I, 681 y sig.; Declareuil, 450 y sig.; Esmein-Genestal, 351 y sig., 359 y sig., 362 y sig. Sabido es que en los comienzos del siglo XIV en el Tribunal del imperio pueden ser jueces para juzgar de asuntos concernientes al honor, feudos de príncipes imperiales, o feudos del imperio, quienes pertenezcan al mismo estamento. Vid. Franklin, II, 99 y sig., 134 y sig., 151; Lechner, 65.

(99) Esmein-Genestal, 404 y sig. Ol. Martin, 108.

(100) Vid. Chenon, I, 860 y sig. El estudio de los detalles de este desenvolvimiento puede hacerse sobre cualquier manual de Historia del Derecho francés. La centralización de la justicia del rey resultó facilitada por el hecho de que la organización judicial en los territorios de los grandes vasallos, imitó la de los territorios reales en los dominios. Además, se advierten en pequeño las mismas tendencias centralizadoras que con mayor alcance se dan en el rey. Vid. Chenon, I, 693; Declareuil, 222-26. Los medios de que se valía el rey para conseguir este fin eran: reserva de determinados casos a la jurisdicción real (*cas royaux*, vid. Declareuil, 693 y sig., Esmein-Genestal, 410 y sig.; Ol. Martin, 301 y sig.) y, sobre todo, la apelación, la cual desde el siglo XIII aparece reservada al rey (*retento nobis ressort*), procediendo solamente como el Tribunal del imperio, en el caso de denegación de justicia o en el llamado de *faux jugement*, el cual último, debía decidirse por combate judicial prohibido por San Luis en 1258. Procede también la apelación en el caso de violación de una *coutume* o de una ordenanza real. La vía de la apelación era larga porque era preciso haber agotado previamente todas las instancias señoriales, y porque el *seigneur* estaba equiparado al prevoste real, y sólo pasando por los *baillis* se llegaba al rey. Finalmente los legistas prestan al rey un apoyo muy eficaz contribuyendo a la construcción de la pirámide feudal mediante su teoría, muy difundida en el siglo XIII, de que toda jurisdicción es ejercida por investidura real, que el rey es fuente de toda jurisdicción y que puede reivindicar ésta en cualquier momento mediante la evocación. De aquí también el principio de que la resolución queda reservada al rey cuando éste interviene antes que el señor. Chenon, I, 684 y sig., 686 y sig.; Declareuil, 677 y sig., 686 y sig., 698 y sig.; Esmein-Genestal, 364 y sig. 408-23; Ol. Martin, 109, 158 y sig., 221 y sig., 306.

mania se sigue el camino inverso, ya que por los privilegios de *non evocando et de non apellando* de la época del *interregnum*, poco a poco se fué sustrayendo al Consejo Aulico imperial la fiscalización que éste ejercía sobre la actividad jurisdiccional en los territorios (101). El punto histórico de partida del Consejo Aulico del Imperio o del Reich (Reichshofgericht), y del Parlamento de París, es común. Ambos son instrumentos de la corte real de la *curia regis*, que el monarca reúne en los casos en que lo considera conveniente para la resolución de un asunto de carácter administrativo, para el estudio de una ordenanza o para ejercer una actividad propiamente jurisdiccional. Todas estas competencias resultan en la antigüedad muy vagas y como en gestación (102). No hay establecido un lugar fijo como sede del Tribunal, ni períodos de sesiones del mismo, y el número y calidad de sus miembros dependen de la importancia del asunto, de la situación política de las partes y de los elementos de que la corte pueda disponer. En un principio estos miembros pertenecen a lo más destacado del clero y de la nobleza, y a ellos se añaden más tarde, funcionarios de la corte. La *curia regis* francesa y el Consejo imperial siguen caminos diferentes. En aquélla, durante el siglo XI, aparecen junto a los vasallos, los funcionarios de la corte (*palatini*); desde el siglo XII estos últimos van eliminando a los primeros, y a partir de Felipe Augusto (1180-1223), los juristas entran a formar parte del Parlamento, hasta que bajo el reinado de San Luis (1226-1270) predominan, excluyendo lentamente a los demás miembros legos en Derecho. A comienzos del siglo XIV concluye este proceso (103). Los jueces peritos en Derecho, cuya posición se iba consolidando (104) lentamente, se convierten en un elemento estabilizador del Parlamento. Este, des-

(101) Vid. supra, pág. 332, nota 85. Además Franklin, I, 225 y sig., II, 15 y sig., 22 y sig., 40 y sig.; Lechner, 63 y sig., Stobbe, *Reichskammergericht* u. *Reichsgericht*, 25.

(102) Vid. Chenon, I, 683 y sig.; Ol. Martin, 156 y sig.; Franklin, II, 88 y sig., 125 y sig., 158; Lechner, 62 y sig.

(103) Chenon, I, 681 y sig., 683 y sig., 695 y sig.; Declareuil, 453 y sig.; Esmein-Genestal, 366 y sig.

(104) Vid. supra, págs. 250 y sig.

de mediados del siglo XIII, tiene su sede en París y actúa todo el año salvo en los períodos de vacación judicial (105); sus miembros se agrupan en varias cámaras y adquiere una sólida organización (106). Por otra parte el Tribunal se independiza del rey (107) con lo que va creándose un estamento de juristas en íntima relación con la abogacía, el cual crea un Derecho civil francés inspirado en la *coutume* de París e influenciado también por el Derecho romano, consiguiéndose así conservar el Derecho auctóctono y limar, al propio tiempo, la aspereza agresiva de la recepción (108).

El Consejo Aulico imperial mantuvo la vieja institución germánica entre jueces introductores o iniciadores del proceso, que plantean la cuestión objeto del debate y publican y ejecutan la sentencia, y los juzgadores o asesores propiamente dichos (109), con todos los defectos de su origen. Su estrecha conexión con el rey impide que el Tribunal tenga una sede propia y permanente, porque el rey no tiene tampoco residencia estable (110). La creación de un juez de Corte por el Parlamento de Maguncia (1235), debe ser considerada como un principio de estabilización del Tribunal, aunque desgraciadamente ineficaz (111). En la actuación de este Tribunal faltó, pues, el factor importante de la continuidad. El banco

(105) Chenon, I, 696 y sig.; Esmein-Genestar, 369.

(106) Chenon, I, 870-75; Declareuil, 609 y sig.; Esmein-Genestal, 372 y siguiente; Ol. Martin, 308 y sig.; Schaeffner, *Gesch. d. Rechtsverfassung Frankreichs*, II, 394 y sig.

(107) Vid. supra, pág. 327.

(108) Vid. supra, págs. 184, 185, 250, 318.

(109) Franklin, *Reichshofgericht*, II, 92-97; Stobbe, *Reichskammergericht u. Reichsgericht*, 23. En el Tribunal cameral real, este principio resulta muy atenuado, ya que el juez cameral, plantea la cuestión judicial, pero participa en la adopción de la decisión. Vid. Franklin, *Kammergericht*, 12 y sig.; Lechner, 103. En el Tribunal cameral del imperio se restablece el sistema antiguo. Vid. Smend, 244, 251.

(110) Franklin, I, 3, II, 63. Conforme a esto la citación rezaba: *in nostra praesentia ubicumque locorum fuerimus*. Vid. Franklin, II, 83 y sig.

(111) Franklin, I, 66 y sig., II, 110 y sig.; Lechner, 63 y sig. El juez curial no podía adoptar decisión alguna mientras el rey estuviera fuera de Alemania ni tampoco cuando el rey hubiese muerto y hasta que se le nombrase sucesor. Franklin, II, 78.

de jueces se constituía en caso necesario con las personas disponibles (112) y todavía en el siglo XIV faltan jueces profesionales peritos en Derecho (113). Esta circunstancia se consideró como un mal, y en el proyecto de seguridad pública o tregua de Dios del año 1438, el emperador Alberto II, prometió constituir el Tribunal superior «con jueces sabios, comprensivos y bien informados» (114).

La participación de los jueces peritos en Derecho promovió el desenvolvimiento del Tribunal cameral real (115). En estas circunstancias faltaban los supuestos precisos que hicieran posible la aparición de un estamento de juristas junto al Tribunal o Consejo Aulico del Reich, y faltaban, igualmente, los que se requerían para hacer posible la creación de un Derecho privado imperial. Confirma esta aseveración la medida adoptada por el Parlamento de Maguncia a propósito de la reorganización del Tribunal de la corte. Por virtud de esta medida, el Tribunal debía juzgar conforme a la costumbre local (116). Esto equivalía a una declaración de quiebra del Derecho imperial. Un Tribunal imperial que no dispone de un Derecho de este mismo carácter, es una contradicción en sí mismo. Por otra parte resulta sintomático que no se haga referencia alguna al Derecho romano. En el siglo XIII este Derecho no juega un papel importante en Alemania y es perfectamente concebible, que si hubiera tenido otro carácter el Tribunal o Consejo de la corte imperial y se hubiera formado junto a él un estamento de juristas, éste hubiera podido crear los fundamentos de un *common law* alemán que se habría opuesto como en Inglaterra a la penetración del Derecho romano. Este *common law* se hubiera debido formar en el tránsito del siglo XII al XIII luego que el Consejo Aulico imperial

(112) Franklin, II, 80 y sig., 125 y sig.

(113) Lechner, 95 y sig.

(114) Franklin, I, 335 y sig.; Smend, 296 y sig.

(115) Franklin, loc. cit.; *Kammergericht*, 2 y sig.; Lechner, 100 y sig., y supra, pág. 327.

(116) El Secretario del Tribunal de la corte debe registrar la sentencia *expressa terra secundum consuetudinem cuius sententiatum est*. Vid. Franklin, II, 190, 200 y sig.

adquirió gran prestigio bajo Federico I (117) (118). En esta época, mientras en Inglaterra comienza a formarse la *legal profesión* alrededor de las cortes reales centrales y el Parlamento de París se convierte en una corte suprema y estable de justicia, integrada por juristas, los alemanes sufrían las consecuencias de la caída de los Hohenstaufen y el *interregnum*. Cuando al final del siglo xv se advirtió finalmente la ineludible necesidad de un Tribunal imperial supremo, estable y constituido por funcionarios fijos designados de entre los juristas, que mantuviera al propio tiempo una independencia suficiente frente al emperador, y se creó en 1495 el Tribunal cameral del imperio con el fin de satisfacer las mismas exigencias que Francia había acallado ciento ochenta años antes, era ya demasiado tarde para admitir la posibilidad de crear un Derecho privado imperial; por otra parte el Derecho romano estaba llamando ya con violencia a las puertas del imperio (119).

Este Derecho romano llega apoyado en la idea cultural de Roma, aureolado con el nimbo imperial, es decir, como un Derecho del imperio que trae la promesa de realizar la unificación jurídica en la esfera del Derecho privado, en la época de los descubrimientos, del florecimiento económico y de la intensificación del tráfico en Alemania; todo ello determinó que en este país se acogiese con agrado un Derecho que venía a abolir la fragmentación y el particularismo jurídicos (120) y a vivificar mediante la reforma del Reich, la idea imperial. El Derecho romano llega, además, como Derecho de juristas provisto de una riquísima casuística, la cual elaborada y adaptada a las necesidades de los tiempos por los comentaristas, se introducía con facilidad en la práctica jurídica merced a su propio valor y al sentido reverencial de la época a todo cuanto

(117) Franklin, I, 74.

(118) Vid. Brunner, *Abhandl. z. Rechtsgesch.*, editado por Rauch, II (1931), 364 y sig. Esta época, si se tiene en cuenta el ulterior destino del imperio, puede considerarse crítica. Vid. H. Mitteis, *Staat d. hohen Mittelalters*, 388.

(119) Vid. Wieacker, *Vom röm. Recht*, 237 y sig.

(120) La importancia que ésta tuvo en orden a la recepción es puesta de relieve por v. Below, 150, 163 y sig. Vid. además, Brunner, *Abhandl. z. Rechtsgesch.* II, 365; Wieacker, 226, y *supra*, págs. 231-232.

tiene un carácter autoritario. Este Derecho romano es traído, representado y defendido por juristas. ¿Qué podía oponer a todo esto el Derecho patrio? Tan sólo Derechos particulares que ni siquiera eran defendidos por juristas. Solamente un Derecho privado imperial y un estamento de juristas que lo hubiera defendido, se habrían hallado en condiciones de impedir la recepción, o por lo menos atenuarla. Pero nada de esto hubo. Ocurrió, pues, algo muy semejante al caso en que se pretendiera combatir a un ejército perfectamente armado y equipado con las últimas conquistas de la técnica, con unas hordas indisciplinadas provistas de viejas espadas, lanzas, arcos y flechas.

Y lo sucedido no debió en verdad suceder. Hace unos años Sohm, *Fränkisches und römisches Recht*, Ztschr. Sav. Stift., germ. Abt., I (1880), 6 y sig., se refería al importante papel que tuvo el Derecho franco como factor de unificación del Derecho alemán. Evidentemente este autor exagera cuando (página 66) pretende caracterizar la historia del Derecho medioeval, como una recepción del Derecho occidental franco. El hecho de la preponderancia del Derecho franco a partir de la monarquía carolingia y de que influyera notablemente francinizándolos, en los Derechos de otras estirpes, no ofrece duda. Es más, el desarrollo de este Derecho, continúa aun después de desaparecidos los monarcas carolingios que tanto le protegieron mediante las capitulares y Tribunales reales, cuando pasó la monarquía a otras estirpes, hasta que por fin acaba sucumbiendo al particularismo. Así, pues, lo que llamamos hoy Derecho privado común alemán, no es otra cosa, que una anémica creación de los profesores alemanes. Este concepto aparece bastante después de operada la recepción, en la segunda mitad del siglo XVII y en la literatura de la época (Schilter, v. Selchow), y fué desarrollado en el siglo XIX por la escuela histórica, que trata de conseguir mediante la comparación de los Derechos particulares entre sí, toda una serie de principios comunes. Más difícil resulta la cuestión de su validez; el Derecho común excluye la aplicación del Derecho romano que tiene solamente el carácter de Derecho subsidiario. El Derecho común es admitido por los Derechos particulares. Vid. Beseler *Volksrecht und Juristenrecht*, 112 y sig. Los distintos fundamentos que se reconocen a su validez (Runde, 1741-1807): el Derecho natu-

ral, Eichhorn (1781-1854) con la escuela histórica alemana: el espíritu del pueblo, Mittermaier (1787-1867): la viva comunidad jurídica de las stirpes germánicas; Vid. Stintzing-Landsberg, III, I, 451 y sig.; III, 2, 261 y sig., 429 y sig.), demuestran la inseguridad que se padece, y no faltan voces que nieguen la existencia de un Derecho privado común alemán como la de Hufeland (1760-1817) y de entre los germanistas alemanes, la de Gerber en su escrito *Über das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts* (1846). Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 512 y sig., III, 2, 778 y sig.

Debe, sin duda, reconocerse el alto valor científico de estas investigaciones. Merced a ellas se han puesto en claro los principios y las categorías jurídicas propios de los Derechos germánicos, facilitándose así la comprensión de los mismos y poniendo de relieve la importancia que éstos tienen incluso para otros Derechos extraños. También los juristas franceses del *ancien droit* ensayaron el método comparativo de las diversas *coutumes*. Si estos juristas llegaron a crear un Derecho civil común francés, aceptado en la práctica, ello se debe a la circunstancia de ser los juristas franceses, juristas prácticos, que se afanaban en ver incorporados a la vida y llenos de pragmática virtualidad, los frutos de sus ensayos y experiencias. El Derecho privado común alemán, en cambio, surgió de los gabinetes de estudio de los profesores alemanes, y por eso fué un Derecho profesoral que sólo tuvo acceso a la práctica a través de la legislación que lo adoptaba. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 511. Lo mismo ocurrió en la legislación comercial de la época de la confederación alemana; en ella el material germanístico fué completado y superado técnicamente—basta citar los nombres de Thöl, Hahn, Goldschmidt—merced a la elaboración romanística realizada por los pandectistas. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 265 y sig., 636 y sig., 938 y siguientes. Mejor hubieran procedido los germanistas alemanes preocupándose del Derecho inglés. De este Derecho, de profunda raíz germánica, se hubiera podido extraer una rica casuística adaptable a las modernas relaciones, la cual hubiera sido aceptada por la práctica, mejor sin duda, que una serie de principios abstractos de Derecho común alemán extraídos de la comparación de los Derechos particulares. Mientras en el siglo XIX Savigny es traducido al inglés, falta, por lo menos yo no la conozco, una traducción alemana de Blackstone. Para

un jurista inglés que sepa alemán, resulta más fácil leer a Savigny que para un colega alemán que conozca el inglés entender un libro jurídico escrito en este idioma y desprovisto de comentarios. Es sorprendente la escasa atención que la literatura jurídica alemana dedica al Derecho inglés y más sorprendente todavía el que apenas si haya un germanista que se haya ocupado en el estudio de este Derecho. La excelente exposición de Heymann en la Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft, II, 289 y sig., resulta hoy un tanto anticuada. El último estudio elemental del Derecho privado inglés contenido en el volumen *England*, de la serie «Zivilgesetze der Gegenwart» publicada por Heinsheimer, II (1931) se debe a la colaboración de los civilistas, prácticos y romanistas,

Dada la desigualdad de condiciones en que se hallaban los dos Derechos en pugna, es lógico presumir cuál había de ser la suerte del Derecho romano. Según el artículo 3 de la ordenanza relativa al Tribunal cameral de 1495, los jueces de este Tribunal debían jurar que juzgarían «según el Derecho del imperio común», es decir, según el Derecho romano (121), rigiendo, por tanto, para el Tribunal cameral el llamado *mos italicus* (122). Este precepto no constituía una novedad —ya el Tribunal cameral real aplicó el Derecho romano (123)— sino que respondía a una necesidad ineludible, ya que el Tribunal cameral como Tribunal del imperio, debía juzgar según el Derecho de este carácter y en la época a que nos referimos el único Derecho privado propiamente imperial era el Derecho romano. Ignoro quienes fueron los redactores de la ordenanza del Tribunal cameral de 1495 y no tengo gran interés en saberlo, pero es seguro que aun cuando estos redactores hubieran sido los actuales profesores de Derecho germánico, y además, convencidos nacional-socialistas, y hubieran recibido el encargo de «extirpar el Derecho romano como instrumento de una ordenación materialista del mundo» conforme al punto 19 del programa de este partido, les hubiera sido absolutamente imposible adoptar solución distinta de la que adoptaron aquellos

(121) Stobbe, *Rechtsquellen*, II, 86 y sig.

(122) Stintzing, I, 480.

(123) Franklin, *Kammergericht*, 45 y sig.; Lechner, 103.

redactores. En Alemania el Derecho romano no expulsó al Derecho alemán; el delito de aquél consistió en ocupar el lugar del Derecho privado imperial, el vacío producido por la falta de éste, vacío que, por otra parte, era imposible llenar con otro Derecho.

El historiador del Derecho inglés Maitland, ha enjuiciado este fenómeno con bastante más acierto que los maestros alemanes, cuando escribe (124): «Englishmen are wont to fancy that the law of Germany must needs savour of the school, the lecture room, the professor: but in truth it was just because German law savoured of nothing of the kind, but rather of the open air, oral tradition, and thoroughly unacademic doomsmen, that the law of Germany ceased to be German.»

Visto así, el fenómeno de la recepción constituye un aspecto parcial de un problema de mayor alcance, que es problema nuclear de la historia medioeval de Alemania, y que se condensa en la cuestión de determinar por qué Alemania, a diferencia de los demás Estados occidentales europeos, no llegó entonces a ser un Estado nacional con dirección unitaria (125), y sólo se aproximó a esta forma en el siglo XIX. La recepción, como hemos intentado demostrar, fué consecuencia de la falta de una justicia imperial centralizada y de la carencia de un estamento de juristas. Por otra parte, el hecho de que el rey y emperador alemán no tuvieran una residencia fija (126), la inexistencia de una burocracia imperial organizada, y sobre todo, de una administración financiera del imperio (127) y finalmente, la escasez de vínculos institucionales, determinaron que el poderío y prestancia del imperio, dependiesen, en fin de cuentas, de la personalidad del emperador (128). Sobre las causas que determinaron el hecho de que el Estado moderno apareciese en

(124) *Political theories of the Middle Ages*, p. XII, citado por Holdsworth, IV, 248.

(125) Von Below hace notar, con razón, que el fenómeno de la recepción obedece en último término a la debilidad del poder central, v. Below, 164.

(126) Vid. supra, pág. 324.

(127) H. Mitteis, *Staat des hohen Mittelalters*, 168 y sig., 373.

(128) Rörig, *Mittelalterliches Kaisertum*, en *Das Reich und Europa* (1941), 25; Heimpel, *Deutsches Mittelalter*, 18.

Alemania, no en el Reich, sino en los territorios (129), se ha discutido mucho. Sybel y Treitschke creen que ello obedeció a la política italiana del emperador alemán y a su contienda con el papado, las cuales le forzaron a desviar su atención de los temas de política interior (130); creencia ésta, renovada por Heimpel (131), cuando nos habla de un agotamiento del imperio, el cual fué antes Reich que Estado y de una dilapidación de sus energías. Otros reconocen como factor determinante de este fenómeno la resistencia de la nobleza, apoyada por las estirpes alemanas, que impidió la necesaria agrupación y conjunción de fuerzas (132); otros, finalmente, creen descubrirlo en el deficiente desarrollo del sistema feudal, ya que mientras en Francia y en Inglaterra la estructura misma de la pirámide feudal favorece el centralismo (133), en Alemania éste se produce únicamente en los territorios. Para la respuesta a todas estas cuestiones carezco de la necesaria autoridad; por otra parte, no considero necesario, para mi propósito, tomar posición respecto a ellas. Basta advertir el íntimo enlace que tiene la cuestión planteada, con este problema fundamental, para estimar la recepción, como una necesidad determinada por la deficiente organización del imperio y por la ausencia de un estamento de juristas, único capaz de elaborar un Derecho privado común alemán y de rechazar o amortiguar el ataque del Derecho romano (134).

(129) H. Mitteis, 494 y sig.

(130) Vid. Friedrich Schn Snider, *Neuere Auffassungen der deutschen Historiker über die deutsche Kaiserpolitik des Mittelalters* (1943), 48, y supra, página 87.

(131) Loc. cit., 15, 22, 181 y sig., 192, 198 y sig., 201.

(132) H. Mitteis, 489 y sig., 491 y sig.; Heimpel, 181 y sig.; Hirsch, *Deutsches Königtum u. röm. Kaisertum, en Österreich. Erbe und Sendung im deutschen Raum*, editado por Nadler y v. Srbik (1936), 51.

(133) H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt* (1933), 279 y sig., 300 y sig., 351 y sig., 365 y sig., 444 y sig.

(134) El severo juicio de Beseler sobre los juristas alemanes acusándoles de ser extraños al pueblo, ajenos a la conciencia popular por su íntima y entusiástica devoción al Derecho romano, está determinado en parte por las ideas sustentadas por este autor sobre el Derecho popular; en parte también es inexacto, porque olvida que la formación de un estamento alemán de juristas era solamente posible entonces sobre la base del Derecho romano y, además,

En lugar de llorar como los judíos durante el cautiverio de Babilonia, el pasado esplendor, que en nuestro caso no se dió nunca, porque no hubo jamás un Derecho privado del imperio alemán, mejor fuera aceptar la recepción y aprovechar los aspectos favorables de ésta. La recepción ha ayudado a recorrer el penoso camino que conduce a la unidad del pueblo alemán. Ciertamente que no ha producido la unidad jurídica —ni siquiera con un Derecho imperial subsidiario (135) y con la fuerte resistencia ofrecida por el Derecho patrio (136) en los territorios, era posible lograrla —pero sí una jurisprudencia, que por hallarse influenciada por el Derecho romano ofrece un carácter indudablemente unitario (137). Si a pesar de todo la recepción es condenada, debemos confesar que los alemanes son responsables ante la historia de haber sufrido sus efectos con más rigor que otros países.

no tiene en cuenta la mentalidad de los juristas de la recepción (vid. págs. 197 y siguiente, 153 y sig.). Mejor hubiera hecho dirigiendo sus censuras contra los emperadores alemanes por no haber sido capaces de consolidar internamente el imperio. Desde Enrique I hasta Federico II hay en Alemania una ininterrumpida serie de personalidades en el trono real e imperial, que se afanan con la mejor voluntad, en fortalecer el poder del imperio, y si no consiguieron su propósito fué porque la empresa era superior a las fuerzas humanas.

(135) Vid. Below, 147 y sig.

(136) Vid. supra, págs. 331-332.

(137) Vid. Rabel, Atti Congresso Bologna, II (1935), 188.

CAPITULO XIV

EL DERECHO NATURAL ESPECIALMENTE
EN ALEMANIA

EN las páginas anteriores hemos procurado seguir el destino del Derecho romano, la suerte que corrió su estudio, su influencia en la práctica, hasta llegar a los umbrales del siglo XVIII. Su desenvolvimiento se debió en todas partes a la actividad de los juristas romanistas, los cuales en Alemania y en Italia, por falta de un centro político en donde hubieran podido agruparse, no consiguieron constituir un estamento organizado. Esto no obstante y merced a las ideas políticas y culturales que sirven de substrato al Derecho romano, los mencionados juristas ofrecen una proyección en cierto modo unitaria. En Francia, debido a circunstancias políticas favorables, estos juristas presentan en su proyección corporativa un carácter más cerrado y compacto, y en Inglaterra, desempeñan un papel muy importante, y reciben con el Doctor's Commons una cierta organización (1). Lo esencial es destacar que estos juristas eran verdades prácticas. Los mismos profesores de Derecho encargados frecuentemente de actividades prácticas, ejerciendo funciones dictaminadoras a través de instituciones, como el veredicto de Facultad o la remisión de actas, tuvieron continuo y estrecho contacto con la realidad. La dirección humanística francesa no produjo cambio alguno a este respecto ya que no pudo eliminar esta actividad pragmática de los profesores y hubo de tenerla en cuenta (2). Los juristas a que nos estamos refiriendo se hallaban dominados por el *mos italicus* creado por los comentaristas italianos. Los prácticos alemanes del siglo XVII con su *usus modernus pandectarum*, perseguían los mismos fines (3) y al estudiar las relaciones del Derecho romano con el

(1) Vid. supra, pág. 344.

(2) Vid. supra, pág. 181.

(3) Vid. supra, págs. 331-332. El método que emplean relega un tanto la casuística de los comentaristas. Vid. Wieacker, *Vom röm. Recht*, 252 y sig.

Derecho patrio, hacían especial hincapié en este último, lo que constituía una nota característica de su postura. Alemania no es en este respecto un país de avanzada. Entre los diversos países europeos, Alemania es el que más tardíamente se pone en contacto con el Derecho romano. Ocurre esto en una época en que los métodos fundamentales habían sido hallados y desarrollados por italianos y franceses, maestros éstos de los alemanes y profesores en las Universidades alemanas. En tales circunstancias, Alemania, en la época de la recepción podía ofrecer un gran número de profesores de Derecho, imbuídos de romanismo y también de prácticos, pero no disponía de una personalidad señera, que alumbrase nuevos caminos a la teoría o a la práctica y cuya dirección tuviese verdadera trascendencia europea (4). Esto mismo puede aplicarse a los prácticos alemanes del siglo XVII, cuya orientación era demasiado particularista para poder lograr abrirse paso en la nación. No hubo en Alemania una escuela de Derecho en qué poder apoyarse los profesores; tampoco existió un centro fuerte judicial a cuya sombra hubiera podido formarse el estamento de juristas del imperio (5). Téngase en cuenta, además, que en Inglaterra, luego que el *common law* triunfa definitivamente sobre el Derecho romano (6), comienza el ocaso de este último; en Francia, en cambio, los juristas trabajan manteniendo contacto con el Derecho de Roma, si bien con la preponderante finalidad de crear sobre la base del Derecho nacional un *droit commun français*; en Italia, durante los siglos XVII y XVIII nada especial merece consignarse sobre el cultivo del Derecho romano. Todo ello permite afirmar que en esta época, se produce un verdadero estancamiento del Derecho romano, especialmente en lo que a su enseñanza se refiere. En el siglo XVII resulta muy destacada la labor de la escuela holandesa (7) que contribuye a crear para las colonias el *roman dutch law*, llega a in-

(4) Entre ellos, apenas puede figurar Ulrico Zasius (1461-1535), objeto de un cálido estudio valorativo por parte de E. Wolf en *Grosse Rechtsdenker d. deutschen Geistesgesch.* (1943), 55-91.

(5) Vid. supra, págs. 328, 340.

(6) Vid. supra, pág. 344.

(7) Vid. supra, pags. 114, 181-183, 195, nota 6.

fluir, por sus estrechas relaciones con Escocia, incluso en la recepción del Derecho romano que tiene lugar en este país y utiliza, en cuanto a los elementos histórico-arqueológicos, la literatura jurídica alemana sobre el particular (8). En lo que se refiere a la práctica del Derecho común de esta época, nos falta bibliografía. La literatura dogmática, que comienza a animarse a partir de la segunda mitad del siglo XVIII es intrascendente (9). Lo dicho puede aplicarse a una obra verdaderamente representativa de estos tiempos, la titulada *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* (Comentarios extensos a las Pandectas) de Glück (10). Esta obra llegó a conquistar fama, cuando personalidades muy relevantes de la escuela histórica, se aplicaron a la tarea de proseguirla.

La ciencia alemana del Derecho experimenta un notable impulso por obra del Derecho natural y de la escuela histórica del Derecho en el siglo XIX. Con estos apoyos, Alemania conquista una innegable primacía en el estudio del Derecho romano y en la ciencia del Derecho en general y cumple la misión que por su estructura política y espiritual debía realizar en este terreno. La escuela histórica y el Derecho natural eran en realidad posiciones antípodas, pero como verdaderos antípodas se tocaban con los pies; de este modo se produjo el contacto que como luego veremos, había de generar una fuerte corriente espiritual, que partiendo del *ius naturale* actuaría en la pandectística. Constituye la nota común a ambas escuelas el que mediante ellas, el Derecho profesoral es introducido en Alemania. Derecho profesoral implica separación de teoría y práctica, disminución del influjo de aquélla en ésta, acción del Derecho profesoral en la legislación mediante incitaciones y estímulos. Contrariamente al Derecho de juristas que aparece de

(8) Vid. Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 254 y sig.; Stintzing-Landsberg id., III, 1, 162 y sig., 167 y sig., 228 y sig. El representante más destacado en Alemania de esta dirección era Heineccius, muy influenciado por el Derecho natural y cuyas *Antiquitates romanorum iurisprudentiae* de 1719-1841 alcanzaron la vigésima edición. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 179 y siguiente, y supra, págs. 184-185.

(9) Stintzing-Landsberg, III, 1, 308 y sig., 437 y sig., 442 y sig.

(10) Stintzing-Landsberg, III, 1, 444 y sig.

modo concomitante a toda integración política y que tiene carácter político, porque el jurista creador de Derecho se encuentra respaldado por la autoridad que irradia un centro estatal de poder (11), el Derecho profesoral ofrece un apoliticismo absoluto, en tanto es perfectamente compatible con el resquebrajamiento y hasta con la disolución de una comunidad política.

Sobra decir que estas consideraciones no pretenden formular una ley rígida e inflexible, sino describir tan sólo ciertos fenómenos típicos. Italia en tiempo de los comentaristas padecía una gran fragmentación política; el Reich carecía entonces, como en los tiempos de la recepción, de un centro de poder político, de un centro judicial importante en derredor del cual hubiera podido formarse un estamento de juristas. Y, sin embargo, lo que los comentaristas, los juristas del tiempo de la recepción y los profesores de Derecho acertaron a crear, era por su estrecho enlace con la práctica, un Derecho de juristas. El Reich, que aceptaba el Derecho romano como un Derecho imperial basado en la idea cultural de Roma, era, sin duda alguna una fuerza, muy distinta de lo que fué en 1648 después de la paz de Westfalia, punto de iniciación de nuestro período. Entonces es cuando comienza la rápida decadencia del poder imperial y se desplaza éste a los territorios; cuando aquel poder viene a ser como un techo que cubre una construcción ruinosa en la cual se ensañan las tempestades de la historia causando tremendos deterioros y grietas en el edificio, sin que ocurra a nadie repararlo. En tales circunstancias era natural que el estudio del Derecho romano y la consideración de éste como Derecho imperial, experimentasen notable merma. Predominaba ahora el particularismo con la estrechez y limitación que le son inherentes y que constituyen por otra parte, el terreno mejor y más propicio para el advenimiento del Derecho profesoral en el sentido que atribuimos a esta denominación. Llegó, pues, este Derecho, acompañado del Derecho natural. El profesor alemán con su propensión a lo teórico, con su actitud mental un tanto divorciada de la realidad, con su fuerte dosis de doctrinarismo, con todas sus virtudes y todos sus defectos,

(11) Vid. *supra*, págs. 263 y sig.

penetró en las Facultades de Derecho y les dió el carácter y el tono que han conservado hasta nuestros días.

El concepto del Derecho natural tiene su raíz en la filosofía griega. Cicerón lo conoce y los juristas romanos del período clásico —para los cuales tiene mayor importancia el *ius gentium* basado en la *naturalis ratio*— le atribuyen escasa importancia. Tal vez por influjo de la Teología, adquiere mayor relieve en el período postclásico, situándose al lado o en lugar del *ius gentium* (12). La Iglesia católica acepta el concepto de Derecho natural como lo prueba el vigente Código de Derecho canónico de 27 de mayo de 1917 (13). En el pensamiento jurídico europeo, el Derecho natural conquista un puesto preeminente con el famoso libro *De iure belli ac pacis* (1625) del holandés Grocio (14). Lo mismo que el Derecho romano, constituye el Derecho natural, un fenómeno esencialmente europeo (15). El Derecho natural procede de la filosofía, y en obras de Grocio se advierte un entrelazamiento innegable del mismo con la Teología. Es Puffendorf (1632-1694), quien lo independiza totalmente de esta última (16), por lo que en Alemania, ofrece el Derecho natural notas peculiares. Para Grocio y Puffendorf, el Derecho natural es la base fundamental del pensamiento jurídico, el asiento sobre que descansa el ordenamiento actual de la vida común (17) y la vida misma moral y

(12) Vid. Albertario, *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*. *Studi di diritto romano*, V, 279 y sig.

(13) El actual Derecho eclesiástico distingue el Derecho basado en la legislación eclesiástica, del *ius divinum* derivado de la revelación divina positiva (*ius divinum positivum*) (la Biblia) o de la revelación natural, esto es, de la razón (*ius divinum naturale*). Para la determinación del Derecho natural el Derecho eclesiástico sigue la teoría aristotélico-escolástica. Vid. Eichmann, *Lehrb. d. Kirchenrechts auf Grund des codex iuris canonici*, I (1929), 37 y *codex iuris canonici can.*, 27, 1; 1068, 1; 1404; 1499, 1; 1509 Nr. 1; 1513, 1; 1935, 2.

(14) Sobre éste E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 213 y sig.

(15) Vid. Schwarz *Symbolae Lenel*, 427 y sig.

(16) Wolf, 293 y sig.

(17) Esta concepción social del Derecho se debe al humanismo en cuanto que fué la dirección humanística la que preparó el conocimiento racional del universo e hizo posible descubrir de nuevo, en la época del Derecho natural, el carácter social del hombre y explicar el Derecho como ley de la convivencia humana. Wieacker, 256 y sig., 261.

cultural del hombre (18). Por eso el último de los autores citados, intenta ofrecer el Derecho natural como un sistema homogéneo y cerrado de verdades de razón. Del conocimiento de verdades filosóficas se deriva un sistema de reglas, concernientes también al Derecho privado. La construcción naturalística de este Derecho, constituye una peculiaridad de la concepción alemana. Puffendorf fué el primer titular de la cátedra de Derecho natural creada en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Heidelberg en 1660 (19). Thomasius (1655-1728) continúa la misma línea doctrinal de Puffendorf en tanto separa el Derecho natural de la filosofía y lo construye como disciplina jurídica (20). En la misma dirección trabaja Christian Wolf (1679-1754), quizás el más representativo de los profesores alemanes de Derecho natural del siglo XVIII, con su obra en nueve volúmenes titulada *Ius naturale* (1740-1749). Se puede afirmar con E. Wolf, que para Grocio, el Derecho natural no era una especie de código que tuviese preceptos o decisiones aplicables a los distintos casos. Chr. Wolf le atribuye, en cambio, este carácter, especialmente en lo que se refiere al Derecho privado. Toma este autor la casuística propia del Derecho romano, que conoce muy bien y la prefiere al Derecho alemán (21) y a la solución romana, añade la solución basada en el Derecho natural (22). De este modo logró crear un libro que ofrecía innegable utilidad para los prácticos. La solución o decisión iusnaturalista es resultado de una rigurosa deducción lógico-matemática —de aquí *mos geometricus*— que parte de reglas generales y entraña la aplicación de amplios principios a casos concretos. El discípulo de Wolf, Nettelblatt (1719-91) incrementó este método (23). De este modo el Derecho natural se instala en el ámbito del Derecho privado como un conjun-

(18) Vid. Wolf, 312.

(19) Wolf, 298, Schwarz, *John Austin on the German jurisprudence of his time*, Política, 1934, 184 y sig.

(20) Wolf, 343, 346 y sig.

(21) Stintzing-Landsberg, III, 1, 202.

(22) Schönfeld, *Die Geschichte der Rechtswissenschaft in: Spiegel der Metaphysik* (1943), 448 y sig.

(23) Stintzing-Landsberg, III, 1, 292 y sig.

to de principios jurídicos que integran una construcción lógica de gran rigor y que, inducidos de principios menos generales, comprensivos de una multitud de casos, vienen a formar como una pirámide cuya cúspide representa los principios y normas de más amplio alcance y generalidad. Es exagerado afirmar con Schönfeld que el Derecho natural trajo la ciencia del Derecho sistemática y una dogmática jurídica. Ya hemos dicho repetidamente que todo Derecho supone una serie de conceptos enlazados entre sí en un cierto orden, esto es, en un sistema. Esta sistemática no es introducida en el Derecho por los juristas. Cuestión distinta es la de determinar, si la sistemática es conocida y construída conscientemente, pues sólo en este caso, se puede hablar con propiedad de una teoría sistemática del Derecho. Rasgos propios de esta teoría aparecen ya en los comentaristas, cuando usan el método escolástico. Lo que caracteriza al Derecho natural y especialmente al Derecho natural alemán, es una cierta preponderancia de la sistemática, un predominio de la lógica, que influye, como tendremos ocasión de ver, en la pandectística alemana del siglo pasado. De todo ello es responsable el profesor alemán, el cual con el Derecho natural, consigue una posición preeminente en la ciencia jurídica alemana. Para enseñar Derecho natural no hacen falta experiencia o práctica jurídica. El Derecho natural solo podía ser un Derecho profesoral y en modo alguno un Derecho de juristas, pues implicaba, como ya hemos dicho, una separación tajante de la teoría y de la práctica (24). El modo de actuar el Derecho natural sobre la práctica no era otro que el de influir en la legislación, la cual, por efecto del racionalismo propio de la época y por la fe en su propia omnipotencia y en la del Derecho natural, adquirió en la esfera del Derecho privado una gran importancia y notable perfección técnica (25). Las codificaciones del siglo XVIII al XIX confirman lo dicho. Quienes profesaban el Derecho natural, comenzaron como Heineccio y Darjes siendo teólogos y filósofos (1714-91) Chr. Wolf fué filósofo y sólo ocasionalmente explicó jurisprudencia (26).

(24) Bergbohm, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, I, 222 y sig.

(25) Vid. Wieacker, 265.

(26) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 179 y sig., 198, 284 y sig.

Es significativo que Samuel v. Cocceji iusnaturalista, como su padre Enrique, cuando fué gran Canciller de Federico el Grande, suprimió la remisión de actas a las Universidades prusianas, no sólo para elevar así el prestigio de los tribunales, sino para dar al mismo tiempo a los profesores la posibilidad de dedicarse exclusivamente a la ciencia (27).

Como fenómeno europeo, el Derecho natural parece ser el enemigo del Derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad sólo en parte muy pequeña. El Derecho natural como Derecho de profesores que era, no podía eliminar el Derecho de juristas, y sólo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abominan del Derecho romano (28) pero tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a las que no debe concederse mucha importancia, y por otra parte, estos desfogues son casi inocentes, si se les compara con la animosidad y resentimiento que rezuman los escritos de los germanistas del siglo XIX. Los iusnaturalistas, sobre todo las personalidades más destacadas de entre ellos, como Grocio, Puffendorf, Cocceji, padre e hijo, Chr. Wolf, Darjes, fueron no sólo profundos conocedores del Derecho romano, sí que también amigos de éste; algunos, como Chr. Wolf, se sirvieron de él en la práctica. Grocio sentía una gran admiración por el Derecho romano (29). El Derecho romano suministró a los autores citados gran parte del material de que se sirvieron para elaborar el Derecho natural.

Pero se produjo una novedad. El Derecho natural era el patrón o medida adecuada para la valoración o crítica del De-

(27) Stintzing-Landsberg, III, 1, 217. Vid., además, suplementos, pág. 506.

(28) Vid. supra, págs. 226-227.

(29) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 3 y sig., 14 y sig., 112 y sig., 215 y siguiente, 284 y sig.; Wolf, 238; Balogh, *The New York university law quarterly review*, VII (1929), 268 y sig., 274 y sig. Relativamente a Chr. Wolf supra, págs. 129 y 178. Cuando Svarez atribuía al Derecho romano un papel modesto en el cuadro de las enseñanzas jurídicas, esta posición suya no venía determinada por una concepción iusnaturalista, sino más bien por su doble condición de redactor del Derecho territorial prusiano y de funcionario de este país.

recho romano. He dicho múltiples veces que el Derecho romano no fué aceptado por sus buenas cualidades intrínsecas, sino por representar un Derecho verdaderamente imperial apoyado en la idea cultural de Roma (30). Desde que los glosadores lo introducen en el horizonte medioeval, nadie se permitió dudar de su fundamental validez. La interpretación del *corpus iuris* con criterio exegético autoritario, facilitó la modernización del Derecho romano y la eliminación de los elementos de éste, que resultaban ya inservibles. Con el Derecho natural ocurrió cosa distinta. Este Derecho no fué un Derecho válido en todos los tiempos y en todos los lugares (31); pretendió, sin embargo, tener vigencia, por derivar de la razón, independientemente de toda formulación estatal en un sistema de Derecho positivo (32). Así, pues, el Derecho natural, considerado como canon o medida para la valoración crítica del Derecho vigente, fué, sin duda alguna, la fuerza que impulsó el progreso y la reforma de la vida jurídica y despertó la sensibilidad social sin necesidad del acicate del socialismo, singularmente en la esfera de la vida pública y en orden a las cuestiones que se refieren a la libertad política, al Derecho penal (33) y al mismo Derecho privado, a pesar de su carácter tan conservador. Aplicado al Derecho romano, el problema debe formularse así: el Derecho romano es un Derecho existente, ahora bien, la cuestión de si debe o no recibir aplicación en la actualidad, depende de que este Derecho concuerde o no con el Derecho natural. Por eso

(30) Vid. supra, págs. 129, 178.

(31) Bergbohm, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, I (1892), 130, 140 y sig. define el Derecho natural como un Derecho que independientemente de su fijación positiva, pretende regular la vida jurídica de modo más o menos decisivo. Semejantemente Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 10 y sig.: un Derecho que independientemente de toda formulación estatal reclama validez. Nuevamente Schönfeld contra la concepción del Derecho natural como un Derecho que tiene validez absoluta, 142.

(32) En la segunda mitad del siglo XVIII se evidencia el influjo de Rousseau. Partiendo de la igualdad de los hombres en el estado de naturaleza, se llegaba a admitir la existencia de un Derecho natural absoluto e independiente de las condiciones o circunstancias de lugar y tiempo. Bergbohm, I, 169 y sig.

(33) Vid. Bergbohm, I, 214 y sig.; A. Menger, *Das bürgerl. Recht u. die besitzlosen Volksklassen* (1890), 12 y sig.

Darjes exige que el Derecho romano sea sometido a un examen previo; el abogado del Presidial de Clermont-Ferrand, Domat, escribe sus *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-97), obra en que trata de eliminar del Derecho romano todo lo superfluo, exponiéndolo como razón escrita de modo sistemático (34) y Thomasius pretende justificar el Derecho romano vigente en Alemania (35); hechos todos que constituyen los supuestos espirituales de la codificación, la cual tiene lugar en el tránsito del siglo XVIII al XIX (36).

Debe además tenerse en cuenta que si el Derecho natural puede inspirar cualquier sistema de Derecho positivo, no es correcta la pretensión de hallar aquél exclusivamente en el Derecho romano y en el alemán. Por esta razón fueron estudiados otros Derechos y el Derecho natural fué considerado como el padre del Derecho comparado. Ya Leibniz en su obra *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667) conoce una *iurisprudentia historica interna quae variarum rerum publicarum iura recenset* (37). A fines del siglo XVIII apunta la tendencia de dar al Derecho natural una base realista. El precursor de Savigny, Hugo (1764-1844), quiso en Göttingen relacionar la historia del Derecho con la Filosofía del Derecho y sobre el estudio comparado de los diversos Derechos positivos, construir una historia universal del Derecho (38). Estas ideas fueron compartidas por Feuerbach (1772-1833) (39) y Thibaut (1772-1840). La escuela histórica con su tendencia positivista y su limitación a los Derechos romano y alemanes se encargó de acabar con esta nueva directriz (40). Es indudable que estas ideas merecen atención y pueden, como veremos

(34) Stintzing-Landsberg, III, 1, 294 y sig.; Esmein-Genestal, 734 y sig.

(35) Stintzing-Landsberg, III, 1, 81 y supra, págs. 226-227.

(36) Vid. suplementos, pág. 506.

(37) V. Moeller, *Trennung d. deutschen u. röm. Rechtsgesch.*, 46 y sig.;

Koschaker, 82.

(38) Stintzing-Landsberg, III, 2, 40; E. Wolf, 454; v. Hippel, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan* (1930), 25 y sig., 35.

(39) Vid. Radbruch, *Anselme Feuerbach, précurseur du droit comparé*, en *Recueil Lambert* (1938) I, 284 y sig.

(40) Vid. supra, pág. 223.

más adelante, ser aceptadas en la actualidad con las necesarias modificaciones. Contemporáneamente a estas tendencias, surge otra en el último período, que atribuye al Derecho natural un valor relativo, en cuanto estima que no contradice a la esencia del Derecho natural, el interesarse por un sistema concreto de Derecho positivo, elaborándolo conforme a los principios y método iusnaturalistas, y creando de esta suerte un Derecho natural de carácter territorial y nacional (41).

(41) Vid. Thieme, *Die Zeit des späten Naturrechts*, *Zeitschr. Sav. Stift. germ. Abt.*, 56 (1936), 202-63; Koschaker, 24 y sig.

CAPITULO XV

SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTORICA
ALEMANA

A) APOGEO DE LA ESCUELA. DERECHO PROFESORAL

NUESTRA exposición nos ha conducido hasta el momento de la aparición de la Escuela histórica alemana, la cual va asociada íntimamente al nombre de Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Sobre esta escuela y sobre su fundador, se ha escrito mucho en Alemania, especialmente en los últimos tiempos (1). Y es justo. A Savigny y a su escuela, debe Alemania el puesto glorioso que ocupa en la ciencia del Derecho de Europa y del mundo, y reconocer este hecho, con orgullo y agradecimiento, era elemental deber de los juristas alemanes cualquiera que fuese su personal actitud respecto a la mencionada escuela.

El ritmo con que esta dirección conquista una clara hegemonía dentro de la nación alemana, tiene todos los caracteres propios de lo maravilloso. En 1803 aparece el libro de Savigny, titulado *Recht des Besitzes* (Derecho de la Posesión); en 1810 es llamado su autor a la entonces recién creada Universidad de Berlín; en 1814, un año después de la batalla de Leipzig, es fundada la *Zeischrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revista para la ciencia histórica del Derecho), en cuyo prólogo (1815) traza Savigny su programa de abierta oposición a la tendencia iusnaturalista; en este mismo año aparece el primer volumen de su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Historia del Derecho romano en la Edad Media), y su célebre escrito titulado *Vom Berufe un serer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia del Derecho), en el cual se

(1) El estudio más reciente sobre Savigny se debe a E. Wolf. *Grosse Rechtsdenker* (1944) 436-507.

opone a las incitaciones de Thibaut en favor de una codificación de Derecho civil común alemán, y alega como fundamento de su actitud, el considerar como tarea mucho más importante que la codificación, la de crear una ciencia del Derecho común de la nación alemana, una ciencia del Derecho, entendida naturalmente a la manera de Savigny. Savigny se halla en estos momentos en el cenit de su gloria; el Derecho natural desaparece de las Universidades alemanas (2), las cátedras de Derecho civil son desempeñadas por discípulos y partidarios del gran maestro de la escuela histórica y el estudio del Derecho romano experimenta un innegable florecimiento. Todo ello resulta sorprendente si se tiene en cuenta, el decaimiento que el estudio de esta disciplina había sufrido en las postrimerías del siglo XVIII. Las causas de este fenómeno fueron ya estudiadas en lugar oportuno (3) y no son otras que la decadencia política del imperio, y el auge del Derecho natural, que atraía a las personalidades más eminentes. Y aumenta de punto la sorpresa que este fenómeno produce, al considerar que los factores que determinaron el descenso del nivel de los estudios románicos en el siglo XVIII, no sólo subsisten en el momento en que aparece la escuela histórica, sino que son entonces todavía más intensos. El sacro romano imperio de la nación alemana desaparece en 1806, y el emperador Francisco se llama, a partir de este momento, emperador de Austria, mientras que contemporáneamente Napoleón, sueña con restaurar la herencia de Carlomagno. El Tribunal cameral del imperio es suprimido el 7 de agosto de 1806 (4). La confederación alemana, sustituto del disuelto imperio, creada por el Congreso de Viena, no era más que una asociación de los soberanos de los territorios alemanes, de vínculos muy laxos, y en la cual los Estados más fuertes, Austria y Prusia, mantenían frecuentemente entre sí

(2) La escuela histórica, como ha observado acertadamente Bergbohm, l. 190, no ha hecho a la del Derecho natural objeto de sus críticas. Savigny, en el programa de la escuela contenido en la *Zeitschr. f. Rechtswissenschaft*, l. menciona el Derecho natural, pero se abstiene de toda consideración crítica sobre él.

(3) Vid. supra, pág. 346.

(4) Smend, *Reichskammergericht*, 240 y sig.

vivo antagonismo. Ya no hubo un Derecho imperial, sino únicamente un Derecho general constituido por el contenido concordante de los distintos Derechos territoriales. El Derecho romano, el viejo Derecho imperial, fué privado, en amplios territorios (Prusia, Austria, territorios del *code civil*), incluso de su validez subsidiaria, por efecto de las codificaciones iniciadas a fines del siglo XVIII. En las zonas en que conservó validez, fué rebajado al nivel del Derecho territorial (5). A pesar de todas estas dificultades, Savigny y sus discípulos consiguieron en pocos años, restablecer en toda su importancia el estudio del Derecho romano en las Universidades alemanas. Se explica la celeridad de este proceso, si se piensa que la dirección de Savigny, lo mismo que la del Derecho natural, constituían Derechos profesoriales, y por serlo, estaban en una cierta oposición con la práctica. Si no hubiera sido así, y en el siglo XVIII se hubiera producido una práctica influenciada por el Derecho natural, no hubiera habido un cambio tan radical en tan corto tiempo. Limitose éste a las Universidades y ello confirmó una vez más la experiencia de que cualquiera nueva orientación en el estudio del Derecho romano ha de originarse en la Universidad, ya que ésta, por las dificultades inherentes a la mencionada disciplina, es forzosamente el hogar propio del cultivo de tales estudios.

Una cosa es, sin embargo, segura: Savigny no tuvo relación alguna con la práctica del Derecho común, no la conoció, no citó decisiones, ni tuvo relación personal con los prácticos. En su juventud frecuentó preferentemente los círculos literarios (6). La práctica del Derecho común y el *mos italicus* fueron objeto, con sus fundadores los comentaristas, de vivas censuras por parte de Savigny, sin que pudieran despertar en este autor simpatía alguna. Y aquí se muestra el complejo carácter de la nueva dirección. Savigny en el prólogo a la Revista para la ciencia histórica del Derecho, I (1815), pág. 12, declara que los trabajos de carácter estrictamente práctico, no tendrán ca-

(5) Como tal es estimado también en la ley de introducción al Código civil alemán.

(6) Vid. Thieme, *Der junge Savigny*, «*Deutsche Rechtswissenschaft*», VII (1942), 59. Kantorewicz, *Recht u. Wirtschaft*, I, 51, Wolf. 474.

bida en la revista, y en la página 14, en cambio, manifiesta que la revista aceptará trabajos de carácter dogmático porque la profesión práctica y la doctrinal no son irreductiblemente antinómicas (7). El título mismo de su «Sistema de Derecho romano actual» está mostrando a las claras que lo que en esta obra ofrece a sus lectores, no es simplemente historia del Derecho, sino preferentemente Derecho actual y vigente. No faltó a Savigny capacidad para los trabajos jurídicos prácticos (8). El sugirió, que la Facultad jurídica de Berlín se constituyese en 1811 como colegio de veredictos; desde 1819 le vemos actuar como miembro de la Corte renana de revisión y casación (9). De 1842-48 es ministro prusiano de legislación, nombramiento que por la oposición que suscitó, le produjo no pocos disgustos. Mientras fué titular de esta cartera, elaboró Savigny los proyectos de ley cambiaria, de prensa y penal, los cuales merecen cálidos elogios (10). En sus años de senectud (*System*, I 1840, páginas XX y XXV) emplea palabras muy certeras a propósito de la relación entre la teoría y la práctica, y postula la cooperación de ambas, porque en otro caso la teoría degeneraría en un vano juego cerebral, y la práctica en un bajo oficio. Se lamentaba de la creciente separación de una y otra. La observación es exacta y también es muy cierto que la escuela histórica contribuyó a fomentar esta separación que se inicia ya con el Derecho natural (11). Con todo, no desconoció Savigny el valor que tiene para la formación jurídica, un Derecho de juristas creado y sustentado por la práctica. Pero esto, no obstante, la vocación y simpatías de Savigny van hacia lo profesoral.

La actitud de Savigny fué ejemplar. Quien repase las docenas de nombres de representantes de la escuela histórica ci-

(7) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 247 y sig. La observación contenida en la pág. 14 del prólogo, según la cual, los temas concernientes a la administración de justicia, al oficio del juez y a la actividad profesional del abogado, no constituyen materia propia de la revista, demuestra claramente que Savigny quiso excluir del ámbito de ésta todo lo relativo a la práctica.

(8) Wolf, 487 y sig.

(9) Stoll, *Friedrich Carl v. Savigny*, II, 8 y sig., III, 9. Sólo 138 de las relaciones redactadas por Savigny se conservan en el archivo de la Facultad.

(10) Stoll, III, 6-30, Stintzing-Landsberg, III, 2, 235 y sig.

(11) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 230 y sig.; Wolf, 487 y sig.

tados por Landsberg en el vol. III, 2 de la *Historia de la ciencia alemana del Derecho*, de Stintzing, con breves apuntes biográficos —figuran solamente los más destacados— apenas podrá hallar unos cuantos que de la profesión docente, hayan pasado a ejercer la práctica, o a la inversa, que tras la profesión práctica hubieran desempeñado el cargo de profesor. Los representantes de la escuela histórica eran profesores y no prácticos y lo que crearon fué un Derecho profesoral, no de juristas (12). El tipo de profesor de Derecho que actúa en la práctica y con la experiencia que ésta le brinda, elabora el Derecho privado de un modo teórico y sistemático, que se da en la época de los comentaristas y que hallamos en Alemania durante el período de la recepción y en el de los prácticos alemanes, fué eliminado en los tiempos de auge de la tendencia iusnaturalista, siendo en el siglo XIX totalmente extraño a las Universidades alemanas. También hoy constituye este tipo una rara excepción. Y lo mismo puede decirse de los prácticos con ciertas preocupaciones y actividad científicas, tales como los que hallamos en Francia bajo el *ancien regime* y en Inglaterra. La práctica del Derecho común es durante el siglo XIX muy poco considerada y desempeña el papel de cenicienta. El hecho de que los prácticos, más tarde se nutrieran en las universidades alemanas de la doctrina pandectística, no dejó de tener cierta repercusión, y produjo la consecuencia de que parte de esta doctrina penetrase en las decisiones de los tribunales y de que construcciones jurídicas y opiniones de personalidades relevantes, merecieran la atención de los organismos judiciales (13). Ahora bien, la escuela histórica, como Derecho de profesores, actuó principalmente en la práctica a través de la legislación, y en efecto, influyó en leyes particulares de los territorios alemanes y en las codificacio-

(12) Se comprende el ataque que el práctico Kirchmann, en una conferencia pronunciada en Berlín en 1847, titulada «Sobre la carencia de valor científico de la Jurisprudencia», dirigió a la escuela histórica, ataque que culmina en la conocida frase: «tres palabras del legislador rectificando, y bibliotecas enteras se convertirán en papel de desecho». Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 737 y sig. Referidos a un auténtico Derecho de juristas, esta afirmación sería inexacta. Vid. *supra*, pág. 274.

(13) Se aplica también a Savigny. Vid. Wolf, 489.

nes, así, por ejemplo, en el Código civil sajón de 1863, que constituye propiamente un manual de Pandectas desarrollado en párrafos; en el Código de comercio alemán de 1861 (14), y sobre todo en el Código civil alemán, la gran victoria de Savigny y de la Pandectística alemana. Admira la previsión de que hace gala Savigny en sus escritos contra Thibaut. Savigny estaba convencido de que un buen Código civil presupone una doctrina de Derecho privado elaborada y madura, y sabía que en 1814 una codificación de Derecho privado, sólo era posible en Alemania cimentándola sobre fundamentos iusnaturalistas. Por otra parte, temía Savigny el influjo del *Code civil*, el cual, por ser el Código de la revolución francesa, y además por motivos nacionales, resultaba en verdad poco simpático (15). Savigny se opuso a las sugerencias de Thibaut, no tanto por ser enemigo por principio de toda codificación, como por entender que la nueva dirección de la ciencia alemana del Derecho iniciada por él, no estaba aún lo suficientemente sazónada para servir de soporte a un Código civil (16). Era ésta una de las contradicciones internas que aquejaban a la escuela histórica; por una parte proclamar el dogma del espíritu del pueblo con su espontaneidad característica, proscribir toda actividad legislativa que pudiera deformarlo y alterarlo y condenar, por tanto, la codificación, y por otra, tener que actuar forzosamente sobre la legislación para poder conseguir influjo en la práctica.

La escuela histórica amplió más el abismo que desde los tiempos del Derecho natural separaba la teoría y la práctica jurídicas e incrementó las antinomias y contradicciones que aun hoy subsisten en perjuicio de las Facultades de Derecho.

(14) Vid. *supra*, pág.

(15) Véase su juicio desfavorable en *Vocación*, 54 y sig., 78; además, Leonhard, *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, en *Studien z. Erläuterung d. bürgerl. Rechts*, XVII (1906), 84.

(16) Vid. *Beruf*, pág. 49: «Si los síntomas no son engañosos, se puede afirmar que ha penetrado en nuestra ciencia un espíritu vivificador que dará a ésta los caracteres de una cultura peculiar. El proceso no ha terminado todavía, y por esta razón estimo que no se ha producido aún la oportunidad para crear un buen código». Vid., además, Stintzing-Landsberg, III, 2, 202 y siguiente; Saleilles, *Livre du Centenaire*, I, 97 y sig.; Wolf, 472; Koschaker, 34; Wieacker, *Vom röm. Recht*, 272.

Sería injusto dirigir por estos hechos censuras graves contra la Pandectística, pues si se tiene en cuenta el aspecto abigarrado que ofrece el mapa del Derecho privado en Alemania, y consideramos que el Derecho romano desapareció como Derecho vigente de gran parte del mismo, y en el resto continuó existiendo como Derecho territorial, y si tenemos presente, además, la falta de un organismo central de justicia, habremos de concluir forzosamente que las condiciones que hicieran posible la aparición de un Derecho de juristas nunca fueron tan desfavorables como en la época en que surgió la escuela histórica. Por otra parte la angostura y mezquindad de las relaciones particulares facilitaron grandemente el desenvolvimiento de un Derecho profesoral en las Universidades. Resultaba más fácil vigilar estas Universidades que nunca aceptaron los límites de los territorios, que vigilar los tribunales de los distintos Estados alemanes. Por esta razón Savigny y su escuela se esforzaron en elaborar, y lo consiguieron, una doctrina jurídica, alemana y unitaria, cimentada sobre el Derecho romano. Un derecho alemán de juristas era en estos tiempos totalmente imposible.

B) SU RELACIÓN CON EL ROMANTICISMO. IDEA CULTURAL DEL IMPERIO

En oposición a la literatura antigua, propicia siempre a atribuir al romanticismo un influjo decisivo en Savigny y en la escuela por éste fundada, la investigación reciente, procede en este punto con circunspección digna de elogio (17). Savigny no fué un romántico a pesar de haber emparentado con la familia Brentano, y a pesar de las relaciones que mantuvo con los círculos literarios adscritos al romanticismo. Descendiente de una rica familia, educado con rigidez en la reforma, habituado a un alto tono de vida, su actitud espiritual, se inspira en el clasicismo, y su temperamento repudia todo lo que signifique

(17) Vid. supra, págs. 284-285; además, Stintzing-Landsberg, III, 2, 186 y siguiente, 242 y sig.; Kantorowicz, *Recht u. Wirtschaft*, I, 50; Schönfeld, 527, 551 y sig.; Wolf, 440 y sig., 445 y sig.; Koschaker, 20, 21 con abundante bibliografía.

violencia, exageración o tendencia revolucionaria. No siente inclinación alguna por la filosofía, y predomina en él un pensamiento lleno de rigor lógico y un afán de sencillez y de claridad que se reflejan en su estilo. Manifiéstase esto principalmente en su teoría del espíritu del pueblo. La cuestión sobre el origen de esta doctrina, esto es, de si Savigny la tomó de la filosofía de la historia de Schelling o recibió más bien en este punto el influjo de Herder como modernamente se acepta (18), es menos importante que la de determinar cómo fué elaborada por Savigny la idea del espíritu del pueblo.

F. Beyerle (19) ha observado recientemente que la idea del espíritu del pueblo viene a ser en Savigny algo así como un cuerpo extraño. La afirmación es exacta por cuanto que esta idea del espíritu del pueblo, no es un elemento propiamente orgánico de la doctrina de Savigny, y acusa más bien, de una parte, rasgos poético-sentimentales (vid. supra, pág. 286, nota 120), y de otra, cuando el maestro cae bajo el influjo de su discípulo Puchta (20), es utilizada por él como un instrumento de lógica formal. En efecto, para Puchta la idea del espíritu del pueblo no es una idea filosófico-jurídica, ni un concepto histórico-jurídico de base sociológica, sino una categoría jurídica formal, con la cual opera dialécticamente el autor. El Derecho brota del espíritu del pueblo, es decir, de la común convicción jurídica del pueblo. El problema de cómo se forma esta convicción no interesa a Puchta. Derecho legal y Derecho de juristas están contenidos en el concepto de Derecho popular, ya que tanto los legisladores como los juristas, son concebidos como representantes del pueblo. En estas circunstancias pierde mucha fuerza el reparo opuesto a Savigny de que siendo como es para éste el espíritu popular, la cualidad específica nacional de un pueblo, dedique especial atención, no al Derecho alemán, sino al romano, el cual le había interesado ya siendo estudiante (21). Savigny insiste en que no rechaza el Derecho alemán y que

(18) Vid. supra, pág. 285, notas 113-114.

(19) *Deutsche Rechtswissenschaft*, IV (1939), 13, nota 3.

(20) *Gewohnheitsrecht*, I (1828), 141 y sig., 145 y sig., 147 y sig., II (1837), 18 y sig.; vid. también Stintzing Landsberg, III, 2, 444 y sig., 448.

(21) Thieme, *Deutsche Rechtswissenschaft*, VII (1942), 55.

cultivar con exclusivismo el Derecho romano es contrario a sus propósitos (22). Ciertamente que su trabajo no corresponde a sus intenciones; su concepción, al prescindir del desarrollo del Derecho romano llevada a cabo por los glosadores, especialmente en Alemania, le impidió una elaboración orgánica del Derecho alemán. De esto nos ocuparemos más adelante. Los fines científicos de la escuela histórica, han sido aprovechados por la investigación germanística alemana y han servido, además, para preparar la lamentable separación que aun hoy subsiste entre germanistas y romanistas y que ya Savigny vivió y deploró insistentemente (23).

No es lícito dudar de la mentalidad alemana de Savigny, confirmada por su patriótica actitud durante las guerras de la libertad (24). Para comprender la predilección que dispensa al Derecho romano, debe tenerse en cuenta su mentalidad imperialista opuesta a todo particularismo (25). No es la suya una mentalidad prusiana. Veremos, después, que la actitud de este tardío ministro del Estado de Prusia, es más bien antiprusiana. Su entusiasmo por Prusia radica en el hecho de considerar este país, como origen de la grandeza de la nación alemana. Por lo demás, Savigny no era un político, y el imperialismo de su mentalidad, era un imperialismo puramente cultural (26). No era obstáculo a éste el hecho de que en estos tiempos el imperio estuviese ya en la agonía. Muchos doctos contemporáneos de Savigny compartían su misma actitud, y en sus círculos y ambientes continuó viva la idea del imperio en sus significación cultural, no obstante el ocaso que había sufrido esta idea en su concreción política (27). Las simpatías de Savigny se

(22) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 205 y sig.; Stoll, *Savigny*, III, 195; Wolf, 489, 499 y sig.; Koschaker, 26.

(23) Wolf, 499 y sig.

(24) Vid. Koschaker, 33 y la bibliografía citada, y además, Stintzing-Landsberg, III, 2, 197 y sig.

(25) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 207; Manigk, *Zeitschr. Sav. Stift., rom. Abt.* 61 (1941), 189.

(26) Wolf, 480.

(27) Vid. Srbik, *Osterreich in der deutschen Geschichte* (1936), 36, 50.

centran en un imperio cultural, impregnado de espíritu alemán más que en una determinada forma política de este imperio.

Esta idea cultural del imperio aparece en un pasaje de las conversaciones de Goethe con Riemer, en el cual, al reproche que se le dirige censurándole la carencia de sentido nacional, contesta Goethe apasionadamente diciendo: «Lo alemán es libertad, cultura, universalidad y amor». Esta cita tiene una pequeña historia. Conocí la frase, juntamente con otro pensamiento de Goethe, en que en tono profético, parece anunciar ese demonio malo que fué Hítler, por mediación de una señora, durante el verano de 1945 y en una aldea de una montaña bávara, donde fué escrita la mayor parte de esta obra. Esta señora debía el conocimiento de estos pensamientos de Goethe a una amiga suya. Las citas hicieron carrera. Fueron utilizadas en un trabajo titulado «Das deutsche Volk und der Nationalsozialismus» (El pueblo alemán y el Nacionalsocialismo), en los *Frankfurter Heften* (Cuadernos de Frankfurt), en mayo de 1946, y también por el fiscal inglés sir Hartley Shawcross en el discurso de clausura del proceso de Nuremberg (vid. *Süddeutsche Zeitung*, Nr. 61, de 30-7-1946). Nadie pareció dudar de la autenticidad de la cita. Yo tampoco dudé. El deseo de tener un apoyo bibliográfico, me impulsó en la primavera de 1946 a consultar en la Biblioteca de la Universidad de Tübingen, las distintas ediciones de las Conversaciones de Goethe, con resultado completamente negativo. Temiendo que fuera causa de este resultado mi escasa información sobre el tema goethiano, me dirigí a mi colega y germanista Kluckhohn, el cual hizo en su seminario buscar la cita, obteniendo el mismo resultado negativo que yo obtuviera. La señorita Genzmer, presente en nuestra conversación, apuntó la posibilidad de que la cita procediera de la novela titulada *Lotte in Weimar*, de Tomas Mann. Confieso, con sonrojo, que sólo en aquella ocasión supe de la existencia de tal novela. La conjetura me pareció muy probable. De ser esto cierto quedaba el olímpico Goethe liberado de ese don profético sobrehumano que le había sido atribuído. Por otra parte, al seminario acudían consultas de las más variadas procedencias sobre la autenticidad de los citados pasajes. Cuando por fin recibí la novela (Stockholm, 1939), pude fijar las dudosas manifestaciones en la página 329 (una alusión clara al Nacismo se contiene en la pág. 161). Mi colega Zweigert

me advirtió que en el *Frankfurter Hefte* de agosto de 1946, página, 89, bajo el título «Kleine Geschichte eines Goethe-Zitats» (Breve historia de una cita de Goethe), un autor anónimo, E. K. (probablemente el editor Eugenio Kogon), informa también sobre estas citas que fueron conocidas por él, casi en las mismas circunstancias en que yo las conocí. Queda todavía por aclarar cómo fueron situadas estas manifestaciones en las conversaciones de Goethe con Riemer. En la novela se dedica todo un capítulo a la conversación de Lotte Kestner con el profesor Riemer, pero no es en este lugar donde se expresan aquellos pensamientos, sino en un monólogo de Goethe durante su *toilette* matutina.

Consecuencias que derivan de esta pequeña historia:

1. Debemos renunciar a considerar a Goethe como padre del antifascismo.
2. Son pocos los alemanes que leen a Goethe lo mismo en los tiempos de la democracia que en los del Nacismo, en cambio Tomas Mann es muy leído, sobre todo por las señoras.

En cuanto a la cuestión de si Mann desfigura la verdad poniendo tales pensamientos en boca de Goethe, diremos que la cita de Hitler es una simple licencia poética que se reconoce claramente por la forma misma del lenguaje, ya que ésta se adapta mucho mejor a un hijo del siglo XX que a la olímpica excelencia de Weimar. Ahora bien, la idea cultural del imperio es en Goethe y en muchos de sus contemporáneos, como ha demostrado v. Srbik, *Goethe und das Reich*, en *Viermonatschrift d. Goethe-Gesellschaft*, IV (1939), 221-232, una realidad histórica. Deriva de la idea del antiguo imperio y en esta época a que nos referimos, va asociado a un vivo sentimiento de la unidad espiritual de la nación. Tal vez el afirmar que haya en la idea cultural del imperio, una cierta dosis de resignación política, constituye una condena *ex post*; los contemporáneos vieron más bien una oposición a la idea prusiana del Estado.

Savigny con su sentido imperialista, era al mismo tiempo un europeo y como tal, no admitió contradicción alguna entre su mentalidad nacional alemana y su aspiración a situar el estudio del Derecho romano en puesto preferente. Si bien el Derecho romano en estos tiempos había sido rebajado al nivel de un Derecho territorial, y la idea de un Derecho privado imperial podía parecer una utopía, para Savigny, con su idea tan

arraigada del imperio cultural, era todavía el Derecho romano el Derecho imperial, que aunque incapaz de servir de fundamento a la unidad jurídica, podía, en cambio, ser de gran utilidad para crear una ciencia alemana del Derecho de carácter unitario. El Derecho alemán fué siempre un Derecho particularista. La idea de un Derecho privado común alemán cuyos fundamentos habían sido establecidos por la investigación de la época de Savigny (28), era una abstracción científica, y tal Derecho no podía ser siquiera comparado con la viva realidad del Derecho de Roma, cuya perfección tanto seducía al propio Savigny. Las palabras de Savigny en la pág. 43 de su *Vocación* (ed. alemana): «Gran variedad y peculiaridad en lo particular, pero como fundamento, el Derecho común, que recuerde a todas las estirpes germánicas su indisoluble unidad», son características.

La continuada eficacia de la antigua idea del imperio (29), durante el siglo XIX, explica la victoria alcanzada por la pandectística alemana. La pandectística derribó las murallas fronterizas que separaban los territorios alemanes, detentó una indiscutible hegemonía en lo que se refiere a la enseñanza del Derecho, penetró en los dominios de la codificación jurídica «pandectizando» la dogmática de las codificaciones, esto es, imponiendo las formas romanísticas del pensamiento jurídico a estos códigos que fueron un producto del período iusnaturalista. Por estos tiempos explicó Savigny Derecho territorial prusiano (30), y este estudio recibe su consagración luego de haberse comenzado el Comentario de Koch (1833-39), en relación con el Derecho de Pandectas, con la *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts* (Teoría y Práctica del actual Derecho privado común prusiano sobre el fundamento del De-

(28) Vid. *supra*, págs. 342-343.

(29) Es negado esto sin razón por Wieacker. El clasicismo de Savigny y de la escuela histórica, no basta para explicar la predilección de ésta por el Derecho romano y los efectos producidos por esta escuela. La vieja idea imperial se apagó con el imperio de 1871.

(30) Vid. Thieme, *Zeitschr. Sav. Stift., germ. Abt.*, 57 (1937), 409 y sig. 411. Suplementos, pág. 507.

recho común alemán), de Förster, obra cuya finalidad revela el título mismo, y con el *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* (1871-78) (Tratado de Derecho privado prusiano), de Denburg. En cuanto al Código austríaco, tiene en él decisiva importancia la obra de Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (1856-1864), la cual, además de una amplia exposición del sistema pandectístico, contiene las teorías generales características de éste, aunque extrañas a la ley positiva (31). Debe citarse aquí también el *Handbuch des württembergischen Privatrechts* (1839-42) (Manual de Derecho privado Wurtembergues), de Wächter, en el que su autor, procura introducir la doctrina pandectística en este Derecho no codificado (32). No debemos silenciar tampoco aquí el caso de Suiza. Suiza se segregó del imperio antes de la constitución del Tribunal cameral imperial, y en los cantones suizos, el Derecho local, logró afirmarse enérgicamente. Por estas razones Suiza no tuvo recepción, pero entró, en cambio, en la órbita de la pandectística alemana del siglo XIX, cuyas doctrinas fueron introducidas en aquel país por Keller, discípulo de Savigny (1799-1861) (33). Keller fué también un práctico, pues desempeñó funciones judiciales; de 1825-44 fué profesor en el Instituto Político de Zurich y en la Universidad, que procede de este Instituto, creando en ella una fuerte tradición de las doctrinas de la escuela histórica alemana, la cual prende también en otras universidades suizas. Las cátedras de Derecho romano en Zurich fueron desempeñadas durante los siglos XIX y XX por los mejores romanistas alemanes de esta época (34). Keller comprendió que diversamente a Alemania, en Suiza, el Derecho romano no podía eliminar al Derecho local, y sí sólo mejorar éste técnicamente y constituir el fermento formativo del ju-

(31) Stintzing-Landsberg, III, 2, 607 y sig., 917 y sig., 929 y sig., 931 y sig.

(32) Stintzing-Landsberg, III, 2, 612 y sig. Vid., además, suplementos, página 507.

(33) Vid. supra, pág. 225, nota 27.

(34) Vid. también Schwarz, *Röm. Recht an der Universität Zurich im ersten Jahrhundert ihres Bestehens* (1938), 9 y sig., 12 y sig.; Andreas v. Tuhr (1938), 17 y sig.; *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium en Festgabe z. schweiz. Juristentag* (1928), 4 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 2, 465 y sig.; Koschaker, 31.

rista. De este modo consiguió elaborar una teoría del Derecho privado de Zurich que deja inalteradas sus características alemanas; el Código de 1853-55, utiliza del Derecho romano lo que éste podía darle, a saber: su dogmática y su técnica superiores. Las consecuencias de esta actitud tan mesurada fueron altamente beneficiosas. No se produjo en Suiza, como se produjo en Alemania, la hostilidad encarnizada entre romanistas y germanistas, ni la tajante separación entre la teoría y la práctica, y aun hoy día, la formación romanística, constituye allí, un elemento de distinción y de prestigio para el jurista.

C) HISTORIA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA

La escuela de Savigny es llamada histórica, y la denominación es justa, si con ella se quiere significar la primacía que para esta escuela tiene la investigación histórica del Derecho. Predomina aquí evidentemente la idea del estudio *científico* del Derecho. No es difícil hallar en esta idea una cierta concomitancia con el ideal propio de la Universidad, que inspira precisamente la creación de la de Berlín. La Universidad debía tener como fin la investigación y la enseñanza: no debía ser una escuela solamente, sino también lugar en donde el estudiante pudiese aprender a pensar y trabajar científicamente (35). Savigny era una personalidad penetrada íntimamente de la dignidad de la investigación científica, y quiso dar carácter de ciencia a todo estudio que tuviese por objeto el Derecho (36), tanto, que la misma creación práctica de éste fué subsumida en el concepto superior «Derecho científico». La expresión «Ciencia del Derecho» adquirió, al parecer, carta de naturaleza en Alemania y en todo el mundo, merced al influjo de la escuela de Savigny (37). El Derecho natural, a causa de su conexión

(35) Koschaker, 63, y la bibliografía que allí se cita.

(36) En un informe debido al político belga A. Bernaert sobre la enseñanza del Derecho en Alemania y en Francia (1834) se destaca por primera vez el carácter científico de la misma. Vid. Schwarz, *Symbolae Lenel*, 437.

(37) Vid. los autores citados en las págs. del texto 301 y siguientes.

con la Filosofía del Derecho, era también ciencia en el moderno sentido de esta palabra, y si Savigny pretendió oponerle algo nuevo y equivalente, esto había de ser forzosamente la historia del Derecho. Así se explica la declaración de Savigny contenida en la recensión de la obra de Hugo titulada *Lehrbuch der Geschichte der römischen Rechts* (Tratado de historia del Derecho romano) (38). «La opinión de que toda la ciencia del Derecho, no es en realidad otra cosa que historia del Derecho, es la que más prestigio y dignidad proporciona a nuestra ciencia» (39). De esto no se deduce que el Derecho natural sea enemigo de la historia (40). Ciertamente que los teoremas de la escuela de Wolf-Nettelblatt, están faltos de vitalidad, y son demasiado abstractos, pero en cambio, se elogia mucho en Pufendorf su gran sentido histórico y realista (41); y los iusnaturalistas de la buena época, por su parte, se hallaban muy lejos de pensar que el Derecho natural derivaba exclusivamente de la razón y lo buscaban también en los Derechos históricos, especialmente en el de Roma, preparando de este modo una ciencia del Derecho comparado (42). Los iusnaturalistas posteriores repudiaron, por lo general, el método deductivo (43). Con es-

(38) Contenida en *Literaturzeitung*, 1806, 129 y sig.; *Vermischte Schriften*, V (1850), 2 y sig.

(39) Esto fué advertido ya en lo esencial por Stintzing-Landsberg, III, 2, 247 y sig. Para mí es dudoso que siguiendo a Thieme, ob. cit., pág. 55, se pueda atribuir a Savigny, el designio de asegurar al estamento de los juristas un prestigio mayor que el que tuvo en el siglo XVIII. No quiero entrar en discusión sobre si Savigny estuvo o no animado de tales intenciones, pero es indudable que sólo consiguió aumentar la respetabilidad y el predicamento de los profesores de Derecho. La práctica arrastraba en Alemania durante los siglos XVIII y XIX una vida oscura, porque faltaban las necesarias condiciones sociales y políticas, para que existiese un estamento de juristas respetable y prestigioso. En cambio no puede decirse que en esta misma época la ciencia del Derecho fuese menospreciada. Célebres profesores iusnaturalistas de las Universidades percibían en el siglo XVIII pingües retribuciones. Pero el siglo de oro de la Universidad y de sus profesores es en Alemania el siglo XIX, y no puede negarse la brillantez de las aportaciones de éstos en todas las zonas del saber en este siglo.

(40) Moeller, *Die Trennung d. röm. u. deutschen Rechtsgeschichte*, 13.

(41) Wolf, 300.

(42) Vid. supra, págs. 309 y siguientes.

(43) Vid. Zwilgmeyer, *Die Rechtslehre Savignys (Leipziger rechtswissenschaftl. Studien*, 37, 1929), 2 y sig.

tas consideraciones, el salto a Savigny no parece tan brusco. De todos modos debe tenerse en cuenta que Savigny, y antes que él Hugo, exigían una precisa investigación de las fuentes, una intensificación del método histórico y aplicaban éste a la indagación de los componentes históricos del Derecho actual, esto es, del Derecho romano y del Derecho alemán, con lo que forzosamente se desemboca en una separación neta de las historias de ambos Derechos (44). El Derecho natural fué recusado al mismo tiempo que se establecían las bases de un positivismo de Fuentes, el cual sólo atribuye valor, a lo contenido en éstas (45). Esta tendencia, posterior y en abierto contraste con las anémicas abstracciones de Wolf-Nettelbladt, ejerció una gran atracción.

Tendríamos una idea poco precisa si tomáramos las declaraciones antes citadas de Savigny, en su sentido estrictamente literal. Ciertamente que la Historia del Derecho, como parte que es de la ciencia histórica, es ciencia en la moderna acepción de este término. A su lado está la dogmática jurídica concebida como teoría del Derecho vigente, y para el autor del «Derecho de la posesión» (46) y del «Sistema del Derecho romano actual» (obras que sin menoscabo de su sentido histórico, ofrecen un innegable carácter dogmático) es inconcebible que esta dogmática no pertenezca también al ámbito de la ciencia del Derecho. Para muchos representantes de la escuela histórica, la dogmática ocupa el primer plano; actitud ésta que no podía menos de influir en la concepción de la historia del Derecho. La finalidad que se perseguía no podía ser ya la de conseguir una serie de conocimientos desligados de toda consideración y de todo fin de carácter práctico, sino que como el maestro decía (47), había que extraer del Derecho romano todo

(44) Vid. *supra*, pág. 228.

(45) Vid. Thieme, 60. Esto mismo censuraba el inglés Bentham: «the Germans can only inquire about things as they were. They are interdicted from inquiring into things as they ought to be» (citado por Schwarz, *Symbolae Legalis*, 453).

(46) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 189 y sig.; Koschaker, 25 con abundante bibliografía.

(47) *Beruf*, 117 y sig.

aquello que pudiera ser útil en la actualidad. La historia del Derecho cumplía, según esto, respecto a la dogmática, una función auxiliar, se hallaba con ella en una relación de servicio, y en la enseñanza y en la literatura jurídica era, naturalmente, pospuesta a la dogmática (48).

La dogmática de la Escuela de Savigny, basada en el Derecho romano, se aplicó a los territorios de Derecho todavía no codificado, en los cuales el Derecho romano tenía como Derecho territorial aplicación subsidiaria. No eran éstos muy importantes, y el Derecho romano vigente en ellos podía ser extraído de la misma práctica. En realidad Savigny y su escuela, no sintieron interés por ésta, ni escribieron sus libros para los territorios de Derecho común, sino para toda Alemania. De lo contrario, no hubiera Savigny establecido desde su puesto en el Gobierno de Prusia, que fuera el Derecho romano y no el territorial prusiano, la base fundamental de estudio (49). No podía ser la intención de Savigny hacer de los estudiantes prusianos de jurisprudencia, históricos del Derecho romano o alemán, sino que la reforma debía servir al Derecho práctico. Como justificación aduce Savigny (*System*, I, 104) el argumento de que las codificaciones alemanas contienen mucho Derecho romano y la comprensión de las mismas resulta facilitada por el estudio histórico de este Derecho. Pero lo dicho, más que una razón de peso, constituye un verdadero pretexto,

(48) Vid. Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft* (Discurso rectoral de Leipzig, 1884), 27 y sig.; Moeller, 7 y sig., 24 y sig.; Schönfeld, 586 y sig.; Koschaker, 25, y en la *Festschrift Wenger* (1946), I, 1 y sig., con recuerdos personales de cursos romanísticos en una universidad austríaca.

La observación de Saleilles, *Livre du Centenaire*, I, 99: «Le peuple revait de progres sociaux, et on lui proposait de faire de la philologie» no es certera, y ésta tal vez determinada por la dirección neo humanística que al final del siglo se asocia a la escuela histórica. La desproporción existente entre la posición efectiva de la Historia del Derecho y el programa de la escuela, fué ya advertida por los antiguos, entre ellos por Bachofen, discípulo de Savigny, para quien el Derecho romano es una parte de la Filología latina, por lo que censura la mezcla de la jurisprudencia romana con la doctrina del Derecho vigente. Vid. Koschaker, 27 y nuevamente Schönfeld, 557.

(49) Stintzing-Landsberg, III, 2, 197 y sig.; Kantorowicz, *Recht u. Wirtschaft*, I, 51; Koschaker, 30, con mucha bibliografía y, además, suplementos, página 507.

y tiene escasa importancia (50). Savigny y sus discípulos aspiraban a mucho más: la doctrina romanística del Derecho por ellos profesada, debía ser carne y sangre de los juristas de la codificación alemana (51). Los tiempos subsiguientes, con la «pandectización» de la dogmática de los códigos en todos los países, les dió la razón.

Se dan aquí dos series de pensamientos entrelazados: el pensamiento del Derecho romano antiguo, concebido como Derecho imperial, y el principio de Derecho natural. No fué el Derecho natural un Derecho de vigencia inmediata; aspiró tan sólo a que sus principios fueran reconocidos por el Derecho positivo, por la legislación o por la teoría, y en modo alguno por la práctica, porque para conseguir esto último, carecía de la necesaria casuística. También el Derecho alemán de Pandectas fué, como el Derecho natural, un Derecho profesoral. A pesar de la casuística del *corpus iuris*, no dispone este Derecho de una literatura de casos, y en los últimos tiempos muestra una clara tendencia a ocuparse de cuestiones generales. Lo mismo que el Derecho natural, el Derecho de Pandectas, exige y consigue un reconocimiento en la legislación, y sobre todo en la teoría del Derecho, y esto, tanto en el país de donde procede como en Europa, e incluso, en un cierto grado, en otros continentes. Este efecto a gran distancia, propio del Derecho natural, es consecuencia del carácter de éste de ser un Derecho derivado de la razón. En el Derecho de Pandectas, vemos que en lugar de este elemento racional, actúa el fenómeno histórico del Derecho romano concebido como Derecho imperial alemán y como factor europeo y universal. La razón del Derecho natural se corporeizó en cierto modo en el comerciante romano, con lo que la oposición se hizo menos aguda. Yo por mi parte me atrevería a sustentar esta opinión aparentemente paradó-

(50) Vid. *supra*, pág. 193.

(51) En *Beruf* dice Savigny con perfecta diaphanía: «el estudio científico debe ser el mismo en los países de Derecho común y en los de Derecho codificado. El Derecho civil debe ser asunto común de toda la nación. Así como no hay una lengua prusiana o bávara y sólo existe el idioma alemán, lo mismo sucede con las fuentes primitivas de nuestro Derecho y su investigación histórica.»

gica: la Pandectística alemana es la prosecución de la tendencia iusnaturalista empleando otros medios (52).

Esto plantea otras dos cuestiones: la cuestión de las relaciones del Derecho de Pandectas con el Derecho natural y la del examen del método histórico que aquél acogió bajo sus banderas. Comienzo por la segunda de estas cuestiones.

D) CRÍTICA DE SUS MÉTODOS HISTÓRICOS

En el estado actual de nuestros conocimientos no resulta difícil criticar el método seguido por la escuela histórica. A esta escuela, corresponde el mérito innegable de haber creado una verdadera historia del Derecho. Si ciertamente los humanistas de la escuela de Bourges, fueron superiores a los pandectistas alemanes en lo que se refiere a la crítica de algunos pasajes de las fuentes, por estar aquéllos tal vez mejor preparados para realizar estos trabajos, es indudable que si existe una historia del Derecho que estudie el proceso del desenvolvimiento jurídico basado en la idea del espíritu del pueblo, ello se debe a la escuela histórica. Anteriormente a ésta, sólo hubieron «Antigüedades jurídicas» (53).

Aquí se da una singular limitación. Mientras los germanistas mostraron el mismo interés hacia la historia del Derecho privado que hacia la del Derecho público, la romanística dedica preferentísima atención a la historia del Derecho privado y tal vez también a la historia del proceso. La historia del Derecho público romano, incluido en éste el Derecho penal, si bien no queda totalmente excluida, sí al menos muy postergada.

Esta preterición se explica por la finalidad práctica que la escuela persigue. La codificación justiniana contiene en su mayor parte Derecho privado; objeto de la recepción fué solamente este Derecho y sobre el mismo se cimentó la doctrina romanística del Derecho europeo. La *constitutio criminalis*

(52) Vid. suplementos, pág. 507.

(53) Vid. también Moeller, loc. cit., 4 y sig., 15 y sig.

Carolina establece un Derecho penal con alcance imperial, que destierra el Derecho penal romano; en orden al proceso, era mucho más importante el Derecho canónico, y en cuanto al Derecho político, construido en gran parte sobre las teorías elaboradas por la jurisprudencia medioeval, referentes a la situación del emperador y de los reyes, se hallaba demasiado pobremente representado en el *corpus iuris* para que el modestísimo contenido de éste, en orden a la mencionada materia, pudiese dar lugar a una construcción verdaderamente científica como lo fué la del Derecho privado (54). Sin embargo el Derecho político y el penal hallaron en el historiado Teodoro Mommsen un genial expositor.

Es verdad que la actividad de la escuela histórica no se sujeta a un programa rigurosamente historicista. Cuando se propone un Derecho como objeto o tema de un estudio histórico, no hay razón ninguna que justifique la preferencia que se concede al cultivo de determinadas ramas de este Derecho. La escuela histórica no se orienta exclusiva ni primordialmente de un modo histórico, sino que su interés por la historia es puesto al servicio de las necesidades y exigencias de la actualidad. Revélase esta tendencia, en la falta de interés de la escuela histórica por la crítica de interpolaciones (55). El supuesto fundamental de la investigación histórica moderna es la crítica de las fuentes. Esta crítica afectó también a la escuela histórica, pues Niebuhr, que mantuvo relación personal con Savigny (56), había iniciado la Historia de Roma, con una valoración crítica de las fuentes disponibles, y en cuanto a la crítica de las interpolaciones hemos de decir que se venía realizando ya por los humanistas de los siglos XVI y XVII (57). A pesar de esto, la crítica de las fuentes fué abandonada por

(54) Vid. Fleischmann, *Über den Einfluss des römischen Rechts auf das deutsche Staatsrecht*, Melanges Fitting, II (1907), 653 y sig.

(55) Vid. Schwarz, *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium* (1928), 20 (de la separata); Koschaker, 22 y sig.; Kerr Wylie, *The South African Law Journal*, 56 (1939), 197 y sig. Sobre las interpolaciones vid. *supra*, páginas 110 y sig.

(56) Koschaker, 23.

(57) Vid. *supra*, págs. 167 y sig.

la escuela histórica (58), porque el pandectista, debido a su marcada orientación hacia el Derecho vigente, vió en el *corpus iuris* simplemente el Código de Justiniano, más bien que una fuente de conocimiento para el estudio histórico del Derecho de Roma.

El abandono de la crítica de las fuentes no sólo influyó de modo perjudicial en la investigación histórica, impidiendo conocer la evolución experimentada por el Derecho romano en el período postclásico, sino que obstaculizó también la consecución de otras finalidades de carácter práctico. Trataré de probarlo. El *corpus iuris* es como ya sabemos (59) una compilación muy compleja que está compuesta de partes correspondientes a tiempos muy diversos, las cuales, mediante interpolaciones y glosemas, fueron adaptadas a la época justiniana. Esta tarea de adaptación no siempre fué feliz y acertada. De ahí que en el *corpus iuris*, especialmente en el Digesto, aparezcan principios que corresponden al ya largo tiempo superado período clásico, y que estos principios en la legislación de Justiniano, sólo pueden tener el mero valor de datos históricos.

Un ejemplo aclarará lo dicho. El testamento clásico exige para su validez que la institución de heredero figure a la ca-

(58) Es significativo lo que nos dice el conocido canonista de Leipzig Friedberg en el *Deutschen Juristenzeitung*, 1909, pág. 1.044, citado por Schwarz, ob. cit., 20; Keller había proyectado como trabajo de doctorado señalar todas las interpolaciones contenidas en el Digesto. Keller fué un filólogo tan destacado como distinguido pandectista, pero el tema aludido sólo podía ser planteado, porque a la sazón, ni Keller ni ningún otro pandectista, podían presentir siquiera, el extraordinario número de las alteraciones postclásicas y justinianas llevadas a cabo en los textos del *corpus iuris*. Aquella tesis doctoral fué realidad, pues L. Mitteis y E. I. Bekker en la *Zeitschr. Sav. Stift., rom. Abt.*, 30 (1909), pág. V y sig., sugirieron la redacción de un *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, el cual fué publicado por Levy y Rabel, (1925-1935), vols. I-III. Esta obra exigía el trabajo en común durante muchos años de los especialistas, y adolecía del defecto de resultar incompleta ya, el mismo día que fué publicada. No podía tener la pretensión de contener todas las interpolaciones y los glosemas establecidos como tales y dispersos en una literatura internacional extensísima y menos todavía los que se descubrieran después de su publicación.

(59) Vid. supra, págs. 110-114.

beza del mismo y se haga, además, utilizando determinadas fórmulas. Este principio responde a ciertas causas de carácter histórico en cuyo estudio no podemos ahora entrar (60). El Derecho romano, y esta es una de sus peculiaridades, mantiene largo tiempo este requisito. Ciertamente que la jurisprudencia clásica quebró la rigidez de esta exigencia en muchos casos particulares, pero esto, no obstante, mantuvo la vigencia del principio. Todavía en las Instituciones de Justiniano leemos (2, 20, 34) que la institución de heredero es *caput et fundamentum totius testamenti* y en el Digesto tit. 28,5 *De hereditibus instituendis* se establece (fr. 1 pr) con frase tomada del jurista Ulpiano: *qui testatur, heredis institutione [plerumque] debet initium facere testamenti*. La palabra del texto encerrada entre corchetes, es interpolada y no debe ahora ser tomada en consideración. Sin embargo, quien pretenda deducir del texto transcrito, que la aludida regla está todavía plenamente vigente en los tiempos de Justiniano, incurrirá en un grave error. En esta época, el testamento con institución de heredero, es sustituido por otra forma de disposición por causa de muerte, el codicilo, que aparece en los comienzos del imperio y que no es otra cosa, que una distribución de la herencia en forma de legados, la cual consigue suplantarse al antiguo testamento con institución formal de heredero. Los compiladores, intercalando la palabra «plerumque» privan a la frase de Ulpiano de toda virtualidad.

Los glosadores nada sabían de interpolaciones. De haberlas conocido les hubiera sido posible valorar con justeza estas noticias históricas contenidas en el *Corpus iuris*. Sin embargo, conocieron muy bien el Derecho justiniano en su conjunto y frecuentemente, puestos ante estas contradicciones, supieron discernir con admirable seguridad, lo que era el auténtico Derecho de Justiniano (61).

No así los pandectistas alemanes, los cuales, ni tuvieron en cuenta las interpolaciones ni dominaron el Derecho de Justiniano, razón por la cual no se hallaban, ni mucho menos,

(60) Vid. Koschaker, *Zeitschr. Sav. Stift. rom. Abt.*, 63 (1943), 454 y sig.

(61) No siempre, vid. *supra*, pág. 116.

inmunizados contra el peligro de introducir en el «Derecho romano actual» como si fuera Derecho de Justiniano, principios e instituciones del Derecho clásico, superados ya en la época del mencionado emperador e inadaptables a la actualidad (62). De este modo la escuela histórica operó con un Derecho romano que nunca rigió, por constituir una extraña mixtura de Derecho clásico y Derecho justiniano (63).

Mucho influyó en esta tendencia de la escuela histórica, lo que se ha venido llamando su «purismo» (64). Este purismo se manifiesta en Hugo (65). Hugo atribuye más importancia al Derecho clásico que al justiniano (66), y lo mismo sucede con los humanistas (67). Esta actitud se acentúa cuando en 1816 son descubiertas las Instituciones de Gayo. El purismo influyó decisivamente en la valoración del Derecho romano en la época medioeval. Es indudable que Savigny con su grandiosa obra *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, puso los fundamentos de una «medioevalística» alemana, pero su purismo le impidió juzgar rectamente aquel proceso de desenvolvimiento. Si Savigny estima el Derecho justiniano y estima también a los glosadores que difundieron este Derecho por Europa, no aprecia en cambio a los comentaristas que

(62) Vid. también Biermann, *Traditio ficta*, 5.

(63) Por otra parte el no tener en cuenta las interpolaciones impedía en perjuicio del Derecho vigente, el conocimiento del Derecho clásico. La escuela aceptó, en la interpretación del negocio jurídico, la llamada teoría de la voluntad establecida por el Derecho justiniano a través de múltiples interpolaciones y glosemas. Consiste esta teoría en admitir como decisiva la voluntad interna de las partes sin tener en cuenta su conducta externa; el Derecho clásico adoptó, en cambio, criterios típico-objetivos, si bien —lo que es característico de todo Derecho de juristas— en muchos casos, sacrificó el rigor de este principio y utilizó criterios de interpretación subjetiva. Vid. Koschaker, *L'alienazione della cosa legata, Conferenze romanistiche tenute all'Università di Pavia* (1940), 104 y sig., 143 y sig.

(64) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 221 y sig.; Wolf, 488; Kantorowicz, *Recht u. Wirtschaft*, I, 51 y sig.

(65) Stintzing-Landsberg, III, 2, 13, 205 y sig., 209 y sig.

(66) Vid. Savigny, *Beruf*, 28 y sig., 120. La época clásica de un Papiniano o de un Ulpiano, están para nosotros en plano preferente, y estos viejos juristas deben ser vivificados de nuevo.

(67) Vid. supra, pág. 169.

aspiran a introducir el Derecho romano en la práctica, relacionándolo con el Derecho patrio —lo que no era posible realizar sin sacrificar el sentido y rigor históricos— y son considerados por él como los causantes de la mixtificación y adulteración de la línea pura del Derecho romano (68). La literatura romanística alemana de los tiempos de la recepción y de los siglos posteriores, mereció también, por no ser humanística, las censuras de Savigny. Con esto quedó su escuela privada de una de las fuentes más útiles para poder realizar su misión histórico-jurídica, esto es, determinar lo que del Derecho romano era aprovechable en la actualidad. El estudio de la abundante literatura de los comentaristas con su enojosa casuística y sus innumerables controversias, no constituye ciertamente un placer y exige un no escaso caudal de paciencia y voluntad, pero con ser esto cierto, no lo es menos, que sin su conocimiento, no es posible tener una idea exacta del Derecho de la época de la recepción y de los siglos posteriores.

El ejempllo de Savigny tuvo transcendencia. En su escuela, y fuera de ella, la medioevalística ha sido hasta nuestros días una especie de hijastra de la literatura histórico-jurídica y aun puede decirse que en realidad tal como se viene cultivando (69), es casi exclusivamente una historia de la literatura.

Lo que faltaba y era indispensable, fué una historia dogmática de las instituciones singulares del Derecho privado. Los pocos hombres que durante el siglo XIX trabajaron en este campo (Delbrück, Stölzel, Ziebarth) fueron prácticos distinguidos o procedían de la práctica (70). En cuanto al profesor Bruns de Berlín, tan conocido por sus estudios sobre el Derecho de posesión en la Edad Media, es notorio su interés por la práctica (71). El práctico de Derecho común, conocedor del funcio-

(68) Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 221; Koschaker, 19. El juicio de Savigny va en cierto modo respaldado por el de Cujaz. Este estima vigente la glosa de Accursio, pero en cambio censura severamente a los comentaristas. Vid. Flach, *Nouv. rev. histo.*, VII, 205 y sig., 210 y sig., 222.

(69) Basta citar aquí los nombres de Fitting, Conrat, Seckel, Kantorowicz y E. Genzmer. Vid., además, suplementos, pág. .

(70) Stintzing-Landsberg, III, 2, 756 y sig., 758 y sig., 776 y sig.

(71) Stintzing-Landsberg, III, 2, 750.

namiento real de las instituciones jurídicas, estimulado por el interés histórico que las mismas ofrecen, fija su atención en un período de su pasado totalmente desatendido por la escuela, mientras que la orientación profesoral de la mayoría de ésta, se produce en una dirección absolutamente contraria (72). En la historia del Derecho romano privado, se otorga una innegable preferencia al Derecho clásico; en lo que respecta a la historia del Derecho germánico se atiende con palmaria predilección al Derecho franco (73) y, en cambio, es descuidado el período de la recepción, en el que se produce el encuentro de ambos Derechos, y en el que éstos aspiran a concluir una especie de compromiso o transacción entre ellos, que supere la pugna, creciendo, al propio tiempo, la antinomia entre germanistas y romanistas, la cual, durante el siglo XIX, da lugar a extremos tan ridículos como lamentables.

Pero, además, el jurista alemán que lea moderna literatura civilística francesa, advertirá la notable frecuencia con que en ella se cita a los glosadores y se contienen referencias a la antigua literatura de Derecho común y a los mismos comentaristas, y pensará que nada semejante puede hallar en la literatura pandectística alemana, ni tampoco en los trabajos sobre el Código civil alemán. La Pandectística antigua cita la glosa, pero luego se produce una gran laguna hasta que surge el mundo jurídico nuevo de Savigny y sus adictos. Se reconoce inmediatamente que este hecho se debe a la posición de la escuela histórica relativamente a la evolución del Derecho romano desde la época de los glosadores. Bajo el régimen nacional-socialista se ha oído repetir la opinión de que la mentalidad revolucionaria, consiste en un divorcio absoluto con el pasado y un lanzar por la borda toda la carga de la tradición. Conforme a este criterio, todos aquellos profesores, consejeros y excelencias que formaron en las filas de la escuela histórica, fueron auténticos revolucionarios, mientras que los redactores del *code civil* eran, por el contrario, archiconservadores, pues si bien éstos llevaron a la práctica algunas ideas de la revolu-

(72) Vid. *supra*, pág. 273.

(73) Vid. Moeller, 18 y sig., 20 y sig.

ción francesa, en lo demás, conservaron el Derecho privado y su teoría, coincidente con el llamado Derecho común. Por el contrario, la escuela histórica no realizó transformación alguna en el ordenamiento jurídico privado, pero hizo, en cambio, *tabula rasa* de la antigua teoría del Derecho. Tras esta actitud hay más doctrinarismo de profesor alemán y despego de la tradición que espíritu revolucionario. Desgraciadamente el alemán gusta de quemar hoy los dioses que ayer adoró, y así las grandes personalidades de la escuela histórica, han desaparecido para los juristas alemanes, del mismo modo que aquéllas entregaron a sus precursores al Orco del olvido (74).

E) LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL DERECHO NATURAL

La escuela histórica era adversaria del Derecho natural; éste parecía haber vencido a aquélla en corto tiempo. Digo parecía, pues también en la historia espiritual, las transiciones lentas son más frecuentes que los saltos bruscos. Existen entre la escuela histórica y el Derecho natural más relaciones de las que *prima facie* podrían suponerse. Por de pronto, ofrecen ambos la nota común de ser Derechos profesoriales. Hemos visto, además, que el modo de imponerse las doctrinas de la escuela histórica, como ciencia alemana del Derecho, se basa en el supuesto de que el Derecho romano constituye el substrato a que se aplican las investigaciones de aquélla y, por otra parte, en la innegable preponderancia del punto de vista de la doctrina del Derecho natural (75). Derecho romano y Derecho natural están unidos, porque la fuente principal del Derecho natural es el Derecho romano.

La escuela de Savigny era llamada escuela histórica. Pero esta denominación resultaba incompleta, porque la finalidad que la escuela perseguía no era simplemente el estudio del pasado, sino también el de la actualidad; por este motivo dió impulso a la dogmática y adoptó el Derecho romano como

(74) Vid. *supra*, págs. 274 y sig.

(75) Vid. *supra*, págs. 374 y sig., 381 y sigtes.

base de ésta (76). La dogmática fué la que dió prestigio creciente a la escuela, y lo que hizo que ésta conquistara Alemania en corto tiempo e influyese en otros países europeos y aun transmarinos (77). Algo dijimos ya sobre este particular. Vid. sobre los Estados Unidos, supra, págs. 196 y sig.; sobre Japón, págs. 200 y 201, nota 30; Grecia, pág. 201, nota 29; Rusia, pág. 203; Inglaterra, pág. 315; Suiza, pág. 376.

En Dinamarca aparece Orsted (1798-1860), fundador de una ciencia del Derecho danesa-escandinava, bajo la influencia de Savigny. Vid. Wolf, 495. En Francia, la revista *Themis*, fundada por Jourdan en 1819 y continuada hasta 1830, se esforzó en divulgar las doctrinas de la escuela histórica. Vid. Schwarz, 439 y sig.; Meynial, *Livre du Centenaire*, I, 193. Gran ascendiente tuvo el libro de C. S. Zachariae, una exposición del Derecho del *code civil*, para subvenir a las exigencias de los juristas alemanes que hubieran de aplicarlo. Zachariae utiliza como base, las doctrinas y sistemas propios de la pandectística. Vid. infra, pág. 395. Fué traducido al francés por los profesores de Strasburgo, Aubry y Rau, y en esta obra tuvo su origen el *Cours de droit civil français* de estos mismos autores, tantas veces editado y que es hoy uno de los mejores elementos de que disponemos para conocer el Derecho del *code civil*. Vid. Charmont-Chausse, *Livre du Centenaire*, I, 158 y sig.; Schwarz, 442 y sig. Se advierte también influjo alemán cuando en el último tercio del siglo XIX, al lado de los grandes comentarios, van consiguiendo creciente aceptación, las exposiciones sistemáticas del *code civil*. A fines de siglo, el profesor de París R. Saleilles intenta en una serie de trabajos, familiarizar a los juristas franceses con el mundo conceptual del Código civil alemán, el cual es en definitiva, reflejo o consecuencia del sistema conceptual de la pandectística. Si se añade a lo dicho que las obras principales de Savigny y de Jhering, y posteriormente las histórico jurídicas de T. Mommsen, han sido traducidas al francés, se puede decir sin temor de faltar a la verdad, que el intercambio espiritual entre Francia y Alemania, es durante el

(76) Puchta, discípulo de Savigny (1796-1846), dió a esta dogmática forma dialéctica lo mismo que su maestro e influyó mucho en la escuela. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 452 y sig., 459 y sig.

(77) Vid. Schwarz, *Symbolae Lenel*, 435-82.

siglo XIX muy vivo y animado, si bien el interés de Francia por la ciencia alemana del Derecho fué, sin duda, superior al que Alemania mostró por la ciencia jurídica francesa. Esto se debe a la autarquía característica de la escuela histórica. Las excepciones de Joseph Kohler, considerado como padre del moderno Derecho comparado y de Windscheid, por su ascendencia renana, emparentado en cierto modo con el Derecho francés (a este Derecho dedica algunos trabajos de su juventud), confirman la regla. (Vid. Müller, *Livre du Centenaire*, II, 635 y sig. Wolf, 560 y sig. En Italia, Filippo Serafini, discípulo de los pandectistas Arndts y Wangerow, «el profesor más popular e influyente de la nueva Italia» como le llama Pacchioni (*Deutsche und italienische Romanisten in 19 Jahrhundert*) (*Leipziger rechts wissenschaftl. Studien* 92, 14), propaga en Italia las doctrinas de la escuela histórica, las cuales habían sido aprovechadas hasta entonces a través de obras francesas para los trabajos sobre el *codice civile* de 1865. Por el Código civil alemán que recoge la doctrina pandectística, aumentó el ascendiente de ésta en la teoría del Derecho civil italiano vigente. Al jurista alemán que tiene posibilidad de leer literatura civilística italiana, especialmente monográfica, no pasó inadvertido el interés de los dogmáticos italianos por los conceptos contenidos en el Código civil alemán y sus esfuerzos para utilizarlos en la teoría de su propio Derecho. Por el influjo de la Pandectística de un lado y por efecto del *Risorgimento* nacional de otro, durante la segunda mitad del siglo XIX, incrementó en Italia considerablemente el estudio del Derecho romano, incremento que culmina en el período sucesivo. Vid. Schwarz, 450 y sig. Kuschaker, 31.

En cuanto a la manera de producirse esta influencia, debemos observar que la escuela histórica, creadora de un Derecho profesoral sólo actúa muy superficialmente en la práctica alemana y nada en la extranjera. En cambio, su influjo en la legislación de Derecho privado en Alemania fué considerable y el trofeo de su victoria en este campo, es el Código civil alemán. Ahora bien, fuera de lo que pudiéramos llamar su dominio originario, el influjo de la escuela histórica, no puede parangonarse en el siglo XIX, con el del *code civil*. Recepciones jurídicas de gran alcance dependen, como ya hemos

visto (78), de una situación de poder político del país a que pertenece el Derecho que se trata de recibir, o del mero recuerdo de esta situación de poder. Detrás de la Pandectística se halla la confederación alemana y el recuerdo de la disolución del antiguo imperio alemán, el cual, durante cierto tiempo continuó actuando exclusivamente en Alemania; detrás del *code civil* había la revolución francesa, el imperio de Napoleón y Francia, con su cultura atrayente y con su hegemonía espiritual afirmada durante el primer tercio del siglo XIX.

El Derecho profesoral de la escuela histórica ejercía un fuerte ascendiente en los profesores. Los representantes de la escuela de Savigny eran en su mayor parte profesores de las Universidades alemanas y fueron las universidades extranjeras, los canales por donde se difundieron en todas partes y primeramente entre los mismos profesores, las doctrinas de la escuela alemana. Estas doctrinas se basaban en el Derecho romano, y el prestigio conseguido por la escuela, estimuló la intensificación de los estudios romanísticos. Sin embargo, la historia del Derecho, cultivada con métodos recusables, perdió mucho interés si se compara su estudio con el estudio dogmático del Derecho romano. Si los componentes historicistas de la escuela de Savigny, hubieran sido el factor más importante y decisivo, sería perfectamente comprensible, que la historia del Derecho romano, como parte que es de la historia de Roma, se enseñase en las Facultades de Filosofía de casi todos los países cultos y, en cambio, no podría, en modo alguno, explicarse, el influjo que la escuela tuvo en las Facultades de Derecho.

Sólo mediante la dogmática era posible ejercer este ascendiente. Resulta esto evidente en el influjo de la escuela en los Derechos codificados, pero también en otros casos. ¿Se puede admitir que cuando un hombre como John Austin busca en la historia de las XII tablas o de los comicios romanos, o en el estudio de las fórmulas procesales, inspiraciones y sugerencias para la «jurisprudence» por él creada, o cuando los japoneses se deciden a redactar su Código civil sobre la base del pro-

(78) Vid. *supra*, págs. 206-207.

yecto del alemán, o crean en sus Universidades cátedras de Derecho romano, aquél y éstos se mueven por puro amor a la historia del Derecho de Roma? Es la dogmática lo que da prestigio y fama en el mundo (79) a la escuela histórica, lo que hace de sus teorías y sistemas una verdadera ciencia del Derecho *Kat' ἐξοχήν* que se aplica también al Derecho político, penal y procesal (80), y lo que ofrece —se puede afirmar con seguridad— las características propias del Derecho natural. No hay que olvidar que esta Dogmática está construida sobre el Derecho romano (81).

Se halla directamente influenciada también por el Derecho natural. Esta afirmación no entraña novedad alguna. Ya el romanista de Heidelberg E. I. Bekker (82) lo advirtió y Bergbohm (83), no ciertamente movido por simpatía hacia el Derecho natural, profundizó más en este tema. En época reciente, se ha ahondado mucho en esta materia de las relaciones con el Derecho natural, se ha admitido el influjo de la dirección de Wolf-Nettelbladt con su *mos geometricus* en Savigny (84) e intentado comprobar tal influjo en muchos aspectos singulares de la obra de este último. No es oportuno aquí entretenernos sobre el particular (85). Hay otro punto sobre el que debemos fijar nuestra atención.

(79) Lo señala Altamira, *Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts*, XVII (1906), 35 y sig., respecto a España. Vid. también recientemente Wieacker, 270 y sig.

(80) Schwarz, 429, 432 y sig.

(81) Por esta razón no puede atribuirse con Wolf, el influjo internacional de Savigny a la revivificación por él realizada de la tendencia humanística. Savigny tuvo ciertamente inclinaciones clasicistas, pero su escuela no, fué humanística. Vid. infra, págs. 401 y sig.

(82) *Über den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule* (Discursos académicos, Heidelberg, 1886). De la nueva literatura vid. Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I (1932), 152 y sig.

(83) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, 484 y sig., 521 y sig.

(84) Vid. F. Beyerle, *Der andere Zugang zum Naturrecht*, «*Deutsche Rechtswissenschaft*», IV, 16, 19; Schönfeld, loc. cit., 235. Vid., además, Schwarz, *John Austin and the german jurisprudence*, *Politica*, 1934, 184 y sig.; Wieacker, 270 y sig.

(85) Citaremos aquí el concepto general del contrato por ser el que se presta a mayor confusión. Para los juristas romanos y anglonorteamericanos,

La dirección de Wolf-Nettelbladt en Derecho natural parte, como ya hemos visto de la concepción del Derecho, como un sistema de principios jurídicos que van de lo general a lo particular y en el que estos principios más singulares son obtenidos, por rigurosa deducción lógica, de aquellos que tienen un alcance más general. Estrechamente relacionada con esta teoría se halla la idea de la ausencia de lagunas en el Derecho, pues se afirma, que siempre es posible obtener por deducción de un principio general, otro más concreto aplicable al caso (86). De aquí se desprende también la necesidad de una «parte general» que ya en el siglo XVIII aparece en los sistemas iusnaturalistas. Originariamente un tanto oscilante y movediza en cuanto a su contenido, va fijándose poco a poco en ciertas doctrinas (la del derecho subjetivo, y sobre todo la del negocio jurídico) y es aceptada por la Pandectística por vez primera en la obra de Heise *Grundriss des Systems des gemeinen Civilrechts* (Compendio del Sistema del Derecho Civil común)

contrato es el contrato obligacional, es decir, el contrato generador de obligaciones, mientras que para los juristas alemanes este concepto es aplicable a toda clase de relaciones jurídicas. El contrato social de Rousseau acusa su origen iusnaturalista. Contra los antiguos partidarios de la escuela del Derecho natural que habían reconocido el origen social del Derecho, los posteriores, parten del hombre individual y aislado, el cual se procura una existencia jurídica, y regula ésta mediante el contrato. Vid. Wieacker, 262. De esta concepción deriva la forma general jurídica del contrato. Como «contrato real», llamado por el Código civil alemán «acuerdo» (*Einigung*), es utilizado como medio de constituir, modificar o extinguir derechos reales por negocio jurídico, y ha sido ásperamente combatido por la reciente literatura alemana en esta su función y su valor dogmáticos. Se dejan aparte los problemas que suscita el carácter abstracto que se atribuye a este contrato. Vid. Brandt, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (*Leipziger rechtswissenschaftl. Studien*, 120), 1940.

Felgenträger, Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre (*Abh. d. rechts- und staatswissenschaftl. Fakultät der Universität Göttinger*, III), 1927, ha demostrado que su origen, dentro de la literatura de la escuela histórica, se remonta a Savigny y Brandt, 53 y sig., ha probado también que Savigny se halla en este respecto influenciado por la escuela del Derecho natural. A pesar de la oscilación en los juicios, no se puede poner en duda, el alto valor dogmático que posee el concepto de contrato ni el valor especial que tiene el contrato real.

(86) Vid. Schwarz, *Symbolae Lenel*, 488; *Pandektenwissenschaft u. heutiges romanist Studium*, 14 y sig.

(1807) llegando a figurar obligadamente en toda exposición del Derecho de Pandectas, a ser tratado con minuciosidad por el propio Savigny en su *Sistema*, y a constituir, en fin, tema central por así decirlo, de la literatura de esta época. Pandectistas posteriores como Bekker, Hölder, Regelsberger han dedicado preferentísima atención a la parte general (87). El Código civil alemán la toma también del sistema de Pandectas, y los japoneses hacen, como ya hemos dicho, del proyecto alemán del Código, base de su Código civil de 1899 (88); penetra también en las exposiciones sistemáticas de Derecho civil francés e italiano (89) y es expuesta de modo muy completo por A. v. Tuhr, en relación con el Código civil alemán (90). Algunos años más tarde, a través de la obra del autor últimamente citado *Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts* (Parte general del Derecho suizo de obligaciones), I, 1 y 2 (1924-25), penetra en el Derecho suizo y llega a influir en la jurisprudencia del Tribunal federal (91). En todo caso esta parte general, constituye un producto típicamente alemán y como tal es reconocido y apreciado en el extranjero. Todo jurista alemán que converse con un colega extranjero sobre el Derecho vigente en Alemania, tendrá fácil

(87) Schwarz ha dicho que la parte general del Derecho de Pandectas procede del Derecho natural (*Die Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschr. Sav. Stift, rom. Abt.*, 42, 578). Michaelis, parece ignorar esta afirmación (*Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens mit dem Eindringen des fremdem Rechts, «Grundfragen der deutschen Rechtswissenschaft»* (1935), 54 y sig. De no ser así, no hubiera podido afirmar que la parte general se debe a la penetración durante el siglo XIX de las ideas propias del campo de las ciencias naturales.

Además de las obras que se citan en el texto, véase Stintzing-Landsberg, III, 2, 94 y sig.; Schwarz, A. v. Tuhr (1938), 21 y sig.; De Unger en su *System des österr. Privatrechts*, tan inspirado en la pandectística, puede decirse que en lo esencial, se limita a tratar la parte general y fuera de ésta el Derecho sucesorio.

(88) Vid. Toshio Muto, *Atti Congresso Bologna*, II, 305 y sig.

(89) Schwarz, *Symbolae Lenel*, 479.

(90) *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, I (1910), II, 1 (1914), II, 2 (1918).

(91) Schwarz, *Röm. Recht a. d. Universität Zurich* (1938), 53; A. v. Tuhr, 27 y sig., 33 y sig.

ocasión de comprobar lo dicho. Y, sin embargo, *nemo propheta in patria*, y tal vez por ello, la legitimidad de esta parte general, ha sido duramente atacada en Alemania en los últimos tiempos (92). Ciertamente que los conceptos que suelen integrar esta parte general y que han sido elaborados por la escuela histórica y reducidos por ésta a sistema, ofrecen el peligro de un excesivo doctrinarismo. Pero rechazarla por la sola consideración del peligro que ofrece, equivaldría a que el cirujano prefiriese para operar un bisturí poco afilado, por el temor de que con el muy cortante, pudiese hacer una incisión demasiado profunda. Este desarrollo de principios y conceptos generales que se aplican a las relaciones jurídicas de Derecho privado, constituye una aportación de gran importancia, no por entrañar creación de Derecho nuevo, sino por facilitar de modo notable la comprensión, dominio y manejo del Derecho vigente. Piénsese en la claridad que ofrece la doctrina de la representación, si se distingue entre el poder representativo y su relación causal, en la fina elaboración de las distintas formas de ineficacia del negocio jurídico, y compárese esta claridad con el penoso esfuerzo con que en la literatura inglesa y francesa son tratadas estas mismas materias, porque los autores tropiezan con las dificultades lógicas que entraña el desconocimiento o impreciso conocimiento de estos conceptos generales. Ciertamente que esta fina mecánica jurídica puede llevar a exageraciones y estimular la propensión que siente el alemán hacia el doctrinarismo, y se explica que muchos profesores alemanes de Derecho, y el propio Tribunal imperial, hayan a veces sucumbido a este peligro, como lo

(92) Vid. Schwarz, ob. cit., pág. 53; A. v. Tuhr, 28, Koschaker, 30. Es interesante consignar que en los primeros tiempos, los principales reparos hechos a la parte general proceden en la mayoría de los casos de autores judíos (Gans, Schlossmann, Ehrenzweig). Vid. Schwarz, A. v. Tuhr, 48, nota 44. No es el único caso en que la literatura nacional socialista recibe el influjo espiritual de sus antípodas. Defensor de la parte general es v. Heck, *Der allg. Teil des Privatrechts. Ein Wort zur Verteidigung*, Arch. f. zivilist.; Praxis, 146 (1942), 1.

En estas circunstancias no puede sorprender que el proyecto del libro primero del código popular nacional-socialista, prescinda completamente de la Parte general. Vid. *Erläuterungen zu dem Entwurf*, pág. 40.

prueba esa jurisprudencia llamada constructiva, tan combatida en los comienzos de nuestro siglo por el movimiento del Derecho libre (93). Respecto a esta polémica, ya señalamos en anteriores páginas nuestra personal posición y creemos que por efecto de esa propensión doctrinarista se ha convertido una cuestión de pura técnica jurídica y metodológica en una verdadera contienda filosófico-jurídica. El movimiento del Derecho libre, no entrañaba menos exageración que la jurisprudencia constructiva. Esta puede compararse a un pianista que posee una técnica óptima pero que interpreta las obras musicales sin gusto y fríamente. Claro está que no se puede ser buen pianista sin poseer una buena técnica.

F) SU CARÁCTER ALEMÁN

La escuela histórica había construido su sistema conceptual sobre el Derecho romano y en esto estriba, como ya dijimos, la razón de su prestigio europeo y universal. Por este su fundamento romanístico, distínguense de la escuela del Derecho natural, si bien no debe acentuarse con exceso la importancia de esta distinción, ya que también para la escuela del Derecho natural, era el Derecho romano una de sus más importantes fuentes. La Pandectística, por su orientación histórica, se hallaba íntimamente ligada a las fuentes romanas, aun cuando por su positivismo en orden a éstas, adoptara frente a las mismas una actitud poco crítica. La base sobre que la pandectística desarrolló sus conceptos, era una base romana, pero como sus miras eran la aplicación de esos conceptos al Derecho vigente, hubo de alterarlos y deformarlos involuntaria e inconscientemente, para conseguir su adaptación. No sucedió a la escuela de Savigny en lo que atañe a la teoría del Derecho, cosa distinta de lo que ocurrió a los comentaristas y juristas de la época de la recepción, en el dominio de la práctica del Derecho. No se puede recibir un elemento extra-

(93) Para la historia del movimiento del Derecho libre vid. Manigk, *Formalismus und Freirechtsschule, Handbuch d. Rechtswissenschaft*, 48o y sig.

ño sin adaptarlo simultáneamente a las necesidades del país que lo recibe y sin ser informado por el espíritu de éste (94). No es difícil hoy, dado el nivel de nuestros conocimientos históricos, probar que casi todos los conceptos dogmáticos de la Pandectística, tienen su fundamento en las fuentes romanas, aun cuando en realidad los pandectistas no tomen estas fuentes en su estricto rigor histórico, bien por que los modelos romanos no habían llegado al conveniente grado de madurez en su desenvolvimiento y los pandectistas lo completaran, o bien porque estas fuentes sufrieron una profunda deformación por obra de la misma Pandectística (95). Quien lea las obras postreras de Derecho de Pandectas, especialmente en lo que se refiere a la teoría o doctrina general, de autores como Bekker y Regelsberger, tendrá seguramente la impresión de que lo característico en estas obras, es esa labor deformadora y de adaptación de las fuentes romanas, el ofrecer una tenue relación con el *corpus iuris* y el ser en ellas las citas de aquellas fuentes un motivo ornamental en la exposición de una materia sugerida por la doctrina pandectística y tratada con un criterio iusnaturalista, más bien que romanístico. La novedad que este desarrollo y adaptación produjo, no era Derecho alemán, pero sí espíritu alemán, porque esta tendencia procedía originariamente del Derecho natural alemán del siglo XVIII o de la obra de los profesores alemanes del XIX. No se puede, pues, negar a la escuela histórica aun enjuiciada desde un punto de vista nacional moderno, carácter alemán, a pretexto de que el substrato sobre que aquélla despliega su actividad, es el Derecho romano (96), y tampoco se le puede negar tal carácter, juzgada con un criterio contemporáneo a la época de su aparición. El sentimiento nacional en Alemania no tuvo entonces el carácter exclusivista que tuvo más tarde,

(94) Vid. Schwarz, *Pandektenwissenschaft*, 10 y sig.

(95) Lo confirma el libro de L. Mitteis, *Römischen Privatrecht*, I (1908), en donde el autor se impone la tarea de fijar las doctrinas y conceptos de la parte General del Derecho de Pandectas, tomados del Derecho romano clásico.

(96) Esto es reconocido en la moderna bibliografía. Vid. Schwarz, *Pandektenwissenschaft*, 17 y sig.; Koschaker, 29; Schönfeld, 159, 524; Wolf, 496 y siguiente.

o que ofrecen desde antiguo los países de la Europa occidental. En 1662, De Launay, el primer profesor de Derecho civil francés en París, en sus conferencias en el Collège de France, pudo decir a propósito del Derecho romano: «il n'y a pas de chose plus étrange dans le monde que de voir un peuple obligé a suivre des lois qu'il n'entend pas», y Diderot se lamentaba en el siglo XVIII «qu'on s'occupe du droit romain dans toutes les branches, droit qui n'a pas presque aucun rapport avec le notre» (97). En Alemania a comienzos del siglo XIX, a pesar de la decadencia del imperio como forma política, la idea imperial, se hallaba todavía demasiado viva en las gentes doctas, para que los componentes romano-europeos y universales de Derecho natural, propios de la escuela histórica, pudieran estimarse repugnantes al sentimiento nacional.

G) CRÍTICA DE LA ESCUELA

Los tiempos han cambiado. En el punto 19 del programa del Partido Nacional-socialista, el Derecho romano ha sido ásperamente difamado y considerado como exponente de una ordenación materialista del mundo. Desde este instante, el resentimiento contra el Derecho romano se manifiesta de nuevo con violencia, y Savigny y su escuela, han sido objeto de acres censuras, las cuales en realidad, fueron ya preludiadas por un artículo de H. Kantorowicz «Was ist uns Savigny?» (¿Qué es Savigny para nosotros?), *Recht und Wirtschaft*, I (1912), 47 y sig., 76 y sig. (98). Nos hallamos hoy, pues, en presencia de un hecho nada grato, el de saber que Savigny y su escuela son cálidamente elogiados en el extranjero y objeto

(97) Citado por Curzon, *Nouv. rev. hist.* 43 (1919), 309, 322.

(98) Por lo demás no ha dejado de influir en los críticos recientes de Savigny. Así, el juicio de Thieme, *Deutsche Rechtswissenschaft*, VII 1942), 54: «se puede estimar altamente a Savigny como histórico del Derecho, sin que esta admiración implique conformidad con la dirección que la escuela por él fundada y sus escritos programáticos, han dado a la ciencia del Derecho», coincide con el de Kantorowicz, 47 y sig.

en su propia patria de ásperas críticas (99). Temo que por algunas de mis apreciaciones respecto a la escuela histórica se me haga figurar en el número de sus detractores. No respondería esto a mis verdaderas intenciones. La crítica debe separar, y por este camino, no es difícil hallar en la escuela histórica una serie de contradicciones internas. Resulta fácil censurarla por haber mezclado el fuego y el agua, al querer ser a un mismo tiempo histórica y dogmática, siendo así que estas orientaciones son absolutamente distintas, y como reza el adagio evangélico no se puede servir a dos señores (100). Pero la vida, aunque imperfecta, logra superar estas antinomias teóricas. El interés dogmático de los pandectistas impidió el desarrollo riguroso del método histórico, y a su vez la aplicación no rigurosa de éste, imposibilitó la conveniente utiliza-

(99) En mi escrito tantas veces citado, pág. 33, notas 1 y 2, he recogido una serie de estos juicios; añadido el del americano Sherman, *Roman Law in the modern World*, I, 328, según el cual Savigny es como el Newton o el Darwin «of the science of law», como «One of the very greatest jurists of the world». La conferencia de Ihering titulada *Der Kampf ums Recht*, en la Sociedad de juristas de Viena (1872), fué traducida a diecisiete idiomas. Vid. Wieacker, *Rudolf vol Ihering. Eine Erinnerung an seinen 50 Todestag* (1942), 37.

(100) Wieacker, *Zeitschr. d. Akademie f. deutsches Rechts*, VI (1929), 403; *Deutsches Rechts*, Edición semanal, XII, núm. 3 (1942), 52 y sig. Con muchas contradicciones Kantorowicz, 49 y sig., el cual protesta contra la inclusión de la historia del Derecho en la ciencia histórica y contra su separación de las ciencias jurídicas. No hay que olvidar que la historia del Derecho trabaja con conceptos netamente jurídicos. En otro lugar dice muy exactamente, que para el jurista, el Derecho es dado para su actuación, mientras que para el histórico es mero tema de conocimiento, o como él mismo dice (Gnaeus Flavius, *Kampf um die Rechtswissenschaft*, 20): la ciencia del Derecho es voluntarista, pero la ciencia como objeto de conocimiento no puede serlo. Explícanse estas contradicciones por el mal uso que por influencia de la escuela histórica se viene haciendo de la expresión «ciencia del Derecho» (vid. págs. 210, 265). La ciencia del Derecho no es ciencia si empleamos esta palabra en su acepción moderna. La historia del Derecho es ciencia, pero no en cuanto es considerada como ciencia del Derecho, sino en cuanto lo es como parte de la ciencia histórica. Es cierto que la historia del Derecho opera con conceptos jurídicos, pero también lo es que éstos, desempeñan una función auxiliar como la que realiza la historia del Derecho con respecto a la teoría del Derecho. Vid. infra, páginas 476-477.

ción dogmática de las fuentes romanas (101). A pesar de esto, la escuela histórica creó la historia del Derecho como disciplina científica y obsequió al mundo con un sistema de conceptos jurídicos muy finamente elaborados. Y no es que los pandectistas desplegaran actividades dogmáticas e históricas simultáneamente. Hubieron entre ellos históricos puros, aun cuando la mayor parte fueran dogmáticos. La dirección de la escuela exigía que la Dogmática tuviera una fundamentación histórica, y de la síntesis del legado jurídico de Roma y del Derecho natural alemán, resultó aquella dogmática alemana, elogiada por unos y censurada por otros, y que por lo mismo no puede ser considerada como un valor intrascendente. Esta combinación de historicismo y práctica del Derecho, representaba para los juristas algo más que lo que hubiera podido dar de sí una investigación unilateralmente histórica del Derecho romano, la cual, con la formulación de reglas o normas propias de este Derecho, íntimamente conexas con las relaciones sociales y económicas de la época en que aparecieron, hubiera contribuido a poner en evidencia la inadecuación de aquel Derecho al momento actual. En este sentido ya el humanismo había manifestado abierta hostilidad contra el *mos italicus* (102). La escuela histórica aspiraba a una síntesis y la consiguió, haciendo del Derecho romano, mediante el sacrificio de su rigurosa forma histórica y de la ciencia de la antigüedad, una parte sustantiva y fundamental de la formación jurídica (103). Se censura a Savigny y a sus discípulos, la falta en sus escritos de material jurídico y fáctico y de una base sociológica que pueda servir de apoyatura a sus deducciones (104). Esta objeción sólo parcialmente es justa, pues no tiene en cuenta que precisamente el parcial positivismo de

(101) Vid. supra, pág. 385 y el ponderado juicio de Schwarz, *Symbolae Lenel*, 431 y sig.

(102) Vid. Schwarz, *Symbolae Lenel*, 430 y sig., y supra, pág. 171.

(103) Vid. Wolf, 496 y sig., 498; O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (1903), 6; Koschaker, 27; Wieacker, *Vom röm. Recht*, 273, el cual reconoce en la escuela histórica «grandeza y libertad creadora».

(104) Wolf, 455.

fuentes, profesado por los pandectistas, preservaba a éstos del peligro de incidir en puras especulaciones. Nadie osará negar que los hechos a que se refieren las respuestas de los juristas romanos y las constituciones imperiales, proceden de la vida real. Y precisamente por el carácter conservador propio del Derecho privado, estos hechos en gran parte, poseen también valor actual. Los pandectistas, por haber abandonado la práctica, permanecieron tan extraños a los problemas sociales que alborean en el siglo XIX, como lo fueron para las cuestiones planteadas a partir de 1871, por la situación floreciente de la economía alemana. En su disculpa puede invocarse la deficiencia de condiciones en que actuaban que impidió que pudieran abordar estos problemas a que nos hemos referido. Los profesores alemanes del siglo XIX gozaban de un alto prestigio; fueron consejeros, recibieron títulos y condecoraciones, pero todo ello, en el ambiente pequeño y estrecho propio del particularismo alemán.

Con lo dicho hemos logrado un buen punto de vista para examinar otra de las censuras de que se ha hecho objeto a la escuela histórica, a saber, la de que esta escuela representa el liberalismo social y económico, y carece de sentido socialista (105). Esto es verdad en principio, pero la objeción no tiene más fuerza, que la que se pudiera hacer a Savigny y a sus discípulos por no haber sido partidarios del Nacional-socialismo. No se puede reprochar a nadie el no haber tomado partido frente a problemas y cosas inexistentes en su tiempo, y el socialismo, en la época de Savigny y de la antigua Pandectística era inexistente. La objeción sería, en cambio, oportuna si se dirigiese contra los redactores del Código civil alemán, pues en esta época el socialismo era una fuerza y la carencia de sentido social del proyectado Código civil había sido ya puesta de relieve por el conocido escrito de A. Menger titulado *Das bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volksklassen* (El Código civil y las clases menesterosas) (1890). Lo mismo ocurre, a mi parecer, con el reparo de que los pandectistas, son los representantes de la burguesía liberal en el campo

(105) Wieacker, *Deutsche Recht*, Edición semanal, XII, núm. 3 (1942), 53.

del Derecho privado. El Nacional-socialismo combatió con acritud y sin necesidad, esta burguesía, la cual, seriamente quebrantada en su base económica por efecto de la primera guerra mundial en toda Europa, quedó en Alemania reducida entonces a un modesto residuo superviviente, totalmente barrido por el desastre de la última guerra. Esta repugnancia del Nacional-socialismo hacia la burguesía, impidió una valoración objetiva de la función desempañada por esta clase social, que fué sin exageración portadora y representante de la cultura del siglo XIX. Se es demasiado exigente con la Pandectística alemana cuando se la censura por no haber sabido reaccionar contra esa burguesía a la que la misma Pandectística pertenecía (106) en la persona de su más destacado representante, tanto más cuanto que ligada como se hallaba a su positivismo de fuentes, no podía aprender de éstas, idea socialista alguna; por otra parte el elemento socialista del *corpus iuris*, representado por el influjo cristiano, no podía ser conocido tampoco por la escuela histórica debido a la falta de una crítica de fuentes (107), y porque además, era demasiado insignificante tal influjo, para poder ser apreciado. Se puede, a lo sumo, censurar a los pandectistas de haber permanecido insensibles a las incitaciones exteriores. Por otra parte no resultaba fácil, atendidas las razones expuestas, la acogida de

(106) El *code civil* es un producto de la burguesía, la cual, por efecto de la revolución y de la repercusión de ésta en toda Francia y en los demás países, consiguió una soberanía indiscutible. A ningún jurista francés le ocurrirá rechazar este código por la simple razón de haber cambiado los tiempos. En su reciente libro *Vom röm. Recht* (1944), no mantiene Wieacker sus anteriores censuras y reconoce en la escuela histórica «gran comprensión para las exigencias vitales de su tiempo», sin que el hecho de que estas exigencias fueran las propias de una economía individualista y liberal, mueva a este autor a hacer a aquella escuela reproche alguno. Este punto de vista es históricamente correcto.

(107) La crítica interpolacionística de los últimos tiempos ha realizado algunos descubrimientos en este campo. Vid. Riccobono, *Cristianesimo e diritto romano*, *Rivista di diritto civile*, 1911, 37 y sig.; *Dalla communio del diritto quiritarario alla coproprietà moderna*, *Essays in legal history* ed. por Vinogradoff (1913), 33, y sig., además, la recopilación titulada *Cristianesimo e diritto romano*, aparecida en *Pubblicazioni dell'Università cattolica del Sacro cuore, Scienze giuridiche*, vol. 43 (1935) y debida a la colaboración de varios profesores entre los cuales figura M. Roberti. Vid., además, suplementos, pág. 507.

sugerencias venidas de fuera. Cuando al final de la primera guerra el socialismo fué reconocido en Alemania de un modo tempestuoso, el Tribunal del imperio se esforzó, impulsado por las necesidades de la época, en introducir en el Derecho privado ideas y directrices socialistas, labor ésta, tanto más difícil, cuanto que el mencionado Tribunal tenía que apoyarse en el Código civil nada abierto ciertamente a las tendencias socializantes. Por lo demás, el influjo del socialismo en el Derecho privado no debe sobrevalorarse. El socialismo no suprime el Derecho privado, únicamente lo relega en ciertas materias (108). Esto mismo ocurrió en Alemania. No se puede acusar a Alemania de haber soslayado los problemas que planteaba el movimiento socialista. Prueba lo gratuito de esta acusación, la legislación sobre seguros sociales de los primeros ochenta años del pasado siglo (109), la cual ha servido de modelo a muchos países. Era esto mucho más importante que lubricar con aceite socialista los preceptos del Código civil alemán. Además, por su parte, la jurisprudencia del Tribunal del imperio, trabajó en este sentido con pleno éxito. La censura de F. Beyerle (110) de que a la escuela histórica faltó una conciencia jurídica nacional y el *ethos* que animó al iusnaturalismo, para crear una cultura jurídica propiamente alemana, se apoya en una sobreestimación exagerada de la función profesoral y en un claro olvido de las exigencias del momento. Según esto, la escuela histórica no cumplió la misión confiada al pueblo alemán. Resultaría seguramente muy halagüeño para los profesores de la escuela de Savigny, el que les sea atribuída la función de resolver cuestiones tan arduas, y se les censure por no haberla cumplido. Se puede hablar de una cultura jurídica nacional de los romanos, ingleses y franceses, pero no se debe olvidar que el portador de esta cultura jurídica en estos países, fué un estamento de juristas prestigioso

(108) Vid. *supra*, pág. 267.

(109) Leyes sobre el seguro de enfermedad de 15 de julio de 1883, sobre el seguro de accidentes de 6 de julio de 1884, sobre el seguro de invalidez de 22 de julio de 1889.

(110) *Deutsche Rechtswissenschaft*, IV, 10-14, *Arch. f. zivilist. Praxis*, 147 (1941), 59, 62.

e influyente, que creó un Derecho práctico (111). Este estamento no ha existido nunca en Alemania ni existe hoy tampoco. Encomendar a unos cuantos profesores de Derecho, ya sean estos iusnaturalistas o históricos —ambos, representantes típicos del Derecho profesoral— la creación de una cultura jurídica nacional, supone pedirles mucho más de lo que pueden dar. El mismo Beyerle parece darnos la razón cuando pasa en silencio a los germanistas de la escuela histórica, los cuales, como es lógico, se hallaban animados por el deseo de introducir en nuestro Derecho ideas germánicas y alemanas a fin de dar a éstas, vigencia y vida. Por lo demás, los Pandectistas rechazarían enérgicamente el reproche que se les hace de no estar animados de un sentimiento nacional. Lo que ellos querían crear, era una ciencia alemana del Derecho y consiguieron plenamente esta finalidad. El hecho de que esta ciencia se hallase construída sobre la base del Derecho romano, no implicaba para ellos contradicción alguna, porque en sus mentes anidaba todavía la vieja idea imperial y sólo pueden ser tildados de haber observado un proceder antialemán, quienes den a esta idea imperial una aplicación circunscrita a la designación del antiguo imperio. Esta actitud entraña una valoración y una condena *ex post* y no una actitud comprensiva que tenga en cuenta las ideas imperantes en estos tiempos.

H) CONSIDERACIÓN DE CONJUNTO

Si intentamos resumir los resultados de nuestra exposición, estimando objetiva y serenamente las aportaciones realizadas por la escuela histórica, la tarea no ha de resultarnos muy difícil. Que la escuela histórica haya conferido a la historia del Derecho el carácter de verdadera ciencia, es un hecho que cae fuera del ámbito propiamente jurídico. Su Dogmática, en cambio, combinación de los principios jurídicos romanos con el Derecho natural alemán, impregnada del espíritu característico de los profesores alemanes, constituye un valiosísimo

(111) Vid. *supra*, pág. 328.

instrumento de precisión que no puede ser menospreciado por la simple consideración del mal uso que del mismo se haga. Los efectos que produjo fueron, como ya hemos visto, de gran trascendencia (112), y por haberse reflejado también en el Código civil alemán, perviven hoy aún, si bien algo modificados. Aunque la Pandectística profesó un claro apoliticismo (113), esto, no obstante, llevó a cabo un hecho de indudable carácter político. Ciertamente que la Pandectística no dió al pueblo alemán un Derecho de juristas, porque la Pandectística era un Derecho profesoral, y por lo mismo no estaba en condiciones de crear aquél. Un Derecho alemán de juristas, dado el particularismo imperante y la falta en el siglo XIX de una justicia centralizada, era a la sazón inconcebible. Antes de 1900, y por lo que respecta al Derecho privado, hubieron en Alemania, solamente Derechos particulares; uno de éstos fué el Derecho común. Pero hubo también sólo una ciencia del Derecho: la del Derecho común. Esta fué obra de los pandectistas alemanes y concebida por ellos y por Savigny, como una ciencia alemana del Derecho, animada probablemente todavía por la antigua idea imperial. Con ella se había creado uno de los supuestos para la codificación, a saber, una teoría jurídica sumamente desarrollada. La condición política propicia para esta empresa fué la fundación del im-

(112) Vid. supra, págs. 374, 380, 390. Muy notable fué su influencia en una materia jurídica esencialmente alemana, como es el Derecho registral e hipotecario. Hay un buen número de exposiciones de Derecho hipotecario alemán aparecidas en una serie publicada por Meibom entre los años 70 al 80 del siglo XIX y debidas a los pandectistas alemanes tales como Dernburg (para Prusia), Exner (para Austria) Regelsberger (para Baviera). Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 935 y sig. Así surgió el Derecho registral e hipotecario alemán, regulados por la ley prusiana sobre adquisición de la propiedad y sobre gravámenes reales inmobiliarios de 5 de mayo de 1872 y por otra sobre el registro inmobiliario, de la misma fecha, pasando luego de estas leyes prusianas al Código civil. Fué esta una creación sencilla y clara en sus principios, y que regula de modo justo y dúctil esta materia de suyo tan compleja. El Derecho registral e hipotecario alemán ha ejercido indudable influencia en los países anglosajones (vid. supra, Páginas 209, nota 48, y 311, nota 16), y en los tiempos modernos alguna también en el *codice civile* de 1942, si bien este Código se basa fundamentalmente en el sistema francés de transcripción y de inscripción.

(113) Vid. supra, pág. 373.

perio en 1871 con exclusión de Austria. La pandectística alemana mantuvo, esto no obstante, su carácter imperial, y los nuevos límites no rigieron para ella (114).

La pandectística que muy justamente puede ser denominada doctrina alemana, alcanzó valor europeo y universal y tuvo respecto a la teoría del Derecho en el siglo XIX, la misma significación que en el orden práctico tuvo el *code civil* por la recepción de que éste fué objeto en gran número de Estados (115). Sin embargo hay que hacer una distinción. Mientras el jurista francés con el *code civil* en la mano puede viajar por una gran parte del mundo, su colega alemán debe vestir la toga romana si quiera trasponer las fronteras de su país. Tal vez un patriota halle esto impropio y lo censure, pero dudo mucho que sus quejas y sus censuras fueran comprensibles hace unos ciento treinta o ciento cuarenta años. Los ingredientes de la escuela histórica, tanto el Derecho romano como el Derecho natural, eran europeo-universales. Universal era también la vieja idea del imperio, pero ésta, lo mismo que en la Edad Media, no trascendía más allá de los límites del antiguo *regnum*. Junto a esta idea actuaba también la idea cultural de Roma, que agrupó a los pueblos de Europa en una unidad de cultura a la que perteneció también el Derecho romano. El Derecho romano se estudió en toda Europa y las relevantes aportaciones de los glosadores y comentaristas en Italia, de los humanistas en Francia, y finalmente de los pandectistas en Alemania, no significaron algo extraño para los demás países de Europa, que hubiera de pasar por la fiscalización aduanera de éstos o cuyo valor e importancia, hubieran de ser exaltados por una propaganda más o menos hábil (116), sino que tales aportaciones fueron consideradas como un producto de la unidad cultural de Europa, naturalmente apro-

(114) Tal vez se debió a la hegemonía política de Alemania durante la primera guerra mundial, el que Austria, en las tres novelas de 12 de octubre de 1914, de 22 de julio de 1915 y de 19 de marzo de 1916, recibiera una considerable parte del Código civil alemán.

(115) Vid. *supra*, pág. 206.

(116) La propaganda fascista italiana fomentó el estudio del Derecho romano por que con ello esperaba aumentar el prestigio nacional.

vechable por cualquier país europeo. Quienes cultivaban este Derecho tampoco tuvieron nunca la sensación de ocuparse en el estudio de un Derecho extraño. En esto radica el secreto de la gran resonancia europea del estudio del Derecho romano en general, y especialmente de la Pandectística alemana, y como Europa era en el siglo XIX el continente rector, se explica también la difusión universal que alcanzó y que la escuela histórica conquistara la posición eminente que llegó a disfrutar, a pesar de no tener tras sí otra fuerza política que la que entrañaba la confederación alemana. El Derecho romano vino a ser, pues, un factor unitivo de los pueblos, y si bien no el más importante, tampoco ciertamente menospreciable. Los pandectistas alemanes dieron a este factor unitivo con sus aportaciones un carácter especial, y aunque los fines que se propusieron y los métodos por ellos empleados pertenecen ya a lo histórico, es indudable que los juristas alemanes les deben gratitud inmarcesible.

CAPITULO XVI

LA DIRECCION NEOHUMANISTICA

A) LA SITUACIÓN DE LA ROMANÍSTICA A PARTIR
DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN Y LA APARICIÓN
DE LA DIRECCIÓN NEOHUMANÍSTICA

SAVIGNY en su obra *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia del Derecho* (pág. 49) (1), de la edición alemana), había opuesto a la exigencia de una codificación del Derecho privado alemán formulada por Thibaut, el reparo de que la ciencia jurídica alemana no se hallaba a la sazón preparada para llevar a cabo esta empresa. Savigny se refería, naturalmente, a la Pandectística fundada por él. Sesenta años más tarde, cuando en 1874 comenzaron los trabajos sobre los proyectos del Código civil alemán, vemos ya cumplido el supuesto preciso para la codificación (2), y el Código civil alemán, producto de aquellos trabajos, puede con perfecta razón ser considerado como el Código de la escuela histórica. Pero entiéndase bien, no en el sentido de que este Código responda a la orientación predominantemente romanística de la escuela o de que su contenido tenga un carácter netamente romano. Un Código en el que la materia de los Derechos reales, la concerniente al régimen matrimonial de bienes, y gran parte del Derecho sucesorio, están tomadas del Derecho propiamente alemán, no puede ser estimado como un Código romanístico. Por otra parte, las categorías lógico-jurídicas, los conceptos, la sistemática de la ley, especialmente en la llamada «parte general», proceden de la Pandectística (3) y son «ale-

(1) Vid. supra, págs. 369 y 370, nota 16.

(2) Bethmann-Hollweg en su escrito publicado en 1876 *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, creía también poder afirmarlo. Vid. Stintzing-Landsberg, III, 2, 472 y sig.

(3) Vid. Koschaker, 35; Wieacker, 276 y sig.

manes» a pesar de su fundamentación romana, de modo que el adjetivo «alemán» cuadra perfectamente al Código civil (4). Es el Código civil alemán una obra representativa, aunque no fuese como el *code civil*, elaborado en una época crítica. El *code civil* aparece al final de la revolución francesa, y en cuanto utiliza las conquistas de ésta y las incorpora al Derecho civil, inicia al mismo tiempo un período nuevo, caracterizado por el predominio de la burguesía liberal. El Código civil alemán surge en cambio en el centro mismo, en la mitad de un período, y es por esta razón eminentemente conservador, impermeable a los influjos del socialismo cuyo auge en esta época da el tono, por así decirlo, al siglo XX. No es justo, sin embargo, por esta razón, negar a esta época, como hace A. Menger (5), vocación por la legislación. Por el contrario, la poseía, y acertó a crear en la Alemania de entonces, empequeñecida si se la compara con el antiguo imperio, la unidad jurídica en el campo propio del Derecho civil, utilizando para ello una ciencia del Derecho sumamente elaborada, supuesto preciso, para llevar a cabo una buena codificación. La relación de la Pandectística con la nueva ley, no podía menos de influir en el estudio del Derecho romano en Alemania. Constituye una afirmación superficial el decir que la Pandectística era la doctrina jurídica del Derecho común y que como éste fué eliminado por el Código civil, aquélla, como teoría del Derecho vigente debe desaparecer de la literatura y de la enseñanza. Tal afirmación no tiene en cuenta los componentes de Derecho natural que la Pandectística posee y por cuya virtud puede ésta pretender legítimamente la vigencia actual de su teoría frente al mismo Derecho codificado. De hecho en Austria subsistieron inalterados los cursos sobre Pandectas, y en una proporción que supera de modo notable la de los cursos sobre Derecho privado vigente (6). Después de la primera guerra, los Estados creados entonces por segregación del viejo imperio austro-húngaro, desterraron los cur-

(4) Vid. supra, págs. 396 y 399.

(5) Loc. cit., 10 y sig.

(6) Sobre esto y basándome en recuerdos personales dije algo en *Festschrift für Wenger*, I (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 34, 1946), 3 y sig.

so sobre Derechos de Pandectas y adoptaron los de Derecho romano, ajustándose así al sistema alemán (7). Los antiguos cursos de Instituciones de Derecho privado romano fueron sustituidos por los llamados de «Historia y Sistema del Derecho privado romano» a los cuales, siguiendo antiguos usos, solía muy frecuentemente añadirse otro sobre Historia del Derecho romano, que tenía por objeto el estudio de las fuentes y del Derecho público. A consecuencia del creciente historicismo de la romanística —de ello me ocuparé en seguida— la historia fué postergando al sistema poco a poco. No puedo entrar ahora en el examen de la cuestión de si por la circunstancia de haber sido pandectizada por Unger la teoría del Código general austríaco, dotado de vigencia, por lo menos parcial, en todos aquellos Estados, estaba o no justificada la asimilación al régimen alemán (8) (9). Ahora bien, Alemania ofrece una diferencia esencial, debida a la situación creada por la vigencia de su Código civil. Las antiguas codificaciones alemanas, excepción hecha del Código civil sajón, preceden a la Pandectística. Era, pues, muy oportuno enseñar junto a la ley vigente el nuevo Derecho natural, a fin de que éste penetrase en la teoría de aquellas codificaciones. El objetivo fué conseguido y con el Código civil alemán, el sistema conceptual de la pandectística quedó convertido en ley. Su ulterior desenvolvimiento dogmático se basó, naturalmente, en la Dogmática de la nueva ley, la cual tenía ahora por objeto un Derecho imperial real

(7) Austria en 1920. Vid. Schönbauer, *Festschr. Koschaker*, II, 409; Koschaker, *Deutsche Rechtswissenschaft*, V (1940), 115 y sig. Relativamente a Checoslovaquia y Yugoslavia no me ha sido posible conseguir datos precisos. Lo mismo podemos decir de Polonia, en cuyo territorio, por la índole especial de las circunstancias y relaciones que en él se dan, confluyen diversas y extensas ordenaciones jurídicas en materias de Derecho privado.

(8) Vid. supra, pág.

(9) Ya en 1917 Hanausek, *Das röm. Recht an den österr. Universitäten*, 9, abogaba por el mantenimiento de los cursos de Pandectas, frente a las propuestas formuladas por la Facultad de Derecho de Viena, en las que ésta pretendía implantar un régimen similar al alemán, si bien con la nota especial de propugnar un estudio combinado del Derecho de Pandectas con el comparativo de otros modernos sistemas jurídicos. Vid. Sperl, *Die Neugestaltung d. rechts- und staatswissenschaftl. Studien in Österreich*, 14.

y positivo, no ideal, como el que halló la Pandectística en el Derecho romano. Pareció, pues, como si se hubiera cortado el hilo de la vida de la Pandectística (10) y que el mantenimiento de ésta como tema de un curso, fuera lo más a propósito para fomentar errores y producir repeticiones inútiles. Frente a esta situación y a las dificultades que la misma entrañaba, se ofrecían tres posibles soluciones: desterrar el Derecho romano base de la Pandectística, extinguida ya como disciplina independiente; desarrollo y elaboración de los componentes históricos de la Pandectística, y finalmente, una solución intermedia, que se esforzaba desde otros puntos de vista en mantener despierto y vivo el interés dogmático-jurídico del Derecho romano. Es interesante que este tercer camino fuese intentado en Alemania por un romanista, Ludwig Mitteis, que a fines del siglo pasado dió con sus investigaciones notable impulso a ese historicismo romanístico a que antes aludimos. Fué Mitteis el único entre los romanistas alemanes que después de 1900 profesó en Leipzig un curso sobre «Pandectas como introducción al Código civil», curso que atrajo durante dos decenios a millares de oyentes llenos de interés por el tema desarrollado en él. Debióse este interés en parte a la destacada personalidad de quien lo profesaba, a la relación de la dogmática del nuevo Código civil con la Pandectística, sentida todavía en los primeros años de vigencia de aquél, y finalmente, a la posibilidad que con este curso se ofrecía a los estudiantes, de que éstos dispusiesen de una introducción al Código civil que les era precisa y que no había sido tenida en cuenta en los nuevos planes de estudio establecidos por efecto de las alteraciones introducidas por la implantación del flamante Código. Sin embargo, este curso no fué mantenido (11), y no tanto porque la dogmática del Código civil se

(10) Vid. Saleilles, *Introduction a l'étude du droit civil allemand* (1904), 39 (según Leonhard, *Studien z. Erläuterung d. bürgerl. Rechts*, XVII, 1906, 99, nota 3): «Les professeurs des Pandectes comprenant que le droit des Pandectes avait disparu et que le droit romain ne pouvait plus constituer désormais qu'un enseignement historique, transformaient leurs chaires de façon a substituer l'étude du droit civil allemand à celle du droit commun romain.»

(11) Todavía en 1912 un histórico de tanto relieve como Wenger recomendaba su mantenimiento (vid. *Melanges Girard*, II, 612 y sig.).

alejaba poco a poco de la Pandectística, como porque siendo preciso, como es, que la materia de un curso cualquiera sea una ciencia viva, la Pandectística era ya en esta época un árbol muerto del cual no cabía esperar nuevos frutos. Poco después de la primera guerra, pero antes de la muerte de Mitteis, desaparecen estos cursos de los planes de estudio sajones y recuerdo a este propósito cuánto dolió esta supresión al mencionado profesor, a la sazón enfermo ya. Juzgando retrospectivamente, se comprenden ahora no sólo las razones subjetivas de aquella reacción del ilustre profesor, sino también las transpersonales y objetivas que la determinaron. Aun cuando los medios empleados por Mitteis resultaron a la larga inadecuados para conseguir el fin que se proponía, a saber, el de mantener el Derecho romano como elemento orgánico en la formación del jurista alemán, Mitteis presintió que la única manera de ver realizada tal aspiración era la de ofrecer a los juristas el enlace que guarda el Derecho romano con la actualidad.

La romanística alemana inició, entre tanto, otro camino. Previendo los peligros que la amenazaban, en el año 80 del pasado siglo, comienza a ampliar los componentes históricos de la Pandectística, para asegurarse así un campo científico independiente, ya que los componentes dogmáticos de ésta, por su transfusión en el sistema del Código civil, estaban llamados a constituir la dogmática de la nueva codificación. Esta nueva tendencia de la investigación romanística puede ser designada propiamente con el nombre de neo-humanismo (12), pues en realidad ofrece las mismas características que ofrecía el humanismo del siglo XVI. Este en lo que a la ciencia romanística se refiere, fué un aspecto parcial del gran movimiento espiri-

(12) Hablo intencionadamente de dirección y no de escuela, porque el neohumanismo no llegó a formular nunca un programa como hizo la escuela de Savigny, y porque su contenido no tuvo carácter unitario. Hubieron sí, romanistas que contaron con gran número de discípulos. Tales, por ejemplo, L. Mitteis y L. Wenger, en Alemania; Girard, en Francia; Bonfante, en Italia; pero no puede decirse que éstos constituyeran una verdadera escuela. Tal vez pudiera hablarse de escuela solamente, respecto a la historia de los Derechos de la antigüedad iniciada por Wenger, ya que ésta ofrece un auténtico programa. Vid. suplemento, pág. 507.

tual del humanismo; la orientación neo-humanista, en cambio, es una actividad un tanto imprecisa. En la época del humanismo el Derecho romano era Derecho vigente, de manera que la orientación del *mos gallicus* podía ser situada a lo sumo en plano de igualdad con la del *mos italicus*; el neohumanismo, en cambio, se produce en un tiempo en que el Derecho romano había entrado ya en su agonía (13) y el estudio de éste podía realizarse con una exclusividad que hasta ese momento no había sido posible.

La nueva dirección pudo, pues, llamarse histórica, por razones muy diversas de aquellas que habían justificado que se llamara histórica la escuela de Savigny. Muchos de sus partidarios experimentaron una sensación de alivio al sentirse relevados de ocuparse de la validez práctica del Derecho romano, y se aplicaron al estudio de éste como fenómeno exclusivamente histórico.

Los conocimientos históricos habían incrementado a la sazón poderosamente y en un lapso de tiempo relativamente breve. Quien desee tener una orientación general sobre este progreso, puede consultar el discurso de ingreso de Wenger en una Academia de Viena, titulado «Estado actual de la ciencia del Derecho romano» (14). Aquí no hago otra cosa que destacar algunas notas que son características del método y fines de esta dirección neohumanística.

B) SUS PARTICULARIDADES Y EFECTOS SINGULARMENTE EN ALEMANIA

En esta consideración exclusivamente histórica del Derecho romano, el *corpus iuris* no era otra cosa que una fuente de conocimiento. De tal consideración deriva la crítica de las fuentes en forma de investigación interpolacionística (15), cono-

(13) Vid. supra, págs. 211 y sig.

(14) *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, XI, 1927.

(15) La inician la grandiosa reconstrucción del Edicto pretorio llevada a cabo por Lenel en su *Edictum perpetuum* (1883), obra en que su autor nos

cida ya por los humanistas, olvidada después, y abandonada, finalmente, por la escuela histórica (16). El restablecimiento de esta investigación dió como resultado el descubrimiento de innumerables alteraciones llevadas a cabo en las fuentes originales utilizadas por la compilación de Justiniano, alteraciones que en nuestra época aumentan en proporciones gigantescas por efecto de los glosemas prejustinianeos, descubiertos a principios de nuestro siglo (17). La consideración de estas alteraciones postclásicas hizo posible una percepción de la distancia que media entre el Derecho clásico y el justiniano, mucho más clara que la que pudieron tener los humanistas, y condujo como había ocurrido ya con éstos, a una subestimación de Justiniano y sus colaboradores y correlativamente a una exaltación del Derecho clásico (18). Estas alteraciones en los textos, en número tan extraordinario, produjo al principio confusión, hasta que poco a poco fueron agrupadas y ordenadas. Riccobono (19) demostró que muchas interpolaciones eran solamente formales y hechas para insertar las normas del Derecho pretorio, el cual en el período postclásico había perdido ya su función creadora en el sistema del Derecho civil (20); por

descubre un gran número de interpolaciones, y la de Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (1887), libro en que sobre la base de abundantes ejemplos, desarrolla métodos y criterios para descubrir interpolaciones.

(16) Vid. supra, págs. 106 y sig., 384 y sig.

(17) Para el concepto vid. supra, págs. 110 y sig.

(18) Vid. supra, págs. 169 y siguientes, y Koschaker, 38.

(19) Vid. sus escritos citados por Koschaker, 38.

(20) Para los juristas clásicos el Derecho civil y el pretorio constituían dos distintas esferas jurídicas con fuentes propias. Eran éstas en el primero de tales Derechos la ley y la costumbre, esta última en forma de progresiva elaboración del Derecho por los juristas; en el segundo, el *Praetor* como magistrado jurisdiccional, renovado anualmente y que recogía en su Edicto los principios en que había de inspirarse su jurisdicción, aprovechando para ello gran parte del contenido del edicto de su antecesor. En el edicto pretorio se contienen, frente a la proverbial rigidez del Derecho civil, ideas jurídicas progresivas y elásticas, las cuales al entrar en conflicto con las normas del Derecho civil, consiguen con la ayuda de los medios procesales de que el pretor dispone, vencer a estas últimas. Sin embargo el Pretor no podía derogar formalmente el Derecho civil. Este continuaba siendo *nudum ius*, esto es, un Derecho paralizado prácticamente. En la época imperial, el edicto, frente al fuerte influjo del

otra parte, la investigación —especialmente la italiana— se esforzaba ahora en reconstruir a través de las interpolaciones y de las glosas, las teorías jurídicas postclásicas, y en conseguir mediante las fuentes debidamente depuradas un conocimiento rigurosamente exacto del Derecho clásico (21). De esta

emperador en la creación y elaboración del Derecho, pasa a segundo plano. Desde que por encargo del emperador Adriano se redactó el Edicto de nuevo (*edictum perpetuum*), fué prácticamente imposible llevar a cabo innovaciones edictales. En el período postclásico el pretor pierde la jurisdicción. Desde este momento el Derecho pretorio fijado en el edicto viene a ser lo mismo que el Derecho civil fijado en la ley. No hay motivo alguno que justifique distinguir en el orden funcional el Derecho pretorio del civil, tanto menos, cuanto que los medios procesales por los que el pretor imponía el Derecho por él elaborado frente al civil, habían desaparecido al cesar el proceso clásico. Desde este momento se pudo decir que el Derecho pretorio, como Derecho posterior al civil, derogaba a este último de modo formal. Esto exigía que en la compilación se practicasen una abundante serie de alteraciones de las fuentes clásicas. Vid. suplemento, pág. 508.

(21) Este trabajo no ha terminado todavía y por lo mismo no puede juzgarse de un modo definitivo el valor de la aportación de la teoría postclásica. Se conservan, naturalmente, las líneas fundamentales del Derecho romano. Debe advertirse, además, que el estudio y elaboración del material clásico, que cuenta ya algunos siglos, se realizó en las escuelas, bajo el influjo inevitable de las concepciones imperantes en la época. Quienes realizaban estas tareas eran profesores de Escuelas jurídicas —de esta suerte los profesores de Derecho entran, por primera vez, en la historia—, y lo que crearon estos profesores fué un Derecho profesoral. Vid. *supra*, pág. 302. Los influjos espirituales que estos profesores recibieron, provenían de la Teología cristiana, de la Filosofía griega y, finalmente, del ambiente jurídico de que procedían. Llegan tales influjos de las ciudades orientales del imperio romano y en la literatura de la especialidad, se habla a este propósito de una orientalización del Derecho romano tardío. Pero esto implica evidente exageración, la cual aunque de un modo mediato ha influido en la literatura nacional-socialista, pues el nacional-socialismo, de la orientalización, ha deducido, sin más, el ajustamiento del Derecho romano. Vid. *supra*, pág. 236, nota 60. De estos profesores conocemos sólo el nombre de unos pocos y nada de su origen y procedencia. Pero aun cuando proviniesen de la parte oriental del imperio romano, es evidente que poseían una formación griega muy cuajada. Es poco probable que tales profesores si fueran judíos, dada la situación de éstos a la sazón, hubieran podido profesar en las escuelas de Derecho. Si fueron judíos helenizados, se hubiera advertido, como en el caso de Philo, el fondo rabínico de su formación. Ciertamente que en las glosas se tropieza con ideas jurídicas que no tienen nada de romano y que revelan su origen oriental. Pero lo mismo o cosa muy semejante nos ocurre con las fuentes germánicas. De esto citamos un

suerte, a la primitiva anarquía y falta de plan en la investigación de las interpolaciones, sustituyeron un orden y unos fines precisos y se convirtió la indagación interpolacionista en un medio científico preciso, el cual con todo, actuó en ciertos aspectos de modo perjudicial y destructivo. Los pandectistas del siglo XIX apenas si creían ya que Justiniano era el predecesor del emperador alemán y que el Derecho romano rigió como Derecho imperial, pero habían conservado de la Edad media, la idea de que el *corpus iuris* era un código y como tal un libro autoritario. Esta creencia fué aniquilada por la crítica de las fuentes de la dirección neohumanística. Del mismo modo que para aquellos que defienden la crítica de la Biblia, este libro no es ya la fuente de la revelación divina, así también para los juristas, el *corpus iuris* dejó de ser un Código, pues no hay en él pasaje alguno cuyo texto no sea dudoso, y lo que es peor, en el 90 por 100 de los casos los especialistas no se muestran ni mucho menos de acuerdo sobre la forma y alcance de las alteraciones introducidas. La autoridad del *corpus iuris* fué anulada para no reaparecer jamás (22). Con todo hay que reconocer que el mal fué menos grave de lo que parecía, por que al final del siglo XIX los territorios en que el Derecho romano regía todavía, o debía regir, se redujeron al mínimo.

De aquí otra consecuencia. El jurista que se ocupaba de

ejemplo en la pág. 144, nota 4. Quien tenga alguna noción de la ciencia del Derecho comparado no sentirá extrañeza alguna ante estos paralelismos y coincidencias. Trátase de pensamientos jurídicos que aparecen en los estadios primitivos de la evolución del Derecho privado y en los distintos sistemas jurídicos de modo independiente, los cuales fueron conocidos por el Derecho romano y superados luego por la evolución del Derecho de juristas para reaparecer posteriormente en el período tardo merced a influencias extrañas. Con todo es indudable que la teoría postclásica privó al Derecho romano de muchas de sus especiales características.

(22) Los humanistas trabajaron en la misma dirección. El número de interpolaciones por ellos aceptadas fué muy escaso, en relación con las admitidas actualmente. Solamente algún caso aislado, como el de Favre, supera la media normal de esta época, pero por esto mismo halla escaso asentimiento, habida cuenta de que entonces no se poseía el rigor crítico de los tiempos posteriores; sobre todo estaba el *mos italicus* en su pujanza, y los mismos humanistas buscaron con él una especie *modus vivendi*. Vid. supra, pág. 181.

Derecho romano con fines prácticos halló este Derecho en la legislación justiniana; el historicista que considera el Derecho romano como fenómeno histórico, estima el *corpus iuris* como la fuente de conocimiento más importante, pero no la única. Todos los medios al servicio de la ciencia histórica, literatura, inscripciones, etc., figuran también como fuentes de conocimiento del Derecho romano. Este fué ya el punto de vista sustentado por los antiguos humanistas (23). A fines del siglo XIX las fuentes experimentaron una considerable ampliación, debida al conocimiento de una gran cantidad de documentos jurídicos escritos en papiros y en lengua griega durante el período de la dominación griega y romana en Egipto (332-30 antes de J. C., 641 d. de J. C.). Constituyen éstos fragmentos o colecciones, y su número ha aumentado extraordinariamente por efecto de las excavaciones llevadas a cabo en Egipto en los dos últimos decenios. Estas nuevas fuentes han sido objeto de doctas ediciones destinadas a los especialistas (24). El mérito de haber utilizado con primacía indiscutible estos documentos en la historia del Derecho, corresponde a L. Mitteis. En su libro *Derecho imperial y Derecho popular en las provincias orientales del Imperio romano* (1891), plantea a este autor el problema de si por efecto de la concesión del derecho de ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio hecha por el emperador Caracalla (*constitutio Antoniniana*, 212 d. de J. C.), entró también en vigor en todo el imperio el Derecho privado romano. Mitteis niega que éste extendiese su vigencia a la mitad oriental del imperio (25), y con

(23) Vid. *supra*, págs. 167 y siguientes.

(24) Para orientación debemos indicar la obra de Mitteis-Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, I, 1-2, II, 1-2 (1912), cuya parte jurídica elaborada por Mitteis, sigue siendo fundamental, a pesar de los innegables progresos realizados en esta ciencia. En cuanto a publicación de textos y literatura sobre esta materia, puede orientar la reseña bibliográfica de Wilcken y Wenger, publicada en el *Archiv für Papyrusforschung*, vid., además, suplementos, pág. 508.

(25) La opinión de Mitteis fué la de que el Derecho patrio se afirmó de hecho frente al Derecho romano imperial formalmente vigente, mientras que la opinión sustentada en la actualidad, apoyada en la investigación reciente

este motivo aplica su atención al estudio de los Derechos de las provincias orientales. Tales son el Derecho griego y los Derechos propiamente orientales; estos últimos vigentes en los territorios litorales de la parte oriental del Mediterráneo sufrieron desde Alejandro Magno un influjo tan fuerte de la cultura griega que se les comprende bajo la denominación de Derechos helenísticos, hallándose por regla general los documentos jurídicos pertenecientes a estos Derechos, escritos en griego. Constituye un material propio del Derecho helenístico de Egipto los papiros greco-egipcios. El libro de Mitteis formó época y dió a la ciencia romanística una nueva orientación. Fué Mitteis el fundador de la papirología, y los romanistas atraídos por la nueva dirección que estos estudios entrañaban, pasaron por alto el Derecho romano y se interesaron por el estudio de otros Derechos antiguos que hasta entonces fueron dominio reservado a los filólogos, teólogos o historiadores; especialmente se aplicaron al estudio del Derecho greco-helenístico. También comenzaron a estudiarse aunque con menor intensidad, debido a las dificultades que ofrecía la lengua en que se hallaban escritos el Derecho egipcio antiguo, el bíblico talmúdico y un grupo de Derechos orientales antiguos, los cuales, por el hecho de consistir sus fuentes en una gran cantidad de tablas de arcilla cubiertas de escritura cuneiforme, pueden muy bien denominarse comprensiva y abreviadamente Derechos escritos en cuneiforme (26). Estos Derechos fueron objeto de mayor atención todavía por parte de los juristas después

(vid. Schönbauer, *Ztschr. Sav. Stift, rom. Abt.*, 49, 1929, 345 y sig.; 51, 1931, 277 y sig.; 57, 1937, 309 y sig.; 62, 1942, 267 y sig.; *Arch. f. Papyrusforschung*, XIII (1939), 177 y sig.; Wenger, *Nationales, griechisches und römisches Recht in Ägypten. Atti del IV congresso internazionale di papirologia*, 1936, 159 y sig.), estima como muy probable que también de derecho, después de la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del imperio por la *constitutio Antoniniana*, se permitiese al Derecho local una amplia aplicación. Pero todo ello carece de importancia aquí.

(26) Para su caracterización en general, vid. Koschaker, *The scope and the methods of a history of assyrio-babylonian law*, *Proceedings of the Society of Biblical Archeology* (1913) 230 y sig.; *Cuneiform law* en la *Encyclopaedia of the social sciences*; *Keilschriftrecht*, *Ztschr. d. deutschen morgenländ. Gesellsch.*, 89 (1935), 1 y sig.

del descubrimiento de la ley babilónica antigua del rey Chamurabi. En este campo de la investigación, el enlace con la antigüedad clásica de valor tan decisivo ahora en los estudios histórico-jurídicos, es, naturalmente, mucho más tenue. Los documentos jurídicos, redactados en escritura cuneiforme, fueron ofrecidos a los juristas por José Kohler el año 90 del pasado siglo, para servir a los estudios de Derecho comparado.

En realidad nada tiene de sorprendente este ensanchamiento del campo de la investigación romanística. Para los antiguos juristas europeos, sólo el Derecho romano y algunos aspectos de los Derechos germánicos fueron objeto de un estudio histórico, en la medida en que entonces se podía hablar de un estudio de esta índole. Y ello porque estos Derechos eran el fundamento del Derecho vigente. Predominaba, pues, en la valoración de estos Derechos, un criterio o punto de vista específicamente jurídico, puesto que se tenía muy en cuenta la relación de los mismos con el Derecho actual y se ponían en definitiva los estudios histórico jurídicos al servicio de este último. A partir de la tendencia iusnaturalista, la idea de un estudio comparado de los distintos Derechos pudo ser un motivo para ampliar el campo de la investigación histórica, extendiendo ésta a otros Derechos. El problema es completamente distinto para quienes estiman que la historia del Derecho es una disciplina de carácter científico y autónomo. No podemos examinar la cuestión de por qué no se aplicaron los métodos propios de esta ciencia, a la reconstrucción histórica de un Derecho cualquiera, cuyas fuentes permitieran esta tarea. No es ningún azar el que los humanistas del siglo XVI mostraran la tendencia a ensanchar el campo de la investigación sobre el Derecho romano, extendiéndola a otros Derechos, tales como el bíblico y el griego (27).

Esta dirección se opone abiertamente a la escuela histórica cuyo interés dogmático hace que sólo acepte en su programa el estudio de los Derechos romano y alemán y excluya del primero de éstos el estudio de la rama del Derecho público (28).

(27) Vid. Koschaker, loc. cit., 45 y la bibliografía allí citada.

(28) Vid. supra, págs. 382-383 y suplementos, pag. 50°.

Si en los últimos tiempos el cultivo de estas disciplinas parece haber adquirido importancia dentro de la dirección neohumanística, ello se debe en mucha parte a la relevante personalidad de Teodoro Mommsen, el cual dedicó sus geniales dotes al estudio de aquellas materias. Aunque parezca paradójico también L. Mitteis incurrió en el desafecto de la escuela histórica, por haber impulsado poderosamente la ampliación del campo de la investigación histórico-jurídica. Como discípulo de A. Exner en Viena, y procedente de la Pandectística, era el Derecho romano el centro vivo de su interés, un interés que respondía a un punto de vista dogmático al que Mitteis fué fiel durante toda su vida (29). Mitteis se sirvió de los demás Derechos para resolver problemas de Historia del Derecho romano y estos Derechos le interesaron siempre, no por su valor en sí, sino por la utilidad que ofrecían en relación con el Derecho de Roma. Sólo la papirología constituyó una excepción en ese su punto de vista, pero su entusiasmo por estos estudios no fué superior al de los demás cultivadores. De aquí su actitud en abierto contraste con la antigua historia del Derecho. De ella hablaré en seguida (30).

En el estudio de estos antiguos Derechos, distintos del romano, imperaba un desorden verdaderamente anárquico. Corresponde a Leopoldo Wenger el mérito de haber intentado ordenar toda esta caótica materia, imprimiéndole una dirección y resulta interesante comprobar que el campo de investigación que para Mitteis sólo tenía un valor auxiliar y complementario en relación con los estudios romanísticos, fué para su discípulo Wenger, la base de un estudio científico autónomo: el de la historia de los Derechos antiguos (31). El es-

(29) Es significativo que en Leipzig no explicara historia del Derecho romano y que la materia preferida por él fuesen los cursos de Pandectas.

(30) En su obra *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium* (Mitteil. d. Wiener Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums, 18 (1917), aparecida cuatro años antes de su muerte. Como recuerdo personal puedo declarar que toleró, no aprobó mis estudios de Derecho cuneiforme.

(31) Desarrollado en un discurso de ingreso en una academia de Viena, titulado *Römische und antike Rechtsgeschichte* (1905) y luego repetido y cons-

título para esta concepción lo dió Egipto en la época de la dominación romana. En esta época se da en aquel país la vigencia del Derecho nacional egipcio y de los Derechos griego, helenístico y romano. Para Wenger, la historia del Derecho es la historia de los Derechos antiguos con sus recíprocos influjos e interdependencia. No es ahora ocasión de entrar en los pormenores de esta idea y tomar posición respecto a ella (32). Debe ponerse de relieve únicamente (33), que la jerar-

truído en forma de una conferencia: *Ancient legal history*, en las *Harvard tercentenary publications* 1936.

(32) Literatura crítica en Koschaker, 43, nota 5, y, además, Kerr Wylie, *The South African Law Journal*, 56 (1939), 205; Grosso, *Studia et documenta hist. et iuris* (1939), 513. La crítica ha de ocuparse, ante todo, de fijar el concepto de lo antiguo extendido por Wenger más allá de la cultura clásica, haciéndole comprender incluso el Oriente, aunque sin fijar los límites precisos. Si incluye el Derecho cuneiforme en la cultura antigua ¿por qué no incluir también India y China, las cuales, según recientes investigaciones, recibieron en un cierto grado el influjo del helenismo? Los germanos quedan excluidos. Sin embargo, en la época de las migraciones de pueblos, los Estados germánicos que se forman en territorio romano pertenecen también, indudablemente, a la antigüedad. Es en Francia y en el período carolingio cuando tiene lugar el tránsito a la Edad Media. Vid. *supra*, pág. . No quiero aquí sentar la afirmación de que los Derechos orientales sólo pueden estudiarse provechosamente, en parangón con los germánicos, porque ella entraña una cuestión metodológica. El problema estriba en dilucidar si en esta extensa antigüedad, se da o no un elemento unitario que permita ordenar el acontecer histórico-jurídico, dentro de un cierto marco. Una exposición del Derecho romano que tuviera en cuenta todas las extrañas influencias que en el curso de su historia ha experimentado éste, sería una historia del Derecho romano, no una historia del Derecho antiguo, y un ensayo sobre una institución jurídica del Derecho babilónico caería dentro del ámbito propio del Derecho antiguo, pero no en el campo de la historia del Derecho antiguo con el alcance que da Wenger a esta denominación. Se tiene, pues, la impresión de que tras cuarenta años de Historia del Derecho antiguo todavía no se han superado ciertas dificultades de carácter programático.

(33) Los papiros egipcios proporcionan un valioso material para el estudio de una serie de temas de carácter histórico-jurídico concerniente a la historia del Derecho egipcio —la cual para los juristas resulta bastante lejana—, al Derecho griego y romano y al islamítico. Todo ello es de gran importancia para un estudio histórico de Derecho comparado. Pero si prescindimos de la Historia del Derecho egipcio, los papiros sólo sirven para completar o suplir el material ya existente. La papirología, como disciplina autónoma, sólo encuentra justificación, por suministrar una serie de conocimientos, de los cuales

quización de los Derechos, objeto de estudio, la valoración de éstos, sólo es posible, adoptando un criterio específicamente jurídico, y de ningún modo si se sigue una orientación histórica abstracta. La antigua historia del Derecho es en esto consecuente. Todo reconocimiento del papel relevante que el Derecho romano desempeña, entraña el destronamiento de este Derecho, o como Wenger dice, la liberación del mismo de la *splendide isolation* en que hasta la fecha se hallaba. El Derecho romano ya no es, como fué para las antiguas generaciones de juristas, el Derecho por antonomasia, o mejor aún, el Derecho europeo, por ser el fundamento de los Derechos de Europa o haber influido en mayor o menor grado en la teoría de estos Derechos; el Derecho romano es en esta nueva concepción un Derecho antiguo, ciertamente el más significativo e importante, pero ornado solamente con la condición de *primus inter pares*. Reconocerlo así no es intrascendente ni deja de influir en la valoración de los estudios de Derecho romano en Alemania tal como éstos se perfilan en los nuevos tiempos.

La nueva orientación gana terreno apresuradamente en Alemania, y dada la tendencia doctrinaria de los alemanes, tal vez haya exceso y exageración. Quien hojee la literatura romanística alemana desde 1900 hasta el comienzo de la primera guerra mundial, tendrá seguramente la impresión de que para los romanistas alemanes, resulta mucho más importante conocer los detalles de las leyes fiscales de Ptolomeo Filadelfo o la organización judicial de Egipto en tiempos de Ptolomeo Evergetes, que penetrar a fondo y desenvolverse con holgura y facilidad en el ámbito del *corpus iuris*. Pero a decir verdad, esta tendencia tuvo escasa duración. Las palabras irónicas de Riccobono (Archivio giur. 110, 4), según las cuales los estudiantes alemanes «sono ammaestrati solo nella conoscenza delle

se sirve el investigador. Ciertamente se habla en Alemania de conocimientos papirológicos.

Es significativo que los documentos jurídicos griegos descubiertos en 1923 en Dura (Mesopotamia) escasos en número y muy semejantes en importancia a los papiros greco-egipcios, apenas han producido conmoción en los ambientes de los historiadores jurídico-romanistas. Vid. para orientación Koschaker, *Ztschr. Sav. Stift, rom. Abt.* 46 (1926), 290 y sig.

fonti papirologiche e nei diritti orientali, mentre il *corpus iuris* resta lettera morta», apenas si tienen justificación a partir de 1933 (34).

La dirección neohumanística que se produce en Alemania tuvo por la posición preeminente conquistada por este país en los estudios romanísticos, gracias a la escuela histórica, una eficacia que trascendió a otras naciones (35). En Italia la nueva dirección coincide y guarda indudable paralelismo con el despertar del sentimiento nacional a partir de la unificación política, sentimiento nacional que desde los tiempos de Arnaldo de Brescia y de Cola di Rienzo, entronca con el glorioso pasado de Roma, y que con el fascismo italiano se concreta en la idea de que la Italia fascista como sucesora que es de Roma, tiene la misión de crear un imperio mediterráneo. Conforme a esta idea el Derecho romano fué considerado como el Derecho de Italia. Característica es a este respecto la actitud del ministro fascista de Justicia Grandi, defendiendo las fronteras del Derecho romano italiano con idéntico tesón con que defendía las fronteras históricas y geográficas de Italia, por estimar que

(34) También estas afirmaciones eran exageradas. Dudo mucho que en 1918 haya habido en Alemania una sola Universidad que pudiera mantener un Seminario papiroológico exclusivamente con estudiantes alemanes, por la sencilla razón de que éstos no conocían o conocían deficientemente el griego. Por lo que se refiere a los Derechos orientales y a la personal alusión que Riccobono me dirige, debo replicar que yo me he atenido siempre a un preciso deslinde de los respectivos campos. Mis trabajos sobre Derechos orientales han sido siempre publicados en revistas orientalistas, no en aquellas de carácter jurídico y ni siquiera en las dedicadas a los estudios de historia del Derecho. A título de introducción en la materia di una conferencia en la que no faltaba ciertamente la observación de que un estudio más profundo sobre el particular no es posible sin los necesarios conocimientos lingüísticos. Yo me he ocupado con la lectura de documentos jurídicos de escritura cuneiforme en las Facultades de Filosofía y en contacto con filólogos, porque sólo de este modo se puede mantener el carácter científico de estos trabajos, y porque resulta más fácil procurar al filólogo los necesarios conocimientos jurídicos para que pueda entender el documento que conseguir que los juristas conozcan tres o cuatro lenguas orientales con los correspondientes dialectos. Naturalmente es de desear que estos textos sean estudiados por juristas que posean estos conocimientos lingüísticos. Pero esta posibilidad es muy rara. Es lamentable pero cierto.

(35) Vid. Koschaker, 46 y sig.

sin la idea del Derecho romano no era concebible la vida civil italiana (36). En estas circunstancias, la nueva orientación histórica de los estudios jurídico-romanísticos halló en Italia un terreno sumamente propicio. Tratábase en el fondo de investigar el propio pasado, de cultivar una parte de la historia del Derecho nacional (37). Sin embargo, en la misma Italia se advierte ya una cierta oposición al historicismo de la nueva tendencia. En hombres como Vittorio Scialoja, abogado, profesor y estadista, y Salvador Riccobono, reputados como los mejores juristas de Italia (38), está todavía muy arraigada la opinión de que el Derecho romano no es mero objeto de conocimiento histórico, sino que cumple también la misión de facilitar la comprensión del Derecho moderno. En este sentido puede propiamente hablarse de una cierta coincidencia de punto de vista con la escuela histórica, si bien los mencionados juristas dispongan de métodos históricos mucho más perfeccionados que los que estaban al alcance de aquélla. No se olvide que Riccobono estudió largo tiempo en Alemania y escuchó allí las lecciones de eminentes pandectistas. La nota nacionalista del neohumanismo italiano se debe a Pietro Bon-

(36) «Le frontiere del nostro diritto romano italiano debbono essere difese con la stessa tenacia con la quale noi difendiamo le nostre frontiere storiche e geografiche; e che la vita civile d'Italia non é concepibile all'infuori dell'idea del diritto romano» (citado por Bortolucci, *Il diritto di Roma nella sua evoluzione storica*, *Memorie della R. Accademia di Bologna, Cl. di scienze morali*, Ser. IV, vol. 2 (1938/39), 109.

(37) De la mano con esta actitud, va la de la tajante repulsa del elemento germánico en la Historia del Derecho de Italia. Sea ejemplo Patetta, *Storia del diritto italiano* (1904), 4, que afirma que las instituciones jurídicas germánicas son cuerpos extraños en la vida de la nación italiana, introducidos en épocas de decadencia nacional y rechazados en tiempos de vigor y recuperación. Tales juicios que se repiten con poca variación en los germanistas alemanes respecto al Derecho romano, demuestran cuán fuertemente el histórico es influenciado en sus valoraciones por factores de orden extracientífico. No puede renunciar a ellas sin renunciar a su personalidad y sin aburrirse. Uno de esos factores es el nacionalismo, el cual ve con sumo agrado el influjo del propio pueblo en los demás, pero niega, en cambio, el influjo de los otros pueblos en el propio o resta importancia a este influjo.

(38) Vid. suplemento, pág. 508.

fante (39) que fué discípulo de Scialoja y atrajo a buen número de discípulos, profesores hoy de las Universidades italianas. El Derecho romano es estudiado, utilizando modernos métodos críticos y ocupa un primer plano en el cual es de valor decisivo el elemento propiamente jurídico (40). La investigación papirológica cuenta en Italia con escasos representantes, y la historia de los Derechos de la antigüedad, como la concibe Wenger, tuvo en este país una fría acogida, cuando no una total repudiación. En lo que se refiere a la investigación histórica de las fuentes jurídicas romanas, Italia ha conseguido, por la cantidad y calidad de sus aportaciones, una indiscutible primacía, y los juristas que durante el siglo XIX acudían para conseguir una formación romanística a las Universidades alemanas, comienzan en nuestra época y a partir de la primera guerra mundial a mostrar preferencia por las italianas.

C) ESTIMACIÓN Y CRÍTICA

La valoración de la tendencia neohumanística, lo mismo que la del humanismo, es distinta en los profesores y sabios y en los juristas (41). Es indudable que esta tendencia cumple su cometido con criterio científico moderno, tomando el tema como fin en sí y con rigor muy superior al de la escuela histórica, pues ésta mezcla las finalidades históricas con las dogmáticas. El neohumanismo tomó la historia del Derecho de la escuela histórica perfeccionándola con el mejoramiento de los métodos y ampliación del material histórico, redimiéndola de la función de servidora que había tenido en la escuela de Savigny y haciendo de ella una parte de la ciencia histórica que

(39) Vid. suplemento, pág. 508.

(40) Bonfante, *el método filológico negli studi di diritto romano* (*Studi Savandria*), 123, ha censurado el abuso del «momento filológico che minaccia di riassorbire la nostra disciplina» y Betti, *Riv. di dir. commerciale*, 37 (1939), 127 y siguiente, condena este historicismo unilateral como «degenerazione erudita». Vid. también Kerr Wylie, *The south African Law Journ*, 56, 1939, 203 y siguiente.

(41) Vid. supra, pág. 53.

persigue, mediante el empleo de medios auxiliares y la consideración de factores económicos, sociales y espirituales, explicar y aclarar el fenómeno histórico-jurídico. Por esta razón creyó Wenger poder llamar Historia de la cultura a la historia del Derecho. De este modo se han perseguido nuevos fines y conseguido diversos puntos de vista. Así, para los modernos romanistas la historia del Derecho se ha convertido en una parte de la historia de Roma, o mejor todavía, de la historia de la antigüedad. Se muestra ahora preferencia —de ella hallamos antecedentes en la escuela histórica— (42) por el estudio de los períodos arcaicos. El interés por los problemas del Derecho más antiguo, aumentó considerablemente y merced a él, y con la ayuda de mejores métodos, se estudiaron las cuestiones relacionadas con la oscura tradición romana (43). Por otra parte,

(42) Vid. supra, pág. 386.

(43) Hay en la actualidad historiadores del Derecho romano, para quienes la materia que cultivan comienza a perder interés en la época de la ley de las XII tablas, y no ciertamente porque conforme a la opinión nacional-socialista, a partir de la citada ley, el influjo del elemento plebeyo inicia una degeneración racial del Derecho romano. Se advierte un influjo claro de las ideas nacional-socialistas en los germanistas alemanes. Ciertas tendencias arcaizantes, como son la preferencia por el período franco respecto a la Edad Media y a la Moderna, se advierten ya en el siglo XIX. (Vid. supra, págs. 388 nota 73). En cuanto a los tiempos más recientes, es característica la unilateral predilección por las fuentes germánico-nórdicas. Era ya sabido que estas fuentes, si bien tardíamente estudiadas, conservan un carácter de auténtica antigüedad que las hace muy a propósito para el estudio del Derecho primitivo. Que el estudio de las fuentes nórdicas haya adquirido en estos últimos tiempos tan singular importancia, se debe en no escasa parte a que la teoría nacional socialista estima de entre todas las razas del pueblo alemán como la más auténtica y valiosa la raza nórdica. Al nacional socialismo debemos también el haber dado valor político a la música de Ricardo Wagner por haber compuesto este autor los Nibelungos —Tanhäuser y los Maestros cantores no cuentan—; también debemos a él el uso de dar a los niños nombres nórdicos (evitando el bautizarlos; el bautismo, como sacramento cristiano, no se aceptaba con agrado) y ello, aunque tuvieran las narices aplastadas y los labios gruesos, del mismo modo que los puritanos entran a saco en la Biblia por idénticos motivos, y no obstante constituir sus hijos un tipo normando puro. Es, pues, probable que los alemanes, en lo que respecta a la historia del Derecho y en su entusiasmo por lo nórdico, hayan olvidado más de lo debido a su propia nación, lo cual resulta tanto más lamentable cuanto que esa simpatía profesada a los germanos nórdicos, no ha sido correspondida por los descendientes

el Derecho romano a partir de Justiniano, no fué objeto de estudio. El desarrollo del Derecho romano y su estudio desde la Edad Media hasta la actualidad, es decir, la faceta europea de su historia, fué abandonado. También esto es herencia, como ya sabemos de la escuela histórica (44). La historia del Derecho tal como venía siendo impulsada y cultivada por la dirección neohumanística, era esencialmente mediterránea. Ahora bien, el imperio mediterráneo de Roma se extendía más allá de Europa. De ello se desprenden notables consecuencias.

El estudio del Derecho romano por sus relaciones con la actualidad mantenidas hasta los tiempos más recientes, es europeo en el sentido de que sólo de Europa puede recibir impulso. Sus representantes eran profesores de Derecho que gozaban de fama europea. Cuando el estudio del Derecho romano, tal como tenía lugar en la escuela histórica alemana, traspuso las fronteras de nuestro continente y se asentó en territorios ultramarinos, ello acaeció utilizando el instrumento europeo, y se debió, en gran parte, a los componentes de Derecho natural que el Derecho romano posee. Una historia del Derecho, desligada de la actualidad, concebida como parte de la historia de Roma, se apoya en la posición que los romanos tuvieron dentro de la Historia universal y en un fundamento de carácter humanístico. Esta historia del Derecho así concebida, ofrece una vinculación local mucho menor, y puede estudiarse en Norteamérica, lo mismo que la historia de los aztecas en Europa, con sólo disponer de las necesarias bibliotecas. Los grandes sabios de la dirección neohumanística tienen un prestigio y una nombradía no sólo europeos, sino internacionales, y sin embargo actúan, como tendremos ocasión de ver, en un círculo personal mucho más reducido. Los efectos de esta orien-

de éstos. Este *nordismo* fué para Hítler un simple medio de propaganda, y en cierta ocasión dijo a Rauschning (67, 161 y sig.): «Estos profesores e ignorantes, con sus mitos nórdicos no significan nada para nosotros».

(44) Supra, pág. 387. Lamentable fué a este respecto la tensión existente entre romanistas y germanistas. El estudio histórico del Derecho romano desde la época de la recepción exigía científicos que dominaran el Derecho romano y el alemán y que adoptaran frente a ambos una actitud objetiva y libre de prejuicios.

tación fueron fatales para Alemania. El jurista italiano podía sentir esta historia mediterránea del Derecho como una historia de su propio pasado; el francés podía entenderla como el desenvolvimiento de una historia del Derecho civil francés hasta el momento actual, que viene a ser como el complemento de la historia del Derecho romano; para el jurista alemán, la antigua pandectística permitía utilizar, siquiera fuese de modo mediato, la historia del Derecho romano, pero al desaparecer aquélla, la historia del Derecho romano, por no ofrecer un complemento de su evolución, a partir de la Edad Media (45), va resultando progresivamente extraña.

Y pasamos ahora a tratar de la segunda cuestión, la de determinar lo que el movimiento neohumanístico significó para los juristas. Puede censurarse a la escuela histórica el haber abierto un verdadero abismo entre la teoría y la práctica del Derecho o el haber ahondado la separación existente entre una y otra (46), teniendo en cuenta el interés dogmático de aquella escuela, y como consecuencia, la importancia que para ella debiera haber tenido una orientación práctica. Esta misma censura dirigida contra la dirección neohumanística sería impropcedente. El neohumanismo surgió en una época en la que el Derecho romano había perdido su vigencia práctica, y por ello esta corriente jamás aspiró a mantener relación alguna con la práctica o con la teoría del Derecho privado que entonces regía; su finalidad fué la de consagrarse sin ulteriores miras pragmáticas y con criterio rigurosamente científico, al estudio de la historia de un Derecho, cuya vigencia había caducado desde largo tiempo. La dirección neohumanística practicó, respecto a las realidades que la circundaban, la llamada política del avestruz. El jurista del siglo XIX podía consultar con provecho un tratado de pandectas o una monografía cualquiera de la literatura pandectística. Para poder utilizar una

(45) Merece gratitud el intento de llenar esta laguna manifestado en la ordenación general de los estudios jurídicos de 1935, mediante la implantación de un curso sobre Historia del Derecho privado de la Edad Moderna. Pero no hay que olvidar que con disposiciones ministeriales se puede estimular una determinada ciencia, pero no crearla.

(46) Vid. *supra*, pág. 367.

D. romano.

u otra, además de sus conocimientos jurídicos, necesitaba solamente un poco de latín que le permitiese entender los pasajes del *corpus iuris* que en las aludidas obras se citaban. La romanística actual se ha convertido, en cambio, en una técnica complejísima, porque estudia las normas y principios jurídicos en su condicionalidad temporal y porque trabaja, además, con un material extensísimo. El jurista práctico que hojee una monografía romanística moderna tropezará en las primeras páginas con la ardua cuestión de las interpolaciones, y se adentrará en el intrincado laberinto de las consideraciones gramaticales, lexicológicas, e históricas, tendrá que lamentarse de no haber profundizado más en el estudio del griego —suponiendo que hubiera aprendido algo de esta lengua— para poder interpretar algún papiro citado en el texto, y hasta echará de menos la posesión de media docena de lenguas orientales. Tras la lectura de estas primeras páginas lo más seguro es que el lector arroje malhumorado el libro con el firme propósito de no volver a abrirlo jamás.

No puedo menos de citar aquí algunas manifestaciones de E. Fuchs, conocido paladín del Movimiento de la escuela del Derecho libre. En un escrito suyo «*Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*» (1908) ataca al historicismo. «Todo aquel que posea un adarme de sentido jurídico, dice, se apartará con verdadero horror. Estos profesores de Derecho (se refiere a los romanistas) son semejantes a nuestros maestros de la escuela media, que no comprenden que sus discípulos no experimenten el más pequeño deleite con los insípidos discursos de Livio o con las ampulosas frases de Virgilio, ni tengan el más leve interés por las incidencias de las guerras púnicas», y más adelante (pág. 161) se lamenta de que se obligue a nuestra juventud a estudiar el juego infantil de la cuarta falcidia. En otro escrito, «*Die Gemeinschädlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz*» (1909) habla el autor de la monomanía del romanismo, que tanto ha contribuido al extravío de las mentes, y asegura que los no iniciados no pueden darse cuenta de la antipatía que desde los glosadores hasta nuestros días ha concitado la ciencia del Derecho romano (pág. 170), llama a éste Derecho de rabulas, y en la pág. 194 dice: «Si no se hubiera descubierto el *corpus iuris*, este Talmud romano, este perverso

monstruo de rabulas, y hubiéramos resuelto nuestras cuestiones con propio criterio y atendiendo a nuestro interés, habríamos, con toda seguridad, evitado la sofística miserable de nuestra justicia». El autor termina su soflama con el ruego de que el Derecho romano (pág. 203), tan contrario a la esencia íntima del pueblo alemán como pueda serlo la antigua política romana o la Iglesia oriental, y la astrología jurídica de la Pandectística, edificada sobre aquel Derecho, y que inspira el actual Código civil, ocupen el lugar que legítimamente les corresponde por su carácter histórico en el campo propio de las ciencias de la antigüedad, lo que equivale a mandarlas al diablo (pág. 171).

Estos son denuestos y no argumentos. Contra los argumentos se puede polemizar; contra los insultos no. El haberlos citado aquí, responde a una razón. Fuchs no es un germanista alemán, ni podía ser en los años 1908 a 1909 un nacional-socialista, aunque el odio antisemítico del seguidor de las doctrinas de Kantorowicz haga en cierto modo como presentir un nacional-socialista anticipado. Fuchs fué un práctico, abogado en el Tribunal Superior de Karlsruhe y en esta su condición, estriba todo el valor de sus manifestaciones, las cuales tienen el carácter de un verdadero documento histórico. En cuanto a la violencia de tono de estas declaraciones, concedo en lo que se refiere a los motivos que las inspiran, mucha parte a la condición temperamental de su autor y a su celo por el Derecho libre, así como al odio que sintió hacia la jurisprudencia constructiva, combatida por él no sólo en la proyección de ésta en la pandectística, sino incluso en el influjo que la tal jurisprudencia tuvo en el Código civil. Para el romanista puede servir de consuelo el hecho de que Fuchs diga a propósito del comentario de Planck sobre el Código civil alemán, que esta obra «constituye un horrible engendro del moderno paroxismo romanístico». Con todo, las manifestaciones de Fuchs son un ejemplo típico de la posición adoptada por los prácticos en los comienzos del siglo XX frente al Derecho romano en cuanto que éste, a pesar del nuevo Código civil, no fué totalmente olvidado.

En la época de la pandectística un foso profundo separaba la teoría y la práctica del Derecho, pero todavía resultaba posible salvarlo mediante algunos puentes que entre ambas habían. El neohumanismo hizo saltar estos puentes y levantó

un muro de separación de tal naturaleza que ya el abismo resultaba insuperable (47). El Derecho romano de la pandectística era un Derecho profesoral y el neohumanismo ha convertido este Derecho profesoral en una ciencia secreta, accesible sólo a muy pocos iniciados, y que constituye una parte de la ciencia histórica, cuyos fines y métodos se hallan muy distanciados de los fines y métodos específicamente jurídicos (48).

Tal vez se objete, que aun siendo cierto lo dicho, cabe la posibilidad de ofrecer en forma accesible a nuestra juventud los resultados conseguidos por esta ciencia secreta, y depositar en aquélla la noble semilla del Derecho romano. Recientemente Wieacker (49) ha sustentado la opinión de que el Derecho romano debía ser ofrecido a nuestra juventud estudiosa como una ejemplar experiencia histórica del grandioso Arte del Derecho que los romanos poseyeron, contribuyendo así a que la formación de esa juventud no fuese estrictamente profesional (50).

(47) Esto es perfectamente aplicable a Alemania. En cuanto a Francia carezco de datos. Presumiblemente los efectos prácticos apenas pueden ser distintos. Respecto a Italia poseo informaciones que coinciden en poner de relieve el hecho de que los juristas prácticos no se interesan lo más mínimo en lo que enseñan los profesores universitarios sobre Derecho romano, y es indudable que todavía se interesarán menos cuando entre en vigor el nuevo *codice civile*. Tienen estas informaciones un gran valor por proceder de la época del régimen fascista ya que como es sabido este régimen estimuló poderosamente el estudio del Derecho romano.

(48) Esto ha sido muy censurado en los ambientes jurídicos. Vid. supra, página 305 y, además, Schwarz, *Das röm. Recht a. d. Universität Zürich* (1938), 56; Kerr Wylie, vid. loc. cit., 216, el cual con un temperamento muy inglés dice que los estudios jurídicos romanísticos deben ser «essentially juridical» y no degenerar nunca «into futile antiquarianism. For philology, archaeology, etc. I care not two straws, and Egyptology, Assyriology, etc., leave me absolutely stone cold», vid. Koschaker, 80 y sig.

(49) *Der Standort der römischen Rechtsgeschichte in der deutschen Gegenwart* «*Deutsches Recht*». Edición semanal XII, núm. 3 (1942), 54. Vid. también el mismo autor, *Ztschr. d. Akademie f. Deutsches Rechts*, VI (1939), 405.

(50) Se apoya este autor en la idea de que son las cualidades internas del Derecho romano las que hacen de éste un Derecho ejemplar. Debemos repetir aquí que esta idea ha contribuido en medida muy escasa a la difusión del Derecho romano en Europa. Por lo demás es familiar a los humanistas y

Pero la cuestión es saber si esa juventud acudirá gustosa a esos cursos y obtendrá de ellos el provecho esperado. Sobre este punto, abrigo un gran escepticismo, sin negar por ello la dificultad que entraña una respuesta categórica a la cuestión planteada, por mantener esta relación muy íntima con el problema de la forzosidad o voluntariedad del examen. El estudiante de Derecho, como todos los estudiantes, estudiará una materia cualquiera, y sobre todo una materia a la que no profesa simpatía alguna, cuando tenga que examinarse obligatoriamente de ella y corra el riesgo de fracasar en la prueba académica. Con esto, más que la propia limitación, demostrará la limitación del ordenamiento de exámenes. El nacional-socialismo ha facilitado considerablemente la contestación a la cuestión pro-

no puede causar sorpresa el encontrarla de nuevo defendida por un neohumanista. Una ordenada instrucción romanística ofrecerá seguramente a los estudiantes ocasión de conocer el modo de operar de los juristas de Roma, y es indudable que de tal conocimiento, obtendrán provecho siquiera sea éste de carácter mediato. Es muy posible que un joven norteamericano o un francés, en su edad madura se alegre al ejercer su profesión jurídica, de haber conocido un Derecho de juristas y de que se le brinde ocasión de contribuir al desarrollo de éste. Los alemanes, en cambio, a los cuales se dirige Wieacker, no son romanos, no lo serán jamás, ni están en situación de crear de nuevo las condiciones en que trabajaron los juristas de Roma. Mucho más cercanos a nosotros se hallan los numerosos juristas, anónimos en su mayor parte, que en el período postclásico trabajaron sobre las fuentes del Derecho antiguo, especialmente sobre aquellas constituídas por los escritos de los juristas clásicos. Ahora bien, los juristas postclásicos, a quienes debemos gratitud por habernos conservado la literatura jurídica clásica, no son modelos de valor absoluto. Es dudoso, además, que la ejemplar calidad del Derecho romano pueda por sí sola constituir un fundamento suficiente que justifique la instrucción jurídico-romanística. Vid. suplemento, pág. 509.

Tampoco veo por qué la formación del jurista deba ser política. Ciertamente que en el estamento inglés y francés de juristas jugaron un papel más o menos importante los factores políticos, pero estos factores no resultaron operativos por el hecho de que los juristas fuesen políticos. Wieacker piensa que el jurista actual no sólo debe poseer una formación histórica en orden a las normas o principios de Derecho, sino que también debe conocer el fondo político social y económico en que éstos surgieron y se desarrollaron, para de esta suerte poder contribuir a su progreso. Con todo esto estamos de acuerdo, pero de ello no se desprende que el jurista haya de tener necesariamente una formación política.

puesta, al privar al Derecho romano de la eficaz protección del examen, dejándolo confiado a las solas fuerzas del interés que suscite. El romanista alemán lucha por el Derecho romano en campo libre y dispone por esta razón de un caudal de experiencias, que sus colegas de otros países, en los que el Derecho romano se halla protegido por la poderosa fortaleza del examen, no poseen ni pueden poseer.

CAPITULO XVII

DERECHO ROMANO Y NACIONAL-
SOCIALISMO

A) PUNTO 19 DEL PROGRAMA DEL PARTIDO
Y MEDIDAS DEL NACIONAL-SOCIALISMO
CONTRA EL DERECHO ROMANO

EL Nacional-socialismo ha concedido al Derecho romano más importancia y atención de la que merece por su significación actual, al ocuparse de él en el programa del partido de 24 de febrero de 1920 y establecer en el punto 19: «Exigimos que el Derecho romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un Derecho común alemán» (1).

Esta formulación se halla muy lejos de ser clara. Sin embargo, su sentido es bastante transparente. Puesto que se enfrenta con el Derecho romano un Derecho común alemán a cuya creación se aspira, es evidente que este último debe hallarse libre de los defectos que al Derecho romano se atribuyen. En los puntos 10-18 se proclama una serie de postulados de contenido socialista y a ellos se añade el punto 19; éste exige la creación de un Derecho privado alemán imbuído de socialismo, lo cual para un partido que se titula oficialmente socialista resulta perfectamente congruente y lógico (2). Si el

(1) Vid. suplementos, pág. 509.

(2) De conformidad con lo dicho, la legislación nacional-socialista mostró en sus primeros años un verdadero horror a la expresión «Derecho civil». El § 29/I de la ley del patrimonio familiar de 29 de septiembre de 1933 citaba al «Código civil» por que tal era la denominación oficial de éste, y según el § 33 la sucesión en el patrimonio no familiar tenía lugar conforme a los preceptos del «Derecho general», el cual no es otro en realidad que el Derecho civil. Todavía resulta más tímida la ordenación de la organización de la justicia de 4 de enero de 1939, pues en su § 6 determina las materias que han de ser objeto del primer examen jurídico, entre las que figura, naturalmente, el Derecho civil. Y, sin embargo, el legislador muestra tal repug-

redactor del punto 19 pensó que para el restablecimiento de la edad dorada del Derecho común alemán era precisa la eliminación radical del Derecho romano, debe tenerse en cuenta que este Derecho, por lo que respecta a Alemania, había perdido su vigencia hacía veinte años, y en muchas regiones de la Gran Alemania había sido totalmente abolido, por lo que mal podía hacerse la sustitución de un Derecho que era en realidad inexistente. Si pensó, en cambio, al redactar este punto, en el sentido materialista del Derecho romano que inspiraba el Código civil alemán y las antiguas codificaciones alemanas es dudosa la exactitud de esta apreciación—, tal pensamiento no aparece claramente manifestado (3). De lo dicho resulta, pues, que el punto 19 del programa del Partido es un verdadero jeroglífico, el cual sólo podrá ser resuelto si en los archivos del partido hay documentos que refiriéndose a las discusiones y deliberaciones sobre este punto del programa aclaran su oscura motivación y su dudoso sentido.

Por otra parte, la redacción del mencionado punto 19 es indudablemente poco feliz. Ya en otro lugar hemos combatido la opinión que estima que las leyes deben ser populares, pero un programa de partido, si realmente pretende conseguir adeptos debe serlo sin duda alguna, y el punto 19 no lo es. A este respecto creo oportuno referirme a mi personal experiencia. Yo estudié latín en el gimnasio durante ocho años y llegué a conocer bien la Historia de Roma. En cambio del Derecho romano y de su importancia no tuve entonces la menor idea. Veinte años más tarde, cuando el estudio del Derecho romano había menguado mucho, incluso entre los juristas, el

nancia al empleo de esta denominación, que prefiere en los puntos tres y cuatro enumerar las materias que constituyen el contenido de los libros 2 al 5 del Código civil. Falta la parte general y más alemana del Código civil, y puede suponerse que un tímido presidente de examen no permitirá que se formulen preguntas concernientes a esta materia. En todo caso la denominación oficial conforme al programa de partido no será ya la de Derecho civil sino la de Derecho común alemán lo que en realidad significa tan sólo un cambio de nombre (§ 6/1, núm. 3).

(3) Mantuve esta actitud crítica en una memoria presentada en 1941 en el Ministerio para las Ciencias, Educación y Formación popular, referente al Derecho romano.

programa de Partido sentaba la presunción de que todos los ciudadanos conocían el Derecho de Roma. He tenido ocasión de escuchar en el campo más de una vez, a los llamados oradores de distrito; eran éstos los «predicadores», tenían a su cargo la interpretación y aclaración del programa del partido. Por regla general no se ocupaban en sus peroratas del punto 19, y cuando se referían a él, el orador daba la impresión de que no tenía la más remota noción de lo que trataba, ni, por tanto, estaba en situación de ilustrar a su auditorio. Frecuentemente mencionaban el Derecho romano como enemigo del labrador, con lo que los oyentes propendían a confundir el Derecho romano con un pedrisco o una epizootia. Tememos, pues, que el famoso punto 19 contase con muy pocos partidarios, salvo que se hiciesen figurar entre éstos a los estudiantes, que en los exámenes de Derecho romano hubieran recibido una censura desfavorable, caso éste, en verdad, poco frecuente en Alemania el año 1920, y no porque en general, los alumnos, estuvieran bien preparados en esta disciplina, sino porque en los exámenes no solía atribuir importancia alguna a los conocimientos romanísticos. El punto 19 pugna, además, con el principio: *lex imperat, non disputat*. Un programa de partido que contenga reformas, va dirigido a los hombres que actúan, y en este sentido el punto 19, si lo entendemos rectamente, obliga a los miembros del partido a propugnar un Derecho privado de tendencia socialista. Sobre la cuestión de si el Derecho romano representa una ordenación materialista, diremos que es un problema que no puede resolverse autoritariamente y sí sólo mediante la investigación. Por otra parte, respecto a esta cuestión hay diversidad de opiniones, como lo prueba la actitud del pueblo italiano, amigo y aliado de Alemania, antagónicamente opuesta a la posición de este país en orden al problema que nos ocupa. Si en Alemania se llega a tener un Derecho privado de carácter socialista, no tendrá interés alguno dilucidar si el Derecho anterior no tuvo este carácter, por influjo del Derecho romano o por otra causa cualquiera.

Todas estas circunstancias impidieron que el punto 19 llegase a ser una realidad. Para serlo, hubiera sido preciso prohibir la enseñanza del Derecho romano, ordenar que en las

conferencias se expusiese y razonase el carácter materialista de éste y castigar a los profesores que no acatasen lo mandado. No puede pensarse que el Nacional-socialismo sintiese escrúpulos por implantar estas medidas. Pero es lo cierto que ningún romanista experimentó perjuicio alguno por causa de la ciencia que profesaba, aun cuando se dedicase a entonar panegíricos en loor de ésta. De tal actitud no puede colegirse una posición liberal del naciismo en orden a la ciencia romanística. También la Iglesia entregaba los herejes —y tales eran para el nacional-socialismo quienes no acataban su programa— al brazo secular, cuando estos herejes resultaban peligrosos, esto es, cuando tenían muchos partidarios, en cambio, cuando su actitud, por falta de prosélitos era inofensiva, no solían ser molestados. En esta última situación se hallaban, como tendremos ocasión de ver, los profesores romanistas de las Universidades alemanas, no ciertamente a partir del año 1933. Hubiera sido absurdo recurrir al empleo de grandes medios combativos cuando con los modestos se podía obtener el mismo resultado.

Estos modestos medios fueron los cursos y los exámenes. La ordenación de estudios jurídicos del año 1935 permite una clase de cuatro a cinco horas semanales de Derecho romano o de Historia de los Derechos antiguos (4), a elección del docente, si bien se da a entender que esta última materia debe ser la preferida. No hay motivo alguno para suponer que el autor o autores de esta ordenación de los estudios jurídicos siguiesen la orientación dada por Wenger a esta disciplina (5), y por ello debe ser otra la razón de la predilección. Y en verdad que es fácil hallar ésta. La historia de los Derechos de la antigüedad, no contiene la denominación «Derecho romano» anatematizada por el programa del partido, y por este motivo pareció que aquel título era neutral y no estaba en pugna con tal programa; sobrevino entonces el estupendo milagro, a saber, que casi todos los romanistas alemanes, aunque sólo

(4) En la ordenación de Estudios de 1944 desapareció este derecho de elección y se reconoce solamente la conferencia de tres horas sobre historia del Estado y de los Derechos de la antigüedad. Esta ordenación apenas si se mantuvo en vigor en parte alguna.

(5) Vid. *supra*, pág. 425.

una pequeña parte de ellos sabía algo de Historia de los Derechos de la antigüedad, *quasi per inspirationem*, llegaron al convencimiento de que el Derecho romano, solamente podía ser enseñado en el marco amplísimo de la Historia de los Derechos antiguos. Decisivas a este respecto son las ordenaciones relativas a la organización de la justicia de 22 de julio de 1934, las cuales, siguiendo el modelo prusiano, confían en lo esencial a los prácticos el primer examen de Estado con que terminaban los estudios jurídicos universitarios. Teniendo esto en cuenta, así como el carácter marcadamente histórico de los cursos, se explica por qué, las ordenaciones de la organización de la justicia, en oposición a aquéllas, que regulaban el plan de estudios y que otorgaban notoria preferencia a los cursos germanísticos sobre los romanísticos, midan ambas materias con el mismo rasero, ya que en el § 20/VII de la redacción de 4 de enero de 1939 se confía al Presidente del Tribunal, el cuidado de que en el examen oral «sea materia preferente el Derecho positivo». El Derecho romano como materia de examen ha desaparecido (6). Ciertamente que a tenor de 5/II el candidato deberá acreditar conocimientos referentes a la historia de los pueblos que más eficazmente influyeron en el desarrollo cultural alemán, especialmente a la de los griegos y romanos. Es curioso que ni siquiera en este pasaje se atrevieran a mencionar el Derecho romano, y cabe pensar que se llegase a exigir del candidato conocimientos concernientes a las aventuras de Julia, la hermosa hija de Augusto, o de Mesalina, y en cambio se les dispensase de saber fijar la posición, por ejemplo, que ocupa la *bona fides* en el Derecho romano. Prácticamente en el examen, apenas si se formulan preguntas de Derecho romano y pueden decirse que en la actualidad *ignorantia iuris romani non nocet*, y aun cuando el candidato crea que el Derecho romano es una marca de cigarrillos, ello no será obstáculo si en las demás materias da pruebas de poseer notables conocimientos, a que obtenga una calificación incluso brillante. Los mismos examinadores no conocen el De-

(6) Debo advertir que lo dicho en el texto, *mutatis mutandis*, se aplica también a la historia del Derecho alemán.

recho romano, por lo general. Este Derecho ocupa una posición modesta en los exámenes de Doctorado en Alemania, constituyendo según la reglamentación propia de éstos, una materia facultativa la cual es elegida raras veces (7).

B) EL IMPERIO NACIONAL-SOCIALISTA ¿SUCESOR DEL ANTIGUO IMPERIO ALEMÁN?

Antes de examinar los efectos que produjeron estas medidas en el estudio del Derecho romano, debe ser dilucidada otra cuestión, la cual constituye un antecedente preciso, para poder comprender, una vez resuelta debidamente, la evolución de la ciencia del Derecho romano, y al mismo tiempo la actitud adoptada frente al Derecho de Roma por el Nacional-socialismo.

Sabemos ya que desde los Hohenstaufen, los legistas —no sólo en Alemania— fueron muy amigos y defensores del emperador y del imperio, porque para ellos el Derecho romano fué un Derecho imperial (8), y que esta relación de amistad se mantuvo mientras subsistió el imperio y aun posteriormente. Por otra parte la actitud y el éxito de la escuela histórica alemana, se explican también por la persistencia en el siglo XIX de la antigua idea imperial (9). En realidad la actitud hostil del Nacional-socialismo, frente al Derecho romano, resultaba contradictoria e inexplicable, ya que durante los últimos años, se hallaba muy difundida en nuestro país la idea de que la Gran Alemania de Adolfo Hítler era la sucesora del antiguo imperio. El Estado de Adolfo Hítler, especialmente

(7) Según mi experiencia en una gran Universidad alemana eran alumnos extranjeros en su mayoría quienes optaban por el examen de Doctorado de Derecho romano. Estos extranjeros procedían en su mayor parte de los países balcánicos, países que solíamos considerar como semi bárbaros no hace mucho tiempo, y así resulta hoy más que probable que un *iuris* doctor de Scutari, Prilep, Monastir o Adrianopolis sepa más de Derecho romano que uno cualquiera de sus colegas alemanes nacidos en la tierra de Savigny. *Sic tempora mutantur*.

(8) Vid. *supra*, págs. 117-118.

(9) Vid. *supra*, págs. 373 y 381.

desde la incorporación de Austria y del territorio de los sude-tes (1938), ha producido una literatura abundantísima sobre la idea de que el imperio de entonces era simplemente la prosecución de la Gran Alemania de los tiempos pasados (10), idea que todavía tuvo más aceptación a raíz de las victorias militares de 1940 y 1941, por las que Alemania se vió en situación muy propicia para poder conseguir la hegemonía de Europa. Esta hegemonía, según declaraciones en la prensa hechas por Rosenberg, encargado de la dirección cultural en Alemania, había de ser lema o consigna más bien de la ciencia alemana. Esta literatura puede sistematizarse haciendo con ella dos grupos, el primero, constituido por las obras de aquellos autores que tratan la cuestión sólo de pasada y la resuelven de modo afirmativo; el segundo, formado por los escritores específicamente nacional-socialistas, los cuales durante la guerra ofrecen una teoría, construída desde un punto de vista unitario (11), que en caso de haber Alemania conseguido la victoria, hubiera tenido el valor de un verdadero dogma. Esta es la que principalmente nos interesa.

El origen de esta teoría es el carácter germánico del imperio, el cual no fué creado por Carlomagno —éste es una personalidad o figura germánica (12)— sino mucho más remotamente. La conciencia de unidad se da en los germanos en tiempos muy antiguos, y si no en los prehistóricos, cuando menos,

(10) Vid. Th. Mayer, *Deutschland und Europa* (Discursos de la Universidad de Marburgo, Nr. 3, 1940), 21 y sig.; Heimpel, *Deutsches Mittelalter* (1941), 9; v. Srbik, *Hist. Ztschr.* 164 (1941), 470; Schüssler, *Vom Reich und der Reichsidee in der deutsche Geschichte* (1942), 5 y sig.

(11) Vid. Ganzer, *Das Reich als europäische Ordnungsmacht*, en *Reich und Reichsfeinde* (Escrito del Instituto imperial para la historia de la nueva Alemania, II, 1941; E. Schmidt, *Papsttum und Kaisertum*, en *Reich und Reichsfeinde*, IV (1943); Torsten Riche, *Eine geschichtliche Studie über die Entwicklung der Reichsidee* (1943), y Westphal, *Das Reich*, I (1941), libro éste que a pesar de la oposición que ha suscitado es, sin duda alguna, la producción más brillante de la literatura concerniente a este tema. Vid. sobre él la recensión de v. Srbik, *Gott. gel. Anzeigen*, 1943, 103; vid., además, Rein, *Europa und das Reich* en las publicaciones del Instituto alemán de investigaciones sobre política exterior editadas por Berber, XVI, 1943.

(12) Rein, 33 y sig.; Torsten, 7, 43, 165. Puede otorgarse esto habida cuenta de que era cristiano.

en el período de las migraciones de pueblos (13). Esta idea es tanto más original cuanto que los alemanes a la luz de la historia han necesitado muchos siglos para sentirse una verdadera nación. Con esta conciencia de unidad, ya en los primeros siglos de nuestra cronología, y aun antes, existen grandes imperios germánicos. Las formaciones estatales de Ariovisto, Arminio el Cherusco, Marbod y, sobre todo, Teodorico el Grande, son citadas como ejemplos (14). Si se pregunta sobre la esencia de tales formaciones se acudirá en respuesta a la teoría del caudillaje.

El concepto de «conductor» o de «jefe» no ha sido inventado por el Nacional-socialismo ni tomado de aquel otro italiano que expresa la palabra «duce». Tal concepto pudo ser recibido, aunque no exclusivamente, de la literatura sociológica alemana, a partir del año 20 de nuestro siglo. Sería un error considerar a los autores que en la expresada época lo usaron como precursores del Nacional-socialismo. No lo fueron, como no lo fué tampoco el anciano profesor de Derecho público H. Triepel, no obstante haber intentado éste fijar en su libro titulado *La Hegemonía*, una dogmática y una sistematiza del caudillaje (1938) (14-312). El caudillaje es para estos tratadistas una institución humana que hallamos en distintos pueblos y tiempos, y que puede darse dentro de las más variadas constituciones, incluso en un régimen democrático, si bien éste muestre cierta oposición al caudillaje político. El caudillaje es conocido en los países anglosajones con los nombres de *leader*, y *leadership* y ha tenido en ellos un indudable desarrollo (15). El caudillaje puede darse entre dos hombres o un grupo de hombres y también entre grupos de hombres y entre Estados (hegemonía). Su posibilidad de aplicación es, por consiguiente, muy amplia y en modo alguno limitada a la esfera política; se puede dar también en el ámbito espiritual, artístico, científico y en la misma vida económica (16).

(13) Torsten, 30, 165 y sig.

(14) Vid. supra, pág. 34. Se puede añadir el cauteloso juicio sobre Teodorico debida a Triepel, *Hegemonie*, 491; además, Westphal, 47, 68, 113.

(15) Triepel, 14, 15 y sig., 49 y sig.

(16) Triepel, 14 y sig., 81 y sig., 125 y sig.

Jefatura en el sentido que aquí damos a esta palabra, es una aspiración al poder, es efecto de la voluntad superior de dirigir a otros, mientras que soberanía es un poder efectivo que somete la ajena voluntad con la amenaza de aplicar la fuerza. Conducción o dirección no es lo mismo que soberanía. El soberano tiene un poder y unos súbditos; el conductor posee una autoridad y unos prosélitos o adeptos, los cuales se unen a él por el convencimiento que tienen de la superior valía del jefe. El conductor no manda, sino que actúa con el ejemplo de su conducta (17). No ostenta cargo alguno concreto que le haya sido conferido. Es él mismo quien se lo crea. El conductor no puede crear ni impedir una ley (18). El tránsito de caudillaje a soberanía es fluido y sutil. El conductor puede llegar a ser soberano o conseguir la soberanía además del caudillaje (19). El caudillo hará un uso prudente de su poder de decisión personal. El caudillaje es como Triepel dice un «poder frenado».

El Nacional-socialismo se apropió esta teoría en lo esencial. Lo que hizo de ella prácticamente no nos interesa aquí (20.) Más interesante es para nosotros la observación de que la literatura germánica más reciente muestra inclinación a hacer del caudillaje una institución germánica o indogermánica, imprimiendo en ella un cierto carácter racial. Se ha descubierto que el rey alemán era un caudillo (21). Con este

(17) Triepel, 23 y sig., 32 y sig., 34 y sig., 38 y sig., 40 y sig.

(18) Triepel, 47 y sig., 54 y sig.

(19) Recuérdese que Hitler fué al mismo tiempo Führer (conductor) y Canciller del imperio. Vid. Triepel, 42 y sig.

(20) Vid., por ejemplo, Höhn, *Führung und Verwaltung*, en Frank, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 67 y sig., *Deutsche Rechtswissenschaft*, III (1938), 327 y sig., el cual siguiendo esta doctrina niega a la administración el carácter propio de la jefatura porque ésta presupone poder de mando y súbditos, pero añade que la jefatura o *Führertum* es la forma del Nacional-socialismo contra el parlamentarismo. De hecho se habla de efectividad del principio de la jefatura cuando las corporaciones que tienen una función o poder decisivos pasan a desempeñar la misión de asesoras del jefe, incluso en materias propias de la administración, las cuales no entran en la misión propia del conductor o jefe.

(21) Por la obra de H. Meyer, *Das Wesen des Führertums in der germanischen Verfassungsgeschichte* (1938), sabemos que la jefatura o caudillaje,

principio del caudillaje se relacionan las noticias debidas a Stengel (22) y consignadas por vez primera en la literatura histórica alemana, que se refieren a los siglos IX al XII, según las cuales, los reyes ingleses y españoles se adjudicaban el título de *imperator* por el poder de mando que tenían sobre otros reinos, los cuales, a pesar de su indudable autonomía, eran, al mismo tiempo, dependientes (23). No es oportuno ahora en-

lo mismo que le realeza, se originó en la religión y el culto de los antepasados. El rey, como jefe de la estirpe real, reúne en su persona el mágico poder de sus grandes antepasados, posee el carisma real, por cuya virtud consigue la adhesión y sumisión de otras estirpes, adhesión y sumisión que ha de ganar en cada instante y merecerlas por sus gestas y por sus actos en favor de la comunidad. Por eso la realeza germánica no es un mero poder de constreñimiento sobre los súbditos. El gran rey, con poder sobre los demás reyes, fué posible en el cristianismo por la sublimación de este poder carismático en Cristo, el cual, dicho sea de paso, fué considerado como rey del ejército germánico (págs. 18 y sig., 20 y sig. y 28 y sig.).

(22) En el libro titulado *Den Kaiser macht das Heer* (1910), 16 y con más detalle en el artículo «*Kaisertitel und Suveränitätsidee*» *Deutsches Archiv f. Gesch. d. Mittelalters*, III (1939), 3 y sig. No es admisible influjo nacional-socialista en el primer trabajo, pero es evidente en los restantes. Vid. Triepel, 502, 505 y sig.

(23) No puede negarse que el fundamento que para este concepto ha señalado Stengel en las fuentes, resulta endeble si se le compara con el abundante número de fehacientes testimonios en favor del imperio occidental romano-cristiano. Por otra parte el concepto de hegemonía no es en modo alguno específicamente germánico. Vid. supra, pág. 93, nota 50.

Más difícil resulta estimar en su justo valor la noticia de Widukind de Corvey (*Rerum gest. Saxoniarum libri III*, c. 29, ed. Hirsch), que escribió posteriormente a la coronación de Oton I (962). Este autor nos dice que Oton I, después de la batalla de Lechfelde *triumpho celebri rex factus gloriosus ab exercitu pater patriae imperatorque appellatus est*. Se invoca este texto como prueba de la fundación de un imperio germánico libre de Roma; Hirsch, en cambio (*Deutsches Königtum und röm. Kaisertum* (Osterreich. Erbe und Sendung im deutschen Raum editado por Nadler y v. Srbik), 47, no lo tiene por fidedigno. Es evidente que Widukind tenía presente al escribir el modelo romano de la aclamación triunfal. Tal vez por las cartas de San Jerónimo le era conocida la frase: *exercitus imperatorem facit* (Stengel, 9 y sig.), la cual posiblemente contiene un elemento germánico. Desde fines del siglo III sucedió que para conferir la dignidad imperial romana era incluso jurídicamente decisivo el requisito de la aclamación por el ejército, lo que equivalía a la obtención del poder de hecho. Como en esta época, y todavía más en el siglo IV, los germanos, son admitidos en número cada día mayor en el ejército romano,

trar en el examen de la cuestión de si este imperio «libre de Roma», y germánico, por tanto, derivase hacia una especie de hegemonía (24). No se trata de una hegemonía «distensa y mecánica» ni tampoco de una soberanía que implique poder físico y sumisión (25). El concepto de este caudillaje germánico-nórdico es muy oscuro, con oscuridad en la que sólo los elegidos pueden penetrar. Y como por mis venas no circula sangre nórdica, y por ello corro el peligro de incidir en graves errores, creo preferible, por imperativo de objetividad, conceder aquí la palabra a los más destacados defensores de estas teorías, con lo que nos será dable, además, advertir la peculiaridad de su estilo.

Así, por ejemplo, escribe Schüssler, loc. cit., pág. 5 y siguiente: «Imperio equivale a Alemania como potencia rectora y ordenadora en el continente, como lo fué en la época imperial de la Edad Media. La palabra imperio denota un concepto que supera los límites del Estado y significa integración de elementos muy diversos en una unidad superior; significa jerarquía, significa dirección por los alemanes y una misión que el Estado por sí solo no puede realizar... Imperio es responsabilidad alemana por la dirección y ordenación del occidente». En el mismo sentido nota Ganzer, 39: «La idea imperial se reduce en esencia a la primitiva realidad del sistema germánico de la conducción o dirección; pág. 52: «El núcleo

es verosímil que éstos se sirvieran para aclamar al emperador de formas que les eran conocidas y usuales, ya para la proclamación de un duque o jefe de su ejército. De aquí también el acto de la *Schilderhebung*, esto es, el levantar sobre el escudo, que penetró incluso en el antiguo ceremonial bizantino de la corte. Vid. Treitinger, *Die oström. Kaiser-und Reichsidee* (Diss. München, 1938), 16 y sig.

La noticia dada por Widukind no ha sido aclarada y temo que continúe siendo un enigma por mucho tiempo. Presunciones solamente en Stengel, 25 y siguiente; Westphal, 246, 260. De todos modos no es por sí sola suficiente para servir de soporte a la idea de un imperio germánico. Lo que pudiera llamarse imperio nacional alemán, la posición del rey alemán elegido, son cosas distintas y muy posteriores. Vid. supra, pág. 46.

(24) Triepel, 409, el cual añade con razón que la esencia y la eficacia de la hegemonía imperial sólo es comprensible relacionando ésta con la hegemonía del pontificado.

(25) Ganzer, loc. cit., 57, 63.

germánico, en virtud de su alta potencia política como centro determinante, organiza a su alrededor un grupo de espacios de distinta configuración en una comunidad política; en esta comunidad, la dirección alemana y la peculiaridad de los demás pueblos se jerarquizan de modo orgánico y equilibrado» (26); pág. 57: «Nunca hubiera conseguido el poder sin más, en la Edad Media, someter a la ley alemana una parte de la tierra. Lo que forzó a aceptar y reconocer la dirección alemana fué un sentimiento primitivo, basado en motivos míticos, de que el pueblo central posee la fuerza necesaria para mover el mundo y para asumir grandes decisiones con plena responsabilidad»; pág. 74: «en la esencia del pueblo alemán hallamos una serie de actitudes que le distinguen de los demás pueblos. Posee una fuerza política, una capacidad de ordenación, por cuya virtud conjuga la sujeción con la libertad, la dirección con la autonomía individual, con gran acierto y equilibrio. Ha escalado, en cuanto al sentido de responsabilidad, cimas que los demás pueblos jamás han alcanzado»; pág. 78 (27): Si el pueblo alemán se cree llamado a dirigir, ello es producto de un supuesto natural, a saber, el valor biológico, histórico y cultural que desde un milenio ha manifestado nuestro pueblo» (28). En Westphal se acusa más el pensamiento racista: «Dirección significa que la raza superior no conoce, como las inferiores, odios racistas, sino que agrupa y jerarquiza las razas de tal suerte que atribuye a las más fuertes y sanas, el derecho de dirigir los pueblos».

Un segundo principio que tuvo mucho juego en la teoría del *Reich* alemán, y que aparece envuelto en misteriosas nebulosidades, es el principio germánico de la continuidad. Aparece por primera vez formulado en un libro de O. Höfler (29).

(26) Las acotaciones en las siguientes citas son del autor.

(27) Coincide casi literalmente, Torsten, 49, 162 y sig., 165 y sig., núm. 3. Se trata de ideas propias de Hitler. Vid. Rauschning, *Hitler m'a dit*, 145 y siguiente.

(28) Tal es la idea que yace en la «misión» alemana, cuyos orígenes no han sido hallados por Ganzer ni podemos averiguar aquí. Vid. la bibliografía antes citada, pág. 55, nota 6.

(29) *Das germanische Kontinuitätsproblem in den Schriften des Reichsinstituts für Gesch. d. neuen Deutschland*, 1937, especialmente 12 y sig., 28. Vid., además, H. Meyer, *Germ. Führertum*, 25 y sig.

Este autor ha demostrado que entre las insignias imperiales, la lanza, como símbolo de la soberanía, se remonta a las más antiguas representaciones germánicas. Era el símbolo del nórdico rey de los dioses Odin, ostentado más tarde por los reyes germánicos que se creían descendientes de las divinidades. Fué como un atributo, representativo de la soberanía, que luego se adornó con los clavos de la cruz de Cristo. Tras la vestidura cristiana se advertía, sin embargo, la presencia de la idea germánica. Esto es exacto. Höfler hubiera podido añadir que la lanza es símbolo de la personalidad, y como tal está dotada de un poder mágico, o como se dice en la germanística, de una virtualidad salvadora, divina y real (30), que se transmite al sucesor. Estas representaciones son germánicas, pero las hallamos vigentes en todas partes (31); no son, por tanto, específicamente germanas, aunque sí muy primitivas (32). Esta virtud salvadora o salutífera, puede ir aneja a determinadas personas, familias, estirpes (33) llamados al desempeño de funciones públicas.

De este modo resulta el concepto germánico de *stirps regia*, derivada de los mismos dioses, la cual, por razón de su «noble sangre», proporciona los reyes elegidos de su seno (34), lo que constituye algo esencialmente distinto de la monarquía here-

(30) Grönbech, *Kultur und Religion d. Germanen*, II, 7 y sig. 16, obra de un sabio danés que apareció en 1909-1912 con el título *Vor Folkeaaet in Oldtiden* y luego en edición ampliada en lengua inglesa con el de *The culture of the Teutons* (1928-31) y que ejerció gran influencia en la investigación alemana. En 1937-39 apareció la traducción alemana de Hoffmeyer que utilizo para las citas que hago.

(31) Me remito a una conferencia que sobre los signos de la personalidad di el año 1942 en la Academia prusiana (Información sobre ella en *Forschungen u. Fortschritt*, XVIII, 1942, Nr. 25/26, 246 y sig., y en *Jahrbuch d. preuss. Akademie*, 1942), y que todavía aguarda una reelaboración.

(32) También el culto de las reliquias se basa en la idea de que los santos y su poder de operar milagros están presentes en sus propias reliquias. En los clavos de la cruz de Cristo, de la lanza imperial, está también Cristo. Son representaciones e ideas comunes que proceden de concepciones y ambientes muy distintos. Así los signos de soberanía paganos se cristianizan.

(33) Grönbech, I, 105 y sig. 108 y sig.

(34) Vid. H. Mitteis, *Die deutsche Königswahl* (1944), 28 y sig. 30 y siguiente, 45 y sig., y, además, Torsten, 9 y sig., 20.

ditaria. Estas primitivas concepciones han inspirado largo tiempo, como manifestaciones del principio, o más bien problema de la continuidad, la elección de los reyes (35). La elección por el pueblo, y más tarde por la nobleza, con tendencia a restringir progresivamente el círculo de los electores, no tenía lugar por el sistema de mayoría de votos emitidos, sino mediante un procedimiento no ordenado jurídicamente y consistente en una manifestación de la mayoría, a la cual la minoría se incorporaba o adhería sucesivamente (36). Es también un caso que puede incluirse en el problema de la continuidad germánica, el del parlamento nacional-socialista, cuyos acuerdos habían de ser adoptados por «unanimidad». Tal vez no sea esta la palabra precisa ya que este concepto está en función de su contradictorio. Del mismo modo que sólo tiene sentido hablar de un canto unánime, cuando se dan varias voces, esto es, una verdadera polifonía, así también el concepto de acuerdo unánime depende de la posibilidad de una decisión mayoritaria. Y esta no fué jamás intentada en el Parlamento nacional-socialista. La falta de un mecanismo de votación es característica de las primitivas asambleas políticas, las cuales expresan su voluntad de modo muy distinto (37). En el sis-

(35) Adi H. Mitteis, 15. La afirmación de E. Schmidt, 41 de que los reyes alemanes creyeron hasta la época de los Staufén que eran descendientes de Wotan, necesita de una revisión.

(36) De aquí que no se diese un acto electoral unitario sino que hubo más bien una elección que podía demorarse varios años cuando se quería ganar, entre tanto, los votos de los disidentes. H. Mitteis, 55. Ni siquiera la sabiduría de los Electores de Rens (1338) da paso al sistema mayoritario de elección. Vid. Mitteis, 216.

(37) El chocar las armas (vápnatak) los germanos del norte, la aclamación u otras manifestaciones ruidosas de los antiguos comicios curiados de Roma (vid. Beseler, *Röm. germanisches Frührecht*, en *Conferenze romanistiche tenute all'Università di Pavia* (1939), 25 y sig.; Koschaker, *Ztschr. Sav. Stift. rom. Abt.*, 63 (1943), 449 y sig. La adhesión puede manifestarse mediante fórmulas diversas como la de *apat esdu* «así debe ser», propia de las asambleas de nobles de los hetitas (pankus), con que se expresa la conformidad a las declaraciones y propuestas hechas por el rey (vid. Falkenstein-Sommer, *Die hethitisch-akkadische Bilingue des Hattusili I Abhandl. d. Bayer. Akad. phil. hist. Kl. Nueva serie*, XVI, 1938, 177) y quien desee penetrar en la historia de la expresión hebrea *amen*, descubrirá, sin duda, sorprendentes parale-

tema de mayorías, la mayoría se compone de una serie de votos individuales que tienen la misma significación e idéntico sentido. Frente a esta mayoría hay una minoría. Este sistema es netamente individualista, con lo que no se excluye, naturalmente, el que cada votante resulte influenciado por factores psicológicos producidos por la actitud de la masa. Por el contrario, en el primer sistema, el individuo es absorbido completamente en la masa. No hay discrepantes ni minorías, sino una decisión unánime de la masa, la cual puede ser contraria a la propuesta y manifestarse por un murmullo u otra actitud semejante (38). El último sistema nos parece el más primitivo conforme a nuestras concepciones y de hecho es en todas partes el más antiguo.

Estos ejemplos bastan para aclarar el problema de la continuidad germánica (39). El secreto que parece circundar este problema, se disipa al dedicarla una mayor atención. Por de pronto no es específicamente germánico y se puede aplicar aquí el conocido dicho francés : «Grattez le russe, et il ap-

lismos. Las aclamaciones que motiva la aparición en público de los reyes bizantinos, las cuales perviven más tarde en los *laudes* de los romanos en el acto de la coronación imperial, tiene carácter litúrgico. Trátase de coros recitados, un medio que la propaganda nacional-socialista, en las asambleas de las masas, utilizó frecuentemente empleándolo como forma de manifestar la adhesión.

(38) En este punto se da una notable diferencia en relación con el Parlamento alemán. A los representantes populares en el Estado de Adolfo Hítler, a diferencia de lo que ocurría con los antiguos germanos, les estaba prohibido el murmullo de desaprobación. Por lo menos jamás fué usado.

(39) Debemos aludir aquí a las geniales ideas de Mussolini y de Hítler de uniformar a sus partidarios. Dado el entusiasmo que el alemán siente por el uniforme, tal idea procuró más partidarios que el programa del partido. La intención a que la idea ésta responde no es la de dar a conocer externamente a los partidarios, sino otra muy distinta. El vestido es un signo de la personalidad y el cambio de vestido implica un cambio en la personalidad, el renacer de ésta en una esfera superior. El militarismo alemán ha operado con este pensamiento, cuando enseñaba a los reclutas que al ingresar en filas éstos vestían la levita del emperador o del rey, con lo que se quería darles a entender que desde aquel momento eran hombres de un orden más elevado. Es el mismo pensamiento que inspira el monacato en todos los tiempos y que pertenece al patrimonio ideal del hombre en la tierra, incluso en las épocas más remotas. Vid. mi artículo citado en la págs. 453, nota 31.

paraitra le tataré». Pero esto no ocurre solamente con los rusos, pues todo hombre posee un caudal ideológico heredado de sus más remotos antepasados, un patrimonio o complejo de ideas primitivas, las cuales perviven precisamente por su primitivismo, ideas que se entremezclan con otras progresivas, las cuales actúan como freno de las anteriores, pero sin que puedan impedir que en determinados momentos y períodos más o menos largos irrumpa y se imponga ese acervo de ideas antiquísimas (40). Los escritores nacional-socialistas han hecho del principio de la continuidad el principio constructivo de su teoría del imperio, el cual combinado con el de la conducción o jefatura les ha permitido concebir la historia del pueblo alemán desde sus comienzos hasta el advenimiento de Adolfo Hitler, como un desenvolvimiento completo de ideas germánicas, como un enlace perfecto entre Wotan e Hitler.

No puede negarse que durante este milenio los germanos, y los alemanes más tarde, han sufrido influjos extraños, y uno de éstos más decisivamente determinante de la idea imperial, según la investigación más antigua, fué, sin duda, el influjo romano-cristiano, sin que con ello se excluyan, naturalmente, otras influencias de tipo germánico (41). Es interesante consignar cómo aborda y trata este problema, el nacional-socialismo.

a) Combate estos influjos, especialmente el del universalismo romano cristiano en todas sus formas, considerado como enemigo de la concepción germánica del Estado y del Derecho, la cual lucha contra esa concepción universal, exótica, que representan Roma y las razas inferiores mediterráneas, y que ha conducido a una teocracia asiático-semítica cuya representación es el papado. El concepto de imperio que hallamos en esta concepción es el de un *imperium christianum*, y como tal, judío, y al mismo tiempo, democrático (42). Estas fuerzas extrañas han

(40) Rauschnig ha observado con acierto el revivir en Hitler de ideas primitivas, 287.

(41) Vid. supra, pág. 54, lo dicho para caracterizar el imperio de Carlomagno.

(42) Vid. E. Schmidt, 23, 24; Torsten, 9 y sig.; Westphal, I, 23, 172 y siguiente, 282, 284, 304.

conseguido quebrar en ciertos momentos la línea de desarrollo germánico y hacer que influyesen en la concepción germánica del imperio, ideas y concepciones mediterráneas. Así, por ejemplo, en la famosa cuestión de las Investiduras, en tiempos de los Staufen, y sobre todo de los Habsburgos, no dejó de influir muy decisivamente la circunstancia de que ambas dinastías radicasen en el sudoeste alemán (43). El sur y oeste de Alemania han sido más sumisas al influjo de las tendencias universalistas romano-cristianas de más allá de los Alpes y del Rhin, que la parte norte, y en cuanto al poder de plasmación política, también aquellas regiones quedan muy por debajo de esta última, *del regnum teutonicum* del emperador sajón, de la colonización alemana y de la reforma (44). Pero, no obstante esto, la sustancia germánica supo mantenerse y manifestarse victoriosamente con el Nacional-socialismo, bajo cuyo régimen, la teocracia papal perdió su juego y el genio del universalismo quedó derrotado (45).

La alianza germano-italiana deparó no pequeñas dificultades. El fascismo luchaba por un *impero mediterraneo*, y de su ideología procedían esos influjos «infraraciales» tan vitandos para el nacional-socialismo. Las dificultades fueron superadas entrando Roma a inordinarse en el eje norte-sur de la lucha contra el espíritu destructor de las razas inferiores y atribuyéndose por otra parte al fascismo origen germánico (46).

b) Otras veces consideran intrascendentes estos influjos. Ganzer 16, habla de la frecuente referencia al *imperium* romano que hacen las fuentes alemanas y observa que estas referencias revelan una conciencia de que con la invocación de la antigua forma imperial se pueda conseguir con las propias fuerzas la creación de una forma política semejante. Según Schüsler 7,

(43) Como contricantes y representantes de la idea germánica del imperio aparecen de una parte Enrique el león, y de otra, Prusia bajo los Hohenzollern. Vid. Westphal, 73.

(44) Torsten, 45, 70, 93, 111 y sig., 121 y sig.; Schmidt 58; Westphal, I, 228, 354, 456, 538, 588, 590 y sig.

(45) Torsten, 163; Westphal, I, 23, 401.

(46) Estas ideas son las que hallamos en el libro de Westphal (vid. pág. 23, 51, 355, 401, 475), el cual en la pág. 189 habla de «una secreta cooperación de energías romanas y germánicas» bajo la que se oculta «la idea indogermánica». Origen germánico del fascismo: Schmidt, 68. Queda reservado a los italianos la tarea de combatir este origen.

Europa es un resultado del encuentro de romanismo y germanismo. De estos dos factores, el primero representa el elemento medioeval y el segundo el elemento propiamente europeo. Esta afirmación es incomprensible. Europa no es exclusivamente el elemento germánico, sino la mezcla de los elementos románico y germánico. Ciertamente es únicamente que la población europea, por efecto de las migraciones de pueblos, recibió en el occidente, y en la misma Italia, una fuerte dosis de sangre germánica. Sin embargo, en el orden espiritual y cultural, predomina largo tiempo el influjo romano cristiano, el cual mantuvo unidos a los pueblos de Europa con mucha más eficacia con que pudo conseguirlo, la conciencia apenas existente, de la común ascendencia germánica. De la mezcla de sangre de las estirpes germánicas con la población aborígen y de los factores culturales, procede toda una serie de naciones europeas, cuya relación con el germanismo, es juzgada por ellas de modo muy distinto a como la juzgan los alemanes, sin que éstos puedan pretender imponer a los demás su propio criterio. Y esto es lo que ha ocurrido precisamente con el nacional-socialismo. Se intentó regermanizar Europa (47). Pero para esta empresa no se disponía de fuerzas bastantes, ni eran adecuados los métodos que se empleaban. Sin embargo en cuanto a la intención, no puede haber duda alguna. En los partes oficiales de guerra se llamaba «Germanos» a los voluntarios que luchaban al lado de Alemania, ya fueran éstos franceses, españoles o belgas. Veamos lo que dice a este propósito E. Schmidt, 68: «Hitler ha polarizado todo el poder del germanismo en Europa, en la lucha por la existencia que éste mantiene contra el bolchevismo judeo-asiático, y el pueblo alemán, el fascismo italiano de raíz germánica y los Estados que combaten en el campo germánico como Hungría, Eslovaquia y Croacia, las divisiones de los pueblos nórdicos y los voluntarios de España y Francia, impulsados por la conciencia de la libertad de los viejos pueblos francos, han respondido a su llamamiento».

(47) Estas ideas influyeron también en los autores nacional-socialistas. En el año 1942 —el artículo apareció en el año siguiente bajo el título *Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts*, en *Ztschr. Sav. Stift. germ. Abt.*, 63, 137 y sig.— escribía H. Mitteis: «Francia está llamada a ser un factor del orden europeo determinado por la idea del imperio germánico» y expresaba, además, el deseo de que «la vida estatal y popular allí se estructure sobre fundamentos germánicos».

c) Incluso se ha tratado de germanizar, siguiendo una tendencia que se advierte en otros sectores de la ciencia alemana (48) estos mismos influjos. Y así, del *rex et sacerdos* bíblico cristiano, se ha pretendido hacer un rey sacerdote germánico, y Torsten observa que la mayor parte de las ideas romano-cris-

(48) Cito aquí, porque algo entiendo de ello, la historia del antiguo Oriente cuyo conocimiento debemos a excavaciones realizadas en pueblos indogermánicos —piénsese en los hetitas— las cuales han puesto de manifiesto la vida de pueblos que jugaron un papel histórico importante en el segundo milenio a. de J. C. La investigación alemana de los doce últimos años revela una tendencia muy acusada a encarecer la importancia de estos indogermanos. Su influjo es perceptible en todas las esferas; así, por ejemplo, en el arte (vid. Unger, *Altindogerm. Kulturgut in Nordmesopotamien*, 1938, *Altindogerm. Kunstempfinden*, 1939), en la técnica del armamento (carros de combate, acorazamiento o blindaje, vid. Altheim, *Die Krise der alten West*, I (1943), 22 y siguiente, y, además, Koschaker, *Orien. Lit. Ztg.*, 47 (1944), en la predilección de los asirios por los hechos de armas (v. Soden, *Der Aufstieg des Assyriens*, «*Alter Orient*», XXXVII, 1/2, 26), y sobre todo en el feudalismo (Schmökel, *Die ersten Arier im alten Orient* (1938), 4 y sig., con lo que se olvida que el feudalismo no fué conocido solamente por el occidente indogermánico, sino que es más bien una institución humana que hallamos en todos los pueblos en donde se dan determinadas condiciones sociales. Así también en el Japón. Vid. Hintze, *Wesen und Verbreitung des Feudalismus*, *Sitz. Ber. Berlin, phil. hist. Klasse*, 1929, XX —Ges. Abhandl. editado por V. Hartung, I (1941), 74 y sig.— *Welt als Geschichte*, IV (1938), 157 y sig.

En el año 1937 di en la Academia prusiana de ciencias una conferencia de carácter popular sobre Antiguo Derecho matrimonial oriental, en la que me ocupé de los sumeros, pueblo asentado en Babilonia desde los más remotos tiempos. Me llevé para consultar en la conferencia sólo algunos apuntes, y puedo jurar que de los sumeros sabía yo con certeza que no eran arios ni semitas. Al día siguiente pude leer en los periódicos que hicieron la reseña de mi conferencia, que yo había hablado del pueblo Ario, de los sumeros, lo que me acarreó algunas censuras científicas de parte de mis amigos. Los intentos de rectificación fueron infructuosos. El asunto quedó aclarado cuando más tarde leí a Nicolai, *Rasse und Recht*, 11 y sig., que ¡los hombres nórdicos llegaron a Oriente 5.000 años a. de J. C. y crearon allí la cultura de los sumeros!

Así como hay hombres que en toda mujer ven una Helena, hubieron también autores del período nacional-socialista que en cualquier oriental creían ver un ario, sobre todo si el oriental pertenecía a un pueblo creador de cultura. Si los nacional-socialistas hubieran permanecido más tiempo en el poder, se hubiera hallado seguramente algún orientalista o profesor de Antiguo Testamento que hubiera resuelto la cuestión israelita afirmando que los judíos eran en el fondo arios y nacional-socialistas. Vid. supra, pág. 236, nota 2.

tianas no son en la historia del imperio otra cosa que meras vestiduras de representaciones germánicas.

Y a fin de conocer el resultado de estos esfuerzos para hacer desaparecer del brillante escudo de Germania «estas manchas romano-cristianas», será mejor oír a los más destacados representantes de la teoría imperial del Nacional-socialismo.

Ganzer 78: El pueblo alemán «se ve puesto ante la tarea de cumplir una misión directiva, tiene que llevar a cabo una obra total que corresponde al carácter total del imperio. La futura dirección será unitaria y amplia y dará a nuestro pueblo una relevante primacía». E. Schmidt, 44: «Adolfo Hitler luego de haber conseguido por sus propias fuerzas el puesto de conductor del pueblo alemán, es el jefe no coronado del imperio indogermánico creado por él». *Torsten*, 160 y sig., 162 y sig., 164, 165 y sig. Nr. 16 y 17: «Hitler ha provocado un despertar nacional y ha inyectado un sentido racista en la conciencia de las masas. El pueblo y la persona de su conductor coinciden; la vieja idea germánica del imperio ha renacido y tiene asegurada su continuidad y su victoria sobre el universalismo mediterráneo y exótico.»

Después de haber reproducido las concepciones nacional-socialistas, conviene ahora que intentemos por nuestra parte, fijar el carácter de ese imperio nacional-socialista y de sus relaciones con el pasado. Nuestra tarea resulta tanto más fácil cuanto que no es preciso turbar el reposo del dios Wotan en su Walhall, y basta con reseñar la evolución histórico-política durante los últimos ochenta años (49).

Por la victoria de Prusia de 1866 quedó decidida la lucha por la primacía en Alemania y al mismo tiempo determinada la persona que debía dar a los alemanes la unidad política. Austria se había segregado del territorio alemán. Lo que el arte político y la moderación de Bismarck, había puesto en lugar de la liga alemana (50), no difería mucho interna ni externa-

(49) Vid. supra, pág. 29.

(50) Vid., además, v. Srbik en *Osterreich. Erbe und Sendung im deutschem Raum*, 131, *Osterreich in der deutschen Geschichte* (1936), 59 y sig., que lo señala no como continuador del antiguo imperio, sino como heredero de la idea imperial y del pensamiento del emperador, sustituyendo a Austria en su poder directivo.

mente de ésta. Hubo ciertamente un poder de la confederación, pero limitado y que no excluía la independencia de los Estados confederados. Ello era preciso desde el punto de vista de la política interior y exterior, pues la nueva confederación había probado su fuerza combativa militar en su guerra contra Francia y las tendencias centralizadoras eran observadas por las antiguas grandes potencias con evidente recelo (51), sin contar con que Bismarck conocía la situación, en el fondo peligrosa, en que el imperio se hallaba. En un punto difiere, sin embargo, la nueva creación, de la antigua liga alemana. Ni en ésta ni en la liga nord-alemana, ni en el imperio de 1871, eran los Estados confederados igualmente fuertes. Mientras en la liga alemana la oposición prusiano-austríaca impidió el desarrollo de las fuerzas propias de los dos Estados más poderosos de la Liga, en la nueva creación fué Prusia, después de la secesión de Austria, el Estado más fuerte de la confederación, y el que había de obtener una posición hegemónica dentro de ésta. Si la economía y la política de gran potencia que Alemania debía desplegar imponían una unificación de fuerzas y un robustecimiento de los poderes de la confederación, todo ello favorecía a Prusia, pues era inevitable la formación de un Estado unitario con sello prusiano, resultado éste que se fué produciendo lentamente y sin que los contemporáneos tuvieran apenas conciencia de la transformación operada (52). Se manifiesta, sin embargo, en el nuevo sentimiento imperial, impregnado de prusianismo.

Esta evolución no es registrada con agrado en la literatura alemana y, sobre todo, la literatura política a partir de 1871, se muestra reacia a admitir una hegemonía prusiana (53). Ya la constitución de la liga nord-alemana, y más tarde la constitución de 1871, contienen determinaciones que responden claramente al designio de crear una confederación de carácter ejecutivo, emancipada de Prusia y responsable ante el Parla-

(51) Vid. Rein, 69 y sig.

(52) Vid. la exposición en Goldschmidt, *Das Reich und Preussen im Kampf um die Führung. Von Bismarck bis 1918* (1931).

(53) Vid. Triepel, 553 y sig., 556.

mento (54). Estas aspiraciones contra Prusia como potencia hegemónica se acentúan más tarde y producen el efecto de que se manifieste en Prusia una tendencia particularista, sobre todo cuando aquellas aspiraciones se intensifican concretándose en la constitución de Weimar. La fase final del proceso que estamos reseñando, es señalada por la ordenanza de 20 de julio de 1932, en cuya virtud, Prusia pasaba a estar sometida a un comisariado del imperio, lo que significaba el ocaso de la misma como Estado. Los hechos que acaecieron después que el nacional-socialismo acertó a configurar un Estado unitario con claro sentido prusiano, invitan a reflexionar. Triepel, 557, ha aludido a una hegemonía indirecta en la cual el Estado rector, como tal Estado, no dirige a los demás de la confederación, sino que tiene más bien una innegable preponderancia en la integración de ciertos órganos centrales. Lo decisivo es que Prusia, por su extensión, hace valer en todo momento el peso de su poder y de su organización (55). No es, pues, exacto decir con Schönfeld, 448, que Prusia fué absorbida por el imperio, pero tampoco sería justa la afirmación de que el imperio fué absorbido por Prusia. Prusia decayó como Estado, pero logró imprimir en el *Reich* su peculiar modo de ser, así que la fórmula: «la Prusse est morte, vive le Reich prussien», se acerca más a la verdad.

Prusia fué en realidad una de las más notables creaciones estatales (56). Los gobernantes prusianos consiguieron mediante una larga y tenaz labor educativa, fundir en una unidad sectores de población muy inconexos entre sí y heterogéneos. Los medios educativos que utilizaron para la consecución de este fin fueron la milicia y la burocracia, ejercidas ambas

(54) Para lo siguiente véase Triepel 554-577.

(55) Es notable el breve escrito de E. Jacobi, *Einheitsstaat oder Bundesstaat* (1919) en el que el autor afirma que Prusia no es una parte subordinada de un Estado unitario, sino que es este mismo Estado, y sostiene, además, que el imperio de 1871 es una prolongación de Prusia y está regido a la prusiana, y de lo dicho deduce la consecuencia que un Estado unitario alemán, solamente será posible cuando Prusia deje de existir, porque el poder imperial resulta siempre impotente frente a una Prusia cerrada y compacta (págs. 27, 28, 36). Vid. suplementos, pág. 509.

(56) Vid. Schönfeld, 477 y sig., 487 y la literatura que se cita.

con profunda conciencia del deber. El resultado fué una mentalidad estatal prusiana (57) que se imponía a los ciudadanos de Königsberg, como a los de Colonia, a los de Aquisgrán, como a los de Stettin y de Frankfurt y que era preponderante en Alemania. Esta mentalidad fué decisivamente determinante en el nuevo *Reich* (58). El imperio de 1871 pasó a ser un Estado nacional en el que la condición de nacional coincide con la de súbdito del imperio (59). Todavía perviven en Austria restos de la idea imperial (60). Entremézclanse allí ideas y concepciones de carácter universal y particular. El alemán-austriaco no sentía contradicción alguna en ser, por una parte, patriota austriaco —bien lo demostró en la primera guerra— y alentar, por otra, el deseo de pertenecer a la gran comunidad alemana. Esta doble actitud era imperial y se ajustaba a la concepción del viejo imperio y no halló comprensión alguna en el segundo *Reich* a partir de 1871. Desde entonces el austriaco fué considerado como un extranjero que hablaba un alemán

(57) Sobre las interesantes variaciones del sentimiento de Estado y de patria durante el siglo XVIII, que se desarrolla libremente por influjo de la guerra de los siete años para luego caer de nuevo en la estrecha idea de un Estado policía, vid. Höhn, *Festschr. f. Heymann* (1940), 250 y sig.

(58) Como paralelo puede servir la confederación itálica dirigida por Roma. El resultado fué que ya en los comienzos del siglo I antes de J. C. las ciudades itálicas tan distintas entre sí, nacional y culturalmente, fueron latinizándose progresivamente, y sus ciudadanos llegaron a sentirse ciudadanos de Roma.

(59) Vid. Schüssler, 49 y sig.; Müller, *Die auswärtige Politik Österreichs 1715-1866* en el volumen *Österreich*, pág. 11; v. Srbik, *Österreich in der deutschen Geschichte* (1936) 76.

(60) Ello obedecía a diversas causas. Los Habsburgos como portadores de la corona imperial alemana eran depositarios de la tradición del imperio y no desarrollaron nunca una idea austriaca del Estado de tanta fuerza y exclusivismo como fué la idea prusiana. Austria fué el poder directivo en la liga alemana, y desde 1848, con las tendencias que en ella se producen hacia la creación de pequeñas nacionalidades, vino a ser como un cuadro en miniatura de la misma Europa. Estas relaciones proporcionaban al alemán-austriaco una cierta espiritualidad occidental, aptitud para un pensamiento supranacional, para el trato con pueblos extraños, y finalmente, comprensión del panorama europeo. Vid. Srbik, *Österreich*, 126, *Österreich in der deutschen Geschichte*, 75 y siguiente.

deficiente (61), que mostraba su inferioridad por la carencia de una educación verdaderamente prusiana, y al que no se miraba con agrado por su vinculación a la doble monarquía. La antigua idea imperial fué abolida por el *Reich* de 1871 (62).

La grave derrota sufrida en la guerra mundial no sólo no interrumpió la evolución que hemos expuesto, sino que la aceleró. Y ello más que por culpa de los alemanes, por la de sus adversarios, y sobre todo por la actitud de Francia que se esforzó en conseguir que el hecho de la unidad alemana (63) fuese subestimado.

Los enormes créditos por reparaciones forzaron a una gran concentración económica a la organización de una Administración financiera del imperio. Los alemanes, sin coacciones y por natural evolución, hubieran realizado esto mismo en un plazo de treinta y cinco a cincuenta años, mientras que entonces fué todo creado en dos meses. Este fenómeno significó un gran paso hacia la unidad del Estado, la cual facilitó enormemente la ocupación del poder por el nacional-socialismo.

Visto así el problema, es indudable que Adolfo Hítler tuvo desde el imperio de 1871 hasta la constitución de Weimar, precursores que aunque no tienen con él semejanza alguna, cooperaron, sin embargo, a crear los supuestos que habían de facilitar el triunfo al Jefe del Nacional-socialismo. Por lo demás, Hítler cumplió la ley de la nueva evolución política de Alemania, según la cual todo fortalecimiento del poder im-

(61) Todavía en 1937 me refería un colega y paisano que una señora de la sociedad berlinesa había quedado muy sorprendida al oírle hablar corrientemente alemán siendo como era austríaco.

(62) Vid. Srbik en *Osterreich*, 140; Lorenz ebenda, 142, y también Rein 69.

(63) Conviene recordar que sin Napoleón, las mediatizaciones que tuvieron lugar en los comienzos del siglo XIX en los territorios alemanes del sur y del oeste, no hubieran sido concebibles. Estas al acabar con muchos territorios diminutos, prepararon el terreno para una unificación posterior. Sería ridículo hoy querer actuar de profeta, pero no resulta pretencioso predecir que cuando cesen las tendencias disolventes, favorecidas por la actual catástrofe y surja de nuevo el imperio alemán, su creación se deberá principalmente a la obra de nuestros enemigos de ayer que habrán preparado un suelo y un clima propicios. Una comunidad política de casi ochenta años como la nuestra, desde 1871, no se disuelve de la noche a la mañana.

Lo anterior fué escrito durante el verano de 1945.

perial, todo acto unificativo, orientados en un sentido prusiano, entraña un avance positivo hacia la prusianización del imperio (64). Lo que Hitler hizo es alterar el *tempo* de esta evolución. Podríamos decir que desde 1871 se camina en ella en coche de caballo, desde 1918 en ferrocarril y desde 1933 en coche de carreras (65); el mal radica en que esa evolución, que es natural y forzosa en una u otra forma, se halle determinada por el poder superior de Prusia.

Confirma lo dicho el ejemplo de Austria. En 1918, quiso de nuevo formar parte del *Reich*, a la sazón destruido, porque deseaba continuar siendo alemana y porque quería también recibir las peculiaridades e instituciones propias de la constitución alemana de entonces. Se rechazó esta aspiración y se perdió así la ocasión que se ofrecía de fortalecer el contrapeso que para Prusia hubiera supuesto, la incorporación austríaca al imperio. Cuando en 1938 se consumó la anexión, la situación había cambiado. Alemania, bajo el Nacional-socialismo era un Estado unitario con una coloración prusiana. Para Austria se trataba ahora no de ingresar como miembro de una confederación en pie de igualdad con los demás, sino de hacerse prusiana. La oposición a Prusia fué sentida por Austria más vivamente que por los demás Estados, ya que no pudo, como éstos, habituarse con el tiempo y más o menos a regañadientes, a la hegemonía prusiana. La consecuencia fué una gran decepción por parte de Austria, la cual se halla hoy completamente alejada de Alemania.

Pero ya es llegado el momento de terminar estas ligeras elucubraciones políticas. Por lo demás era necesario demostrar que la doctrina que considera el *Reich* de Hitler como una po-

(64) Cabe preguntar si la idea imperial de Adolfo Hitler, la cual pudo haber sido determinada por el ambiente austríaco de su patria de origen, no varió con la influencia prusiana, del mismo modo que el nacional-socialismo cambió sus características al ser aceptado por Prusia. En todo caso significó un auténtico poder.

(65) Influyó sin duda en esto el hecho de que Hitler se hallaba obsesionado con la idea de que su vida no bastaría para resolver los problemas que según su íntima convicción sólo él podía resolver. Vid. Rauschning, 270. Las cualidades propias del político, saber esperar y dejar que maduren los procesos de desarrollo, no fueron poseídas jamás por Hitler.

derosa resurrección del viejo imperio alemán, es una construcción oportunista que no tiene fundamento alguno en los hechos. El *Reich* nacional-socialista, fué más bien el final precipitado de una evolución, que partiendo de la estructura política de 1871 y pasando por la constitución de Weimar, terminó con un Estado unitario fuertemente prusianizado. Se habla de la Gran Alemania —la palabra procede del arsenal político austríaco—, y en realidad lo que había era una Gran Prusia. En este Estado no había ya lugar para la idea del antiguo imperio, sepultado con el de 1871. Es cierto que Prusia pertenecía al imperio, pero frente al competidor Habsburgo, portador de corona imperial, no podía hacer otra cosa que mantener una actitud de fuerte rebeldía (66). Esta idea es la que inspira la conducta de Federico el Grande, y V. Srbik (67) le ha considerado por ello, como el gran demolidor de la idea del imperio, aun cuando reconoce que al obrar así se ajustaba a la ley vital de su Estado. En 1785 Prusia está al frente de la liga de príncipes contra el emperador (68) y aun bajo la constitución de Weimar, el establecimiento de los colores de la bandera nacional, negro, rojo y oro, suscita una violenta oposición en los partidos de derecha radicados en Prusia y más tarde en los mismos nacional-socialistas, porque se quiso ver en la fijación de los mencionados colores un entronque con la vieja bandera del imperio y una reproducción de los colores de la constitución de 1848 (69).

La teoría imperial del Nacional-socialismo ha reconocido con claridad la íntima relación del Estado de Adolfo Hitler con el prusianismo, y la ha utilizado para poner de manifiesto las formas de expresión que le son peculiares.

(66) Puede servirle de antecedente la tesis sustentada por Droysen, historiador prusiano, el cual en 1871, en su *Geschichte der preussischen Politik*, sostuvo que no fué Austria, sino Prusia, la que recogió la herencia del emperador alemán de la Edad Media.

(67) Vid. Kretschmayr en el volumen *Osterreich*, 97; Huber, *Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 102 (1942), 596 y sig.; Rein, 43; Triepel, 545. La idea prusiana del Estado es por su carácter excluyente incompatible en el fondo con la antigua idea imperial. Vid. supra, pág. 463, nota 60.

(68) Vid. el volumen *Osterreich*, 127, *Osterreich in der deutschen Geschichte*, 45 y sig. 48; vid. Schüssler, 36.

(69) Feine, *Das Werden des deutschen Staates* (1936), 25 y sig.

El Estado con misión ordenadora y conductora que se realiza y concreta en el imperio de Carlomagno y de los emperadores alemanes posteriores, experimenta una degeneración en la época de las Staufer por el influjo del universalismo mediterráneo semítico-asiático, degeneración que se agudiza con los Habsburgos porque éstos niegan la vieja idea del imperio germánico y no desarrollan una política imperial. El instinto racial de los alemanes se salvó en las robustas formas de vida estatal que representan los principados territoriales del Norte (70). Sobre los supuestos creados por Federico el Grande, consiguió Bismarck resucitar la idea del imperio germánico que Hitler liberó de las ligaduras dinásticas para darle un fundamento popular y racial (71). Federico el Grande aparece, sin embargo, como modelo digno de imitación. Hitler y sus paladines eran como puede leerse en todos los periódicos de la época netamente federicianos (72).

(70) Al alemán-austríaco sirvió como símbolo de su unión al imperio y le debió doler verla tratada como «bandera de los judíos». Resulta cómico, sin embargo, comprobar que en el antiguo imperio no hubo jamás una bandera negro-rojo-oro, y que esta representación, debida en parte a los colores del uniforme de los guerrilleros de Lützow, procede de cierta asociación estudiantil alemana. Por otra parte la bandera negra-amarilla, menos querida por el alemán-austríaco por ser la bandera de los Habsburgos, era, no obstante, más idónea para ser la bandera del imperio, pues recuerda el águila negra del emperador en fondo de oro. Vid. Meyer, *Ztschr. Sav. Stift. germ. Abt.* 50 (1930), 315 y sig., 320 y sig. La antigua bandera del imperio era, como ha demostrado Meyer, 322 y sig., 326 y sig., 345, 351 la bandera roja «fuego» o «sangre», la cual se remonta probablemente a los tiempos germánicos. Vid. suplemento, pág. 510.

(71) Torsten, 121 y sig., 141 y sig., 152 y sig. Cabría preguntar cómo pudo ser que en Prusia, pueblo colonial y mezclado, prendiesen estas ideas nórdico-racistas. Según Westphal, I, 377, 420, se debe a la voluntad creadora del elemento eslavo, tan fuertemente representado en Prusia, este prematuro estatismo. Algo semejante a lo que ocurre con el elemento céltico en Francia e Inglaterra. Puede que esta aseveración sea cierta, pero ¿qué relación guarda con la idea imperial? Ciertamente que Westphal, I, 577 y sig., 641, dice que se trata de una idea imperial nacional que condujo primeramente a desprender el norte del resto de Alemania. Más exacto sería hablar de una idea nacional prusiana que en el imperio de 1871 se hizo alemana y se convirtió en una nueva idea imperial.

(72) Torsten, 156, 165, y sig. Nr. 15, 16. Vid. además, Westphal, 577, 641 y la nota anterior.

Este pensamiento, sin los arabescos que en él puso el peculiar estilo nacional-socialista, contiene, sin duda, un fondo de verdad, y permite comprender muchas cosas. Se percibe claramente, por ejemplo, la línea de enlace existente entre la hostilidad de los escritores nacional-socialistas, empeñados en realizar el principio de continuidad prusiana, contra todo influjo romano-cristiano, y la condena de la política romana del emperador alemán, formulada por históricos con mentalidad y orientación prusianas, tales como Sybel y Treitschke, los cuales con sus ideas nacional estatales no pueden tener comprensión alguna para los componentes universales del imperio. Teniendo en cuenta lo expuesto, la actitud de repulsión del Derecho romano que adopta el Nacional-socialismo, no tiene nada de extraña. No es que Prusia fuese enemiga del Derecho romano, sino que no se sentía ligada en modo alguno al Derecho imperial. El hecho de ser Savigny llamado a Berlín (1810), constituye una de esas contradicciones que se dan a menudo en la vida y que prestan a la historia un singular encanto. Con su actitud favorable al imperio (73) no podía Savigny adoptar una posición positiva respecto a Prusia (74) y al sostener que el fundamento de la formación e instrucción jurídica debía ser no el Derecho territorial prusiano (75), sino el Derecho común, procedía de modo tan «imperial» como antiprusiano. El llamamiento de Savigny pertenece a la serie de medidas con las que el Gobierno prusiano quiso restaurar el Estado, incluso en el ámbito espiritual, después de la catástrofe de Jena y Auerstädt, y no cabe duda que esta decisión gubernamental fué de las más acertadas y fructíferas. Berlín fué sede de una escuela de Derecho, cuyo cimiento era la idea imperial, idea que informaba también el trabajo de esta escuela. Este estado de cosas subsiste después de 1871, cuando cambia la contextura política de Alemania. Tales cambios se hacen más sensibles cuando aparece el Código civil. La antigua Pandectística con su actitud favorable

(73) Vid. también Rauschnig, 291.

(74) Vid. *supra*, pág. 373.

(75) Exactamente Schönfeld, 476 y sig.

al imperio y sus conceptos, pasa a la nueva ley (76) para subsistir luego y desarrollarse como teoría nacional alemana del Derecho. Evidentemente a los fuertes componentes prusianos del imperio de 1871 debe atribuirse el hecho de que los juristas alemanes careciesen de energías y de entusiasmos para aplicarse entonces al desarrollo del pensamiento nuclear de la Pandectística con medios modernos, y mantener una dogmática jurídica de carácter universal que estuviera por encima del Derecho positivo; por otra parte, el sesgo rigurosamente historicista de la romanística, contribuyó a alejar a ésta del Derecho vivo. Contra el Derecho romano había en realidad más indiferencia que odio. Si en la época del Nacional-socialismo predominó el odio, debemos lamentarlo, pero no hay que olvidar que el Estado de Adolfo Hitler no fué el sucesor del antiguo imperio, ni se sentía vinculado al Derecho imperial.

C) EFECTOS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL NACIONAL-SOCIALISMO CONTRA EL DERECHO ROMANO

En relación con la áspera condena de que el Derecho romano es objeto en el programa del partido, hay que decir que las medidas que se dictan contra el estudio de este Derecho se contienen dentro de límites modestos: reducción de los cursos sobre la materia a la mitad de tiempo aproximadamente que antes solían tener (77), y supresión del examen. Sobre el

(76) Vid. supra, pág. 381. Paralelamente a la importancia que la idea prusiana del Estado tuvo en la época nacional-socialista, se manifiesta en los nuevos tiempos una inclinación innegable a sobreestimar el Derecho territorial prusiano, actitud ésta cuyo antecedente puede verse en Gierke. Vid. Kantorowicz, *Recht und Wirtschaft*, I, 77; Schönfeld, 479; Thieme, *Die preussische Kodifikation*, *Zeitschr. Sav. Stift. germ. Abt.* 57, 355 y sig. Federico el Grande hubo de exclamar al serle entregado el proyecto: «¡demasiado grueso!». Vid. Stintzing-Landsberg, III, 1, 475.

(77) No puede desconocerse el influjo ejercido por Prusia en el Código civil alemán. Este influjo no se debe en verdad al Derecho territorial prusiano, sino a leyes singulares, las cuales fueron aceptadas como modelo, relativamente a ciertas cuestiones.

efecto de estas medidas en los estudiantes no hay estadísticas. Debieron variar estos efectos en las distintas Universidades y resultar condicionados en parte muy principal (78), por la personalidad del profesor. Por mi propia experiencia y por informaciones que debo a mis colegas sobre este hecho, puede afirmarse que los estudios romanísticos en las Universidades alemanas sufren a partir de 1934 un total derrumbamiento (79), y que los estudiantes no estudian ya Derecho romano. Los estudiantes se adhirieron al Nacional-socialismo en los primeros años, sobre todo, en gran mayoría, conocieron las invectivas dirigidas contra el Derecho romano en el programa del partido y pronto experimentaron que en sus exámenes, la ignorancia de esta disciplina era más bien signo de distinción que motivo de censura (80). Con todo no creo que hayan sido estas las causas decisivas. En efecto, si el Nacional-socialismo hubiera mostrado la misma hostilidad contra el Derecho civil o contra el penal que la que abrigó contra el romano, y lo hubiera manifestado con medidas similares a las adoptadas contra éste, y si a pesar de ellas las leyes civiles o penales hubieran continuado vigentes, me parece muy dudoso que los estudiantes hubieran desertado de las aulas en donde estas leyes se explicaban y comentaban, y ello por una consideración de carácter utilitario profesional. El contenido de los cursos de Derecho romano, por influjo evidente del neo-humanismo, ofrecía un fuerte carácter histórico y la ordenación de estudios de 1935 al conservar esta dirección historicista y prescribirla para los estudios germanísticos, se mostró respetuosa con la tendencia neohumanística. Podríamos aducir una serie de motivos por los cuales este progresivo histori-

(78) El profesor puede, si lo desea, explicar lecciones de carácter voluntario, pero teniendo en cuenta las depresivas experiencias de los cursos, probablemente no las explicará.

(79) En Leipzig, donde yo profesaba en 1936, decayó la frecuencia de las lecciones romanísticas a partir de 1933, pero con todo se mantuvo esta decadencia dentro de límites bastante moderados. En Berlín, en cambio, posteriormente, puede decirse que expliqué Derecho romano solamente para extranjeros.

(80) Lo mismo puede decirse de Austria después de la anexión. Vid. Schönbauer, *Festschr. Koschaker*, II, 387.

cismo de los estudios romanísticos (81) ha contribuido a convertirlos en cosa extraña para el estudiante alemán del Derecho (82). Una reflexión sobre los fundamentos espirituales de la teoría del Derecho daría mayor fuerza a esos motivos. Y aun en otros aspectos resultaría útil, por cuanto contribuiría a eliminar oscuridades sembradas por la tendencia de Savigny y de su escuela a atribuir carácter científico a cualquiera ocupación que tenga el Derecho por objeto. Ciencia en el sentido de la concepción moderna es toda investigación de la verdad independientemente del fin que persiga y libre de cualquier autoritarismo.

(81) No se debe sobrevalorar la importancia del examen como medio protector del Derecho romano durante los años que preceden a 1934. Yo por mí sé decir que con una experiencia de más de veinte años de enseñanza en Leipzig, y a pesar de ser esta ciudad desde antiguo muy favorable al Derecho romano, no recuerdo caso alguno de reprobación de un candidato por desconocimiento de esta disciplina, ni tampoco de obtención, por tal motivo, de censura desfavorable.

(82) Vid. *supra*, pág. 432.

(83) Por lo demás en Francia y en Inglaterra, a pesar de subsistir la obligatoriedad del examen, se escuchan las mismas lamentaciones sobre la falta de interés en los estudiantes por el Derecho romano. Vid. Koschaker, 69 y siguiente.

CAPITULO XVIII

LA CRISIS DEL DERECHO ROMANO

A) EMPLAZAMIENTO DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS
EN LA CIENCIA. LA CRISIS DEL DERECHO ROMANO

EL jurista Celso, del siglo II d. de J. C., define el *ius* en el D. I, I, I como *ars boni et aequi*, y se refiere en esta definición al Derecho de juristas. De hecho, la aplicación y creación del Derecho, tanto escrito como no escrito —conformándose al lenguaje romanístico (1), debería hablar de jurisprudencia—, no es ciencia sino arte; un arte en cuyo cultivo se aprovechan los resultados de la investigación científica de carácter histórico-jurídico, sociológico, psicológico, etc. Pero el arte tiene también sus reglas, las cuales con el transcurso del tiempo se enseñan y aprenden respectivamente por maestros y aprendices. Tratándose del arte de la jurisprudencia, tales reglas son más tarde objeto o materia de una ordenada enseñanza en las Escuelas de Derecho, la cual ofrece durante largo tiempo —piénsese en los *Inns of Court* ingleses— un carácter marcadamente práctico (adiestramiento en el arte del informe forense, redacción de contratos, conocimiento de los *exempla*). El paso de la enseñanza del Derecho a las Universidades es un fenómeno típicamente medioeval, determinado por los Derechos romano y canónico, los cuales, por las dificultades que su conocimiento entraña, por la docta lengua en que se hallan escritas sus fuentes, por su extensión y complejidad que exigen la consagración de toda una vida, requieren un ambiente profesoral. En lo que se refiere al Derecho romano, sabido es que entre los comentaristas se desarrolló una especie de sistema jurídico doctrinal y pudiera tal vez pensarse, que esta sistemática representa como una forma más o menos

(1) Vid. *supra*, pág. 302.

rudimentaria de exposición científica del Derecho. La cuestión no puede decidirse con un sí o un no rotundos. Precisa distinguir. Si nos atenemos al moderno concepto de la ciencia, esta dogmática jurídica, que desde los comentaristas constituye como el germen de la enseñanza del Derecho en las Universidades, no es ciencia, porque no se propone el descubrimiento de la verdad, sino que recibe de modo autoritario la materia jurídica que habrá de comprender y de ordenar (2). Esto es escolástica en el sentido medioeval, y escolástica ha continuado siendo hasta nuestros días la sistemática propia de la dogmática jurídica. Esta dogmática supone un Derecho válido, el cual rige y subsiste *ex auctoritate*, pues nadie estudia dogmáticamente un Derecho en cuya autoridad no cree (3). De aquí el parentesco de los juristas con los teólogos.

Las consideraciones hechas en el texto llevaron a Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I, II (1932-36) a sostener la tesis que inspira el título de su libro. El negar a la teoría del Derecho, especialmente a la dogmática jurídica el carácter de ciencia en la acepción moderna de esta palabra, más que censura implica una tautología. Lundstedt, I, 260 y sig., no opone reparo alguno a que el juez aplique los conceptos jurídicos tradicionales. Estos conceptos —Derecho, deber, propiedad, obligación—, son conceptos metafísicos carentes de realidad. Lo que hay de real en ellos, son impulsos, instintos, mecanismos jurídicos como los llama Lundstedt, los cuales en determinadas situaciones, hacen que el hombre observe una cierta conducta. La investigación de este trasfondo del concepto jurídico, es tarea propia de una sociología del Derecho cuyo carácter científico no es posible negar. Ahora bien, ¿se puede admitir que los conceptos jurídicos son pura metafísica y construcciones ajenas a la realidad como Lundstedt, I, 19, 69, piensa?

(2) A lo sumo, la Dogmática jurídica podría ser estimada como ciencia, sólo en cuanto que el orden y el sistema son elementos necesarios en toda ciencia aunque de carácter accesorio.

(3) Lo que se dice en el texto no entraña subestimación de las disciplinas jurídicas. Esta sólo es posible, en relación con otras semejantes, no respecto a las que son diferentes. No entramos en discusión con quienes atribuyen a la palabra «escolástica» un significado de «palabra ofensiva».

Tal vez su pensamiento sea cierto en relación con algunos de estos conceptos. Sin embargo, es indudable que de entre ellos, los más importantes, los hallamos en los más dispares sistemas jurídicos de todos los tiempos, de modo ciertamente imperfecto, referidos a lo concreto —sólo sistemas jurídicos de perfección relativamente elevada poseen la propiedad como concepto institucional—, y aunque no precisamente formulados, son supuestos funcionales de las organizaciones jurídicas. Por esta razón tales conceptos, no sus fundamentos sociológicos, son usados por los juristas como instrumentos necesarios y poseen una realidad espiritual, si no física.

Escolástica, como la sistemática dogmática del Derecho, es la ciencia en la Edad Media. Lo que da carácter científico a la ciencia del Derecho es su unidad. Esta unidad se rompió por el Humanismo el cual llevó a la doctrina del Derecho, especialmente en lo que se refiere a la historia de éste, el moderno concepto de ciencia. El Derecho natural procedía de la filosofía. Se produjo así, en orden a las disciplinas propias de las Facultades de Derecho, una tensión que todavía subsiste (4). Savigny y sus partidarios pretendieron superarla dando a la dogmática carácter científico, construyéndola sobre la historia del Derecho. Esto condujo a una saludable conexión de ambas disciplinas, aun cuando exigiera, por la fundamental diversidad de ambas, sacrificios de una y otra parte. Desde la escuela histórica, data el frecuente uso de la expresión ciencia del Derecho y sus múltiples derivados, que ha dado lugar a no pequeñas confusiones (5). La

(4) En la conducta observada por las Academias científicas se revela claramente el propósito de no elegir miembros a juristas dogmáticos del mismo modo que tales academias no eligen a los teólogos dogmáticos o médicos clínicos. Lo hacía notar ya Windscheid en su discurso rectoral de Leipzig, titulado «Recht und Rechtswissenschaft» (1884), 24 no sin contrariedad, pues si bien Windscheid era un dogmático del Derecho, como auténtico representante de la Escuela histórica, era más aún profesor.

(5) A esto responde también la denominación de «Facultades de ciencia del Derecho», la cual, al acentuar el carácter dogmático jurídico de estos estudios facultativos, induce a error. Más apropiada resulta la expresión Facultad de Derecho usada por los franceses (faculté de droit) o Facultad jurídica (los italianos las llaman Facoltà di giurisprudenza). Los americanos las denominan fundadamente law-school (Columbia, Harvard law school).

doctrina del Derecho como la teología, se apoya en un concepto doble de ciencia. Su núcleo germinal, la dogmática, es escolástica. Alrededor de la dogmática han aparecido con el transcurso del tiempo, una serie de disciplinas accesorias que reúnen los requisitos propios de la moderna ciencia. La romanística se halla, por decirlo así, como enquistada en el núcleo dogmático-escolástico. La Escuela histórica intentó insertar en este núcleo, la historia del Derecho y lo consiguió parcialmente. La dirección neohumanística extrajo la romanística del núcleo escolástico y la llevó al campo de la historia del Derecho, y si bien por una parte la elevó a la dignidad de ciencia en la moderna significación de esta palabra, por otra como elemento que es de la teoría o ciencia del Derecho, la desnaturalizó. Conforme a esta tendencia neohumanística deben estudiarse el Derecho egipcio antiguo y los antiguos Derechos orientales, la ley de Manu y el Derecho de los aztecas, así como el arcaico Derecho privado griego. No debe, en cambio, estudiarse la teoría griega del Estado por la única razón de que esta teoría pervive en la moderna teoría estatal. Lo mismo puede decirse del Derecho romano privado, cuya significación cultural radica en su validez práctica y en su influjo sobre la teoría del Derecho vigente. Por esta razón figuran el Derecho romano y el alemán o germánico en el cuadro de las disciplinas jurídicas. Estas, por la importancia que el Derecho tiene para la vida, habrán de ser orientadas en una dirección práctica. El ideal de la Universidad alemana de introducir a los estudiantes en la zona del pensamiento científico, sólo con limitaciones puede conseguirse en lo que atañe a las Facultades de Derecho. Dichas Facultades tendrán un carácter más o menos pronunciado de Escuelas de Derecho, en las cuales los juristas, aunque no sean formados prácticamente, adquirirán la preformación necesaria para ejercer luego la profesión que escojan. Para esto y no para ser sabios e investigadores elige un 99 por 100 de nuestros estudiantes la carrera de Derecho. Como Escuelas jurídicas, las Facultades de Derecho están sometidas a una ordenación —se habla con evidente eufemismo de ordenación de estudios— que les impone un plan de materias distribuidas en cursos, ordenación y plan que a algún colega de la Fa-

cultad de Filosofía ha parecido como una especie de sistema de tutela espiritual en el que profesores y estudiantes se hallan a su gusto. Podrá haber en ello exageración. No es en modo alguno preciso que esta formación previa del estudiante jurista tenga lugar en las Universidades —lo demuestra el ejemplo inglés— pero el carácter especial del Derecho romano, determinó históricamente esta exigencia de la preformación universitaria.

Las Facultades de Derecho alemanas se vieron seriamente amenazadas de perder el privilegio de formar a las generaciones de juristas, cuando siguiendo el modelo prusiano (1934-1939) fueron privadas del derecho de examen, el cual fué conferido a los prácticos. Ciertamente que conforme al §20.I de la ley que regula esta materia, de los cinco miembros que componen la comisión examinadora, dos «deben» ser profesores universitarios. Por el tono del precepto y por la circunstancia de hallarse encomendado el examen a la comisión especial, radicada en el Tribunal superior, la ley se cumplió con laxitud, o no se cumplió. Téngase en cuenta, además, que a un período de tres años de estudios universitarios —durante el cual el estudiante de Derecho no está sujeto a fiscalización alguna, ya que sólo al final de éste ha de sufrir un examen en el que acredite el aprovechamiento con que haya cursado sus estudios— ha de añadirse otro también de tres años, como mínimo, de servicio preparatorio, de carácter práctico y de finalidad principalmente educativa nacional-socialista, en el que el estudiante se halla sometido a una severa fiscalización y a una precisa regulación de los cursos, período que termina con el llamado «gran examen de Estado». El servicio de preparación sirve para proporcionar no sólo la formación práctica, sí que también la teórica, ya que el candidato tiene que estudiar varios cursos (comunidades de trabajo) y realizar determinados ejercicios, porque se estima que no es suficiente el trabajo efectuado en las Universidades. Han de transcurrir, pues, siete u ocho años antes de que el jurista pueda considerar como terminada su formación, y sólo cuando haya cumplido los veintiséis o veintisiete de su edad, podrá éste comenzar a percibir sus parvos ingresos. Esto representaría una verdadera dilapidación de tiempo y energías, aun cuando el pueblo alemán no se hubiera empobrecido con la pérdida de la segunda guerra mundial. Este estado de cosas pone de mani-

fiesto problemas acuciantes que deben resolverse bien decidiéndose las Facultades de Derecho a atender más en la enseñanza jurídica a las exigencias de la práctica (6), o bien, confiriendo a los prácticos este importante aspecto de la formación del jurista. A esto último aspiraba la Administración de justicia en los postreros tiempos del régimen nacional-socialista, no ciertamente para formar juristas siguiendo el modelo inglés —para ello faltaba el estamento de juristas, el cual, por otra parte, hubiera tropezado con las pretensiones totalitarias del régimen—, sino sometiendo las Facultades de Derecho a la Administración de justicia. La pérdida de la guerra ha puesto fin a esas tendencias sin que por ello se excluya la posibilidad de que reaparezcan. De todos modos no deja de ser interesante que en Alemania se manifieste la inclinación a segregar de las Universidades la tarea de proporcionar una formación jurídica, mientras en Inglaterra crece más y más el influjo de aquéllas en lo que se refiere a esta finalidad, como lo prueban las ventajas de que disfrutan los aspirantes a los cargos de *barrister* o de *solicitor* que se hallan en posesión de títulos académicos. Vid. Koschaker, 59 y sig. Y lo mismo podemos decir de los Estados Unidos. Desde 1820 aumenta allí el influjo de las Universidades en la formación jurídica. La enseñanza del *Case Law System*, singularmente a partir del año 80 del pasado siglo, en la Harvard Law School, subviene a las exigencias de la práctica, sin que llegue a excluir el sistema de aprendizaje llevado acabo en el despacho de un abogado o el de seguir cursos nocturnos de carácter privado. Vid. Llewellyn, *Jherings Jahrb.*, 79, 241, 246, y, además, suplementos, pág. 511.

Para juzgar la situación creada después de la última guerra tropezamos con la dificultad que supone la carencia de la necesaria información, y por otra parte tal juicio es imposible por prematuro, ya que tal situación, lejos de ser fija, se halla todavía como en gestación, *in fieri*.

Dos son las características de esta evolución. El derrumbamiento del imperio dió a la nueva ordenación bajo las potencias ocupantes un carácter particularista que actúa singular-

(6) Sobre los esfuerzos de las Facultades francesas de Derecho por seguir esta dirección informó ya en 1914 Duquesne, *Theoretische und praktische Ausbildung französischer Juristen*, pág. 32, en una conferencia dada en Berlín en la Asociación para la Ciencia del Derecho comparado.

mente en cada zona y crea una especie de particularismo zonal. El otro factor es la *vis inertiae*. La Alemania derrotada no es suelo propio para el desarrollo de ideas nuevas, y como la ordenación de los estudios jurídicos no constituye un problema político apremiante, se prefiere a este respecto, mantener subsistentes las antiguas organizaciones, las cuales dicho sea de paso, no dispensan un favor especial al Derecho romano. Confirman lo que acabamos de decir las ordenanzas publicadas hasta ahora, relativas a la formación jurídica y de las cuales nos informa Kern, *Deutsche Rechtztchr.*, I (1946), 15 y sig. (aun cuando solamente de las que tienen vigencia en la zona occidental). No hay que pensar, naturalmente, en una pervivencia de los planes hitleristas y la *damnatio memoriae* del nacional-socialismo motiva el que se evite toda referencia o alusión a las concepciones de éste. Sin embargo, en lo fundamental el sistema no ha cambiado, si bien se advierta una tendencia a dar a las Facultades de Derecho una intervención más decisiva en la prueba de examen. De todos modos, el Derecho romano, sigue sin ser materia de examen obligado. Una excepción en orden a la reglamentación de los exámenes, constituye la zona de ocupación inglesa (vid. Kern, 17), excepción que siendo como es notable, no autoriza a abrigar optimismos en cuanto al porvenir.

Estas divagacions no pretenden patrocinar vulgaridades jurídicas ni tampoco adoptar una actitud hostil frente a la historia del Derecho. No hemos criticado el neohumanismo por impulsar la historia del Derecho aun fuera del ámbito del Derecho romano. Nadie medianamente inteligente puede pensar en limitar el campo de la investigación ni en negar los progresos conseguidos en la esfera de los conocimientos históricos que debemos a esta dirección neohumanística, y a los cuales no queremos renunciar en modo alguno, porque no estimamos menos que Savigny y sus discípulos el alto valor que la formación histórico jurídica tiene para el jurista. Sin embargo, no queremos seguir el ejemplo de la escuela histórica, negando todo valor a la doctrina del Derecho anterior a ella (7). Nuestra crítica va dirigida contra el exclusivismo, con que la dirección neohumanística aplica la consideración histórica al Dere-

(7) Vid. supra, pág. 388.

cho romano, convirtiendo la romanística en una parte de la ciencia histórica y abandonando la esfera propia de la doctrina del Derecho (8), la cual ofrece por sí misma y por su secular conexión con el Derecho romano, a partir de los glosadores, un indudable interés, tanto mayor si se tiene en cuenta su relación con el Derecho vigente. En realidad, en un período de ochocientos años es la primera vez que el Derecho romano es estudiado como estricto fenómeno histórico. Y en esto radica la causa de la crisis del Derecho romano en todo el mundo que hoy estamos viviendo. Este historicismo unilateral del estudio del Derecho romano significa no simplemente una ruptura con una tradición de muchos siglos, sí que también una verdadera abdicación. El Derecho romano se ha convertido de esta suerte en un intruso en las Facultades de Derecho, desconocido por la práctica y antipático a nuestros jóvenes juristas. Tal vez pueda disimularse esta crisis con la obligatoriedad del examen. En realidad en Alemania hemos percibido el carácter agudo de esta crisis cuando el Nacional-socialismo abolió la forzosidad de la prueba académica, en orden a los estudios de Derecho romano. No fué el Nacional-socialismo quien al dar ejecución al contenido del punto 19 del programa del partido acabó con el estudio del Derecho romano en Alemania —tal pretensión no hubiera sido posible si el Derecho romano hubiera tenido verdadero arraigo entre los juristas alemanes— sino que fueron estas medidas del régimen los medios que pusieron de manifiesto una crisis, la cual, por solapada y encubierta no era menos profunda y grave (9). Resulta elocuente y sintomático en relación con el estado de los estudios de Derecho romano en el mundo y con la crisis que éstos

(8) Es perfectamente comprensible que por razón de los conceptos jurídicos que forzosamente han de utilizarse, el cultivo de la historia del Derecho resulte más solvente y eficaz, cuando al mismo se dedican juristas que posean al propio tiempo el caudal preciso de conocimientos filológicos e históricos. Ahora bien, por la circuristancia de que la cultiven juristas, la Historia del Derecho no se convierte sin más en ciencia del Derecho, del mismo modo que la historia de la Medicina, aunque sea cultivada por médicos, no es por ello parte de la Medicina.

(9) Vid. suplementos, pág. 511.

sufren en Alemania, el hecho de que un joven romanista alemán Wieacker, que poco tiempo ha, creía con optimismo poder señalar a la orientación neohumanística (10) su puesto en el campo de la ciencia del Derecho, ha incidido recientemente (11) en grave pesimismo. «Ningún amigo del Derecho romano —nos dice— puede hacerse ilusiones de percibir en la actualidad y por largo tiempo, aquella forma clásica y eterna de este Derecho».

Esta pérdida se compensa con la ganancia que supone el que la historia del Derecho se libere de la «esclavitud de la dogmática» y consiga en el futuro cumplir mejor su función, descubriendo los grandes fenómenos jurídicos. Frente a esta resignación o abdicación de la ciencia romanística, me parece oportuno meditar sobre los medios y los caminos adecuados para conseguir sacar esta ciencia de su aislamiento. Y esta actitud es tanto más procedente cuanto que otros autores han visto ya el problema y han intentado resolverlo.

B) ENSAYOS PARA COMBATIRLA

Esta crisis hubiera podido ser vencida o atenuada, por lo menos, en sus efectos si a la consideración histórica del Derecho romano se hubiera añadido otra que hubiera mantenido conexión con la dogmática del Derecho vigente. Esto es lo que hizo la Pandectística del siglo XIX e incluso en la época del humanismo el *mos gallicus* se dió junto al subsistente *mos italicus*. Ya hemos indicado que la mentalidad de los juristas alemanes en las postrimerías del siglo pasado y comienzos del actual, era poco propicia al desarrollo de una Civilística dogmática fuera del Código civil, porque, por efecto de los componentes prusianos del imperio de 1871, el Derecho romano, en el cual dicho desarrollo hubiera debido apoyarse, les era, por lo menos, indiferente. Sin embargo no faltó del todo esta idea. De Austria procedían las personalidades que la repre-

(10) Vid. los tratados citados más arriba en la pág. 436.

(11) *Vom römischen Recht* (1944), 281, 284.

sentaban y defendían; esto no puede sorprender a quienes compartan nuestra convicción de que la Pandectística está animada por la antigua idea del imperio y de que esta idea se mantuvo en Austria largo tiempo (12). Tuvimos ocasión de hablar del intento de L. Mitteis de mantener la Pandectística en los cursos y del fracaso de su intento (13). La Pandectística había muerto y ya no era capaz de desenvolverse ulteriormente porque la crítica de las fuentes hechas por el neohumanismo, había destruido totalmente la creencia en el valor autoritario de la legislación justiniana. Había ahora una construcción que por una parte valoraba las conquistas del neohumanismo en el campo de la historia del Derecho, y por otra, adoptaba algunos principios constructivos tomados de la Pandectística. En esta construcción se da la tendencia que preconiza el enlace o relación de la Historia del Derecho con la Dogmática (14).

Que L. Mitteis vió ya la posibilidad de esta conexión lo demuestra su obra publicada en 1908 y titulada *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I (Derecho privado romano hasta la época de Diocleciano). Este libro, aunque es de contenido histórico jurídico, tiene un carácter muy dogmático, pues la problemática que ofrece no es ni mucho me-

(12) Vid. supra, págs. 373, 381, 401.

(13) Vid. supra, pág. 415.

(14) En este sentido en mi citado escrito (pág. 84) llegué a formular el postulado: «¡Atrás, Savigny!», el cual fué rectamente comprendido por muchos de los que hicieron la recensión de esta obra. Vid. Betti, *Rivista di dir. commerciale*, 37, 126, Grosso, *Stud. et doc. hist. et iuris*, 1939, 519, Plachy, *Riv. di storia del dir. ital.*, XII (1939), 3 de la separata. A quienes este postulado mío ofrezca dudas, diré como aclaración que no pienso en una restauración del Derecho de Pandectas. Entraña, pues, un error de interpretación de mi pensamiento, el que Wieacker, *Ztschr. d. Akad. f. Deutsches Recht*, VI (1939), 405, *Deutsches Rechts*, edición semanal, XII (1942), 54, me atribuya esta idea, pues no otra cosa supone el que al polemizar conmigo, afirme que la ciencia pandectística a pesar del prestigio que en Europa ha tenido, no está hoy en condiciones de crear un fundamento europeo común para el estudio del Derecho romano. Yo no he pensado jamás en tal cosa aunque Wieacker no lo crea. El prestigio europeo de la Pandectística puede y debe ser un motivo que fuerze a los juristas alemanes a pensar en ella con gratitud, pero en modo alguno puede justificar el que le sea atribuido un valor perenne.

nos específicamente histórica. No es el Derecho privado romano hasta los tiempos de Diocleciano lo que interesa al autor, sino más bien la cuestión de si y en qué medida, los conceptos que integran la parte general del Código civil se dieron ya en el Derecho romano clásico. La formulación de los problemas, se inspira en el Derecho vigente, aunque la solución a los mismos se busque con ayuda de los más modernos métodos históricos (15). Estrecha relación con este enfoque, si bien con peculiares características, ofrece la síntesis de Dogmática e historia que en el libro titulado *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte* (Responsabilidad del vendedor por causa de vicios jurídicos) de otro gran profesor austríaco discípulo de Mitteis, E. Rabel, no sólo se anuncia como programa, sino que se desarrolla cumplidamente. Este problema tan importante para el Derecho moderno es estudiado utilizando un material amplísimo y la gran finura del moderno método histórico que el neohumanismo aplicó al Derecho romano. Al autor interesa el desarrollo europeo de este problema, y por eso lo estudia en el Derecho alemán, y sigue su desenvolvimiento hasta llegar a las grandes codificaciones de los siglos XVIII y XIX (16). La novedad del libro de Rabel consiste, por una parte, en la consideración y estudio del Derecho alemán que esta obra contiene; por otra, en el parangón que ofrece de los distintos sistemas jurídicos europeos. Ambas innovaciones merecen aplauso. La primera, por significar un paso hacia la superación de la encarnizada hostilidad que por desgracia existe todavía en Alemania entre romanistas y germanistas; la segunda, porque el estudio comparativo de los sistemas jurídicos europeos contribuye a fijar la situación del Derecho romano en Europa, el cual es el eslabón natural que une estos sistemas que dominan el mundo entero y que están

(15) Vid. suplementos, pág. 512.

(16) La obra ha quedado incompleta. En una segunda parte debía estudiarse el Derecho del Código civil. Vid. prólogo, pág. V. En cierto sentido ha sido proseguida por una amplia exposición sobre el *Recht des Warenkaufs* (Derecho referente a la compraventa de mercancías) cuyo primer volumen ha sido publicado por Rabel en 1936 como cuaderno especial de la *Ztschr. f. ausländ. u. internat. Privatrecht*.

influenciados por el Derecho de Roma o pugnan por defenderse contra su influjo (17). Estudios de esta naturaleza no solamente ponen de manifiesto, los entrelazamientos que el Derecho romano, en el curso de su evolución occidental tuvo con otros sistemas jurídicos, especialmente con el germánico, sino que sopesan y valoran, además, las soluciones que en estos sistemas tuvieron los distintos problemas planteados, mostrando al mismo tiempo ciertas formas típicas o categorías lógicas del pensamiento jurídico (18).

En una recensión, muy amable por cierto, que de mi citada obra sobre la crisis del Derecho romano (19) —en la página 78 de esta obra desenvuelvo estas ideas— hizo mi ilustre colega de la Universidad de Coimbra, el profesor De Moncada, observa este eminente romanista que las investigaciones del carácter de las aquí aludidas, deben conducir al Derecho natural y él mismo me ha defendido de esta consecuencia, sin duda alguna porque el autor portugués piensa en un Derecho natural absoluto y de validez general. Agradezco sus juicios y los considero muy certeros (20). Desde luego no se piensa en un Derecho natural absoluto. Hay un Derecho natural relativo (21) y de este Derecho natural relativo y europeo es del que aquí se trata; un Derecho natural que no se obtiene de la razón por vía especulativa, sino que se consigue con estricto rigor histórico, del parangón de los sistemas de Derecho privado que más han contribuido a la construcción jurídica de Europa y del mundo y en cuya cúspide figura el Derecho

(17) Vid. Pollock, *The Law Quarterly Review*, 1932, 38 y sig., y *supra*, página 110.

(18) Sobre la importancia del estudio comparativo del Derecho en orden a la crítica y política jurídica, vid. Rabel, *Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (*Münchener jurist. Vorträge*, I), 8 y sig.

(19) En *Boletín de Faculdade de direito, Universidade de Coimbra*, XVI (1940), 246 y sig., 551 y sig., y en especial 553, nota 1 y 554.

(20) Al mismo tiempo conseguimos una mayor conexión con la Escuela histórica, para la cual el Derecho romano era en el fondo Derecho natural. Vid. *supra*, pág. 381.

(21) Vid. Koschaker, *Festschr. für Hirt*, I (1936), 150.

romano, elemento unitivo de estos sistemas (22); un Derecho natural que condensa las experiencias jurídicas de los pueblos que con su cultura han cooperado a la formación de Europa (23).

Esos trabajos tendrán un carácter histórico-jurídico, esto es, la historia de los conceptos y de los dogmas ocuparán en ellos el primer plano. No prescindirán de los métodos y resultados de la dirección humanística, pero en cuanto a la finalidad aparecerán determinados por intereses de carácter práctico-dogmático. Podría hablarse de una historia del Derecho, inspirada dogmáticamente y que es auténtica ciencia del Derecho. Tal vez con una acertada exposición (24), consiga ésta con el tiempo, interesar no solamente a los especialistas, si que también a los juristas que posean una cierta formación, pues de este modo podrán éstos beneficiarse de una dogmática de los Derechos positivos e incluso cooperar en la elaboración de una dogmática jurídica supranacional como fué en otro tiempo la dogmática romanística. De esta suerte, partiendo del Derecho romano y mediante el estudio comparativo del Derecho, adoptan una dirección universal. Por personal experiencia puedo afirmar que el Derecho romano expuesto con sujeción a estos principios y con la simplificación que imponen los procedimientos de enseñanza, puede aún hoy despertar interés en los estudiantes alemanes de Derecho (25).

(22) El lector atento recordará tal vez que ya al final del siglo XVIII Hugo alentaba una aspiración semejante en Göttingen. Vid. *supra*, pág. 309. En una ciencia jurídica como la romanística, que cuenta con una historia de ocho siglos y medio, nada puede haber ya de nuevo. Son viejas ideas que cambian de forma y que se repiten.

(23) Vid. suplementos, pág. 513.

(24) Había que inculcar a los romanistas, que supusieran en el lector la menor cantidad posible de conocimientos.

(25) Y con esto llego a la configuración del plan de las conferencias romanísticas por el Nacional-socialismo. Por la exclusión del examen forzoso, se priva al elemento docente del medio más eficaz de obligar a los estudiantes; el profesor sólo puede actuar sobre éstos, por su prestigio personal, por el interés que ofrece la materia que explica y por el método de enseñanza que emplea. Por esta razón creo tener perfecto derecho a explicar la materia romanística como lo estime conveniente y despreocupándome totalmente de los planes de estudio vigentes. Obrando de este modo llegué a la conclusión

C) EL DERECHO ROMANO Y LA EUROPA ACTUAL

En la anterior exposición debía haberme servido de la *forma condicionalis*. Lo dicho constituye más bien un programa y tal vez una utopía. En los comienzos de este siglo aparecieron en Alemania obras de muy destacados romanistas que han marcado nuevos caminos a la investigación. Un proverbio alemán dice que una golondrina no hace verano. Si por efecto de esas obras la investigación romanística debía haber seguido un rumbo nuevo, esas obras no sólo hubieran conseguido una adhesión a los principios que representaban (26), sino que ha-

de que solamente se puede conseguir despertar interés por la historia del Derecho romano —téngase en cuenta que hoy el Derecho romano sólo históricamente puede ser expuesto— a través o por mediación del Derecho vigente, y con satisfacción veo realizado este pensamiento, en una exposición inglesa de Derecho romano. Me refiero al libro de W. W. Buckland-A. D. Mc. Nair, *Roman law and common law. A comparison in outline*, 1936, cuya finalidad se revela en su mismo título. Puedo asegurar que explico a mis oyentes un 80 por 100 de historia del Derecho privado romano, pero ésta se mezcla con problemas de dogmática y consideraciones de Derecho comparado, con lo que se logra interesar a los estudiantes. Vid. suplementos, pág. 515. Tengo un concepto demasiado elevado de la personalidad del profesor para que me atreva a recomendar a nadie mi receta. Debo informar, sin embargo, de que explicando yo en una universidad del sur de Alemania durante la segunda mitad de la guerra, en tres años, el número de asistentes a mis conferencias y ejercicios aumentó en un 700 por 100, hecho que no puede explicarse simplemente por la mayor frecuentación de nuestras Universidades en esta época. Sin embargo, no pude conseguir que los asistentes estudiaran por su cuenta Derecho romano, y lo que yo no le explicaba no lo aprendían. Es esta una consecuencia natural de la supresión de la forzosidad del examen. De la demasía en la propia estimación me preserva lo que voy a referir: Los estudiantes me decían con frecuencia que con mis lecciones les resultaba más claro el Código civil. Esto es muy natural. A mis lecciones no acudían movidos por interés hacia el Derecho romano, sino por el interés hacia el Código civil. Si un colega quisiera hoy explicar una Introducción al Código civil con exclusión del Derecho romano, anularía completamente el interés que pudieran ofrecer mis lecciones, por mal que aquel colega explicase y aunque mis exposiciones fuesen maravillosas.

(26) Vid. Leonhard, *Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts*, XVII (1906). 100 y sig.; Schwarz, *Pandektenwissenschaft und heutiges romanist.* Studium, 28 y sig.

brían obtenido también muchos adeptos en el terreno práctico. Y esto es lo que después de cuarenta años no ha sucedido. El Libro de Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht* (Derecho imperial y Derecho popular) halló gran acogida en los históricos y filólogos y en los cultivadores del Derecho romano que siguieron una dirección historicista, llegando a ser un libro famoso. Su *Derecho privado romano*, no menos importante y destinado a los juristas, no tuvo resonancia. No otra cosa sucedió con el libro de Rabel titulado «Responsabilidad del vendedor..., etc», obra ciertamente difícil y poco accesible, y por esta razón, si bien muy elogiada, en realidad muy poco leída. Pero las causas de tal actitud fueron muy otras. Los juristas alemanes de principios de siglo se hallaban demasiado ocupados en la elaboración del Código civil, para que pudieran sentir interés por un Derecho, que como el romano, por el creciente historicismo que sufría y por el apagamiento de la antigua idea imperial, les era extraño, o para que pudieran ser atraídos hacia el estudio de otras codificaciones. Añádase a esto la prevención sembrada por la escuela histórica contra el estudio comparativo del Derecho y la dificultad misma de la empresa, que requería el dominio de la ciencia romanística moderna y de sus métodos, así como el conocimiento del Derecho alemán y de los Derechos extraños. De ahí que no se aprovechara tampoco la ocasión que se ofrecía de otorgar al estudio del Derecho romano, carta de ciudadanía en el cuadro de las disciplinas jurídicas.

Si la situación de estos estudios no fué favorable en el comienzo de nuestro siglo, esta situación se agravó al final de la primera gran guerra. Si hasta este momento se pudo hablar de crisis superable, a partir de él, comienza a ser problemático el fundamento de estos estudios. Mostrar que el Derecho romano fué parte principalísima de la cultura europea y vinculado a Europa, era el fin primordial de este libro. La decadencia de Europa —este problema se plantea al final de la primera guerra mundial— debía afectar gravemente al fundamento del estudio del Derecho romano, si bien no con la misma intensidad en todos los países europeos. Para Italia el Derecho romano actuó como factor estimulante del sentimiento nacio-

nal; los demás países del occidente de Europa que consiguieron antes su consolidación estatal, compensaron su cuenta con el Derecho romano con un saldo considerable en favor de su Derecho patrio, señalando a aquél un puesto modesto pero seguro. Alemania, que llegó a esta consolidación estatal más tarde que ningún otro país de Europa, es la nación de las contradicciones y de lo desmedido. En ningún otro lugar se ha ensalzado con tanto entusiasmo ni combatido con más saña el Derecho romano, ni experimentado su estudio alzas y bajas más bruscas que en Alemania. Y en cuanto a la valoración del Derecho de Roma, atraviesa ésta un momento tal de depresión, que resulta difícil predecir si podremos llegar a vencerla algún día. Si se tiene en cuenta esta disposición espiritual, se explican fácilmente muchos éxitos del Nacional-socialismo. Nada puede imaginarse tan endeble como la teoría de este régimen sobre el Derecho romano, y sin embargo es indudable que su postura en este respecto halló eco en muchos juristas. Esta es la razón de que aun después de desaparecido oficialmente el Nacional-socialismo, subsista, sin embargo, la prevención contra el Derecho romano. En Alemania se percibe, desde luego, el fundamento europeo del estudio de este Derecho (27). Sin embargo, como romanista alemán que soy, quisiera ser prudente en la respuesta a la cuestión antes formulada. Alemania, después de haber sufrido dos catastróficas derrotas en las dos guerras más grandes que registra la Historia, se ve forzada a soportar las penosas consecuencias de su fracasos con mayor intensidad que ninguna otra nación. Del mismo modo que no por azar después de la primera gran guerra el alemán Spengler escribió *La decadencia de Occidente*, así también el alemán de nuestros días está en mayor peligro de entregarse a un pesimismo desesperado que nuble su razón. Sin embargo no puede negarse que se están produciendo ciertos hechos que parecen indicar que este pesimismo es más bien un fenómeno transitorio.

Es indudable que el poder de los Estados europeos que en el siglo XIX alcanzó su máximo nivel, sufrió una gran conmo-

(27) Vid. supra, pág. 20.

ción por efecto de la primera guerra mundial. Después de esta segunda guerra, de los Estados que más indemnes o menos dbilitados han quedado por efecto de la contienda, los Estados Unidos, no obstante las influencias europeas que han recibido en el curso de su historia, y Rusia, no pertenecen a Europa; Inglaterra no totalmente, cuando menos. Manifiéstase ahora, cómo después de la primera guerra mundial, la aspiración a evitar en el futuro las catástrofes sociales y económicas, los sufrimientos de toda especie, que guerras de la magnitud de la última han deparado a la humanidad, y para conseguirlo, se ha pensado en proscribir la guerra y en crear una organización superestatal capaz de excluir ésta para siempre. Si se examinan los hechos más a fondo, se apreciará indudablemente una notable diferencia entre el estado de cosas creado en 1918 y la situación de 1945. La liga de naciones creada después de la primera guerra europea, si bien contaba con miembros extraeuropeos era, no obstante, considerada como organización superestatal de Europa (28). Las Naciones Unidas, creada después de la última guerra, abarcan casi todo el orbe y en ella figuran Estados Unidos y Rusia, es decir, precisamente aquellas grandes potencias que no pertenecieron a la liga de naciones, con innegable preeminencia y como representantes respectivamente de los dominios occidental y oriental, entre los cuales Europa viene a ser como una zona fronteriza (29) por la cual corre el límite entre oriente y occidente. Sobre estos límites no me voy a permitir hacer aquí consideración alguna, sino es la de que el límite del dominio oriental ha avanzado hacia occidente debido a la circunstancia de que muchos de los Estados orientales que fueron creados en parte en los años 1918-1919, y que entonces tendían hacia occi-

(28) Vid. H. Jahrreiss, *Europa als Rechtseinheit. Abhandlungen des Instituts für politische Auslandskunde an der Universität Leipzig*, VI (1929).

(29) No aumenta su importancia el hecho de que el territorio occidental y oriental por su extensión verdaderamente planetaria, admitan otra frontera, y que además de la separación de oriente y occidente quepan otras subdivisiones fronterizas en las cuales se da lo que llamamos el lejano y el próximo oriente, subdivisiones que tienen quizá más importancia política que la misma frontera oriente-occidente.

dente, han sido hoy anexionados por Rusia, o puestos bajo influencia rusa. A este estrechamiento, a esta reducción de Europa, acompaña paralelamente una transformación de su cultura.

Esta cultura europea, que es lo que más ha contribuido a formar Europa como realidad, es el resultado del choque del germanismo con el cristianismo y con la cultura latina de Roma, asociada íntimamente a éste. Eran éstos factores universales, y pensar y sentir con alcance universal era característico de la Edad Media. Este universalismo, que no es uniformidad, era un elemento unitivo en el pluriforme conjunto estatal de Europa, que hizo posible una vida cultural variada y rica, la cual a pesar de las diferencias que ofrecía en lo particular, podía ser concebida como unidad, una unidad dotada de gran capacidad de expansión. Y así esta cultura europea acompañó a las naciones de Europa cuando éstas, por conquista o colonización, pusieron su planta en otros continentes y llevaron a ellos los frutos de aquella cultura, y esto incluso en relación con aquellos países que como la China, la India o el Islam, poseían viejas culturas, o que como Rusia, tenían una cultura bizantina íntimamente emparentada con Europa.

Un adversario de este universalismo es el nacionalismo que surge en el occidente de Europa, y asociado a la idea del Estado tiene su época propia en el siglo XIX y experimenta en los últimos decenios, con el advenimiento del fascismo —es característico que este fenómeno se produzca en aquellos Estados que más tarde consiguieron su consolidación estatal como nación— un incremento extraordinario. El hecho de que el imperio alemán de 1871, eliminase la idea imperial universal, no tiene una gran trascendencia, sobre todo si se tiene en cuenta que ya en la Edad Media esta idea apenas si tuvo efectiva trascendencia fuera del *regnum* alemán. Mayor gravedad ofrece el progresivo apagamiento de la idea cultural de Roma que se viene produciendo a partir del siglo pasado. Era esta idea el soporte de una formación basada en la cultura latina de Roma, y de carácter preponderantemente gramatical-literario, formación que fué privilegio de las clases sociales superiores. Ciertamente que la Iglesia católica difundió esta cultura en las masas y que éstas sintieron un respeto profundo hacia esa

cultura. Esta formación clásica, durante estos últimos decenios, comienza a batirse en retirada, y ello se debe en parte a la progresiva tecnificación de nuestra cultura, que hace posible una formación cultural sin latín y «libre de Roma», y en parte también a la exaltación de las masas desconocedoras del latín, como consecuencia de la industrialización y del socialismo, las cuales sin abrigar hostilidad contra el cristianismo (30), adoptan una actitud fría respecto a él, que hace imposible toda relación de carácter positivo en orden a la cultura romana. El socialismo con su carácter de idea moderna universal, es en cierto modo un competidor del cristianismo. Por otra parte, aquellos factores —los elementos culturales técnicos caminan más rápidamente, porque la sustitución de la tea por la luz eléctrica se realiza con mucha mayor facilidad que el aprendizaje del latín— contribuyeron a producir una relajación de los límites orientales de Europa, los cuales marcaron durante siglos una verdadera y firme frontera cultural. A esa idea cultural de Roma pertenece el Derecho romano (31).

El porvenir del estudio de este Derecho se muestra, en verdad, nebuloso. Es posible que subsista el estudio histórico del mismo, y si sucede así, ello será porque la tempestad no destruye la hierba sino los árboles corpulentos. Las disciplinas jurídicas tienen leyes propias, y una de éstas es la de que tales disciplinas están orientadas en mayor o menor grado hacia la actualidad. La consideración o estudio puramente histórico del Derecho romano por imprescindible que sea y por importantes que se juzguen sus resultados, convierte a éste en una parte de la ciencia de la antigüedad y le sitúa fuera del círculo

(30) También parece que actualmente la Rusia soviética organiza sus relaciones con la iglesia ortodoxa de modo positivo, así como que, resucitando la idea paneslavista, introduce un elemento o factor nacional en su sistema político.

(31) Ya dijimos que la adopción del Derecho romano en occidente no fué un fenómeno humanístico. Vid. supra, págs. 176, 322, nota 52. Por otra parte, para el hombre que no conoce el latín o que sólo sabe del mismo que los médicos recetan todavía en esta lengua y que los anatómicos, botánicos y zoólogos se sirven de una terminología latina, el Derecho romano no puede despertar interés alguno. Nadie se atreverá a negar que el número de estas gentes, aun entre los mismos juristas, va en aumento. Vid. suplementos, pág. 515.

propio de las disciplinas jurídicas. Este cambio de situación ha costado muy caro al Derecho romano, pues lo ha pagado nada menos que con la indiferencia sentida hacia él por los juristas.

No creo que el Derecho romano a pesar de las amenazas que sobre su estudio se ciernen, se halle a punto de abdicar. Creo, antes bien, haber mostrado que aun hoy existen medios de convertir tal estudio en un elemento vivo de la formación del jurista, de mantener, por consiguiente, el Derecho romano en el cumplimiento de su función histórica, a saber, la de actuar como intermediario de los grandes sistemas europeos de Derecho privado extendidos por todo el orbe. Mediante el aprovechamiento de sus componentes de Derecho natural podía conseguirse independizarlo en un cierto grado de su fundamento europeo si es que éste no le es ya propicio. El Derecho privado, siendo como es la parte más conservadora de un sistema jurídico, soporta las crisis con firmeza y es reducido o limitado a ciertas zonas por efecto de las transformaciones sociales, pero nunca totalmente eliminado.

Si es que el Derecho romano ha cumplido ya su misión histórica y ha llegado el momento de guardarlo en la vitrina de un museo, no se podrá olvidar, con todo, que a él se debe una espléndida aportación al Derecho de Europa en un período de ochocientos cincuenta años, ni dejar de tener en cuenta la gran pérdida que para los juristas de todos los pueblos habrá de significar su desaparición. Desearía terminar estas elucubraciones manifestando el deseo vehemente de que mi exposición tenga más carácter de admonición y de advertencia que de necrología.

SUPLEMENTO

- Pág. 29 Respecto al sacerdote-rey germánico, vid. Rehfeldt, *Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte* (1942), 98, König, *Volk und Gefolgschaft im nordischen Altertum* (1942), 11. Observa este autor, que el rey germano no deriva su magistratura de los dioses y que por ello no se puede hablar de una teocracia opuesta al rey-sacerdote bíblico.
- Pág. 31 Sobre las oscilaciones que experimentó el influjo bizantino en Roma y en el Papa como contrapartida al de los longobardos desde final del siglo VI hasta el VIII. Vid. Ferrari, *Atti del R. Istituto Veneto*, 96/II (1937), 176-180.
- Pág. 39, n. 23 El sentimiento nacional francés se desarrolló lentamente, si bien por haber conseguido Francia, la unidad estatal antes que Alemania, con ritmo más rápido que en este país. Al final del período carolingio, después del Tratado de Verdún (843) hasta la época de los primeros Capetos se hallaba todavía vivo el imperio franco cristiano, lo que determinó que los franceses de estos tiempos, no considerasen como extrañas a las estirpes alemanas. Vid. H. Meyer, *Die Oriflamme un des franz. National gefühl. Nachrichten d. Götting. Ges. d. Wissenschaften*, ph. h. Kl., 1930, 106 y sig. y las obras que allí se citan.
- Pág. 54, n. 3 ... Por lo que se refiere al latín medioeval, el renacimiento carolingio evitó que esta lengua fuese absorbida por las lenguas románicas. Estas hicieron del latín una lengua extraña la cual, por otra parte, favoreció la unidad de la Iglesia. Vid. Hellmann, *Das Problem d. mittelalterlichen Philologie, Hist. Vierteljahrschr.* 29, 654 y sig.
- Pág. 92, n. 46 Los ejemplos podrían fácilmente ampliarse. Para Beaumanoir. el principio I, 1, 2, 6: *quod principi placuit legis habet vigorem*, no expresa la posición del monarca absoluto, que en Francia en esta época no existió, sino que sirve de base o apoyo a la norma según la cual el rey puede, al iniciarse una cruzada, suspender en favor de los caballeros de su ejército, todas las ejecuciones por deudas; Bracton equipara los labradores adscritos a la tierra, de su tiempo, a los *adscripticii* y una compilación de acciones redactada por un secretario municipal de Hall (Suabia) hecha en 1425 y publicada en 1516 por Sebastián Brant (V. Schwerin, *Grundzüge d. deutsche Rechtsgesch.*, 1941, pág. 269), aplica a los siervos el Derecho

romano referente a los esclavos. Vid. Vinogradoff, *Roman law in mediaeval Europe* (1909) en la traducción italiana de Riccobono *Il diritto romano nella Europa medioevale* (1909) utilizada por mí, págs. 84, 100 y sig., 121 y sig.

- Pág. 102, n. 2 ... Para el *Breviarium Alaricianum*, vid. también Vinogradoff, ob. cit., págs. 7 y sig.
- Pág. 103, n. 3 ... La introducción en Italia de esta compilación tuvo lugar antes del año 554. Vid. Ferrari, *La legislazione dell'impero d'Oriente in Italia*, «Atti del R. Istituto Veneto», 96/II (1937), 171 y sig. En los territorios italianos dominados por los bizantinos —cuya extensión, por efecto de las luchas con los longobardos y más tarde con los árabes y los emperadores alemanes, experimentó notables variaciones, hasta que los normandos en el siglo XI pusieron fin a la soberanía en Italia del imperio oriental— rigieron las leyes de los emperadores bizantinos y tuvieron amplia difusión los manuales de Derecho bizantino. Vid. Ferrari, 180-200. De este modo subsistió en Italia un Derecho romano de formas bizantinas. Sin embargo, la afirmación de Brandileone, *Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna* (Arch. giur. 36) de que el conocimiento del Derecho romano se deba en Italia a las fuentes bizantinas y no a las justinianeas, parece exagerada. Vid. Ferrari, 200.
- Pág. 105, n. 9 ... Exponente significativo de estas aplicaciones gramaticales son los *libri originum s. etymologiarum* de San Isidoro de Sevilla, aparecidos en el siglo VII. El autor en el libro V y en otros, explica de modo candoroso una serie de etimologías de términos jurídicos (*depositum* —*diu positum*, *mandatum* — *manum dare dos-do item*, etc.), incurriendo en errores de gran bulto. La obra gozó de gran autoridad en la alta Edad Media. Vid. respecto a sus características, Vinogradoff, ob. cit., página 28 y textos en la obra en Bruns-Gradenwitz, *Fontes iuris romani*, II, 79 y sig.
- Pág. 105, n. 12 ... Para la escuela de Pavia, vid. Vinogradoff, ob. cit., pág. 38 y sig.
- Pág. 106, n. 16 ... Sobre la relación de los glosadores con las antiguas escuelas de retórica y gramática, vid. Brugi, *Il metodo dei glossatori bolognesi*, *Studi Riccobono*, I (1936), 23 y sig.
- Pág. 111, n. 34 ... Formación del *corpus iuris*. Wieacker, *Das corpus iuris*, *Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, 102 (1942), 446 y sig., 470 y sig.; *Vom röm. «Recht»* (1944), 148 y sig., 181 y sig., 189 y sig., ha sostenido la tesis de que el *corpus iuris* especialmente en los Digestos, aunque tuvo carácter de ley, fué destinado principalmente a la enseñanza del Derecho. De esta suerte los Digestos recogen los métodos y los resultados de la enseñanza en las escuelas jurídicas de la mitad oriental del

imperio, especialmente en la de Berito, con la intención de ordenarlos. Esta hipótesis tan seductora, contribuye a facilitar la comprensión del proceso evolutivo en Occidente, donde la revivificación del Derecho romano por los glosadores mediante la enseñanza jurídica, comienza precisamente cuando éstos poseen los Digestos completos. De este momento data la estrecha relación que mantiene el cultivo del Derecho romano con las Universidades. Esta hipótesis pone de relieve el paralelismo de método de los profesores de Derecho de Bolonia y de Berito, advertido ya por Pringsheim, *Beryt und Bologna, Festschr.*, «Lencl» (1921), 204 y sig. Eran simplemente los métodos propios de la ciencia helenística, los cuales a través de los estudios de Retórica, penetraron en Occidente.

- Pág. 117, n. 43 ... Vid. además Riccobono, *Acta Congressus iuridici internat.*, II (1935), 382 y sig., 386.
- Págs. 118, n. 47 y 221, n. 19 Sobre Irnerius y su presunto origen alemán, Finger, *Bologna und die Deutschen im Mittelalter*, «Abhandl. u. Vorträge», Bremen, XIV, 2, 1941, pág. 7 y sig., 15, además Vinogradoff, ob. cit., 46 y sig. Sobre la organización de los estudiantes alemanes en Bolonia como *natio germanica*, Finger, ob. cit., 31, 33 y sig. *Bologna e i tedeschi nel medioevo*, «Scienza e tecnica», Vid., 2, 1942, págs. 68 y sig.
- Pág. 124, n. 68 ... Para el *liber pauperum* de Vacarius, vid. también Ferrari, *La glossa bolognese in Inghilterra*, «Riv. di storia del dir. it.», III (1930), separata. (Recensión de la edición de De Zulueta.) Además, Vinogradoff, ob. cit., págs. 53 y sig.
- Pág. 138, n. 108. Respecto a la biografía de Accursio, vid. E. Genzmer, *Festschr. Wenger*, II (1945), 223 y sig.
- Pág. 172, n. 18 ... Relativamente a la crítica mordaz del *mos italicus* por los humanistas, vid. Wieacker, *Ztschr. f. d. Staatswissenschaft*, 100 (1940), 438 y sig.
- Pág. 174, n. 24 ... Sobre las tendencias didáctico-pedagógicas del humanismo, vid. también Wieacker, ob. cit., págs. 432, 448 y sig.
- Pág. 175, n. 28 ... Para las características del latín medioeval, vid. Hellmann, ob. cit., págs. 625-680.
- Pág. 177, n. 30 ... Para la caracterización del humanismo, vid. Riccobono, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del corpus iuris civilis*, «Acta congressus», II (1935), 385 y sig., 390 y sig., 394. Afirma Riccobono que los humanistas, en su afán de restaurar los elementos clásicos del *corpus iuris*, menospreciaron e incluso condenaron, las transformaciones posteriores con que se modernizó el Derecho clásico y enseñaron un Derecho arcaico inadaptable a su época.

Págs. 172, n. 33 y

322, n. 52 Contra el influjo decisivo del Humanismo en la recepción, vid. también Wieacker, *Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption*, «Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft», 100 (1940), 424, 456.

Pág. 182, n. 49 ...

Sobre Mudaeus, vid. De Vischer, *Gabriel Mudaeus*, «Annales de droit et de sciences politiques», publiées sous les auspices de l'Association des anciens étudiants de la faculté de droit de l'Université de Louvain, 1939. Este autor hace notar que Mudaeus siguió en su actividad docente una línea templada, que hizo compatibles las enseñanzas del Humanismo con los principios y métodos propios de los bartolistas.

Pág. 198, n. 20 ...

Riccobono, *Il diritto romano negli Stati Uniti di America*, «Bull. dell Istit. di dir. rom.», 43, 314 y sig., observa, que el interés por los estudios históricos ha incrementado en la actualidad notablemente, lo cual favorece al Derecho romano por ser éste una *materia storica*. No me parece muy exacta esta afirmación. Vid. suplemento a la pág. 480, vid., además, páginas 485, nota 15, y 515.

Pág. 204

No puedo suscribir las manifestaciones de un profesor soviético de Derecho cuyo conocimiento debo al Dr. Klima, de Praga. En el vol. II, Moscou, 1945, de la primera parte de su *Vseoscaja istorija gosudarstva i prava*, «Historia general de la Economía y del Derecho» (Moscou, 1945), en el que se trata del Derecho público romano y de los Derechos reales y de obligación en Roma, escribe Pereterskij, lo siguiente: «Nosotros no reconocemos, como es natural, el carácter de *ratio scripta* en el Derecho romano. No podemos desconocer, sin embargo, que este Derecho tiene una especial importancia y que en relación con otros sistemas jurídicos antiguos representa un indudable progreso. A Roma se deben muchas creaciones en el campo del Derecho y un influjo evidente en el ulterior desenvolvimiento jurídico. Esto es lo que justifica que el Derecho romano, singularmente el privado, se enseñe todavía en la actualidad. Este Derecho no tiene sólo el carácter de Derecho de un Estado de esclavos, sino que es también creador de una técnica jurídica muy perfecta. La precisión y claridad de sus decisiones, su lógica fría y rigurosa, así como la perfecta congruencia de sus conclusiones, denotan la maestría de los juristas romanos y explica la influencia por ellos ejercida en el desarrollo del pensamiento jurídico.»

Aun cuando no podamos suscribir íntegramente la opinión que acabamos de reproducir y falte entre las notas o características del Derecho romano las que se refieren a su condición europea, como no podía menos de ocurrir tratándose de un autor soviético, el hecho de que estos juicios,

tan divergentes de los que son peculiares al Nacionalismo. se publiquen en la Rusia soviética aunque sea como opinión personal de su autor, invita a la reflexión. Pero probablemente es algo más que esto, pues el libro como *Tratado (ucebnyk) para los Institutos Jurídicos*, publicado por la editorial del Vsesojuznij Institut juridiceskich nauk, Narodnij Kommissariat Justicij (Instituto federal de las ciencias jurídicas, Comisariado popular de justicia), tiene carácter oficial. De lo dicho se desprende la conclusión de que si los estudiantes rusos de Derecho han de aprender el contenido de este libro, es seguro que sabrán de Derecho romano mucho más de lo que saben por término medio de esta materia sus colegas alemanes en la actualidad.

Pág. 207, n. 42 ... Difusión del *code civil*. Según las manifestaciones de Bigot-Preameneu, uno de sus redactores, ante el *corps législatif* (1807) (citado por Thieme, *Ztschr. Sav. Stift, germ. Abt.*, 57, 372, nota 2), sus autores se limitaron a recoger los principios invariables del Derecho y de la equidad de carácter general y a incorporarlos a la ley para que así ésta pudiese penetrar en otros pueblos. Este pensamiento nada tiene de imperialista, sino que es iusnaturalista más bien. Se creía que sobre la base del Derecho natural se podían crear leyes adecuadas a todos los pueblos y el propio Gran Canciller de Federico el Grande, Samuel v. Cocceji, creía que con el proyecto del *corpus iuris Fridericiani* de 1749 se tenía un sistema universal válido para todos los Estados, pretensión ésta que no fué mantenida en el Derecho territorial prusiano. Vid. Thieme, 362, 372. Si esta pretensión fué en gran parte cumplida por el *code civil* en el siglo XIX, ello fué debido, sin mengua de las cualidades que adornan este Código, a la personalidad de Napoleón.

Pág. 208, n. 47 El modestísimo radio de acción del Derecho territorial prusiano se debe a que éste no mantuvo ni podía mantener, relación positiva con los juristas. Se puede pensar lo que se quiera sobre las virtudes y defectos de este Derecho, pero es evidente que constituye un Derecho particular y como tal no es en modo alguno apropiado para servir de fundamento a una dogmática jurídica independiente, sobre todo desde que apareció frente a él, una nueva ciencia del Derecho creada por Savigny y su escuela y apoyada en el Derecho romano, el cual era todavía sentido como Derecho imperial. El estudio de aquel Derecho experimenta un cierto impulso debido al movimiento por la libertad, propio de esta época. Savigny, en su escrito «De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la Ciencia del Derecho», rechaza fríamente el Derecho prusiano. Vid. Thieme, *Die preussische Kodifika-*

tion, «Ztschr. Sav.-Stift., Germ. Abt.», 57 (1937), 409 y núm. 1. Cuando en 1815 los países del Rhin se incorporan a Prusia, no se introduce en ellos la ley prusiana, sino que se deja vigente en aquellos territorios el *code civil*. Detrás de éste se hallaba no sólo la nación francesa, el recuerdo de Napoleón y de su glorioso imperio, sino además una sólida doctrina jurídica francesa, la cual no data ciertamente de la fecha de entrada en vigor del *code civil*. Por otra parte el Derecho territorial prusiano no gozaba de simpatías entre los juristas. Las concepciones iusnaturalistas determinan que el legislador sea considerado no como un técnico o un especialista del Derecho, sino como una persona dotada de una sana razón que no necesita poseer conocimientos jurídicos. Son características a este respecto los concursos organizados durante los trabajos de codificación «entre gentes que no pertenecieran a esferas doctas sino que por sus lecturas y reflexiones hubieran aguzado su razón y hubieran atesorado conocimientos y experiencias en múltiples negocios de la vida civil». Vid. Thieme, 360, 373. Por eso no debe sorprender que el Código Intr. § 6 no quiera saber nada en orden a su interpretación, de la «opinión de los profesores de Derecho». Por eso, a pesar de los esfuerzos de su redactor Svarez (vid. supl. pág. 252, n. 29), no se consiguió crear una doctrina jurídica prusiana. La doctrina *pandectizada* que se desarrolló, vino a ser para el Código una extraña vestidura. Vid. pág. 376.

Pág. 212, n. 56 ... Temo mucho que mi amigo Riccobono no haya percibido el tono irónico de la expresión «germanismo mundial» en Derecho privado. En diversos lugares, y sobre todo en su estudio *Nichilismo critico storico nel campo del diritto romano e medievale* «*Annuario dell'Università di Palermo* 1929/1930», ha dicho que la teoría según la cual, la modernización de los sistemas jurídicos privados de Europa se debe, en primer término al Derecho germánico, es una teoría germanista, favorecida por la actitud del romanismo. Decisivo a este respecto es, de una parte, el purismo de la escuela histórica alemana que centraba su interés en el Derecho civil antiguo y clásico sin preocuparse de la modernización de éste, llevada a cabo por el *praetor*; de otra, la dirección neohumanística, que si bien reconocía el hecho de esta modernización, como quiera que ésta se efectuó principalmente mediante interpolaciones y glosemas, la atribuía a las escuelas postclásicas del Derecho y a influjos orientales. En realidad la modernización del Derecho civil romano se debe en su mayor parte al Derecho pretorio. En la época postclásica este Derecho se fusiona con el civil. Las alteraciones que con tal fin se efectúan en los textos tienen solamente un carácter formal. De este modo el Dere-

cho justiniano, por evolución interna y no merced a influjos exteriores, llega a soluciones modernas en la formulación de algunos principios jurídicos (tales, por ejemplo, la exigibilidad de los contratos, el reconocimiento de la representación y de los contratos en favor de tercero).

Todo esto es innegable, como lo es también, que las antiguas generaciones de juristas conocían el Derecho justiniano mejor que los pandectistas alemanes y ello porque a aquellas les era ajena la idea del desenvolvimiento histórico. Carecían de los conocimientos sobre la construcción del *corpus iuris* que debemos hoy a Riccobono. Las instituciones que acabamos de mencionar eran desconocidas del Derecho civil romano y son excluidas mediante normas generales contenidas en el *corpus iuris*, sin que por otra parte, sus antiguos intérpretes posean el grado de preparación preciso para valorar estas normas en su justo alcance. Así, pues, para modernizar su Derecho, estos juristas debieron recorrer penosamente el mismo camino que recorrieron ya sus precursores romanos. Un ejemplo contribuirá a aclarar lo dicho. En el D. 44, 7, 11; 50, 17, 73, 4 y en otros pasajes del *corpus iuris*, se establece la inexistencia de contratos en favor de terceros. Este principio debió influir fuertemente en juristas muy sumisos al criterio de autoridad y muy apegados a la interpretación literal, como lo prueba el hecho, de que veamos tal principio reproducido en los Derechos patrios de estos juristas. Dudo mucho que sea cierto que como dice Gierke, *Deutsches Privatrecht*, III, 383, el Derecho alemán haya conocido siempre los contratos en favor de tercero. En el code civil art. 1.119 son éstos fundamentalmente rechazados y si en el Derecho moderno impera hoy el principio contrario, ello se debe a la doctrina y a la práctica jurídicas francesas del siglo XIX. En el mismo sentido trabajó la Pandectística alemana, así que el reconocimiento general de la validez de los contratos en favor de tercero, es una conquista moderna, sin que la circunstancia de que el Derecho justiniano se hallase a punto de conseguirla haya influido en su logro.

íg. 218, n. 8 ... Respecto a Beaumanoir, vid. también Vinogradoff, *Roman law*, etc. (traducción Riccobono), 69 y sig.

íg. 224, n. 26 ... No puedo dejar de citar, como ejemplo moderno de estos juicios relativos al Derecho romano, la obra de un destacado germanista alemán, W. Schönfeld, titulada *Vom Rechte, das mit uns geboren ist* (1940). Leemos en esta obra que los germanos y todos los indogermanos con excepción de los romanos, conciben el Derecho no sólo como *auctoritas* sino también como *veritas*; no sólo es poder según ellos, sino que como ordenamiento santo y eterno del mundo, es también

la verdad. El germano es propicio a reconocer en los demás el mismo derecho que él tiene, en cambio el romano y el inglés propende a negar en los otros las facultades que él se reconoce y atribuye. El egoísmo es la antigua condición del romano y también la moderna del inglés. No puede admitirse que sus concepciones y ordenamientos jurídicos respondan a aquellas exigencias cuyo cumplimiento estimamos ineludible, si no queremos avergonzarnos de nosotros mismos y de nuestros padres.

Este juicio condenatorio que afecta al inglés y al romano, aun cuando el primero se halle en posesión de un Derecho muy desarrollado netamente germánico, se apoya en lo concerniente al segundo, en una afirmación hecha por Jhering, *Geist des röm. Rechts*, I § 20, según la cual, el egoísmo es la nota esencial del carácter romano. Sin mengua del respeto que merece Jhering, diremos que sus juicios tan ingeniosos siempre, son con frecuencia inexactos. Sin duda al formular éste a que nos estamos refiriendo, pensaba Jhering, principalmente en el Derecho privado, el cual es en todas partes obra del egoísmo y por eso difícilmente extirpable. Es muy natural que este egoísmo o mejor aún el egoísmo de las familias campesinas, fuera muy fuerte en aquel pueblo de labradores que fué Roma. Por otra parte, los mismos romanos reconocieron más tarde el principio de la *bona fides*, que limita ese egoísmo y lo adoptaron como hoy se acepta. (Vid. Kunkel, *Festschr. Koschaker*, II, 5 y sig., 8 y sig. Arangio Ruiz, *id.*, 159), precisamente en sus transacciones con los extraños, es decir, con aquellos a quienes de ser cierta la afirmación de Schönfeld debía serles negado todo derecho. También los ingleses tienen su *equity*, mientras en otros pueblos arios, nada de esto existe.

El escrito que comentamos, resultado de una conferencia dada por el autor en 1940, parece está fuertemente influenciado por el hecho de la guerra y va dirigido contra los ingleses. No es misión mía el defender a éstos, pero no acierto a comprender por qué se extiende el ataque a los romanos, los cuales —cualquiera que sea la opinión que de ellos se tenga— no son culpables con toda seguridad, del desencadenamiento de la segunda conflagración.

Pág. 249, n. 5 ... Sobre la formación de un sistema en los juristas romanos, vid. Betti, *Tijdschr. voor Rechtsgech.*, XV (1937), 145 y sig., 159, y la otra que allí se cita de La Pira.

Pág. 262 Es notable una glosa de Vaccario (según Vinogradoff, *Roman law*, *etc.*, trad. de Riccobono, 58, 139): las leyes del emperador son válidas, independientemente de la voluntad del pueblo, y por esta razón no pueden ser derogadas por la

costumbre contraria, a no ser que *imperium et potestatem a principe remotam populus recipiat*.

Pág. 289

Respecto a la obra de Rehfeldt, vid. la reseña de Erler, *Paideuma. Mitteil. zur Kulturkunde*, II (1943), 351 y sig.

Pág. 290, n. 123.

Popularidad de la ley. Esta idea iusnaturalista se manifiesta en la patente de publicación del Derecho territorial prusiano 20.3.1791., citada por Thieme, *Die preussische Kodifikation*, «Ztschr. Sav. Stift, Germ. Abt.», 57, 375, «convencidos de que las leyes buenas y equitativas, redactadas con claridad y precisión y dirigidas al bien común, son indispensables, nos hemos propuesto otorgar a nuestros fieles súbditos, un código cuyas leyes se apoyen en los principios de la razón y en la equidad natural, y que esté concebido en el lenguaje de la nación y resulte comprensible para todos, de modo que cada ciudadano por sus solas facultades naturales desarrolladas y cultivadas con la educación, pueda leer y comprender las normas a que tiene que ajustar su conducta».

No sabemos si estas tendencias popularizadoras tuvieron o no éxito. No soy propicio a compartir el optimismo de Thieme. La conocida declaración de Achim von Arnims en una carta dirigida a su cuñado Savigny (Thieme, 407) de que la publicación del Derecho territorial para el pueblo prusiano, tiene tanta trascendencia como la traducción de la Biblia por Lutero, no prueba mucho. El propio Svarez muestra un cierto escepticismo al estimar oportuna la publicación de una «Enseñanza de las leyes para los habitantes de los Estados prusianos», es decir, un extracto claro y sencillo de las leyes, hecho con el mismo fin divulgador que pueda tener actualmente la prensa. Vid. Thieme, 404. Ciertamente determinados sectores de la población, labradores por ejemplo, se interesaron mucho por las normas relativas a la propiedad inmobiliaria, alentando esperanzas que no se vieron cumplidas; ahora bien, el fin que persigue un código popular es muy distinto, a saber: el procurar a todos los ciudadanos una cierta formación jurídica que les independice de los juristas.

Pág. 294, n. 137.

Quisiera saber lo que piensa un inglés medio cuando lee en *Law of Property Act*, 1925, 85/II, que la transmisión de la propiedad inmobiliaria con fines de garantía (*mortgage*) debe considerarse como constitución de un arrendamiento por tres mil años sujeto a la condición resolutoria de la restitución del capital.

Pág. 303, n. 157.

Sobre el desenvolvimiento de las escuelas postclásicas de Derecho, vid. Wieacker, *Das corpus iuris*, «Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft», 102 (1942), 426 y sig.; *Vom röm. Recht* (1944), 171 y sig.

- Pág. 308, n. 8 Para Bracton, vid. también Vinogradoff, *Roman law*, etcétera (trad. Riccobono), 91 y sig.; *The Yale Law Journal*, 32 (1923), 751 y sig. Este autor observa que Bracton no tuvo acceso directo al *corpus iuris*, sino que utilizó la *summa* del código de Azo y el *liber pauperum* de Vacario.
- Pág. 317, n. 38 ... La causa estriba tal vez en la carencia entre los profesores ingleses de Derecho, de una tradición de escuela —carencia que por lo demás no se da exclusivamente en la romanística—, o como dice De Zulueta en *The Journal of the society of public teachers of law*, 1933, pág. 9: «we shall have successors and able ones, but not continuers. We shall light torches, but we shall not hand them over».
- Pág. 358, n. 27 ... Remisión de actas. Cocceji en 1738 señala determinados plazos a las Facultades para el despacho de los asuntos, hasta que en 1746, la institución desaparece. Los veredictos de Facultad se mantuvieron más tiempo y fueron abolidos en 1893. Vid. Hedmann, *Justizverwaltung und Wissenschaft*, «Memoria del Ministerio de Justicia», «200 años al servicio del Derecho», págs. 37 y sig.
- Pág. 358, n. 29 ... Svarez quería, y su propósito era laudable —aclarar su código extrayendo de éste, su propia explicación y sin recurrir manteniendo en esto una actitud abiertamente contraria a la Escuela histórica— al Derecho romano, si bien teniendo en cuenta, las enseñanzas de la Historia del Derecho en la que figuraba incluida, naturalmente, la historia del Derecho prusiano. De esta manera el Derecho romano era también tomado en consideración aunque con una finalidad comparativa que permitía instruir a los oyentes en la filosofía del Derecho. Ya hemos tenido ocasión de decir que un estudio del Derecho romano así concebido, no es menospreciable en principio. Lo que Svarez rechazaba era la exposición sistemática del Derecho romano, la cual tenía para él un carácter privatísimo. De esta actitud suya discrepamos nosotros. No se la debe reprochar, en cambio, demasiado que en el *corpus iuris* además de un lenguaje que lo hacía extraño a los contemporáneos, hallase un espíritu «libre-pensador y republicano» y también «duro despotismo oriental». Asimismo, fué hostil Svarez a la idea de un Derecho privado común alemán. Por lo demás, no sintió el Derecho romano como Derecho imperial, adoptó un punto de vista estrictamente prusiano y si el estudio del Derecho de Roma hubiera sido abolido en Alemania, su supresión no le hubiera causado seguramente la menor contrariedad. Esta era también la actitud de muchos de sus contemporáneos. Vid. Thieme, ob. cit., págs. 387-392.
- Pág. 360, n. 36 ... Sobre los estímulos e incitaciones del Derecho natural en orden a la legislación. Vid. Thieme, 357 y sig. No es un

- hecho casual que por este tiempo (1781) apareciese el libro de Cayetano Filangieri *La scienza della legislazione* y que Voltaire dijese: «Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites—en des nouvelles» (citado por Thieme, 359).
- Pág. 376, n. 30 ... En orden a la pandectización de la Dogmática del Derecho prusiano, vid. también Thieme, 413 y sig. Importancia indudable tuvo la concesión de la única cátedra de Derecho prusiano de la Universidad de Berlín al discípulo de Savigny, Heydemann (Thieme, 415).
- Pág. 377, n. 32 ... Para Waechter y su obra, vid. Hölder, *Worte der Erinnerung an C. G. von Waechter*, «Leipziger Dekanatsprogramm», 1897, págs. 14 y sig.
- Pág. 381, n. 49 ... Derecho romano como fundamento de los estudios jurídicos en Prusia. Ya en 1809 la administración de justicia propuso al Ministerio de Asuntos espirituales, la supresión de los cursos de Derecho prusiano en las Facultades de Derecho y sólo en 1839 queda fijado en las mismas el estudio de esta materia. A partir de 1826 el Derecho territorial prusiano constituye materia de examen. Vid. Koschaker, 30, y las obras que allí se citan. Thieme, 411. Por otra parte, desde 1851 la exégesis de las fuentes romanas es obligatoria en los exámenes de estudios jurídicos y se mantiene con tal carácter hasta 1923. Vid. Hedemann, *Gedenkschr. d. Reichsjustizministeriums*, «200 Jahre Dienst am Recht», 20 y sig.
- Pág. 383, n. 52 ... El factor iusnaturalista aparece subrayado en una frase de Hugo que hallo citada en Thieme, *Naturrecht und hist. Schule*, «Forschungen u. Fortschritte», XIII, Nr. 18 (1937), 221: «El Derecho romano es nuestro Derecho natural».
- Pág. 388, n. 69 ... Sobre el abandono de la historia europea del Derecho romano, singularmente en Alemania, vid. también Hoetink, *De achtergrond van het romeinse recht* (1935), 29 y sig.
- Pág. 404, n. 107. Sobre la cuestión del influjo del cristianismo en el Derecho romano, vid. además Riccobono, *L'influence du christianisme dans la codification de Justinien*, «Scientia», V (1909), Nr. 9-1 separata; *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), *passim* y pág. 437, Vogt, *Zur Frage des christlichen Einflusses auf die Gesetzgebung Konstantin d. Gr.*, «Festchr. Wenger», II (1945), 118 y sig., con amplia bibliografía. Los ensayos de Riccobono han puesto también de relieve el influjo cristiano en el Derecho patrimonial no tan perceptible en verdad, como en el Derecho matrimonial y en el relativo a la esclavitud.
- Pág. 417, n. 12 ... Riccobono, *Nichilismo critico-storico nel campo del diritto romano e medievale* «Annuario dell'Università di Palermo», 1929/30, 19, habla de una escuela crítica, pero yo, prefiero

la expresión usada en el texto de «dirección neohumanística» porque apenas si puede hablarse propiamente de una «escuela» y el adjetivo «crítica» no es tan expresivo como la palabra «neohumanística»:

- Pág. 419, n. 20 ... Lo dicho es en lo esencial lo sostenido por Riccobono en *Diritto romano e diritto moderno* (1925), *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), 588 y sig.
- Pág. 422, n. 24 ... Literatura papirológica e información sobre fuentes: Bell, en *Journal of Egyptian archaeology*; Hombert (Preaux), en *Chronique d'Egypte*; Hombert, en *Byzantion*; vid. además Seidl, *Juristische Papyruskunde*, en «*Studia et documenta hist. et iuris*», desde 1935.
- Pág. 424, n. 28 ... Inclusión en los estudios romanísticos del Derecho público romano. Wenger, caracterizado representante de la nueva dirección demandaba la implantación en Austria del estudio del Derecho público romano, contra una propuesta formulada por los estudiantes de Viena, en la que éstos postulaban la supresión en las Universidades de «inútiles estudios» de materias de Derecho romano tan secundarias como historia del Derecho, Derecho público y procesal. Vid. Wenger, *Die Stellung des öffentl. römischen Rechts im Universitätsunterricht* (1907).
- Pág. 429, n. 38 ... Sobre Scialoja (1856-1933), vid. la necrología hecha por su discípulo G. Segré, «*Riv. di dir. commerciale*», 31 (1933), 848 y sig., y Arangio Ruiz, profesor en la Universidad de Nápoles y de la Facultad de Derecho egipcia de El Cairo en un acto conmemorativo organizado por la sociedad «Dante Alighieri» de la mencionada capital egipcia; vid. también A. J. Boyé, Director de la école française de droit du Caire, *L'Egypte contemporaine*, 24 (1934), 335, y además Riccobono, sucesor de Scialoja en el cargo de secretario perpetuo en el *Bulletino dell'Inst. di diritto romano* «BIDR», en «BIDR», 42 (1934), 1-22. Sobre Bonfante (1864-1932), Bortolucci, «BIDR», 41 (1933), págs. III-XXIII.
- Pág. 430, n. 39 ... Sobre Riccobono, vid. Baviera, *Studi Riccobono*, I (1936), páginas XXI-CVIII, además el informe sobre las *onorance a Salvatore Riccobono* «*Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*» XVIII, 1939), es decir, sobre el homenaje que con motivo del 75 aniversario del nacimiento de Riccobono dedicó a éste la Universidad de Palermo el día 28 de noviembre de 1936. Riccobono es un romanista representativo no sólo de Italia sino de todo el mundo. Y esto no únicamente por sus aportaciones al conocimiento histórico del derecho de Roma, sí que también y muy principalmente, porque mediante este Derecho que pervive en la mayoría de los países cultos, le es posible comprender el Derecho vigente en la

actualidad, en un sentido universal. Uno de sus más notables trabajos lleva por título: *Dal diritto romano clasico al diritto moderno*.

- Pág. 436, n. 50 ... Respecto a otros autores de los últimos tiempos partidarios del estudio histórico del Derecho romano, vid. Betti, *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, XV (1937), 141 nota 6, 170 nota 33. Betti se opone a esta tendencia.
- Pág. 441, n. 1 Sobre la posición del Nacional-socialismo y de su doctrina jurídica en orden al Derecho romano, vid. el valioso estudio de O. Sommer, *Treti rise a rimské právo* «El tercer imperio y el Derecho romano», en «Festschr. f. Milota», Prag, 1937, en cuyo resumen dice el autor: «Alemania, el país clásico de los estudios románico-jurídicos, se ha trocado en la nación que sostiene la lucha más enconada que puede concebirse. contra el Derecho de Roma». Señala también Sommer muy certeramente la carencia trágica en toda la historia alemana, de ese sentido de equilibrio y de medida que es tan saludable.
- Pág. 462, n. 55 ... Terminada la impresión de este libro, recibo la obra de W. Apelt, *Geschichder Weimarer Verfassung* (1946). Me confirma en la opinión sustentada en el texto, el hecho de que este profundo conocedor de nuestra moderna historia constitucional, estudie el desarrollo del imperio desde 1871 en sus relaciones con Prusia, la cual por su extensión y por su fuerza política y económica está por encima de los demás Estados. Esta hegemonía de Prusia en el imperio de 1871 pudo justificarse históricamente, porque Prusia creó la unidad alemana, en cambio, fué una verdadera fatalidad que la democracia de Weimar no fuese capaz de resolver este problema. Como certeramente dice Apert, si Bismarck pudo situar al victorioso rey de Prusia en plano superior al de los demás príncipes alemanes, una constitución republicano-democrática, no podía legítimamente situar al elector prusiano por encima de los electores de los restantes Estados, ni partir la nación alemana en dos partes, con diferentes derechos de ciudadanía. El autor del primer proyecto de la nueva constitución, Hugo Preuss percibió el problema y llegó a proponer la eliminación de los Estados enanos y una nueva división de Alemania en Estados aproximadamente iguales, (págs. 57 y sig., 80, 385, 406). Este pensamiento no se convirtió en ley y además no era realizable entonces, porque para rechazarlo, los Estados alemanes del Sur, se aliaron con el particularismo prusiano, el cual no era exclusivo de una clase social elevada, sino que estaba muy arraigado en todo el pueblo de Prusia (págs. 68, 378, 392, 428). Ciertamente que Prusia había disminuído mucho en importancia en el consejo del Reich que sustituyó al consejo federal (págs. 95, 371, 382).

Pero esto no tenía gran importancia ya que el consejo del Reich creado por la constitución de Weimar era sólo una sombra en relación con el antiguo consejo federal.

Examinar los efectos que hubiera producido la realización del mencionado proyecto, es una cuestión ociosa. Solamente puede decirse que se hubiera dado en tal supuesto en la misma proporción, la posibilidad de desarrollo del poder del Reich en favor de cada uno de los Estados y que el centralismo no hubiera sido en tal caso opresivo. Sin embargo, Prusia continuaba detentando una hegemonía indirecta, pues su influencia fué mayor que en el imperio de 1871, ya que el centralismo, que fué consecuencia forzosa de la nueva situación política, le favorecía, y por otra parte, en la nueva administración del Reich la burocracia prusiana, uno de los pilares fundamentales del Estado de Prusia, tuvo también gran ascendiente (pág. 385).

Pág. 467, n. 70 ... H. Meyer, arrebatado a la germanística por una muerte harto prematura ha consagrado a la cuestión de la bandera del Reich una serie de doctos trabajos. Vid. *Die Oriflamme und das französische Nationalgefühl, Herrfahne und Rolandsbild*, en «Nachrichten d. Ges. d. Wissenschaften», de Göttingen ph. h. Kl., 1930, págs. 95-135, 460-528, y *Sturmflagge u. Standarte, Kaiserflagge und Blutflagge*, en «Ztschr. Sav. Stift., Germ. Abt.», 51 (1931), 204-257; 53 (1933), 291-299. No es este el lugar a propósito para dar cuenta de las complejas ideas desarrolladas en los mencionados trabajos. Solamente debemos consignar, que las representaciones primitivas sobre que se apoyan estas banderas, pertenecen a la esfera de lo mágico. La sangre y el fuego tienen un cierto poder de sortilegio y son imitados en la antigua bandera que es como un gallardete en forma de llama. También responde a representaciones mágicas el efecto saludable que se atribuye al paño rojo que clavado o cosido en la lanza real descende en punta. En esta forma, la bandera roja, pasa a ser bandera del ejército. Se da también esta misma idea en el oriflama francés. Según la antigua concepción el color del oro es rojo. Así, la voz italiana *pomo d'oro* = *tomate*. Junto a la bandera del ejército aparece en algunos lugares, una bandera especial del rey o del emperador, la cual, como estandarte, señala el lugar en donde se halla en el campo el jefe del ejército. La bandera francesa de lirios dorados en fondo azul tiene este carácter y tal vez imita la bandera de fuego con múltiples gallardetes. En Alemania se aceptó tal vez, como bandera imperial, una bandera dorada con un águila como remate del asta, águila que en el siglo XIII fué incorporada a la bandera. De ésta deriva la tarda bandera del Reich, la cual elimina la antigua bandera de

sangre, ornada desde Enrique VI con una cruz blanca. Tiene probablemente razón Meyer cuando fija en la época germánica la aparición de la bandera de fuego y sangre. Las representaciones en que se apoya son, si no se equivoca Meyer, de carácter mágico y como tales, primitivas. Merecería la pena ampliar la investigación a otros pueblos, con lo que probablemente se obtendrían resultados muy semejantes.

Pág. 480 En Prusia los profesores de la escuela superior son desde 1846 autorizados para actuar como examinadores en los exámenes jurídicos; más tarde se suprime tal práctica y a partir de 1864 se admite de un modo permanente la participación de dos profesores. Vid. Hedemann, loc. cit., pág. 31 y sig. Respecto a la posición práctica del estudiante angloamericano de Derecho, es quizá significativa la manifestación del Dr. Russell, práctico y profesor de Derecho romano en Brooklyn Law School de la St. Lawrence University, hecha en una de las sesiones del *Riccobono Seminar of roman law in América* («BIDR», 44, 1937, 448), y de cuya exactitud hago, como es natural, responsable al autor. Dice éste: «the average American law student of to day must be impressed with the commercial value of any subject before he could be induced to devote time to it. Hence the pecuniary and practical worth of the study roman law must be emphasized. It is not enough to argue that certain subjects improve one's general intellectual capabilities». En la discusión siguiente uno de los oradores advirtió la conveniencia de estudiar el Derecho romano en vista del incremento del comercio con Sudamérica. Los hombres de negocios americanos se verían forzados a consultar a juristas americanos, «who are trained in roman or civil law. In this regard, the study of roman law may be justified on a purely monetary basis».

Pág. 482, n. 9 ... Al romanista rumano Georgescu cabe el mérito de haber señalado con insistencia la crítica situación actual del estudio del Derecho romano. Vid. su artículo *Există o criză a studiilor de drept roman?* (¿Se halla en crisis el estudio del Derecho romano?), en «Festschr. für Nistor» (1937). Una traducción francesa contiene además el trabajo titulado *Remarques sur le crise des études de droit romain*, en «Tijdschr. voor Rechtsgech.», XVI (1938), 403 y sig. Indicaciones relativas a su contenido en mi referencia en «Ztschr. Sav. Stift.», 58 (1938), 425 y sig. El autor ha publicado este trabajo con otros anteriores y posteriores, en lengua rumana y como aportación a la historia de la ciencia romanística, en un libro titulado *Problemele actuale ale dreptului roman* (Problemas actuales de Derecho romano) (Bukarest y París, sin fecha de publicación aunque con toda seguridad es posterior al año 1942).

Pág. 485, n 15. ... Emparentado en cierto modo con el *Römischem Privatrecht* de Mitteis está el *Diritto romano I, Parte generale* (1935), de Betti. Ambos se hallan muy lejos de conseguir reanimar la Pandectística aún cuando los dos hayan elegido una parte de la dogmática jurídica que es un producto específico de aquélla. A Betti como a Mitteis interesa exponer el Derecho romano clásico. Betti cree poder utilizar para este fin los conceptos de la dogmática jurídica actual. Expuso ya esta idea en «Archivio giuridico», 99, 129 y sig.; 100, 26 y sig., y en otros ensayos (*Methode und Wert des heutigen Studiums d. röm. Rechts*, «Tijdschr. voor Rechtsgesch.», XV, 1937, págs. 137-174, *Diritto romano I prefazione*, págs. XI-XXVIII) se esforzó en fundamentar su tesis de un modo filosófico, no sin hallar oposición. Vid. los adversarios en Georgescu, «Tijdschr.», XVI, 422 al final, *Probleme actuale*, 108, nota 1. En la obra últimamente citada, éste autor (págs. 107-126) consagra un ensayo a la crítica de Betti titulado *Dreptul roman, metoda istorica si conceptele fundamentale ale dogmaticiei moderne* (Derecho romano, método histórico con los conceptos fundamentales de la Dogmática moderna). Betti ha contenido con algunos de sus contrincantes. No pretendo, con mi posición aumentar el número de sus críticos; ya en mi obra sobre la crisis del Derecho romano 76, expuse algunos reparos al romanista italiano. Quiero tan solo poner de relieve lo que en mi opinión hay de positivo en la obra de Betti. Tal juzgo, por ejemplo, la observación (*Dir. rom.*, I, páginas XII-XVI) de que el pensamiento en general, el pensamiento jurídico y los conceptos jurídicos de los tiempos pasados, solamente con ayuda de los conceptos actuales y en relación con éstos pueden ser indagados y ofrecer interés en el presente. En el número de estos medios auxiliares de la exposición histórico-jurídica figura el sistema, especialmente, en los libros destinados a la enseñanza. No pongo la objeción más insignificante a que Betti haya escrito una «parte general» del Derecho romano a pesar de que el autor sabía que esta parte general fué desconocida de los juristas romanos e italianos y que constituía un auténtico producto de la Pandectística y del Derecho natural. El peligro de atribuir a los antiguos, concepciones modernas, existe indudablemente, pero puede ser evitado. Por lo demás, la justificación de tal intento radica en la cuestión de si el Derecho romano puede enseñarse conforme al sistema de Sabino o según el plan de estudios establecido por Justiniano en la escuela jurídica de Berito. Un paladín del Derecho alemán tan ilustre como O. V. Gierke se ajustó como advierte no sin cierta amargura, v. Schwerin, en *Deutsche Rechtswissenschaft* (IV, 1939), 189, al sistema de la Pandectística, y ello fué debido a la carencia de un siste-

ma propio desarrollado por los juristas que cultivaban aquel Derecho. Esta aplicación no redundó en desdoro de la materia tratada por Gierke, antes al contrario, sirvió para hacer ésta más accesible a los juristas contemporáneos para quienes Gierke escribía.

Sobre la tesis de Betti se puede pensar lo que se quiera. En un punto estamos con él completamente identificados: en su aspiración a actualizar el Derecho romano tanto en el orden de la investigación como en el de la enseñanza. Esta finalidad que Betti persigue, viene impuesta por el carácter europeo-universal del Derecho romano. Por otra parte, sólo es dable alcanzarla, poniendo en relación el Derecho romano con el actual. Todos los caminos llevan a Roma y a nadie hemos de reprochar que escoja uno que no sea el que nos parece más directo. Esta misma tendencia se revela en el mencionado libro de los ingleses Buckland y McNair. A este propósito son altamente instructivos los debates habidos en el *Riccobono Seminar of roman law in America* («BIDR», 44, 1937, págs. 445 y sig., 463 y sig.). No se debe sobrevalorar sin embargo la importancia de los cursos de Derecho romano en los Estados Unidos. Las opiniones de estos profesores, son también muy valiosas, porque ellos, lo mismo que los romanistas alemanes bajo el Nacional-socialismo y aún en el momento actual, no se ven asistidos por el medio protector del examen forzoso. Sin cesar se escuchan lamentaciones tal vez vulgares pero muy fundadas, de que las conferencias sobre Derecho romano no tengan auditorio si no se relacionan con el *common law* y se considera aquél como medio que facilite la comprensión de éste. En esta idea se apoya la actitud de De Sloovere propugnando el estudio del Derecho romano como base del Derecho comparado.

Pág. 487, n. 23 ... No puede decirse que en Alemania, después de haber terminado la elaboración positiva del código civil, se cierre el camino al Derecho natural. Vid. Manigk, *Idee des Naturrechts*, «Festchr. f. Stammler» (1926); *Wie stehen wir heute zum Naturrecht?* (1926). Toda jurisprudencia que haya alcanzado un cierto grado de desarrollo ha de apoyarse en principios jurídicos superpositivos y universales y mientras estos principios en otros ámbitos del Derecho, por ejemplo, en la esfera del Derecho público, consiguen con frecuencia su reconocimiento por medios revolucionarios y violentos, en el Derecho privado, por razón del carácter conservador que éste ofrece, se desenvuelven por lo general de un modo tranquilo y sosegado. Que el Derecho romano tenga en este respecto la primacía, se debe a su historia europea y a su carácter universal. Esta su condición de *primus inter pares*, deriva de su «euro-

peidad» y de su fondo iusnaturalista, que no puede desatender los elementos germánicos que actúan en el desenvolvimiento histórico de Europa, necesitando, por ello de la colaboración de los germanistas. Por otra parte, como ya intenté explicar en *Krise d. röm. Rechts*, 81 y sig., en el estudio comparado del Derecho, podemos tomar en consideración otros sistemas jurídicos antiguos con los cuales se tropieza en la historia del Derecho. Tal vez los germanistas dediquen en el futuro mayor atención al Derecho anglo-norteamericano, que la que hasta el momento actual le han dispensado. Este sistema que abarca territorios mucho más extensos y de mayor población, que los sometidos a la influencia romanística, ha conseguido desarrollar el fundamento germánico en que se apoya, adaptándolo mediante su jurisprudencia a las modernas relaciones jurídicas y alcanzando en esta obra un grado elevado de perfección comparable a la conseguida en Alemania sólo en algunos sectores del Derecho patrio. De todos modos va siendo ya hora de que termine en nuestro país el lamentable capítulo de «Romanistas y germanistas». Ojalá que en el futuro hayan en Alemania juristas con orientación romanística y germanística que en lugar de mantenerse recíprocamente impermeables y herméticos, conozcan y valoren debida y mutuamente sus respectivas investigaciones y colaboren de esta suerte en la creación de un Derecho privado natural. Con esto se conseguiría convertir en realidad una idea romana, pues según Gayo I, 1 *ius gentium* es el Derecho, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, idea que no pierde valor, aun considerando postclásica la invocación a la *naturalis ratio*. Vid. Beseler, *Tijdschr.*, VIII. 319. No son de este lugar las sugerencias relativas a la futura estructuración de los estudios romanísticos en Alemania. La gran variedad de cursos y conferencias romanísticas a que se refiere Georgescu en *Tijdschr. ve. Rechtsgesch.*, XVI, 420 y sig., aunque resulte grata a los romanistas, dudo que pueda hallar aceptación en los planes de estudios de las Facultades de Derecho alemanas. Habremos de contentarnos con un solo curso, el cual no puede ser muy sencillo ni —sobre esto hay unanimidad— debe emplazarse al principio de los estudios jurídicos. V. Schwerin, *Deutsche Rechtswissenschaft*, IV (1939), 189 y sig., en una recensión de mi obra sobre la crisis del Derecho romano, que estimo en mucho por la elegancia con que este germanista tan entusiásticamente apasionado en su ciencia y tan trágicamente muerto, mantiene sus puntos de vista, llega a proponer que el Derecho romano se estudie en el plan de estudios establecido en 1935 por el régimen nacionalsocialista, en el sexto semestre y en el curso

de historia del Derecho privado de los nuevos tiempos. Prescindiendo de la consideración de que el curso de Derecho romano ofrece en este plan un carácter exclusivamente histórico, ha de convenirse también en que el emplazamiento propuesto no tiene en cuenta la esencia universal del Derecho de Roma. Además, el curso de historia del Derecho privado en los nuevos tiempos es fundamentalmente una historia del Derecho privado alemán desde la recepción, y aunque el Derecho romano tiene oportuno encaje en esta época, no agota en ella su amplísimo alcance.

En un congreso de la *Society of public teachers of law*, *Haggen lecturer in law* en Leed, el cual según propio informe contenido en el «Journal» de esta sociedad, 1933, páginas 15 y sig., explica Derecho privado inglés a un auditorio compuesto en su mayor parte de *articled clerks*, esto es, de aprendices de solicitador, de gentes cuyo interés se halla orientado hacia el futuro de una profesión práctica, declara que lamentaría profundamente la supresión del estudio del Derecho romano porque nada es más útil a los prácticos que la comparación de una institución jurídica cualquiera con su paralela en un sistema jurídico distinto. El Derecho romano en su evolución histórica ofrece especiales posibilidades de comparación «and opens to the student a far wider prospect than any modern system can disclose». En la discusión fué subrayado que el estudiante, a este fin, debía conocer el Derecho romano como sistema y que este estudio debía situarse en un avanzado período escolar. Nada tengo que añadir por mi parte.

íg. 487, n. 25 ... Sobre la mengua experimentada por la formación clásica en la época actual y el progreso de la formación técnica y científico-naturalista y lo que es su consecuencia, la aparición del especialista con exclusivismo cerrado a todo lo que no sea su especialidad, vid. Betti, «Riv. di dir. commerciale», 37 (1939), 127 y sig., en una recensión de mi obra sobre la crisis del Derecho romano.

íg. 493, n. 31 ... La ojeada de la producción científica anglo-norteamericana sobre nuestra especialidad citada en la página 13 y que llega a mi poder después de haber sido redactado este suplemento, atenúa el escepticismo que en mí provoca el juicio de Riccobono. Esta producción científica refiérese a los últimos tiempos; es muy variada y supera la de los países europeos correspondiente al mismo período de tiempo; sin embargo, no cabe duda que esta producción no es propiamente autóctona sino debida en su mayor parte a la emigración provocada por el Nacional-socialismo y procedente principalmente de Alemania. Quienes más se destacan son los representantes

de la tendencia neo-humanística y los papirólogos, que vienen así a confirmar nuestra opinión, de que la dirección del neo-humanismo, contrariamente a la antigua orientación de los estudios romanísticos, no está vinculada a Europa. Por ser una tendencia historicista y docta, es problemático que pueda hallar eco y aceptación en los juristas y estudiantes de Derecho americanos. Las manifestaciones un poco más antiguas hechas por profesores norteamericanos de Derecho romano, me parecen a este respecto altamente sintomáticas.

ESQUEMA BIOGRAFICO DEL AUTOR

Pablo Koschaker, nació el 19 de abril de 1879 en Klagenfurt (Austria). Frecuentó el Gimnasio de esta ciudad y en 1897 se gradúa de Bachiller. Estudió Matemáticas y luego Ciencia del Derecho en Graz. En Leipzig amplió los estudios jurídicos. En 1903 recibe la investidura de Doctor en Derecho, y en 1905 es nombrado profesor de Derecho romano en Graz. Desempeña este mismo cargo en Insbruck (1908-1909), en la antigua Universidad alemana de Praga (1909-1914), en Frankfurt a. M. (1914-1915), en Leipzig (1915-1936) y por último en Berlín, de donde se retiró en 1941 a Tübingen. En el otoño de 1946 se jubila y establece en Walchensee, en la Alta Baviera. A partir del semestre de verano de 1947, es encargado de cursos sobre Derecho romano en la Universidad de Munich. Miembro de Asociaciones de carácter científico (Academias), y en posesión de varios doctorados *honoris causa*.

Materia de sus trabajos: Derecho romano, Historia de los antiguos Derechos orientales con miras a un estudio de Derecho comparado.

SERIE C.-GRANDES TRATADOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO Y PUBLICO

VOL. XLVII