

Persistencia histórica del Derecho romano

POR

JESUS BURILLO LOSHUERTOS

1. VALORACION ACTUAL

En la primera mitad de este siglo se elevaron muchas voces de alarma acerca de la crisis del Derecho romano y uno de los primeros escritos que suscitó polémicas fue el de Koschaker, *La crisis del Derecho romano y la ciencia jurídica romanística* (1933). La crisis tuvo dos facetas (1). La primera vino señalada por la entrada en vigor del BGB y el consiguiente paso del Derecho romano a derecho histórico, que contribuyó a que los civilistas se alejaran progresivamente de los romanistas, los cuales, libres de la preocupación de adaptar los textos romanos a las nuevas circunstancias de la vida moderna estudiaron las fuentes desde un punto de vista crítico, reconstructivo, llegando en poco tiempo, merced a la aplicación de un método depurado, a construir interesantes perspectivas de la evolución jurídica romana desde el período arcaico hasta Justiniano. Los civilistas absorbidos por los nuevos textos legislativos se desentendieron, por lo general, de los progresos de los romanistas. Todos siguieron alabando la gran importancia del Derecho romano, padre de los derechos modernos, factor civilizador y de unificación..., pero el interés efectivo de muchos fue escaso y los civilistas no hicieron, salvo excepciones, excesivos esfuerzos por seguir los avances de la paligenesia historiográfica.

Actualmente, el Derecho romano es respetado y formalmente alabado

1. Vid. una acertada exposición del problema por FUENTESECA, *Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano*, en RDN, 7 (1955) 183 ss.



por todos, pero descuidado por parte de bastantes cultivadores del derecho moderno y de la teoría general del derecho, hasta el punto de que en algunos países el Derecho romano ha desaparecido de las Facultades de Jurisprudencia por traslado a las de Letras para ser cultivado junto a la historia y la literatura romanas (2), perdiendo de vista que aunque el Derecho romano no puede prescindir del rigor histórico-crítico de las ciencias de la Antigüedad, debe seguir sirviendo sin embargo para la formación de los juristas prácticos, exigencias ambas no incompatibles, ya que, en la consideración histórica del Derecho romano mantenida desde el punto de vista del jurista se puede conseguir una visión de las instituciones que permite desprenderse de las limitaciones del positivismo jurídico, inútil más allá de la ley impuesta por el poder público, a la vez que instruye para afrontar con dominio las inevitables transformaciones del derecho actual (3).

El remedio propuesto por el mismo Koschaker no es más que un ineficiente paliativo que consistiría en "actualizar" la enseñanza romanística reduciendo las lecciones de Derecho romano a exponer únicamente aquellos tópicos de derecho privado que pueden ser interesantes todavía por su vigencia en los derechos actuales.

La segunda crisis a que hace referencia Fuenteseca fue una crisis de método, hoy bastante superada. Consistió en la lucha entre dos tendencias encabezada la una por Riccobono y la otra por Albertario, principalmente. Ellos fueron los dos "campeones" del mundo romanístico italiano durante un cierto tiempo. Su desinteresada rivalidad de maestros alcanzó famosas cumbres episódicas. Después de la jubilación de Riccobono queda sólo Albertario y, durante años, su *principatus* fue indiscutido (4). Uno y otro tenían su parte de razón, pero la balanza se inclinó, como era de esperar, en favor de la tendencia histórica-crítica. La actitud de Riccobono sirvió de contrapeso a los excesos de la crítica, pero también puso de relieve que las posiciones radicalmente anticríticas carecían de base suficiente. "Si no se resuelven todos los problemas de las fuentes con atribuir a los compiladores toda una labor renovadora, perceptible a través de la crítica de interpelaciones, tampoco se resuelven con señalar una línea evolutiva de la jurisprudencia cuyos perfiles exactos se desconocen" (5). Kaser ha aclarado últimamente aún más estos problemas (6).

2. Sobre estos temas vid. GUARINO, *La experiencia de Roma en el estudio del derecho*, en AAMN, 10 (1959) 202 ss.

3. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960), 7.

4. *Redazionale*, en *Labeo*, 4 (1958), 257.

5. FUENTESeca, *Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano*, en RDN, 7 (1955) 194.

6. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, sep. de Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (1968).

Quizá sea equívoco hablar de crisis del Derecho romano, como dice Guarino (7). “pero si se quiere hablar de ella, debería decirse que tuvo principio, precisamente, cuando descompuesta la organización política romana, se pretendió en Europa continuar viviendo según el Derecho romano, que vino a quedar progresiva e inevitablemente contaminado. Hoy, por consiguiente, que el *usus modernus Pandectarum* ha desaparecido, la crisis del Derecho romano existe menos que nunca”.

Ciertamente la crisis, al menos científica, del Derecho romano puede negarse. “No cabe hablar de crisis del Derecho romano porque no se han agotado sus esencias y posibilidades, ni tampoco de crisis de los estudios romanísticos, porque éstos florecen actualmente en los más varios lugares y latitudes”, como expresa Iglesias (8). Lo que una ciencia precisa para subsistir no es interés del gran público en sus resultados, sino el interés intrínseco de sus problemas y el continuo renovarse de sus cultivadores, condiciones que hoy nadie se atreverá a poner en duda respecto al Derecho romano. Por lo tanto, si la decadencia del interés del hombre de la calle o de los autores de derecho moderno hacia el Derecho romano debiera considerarse como síntoma de una crisis del mismo, es evidente que el doblegarse a tales gustos por parte de los romanistas y ponerse a escribir capítulos introductorios de carácter histórico a las monografías de derecho moderno, acabaría convirtiendo su actividad en algo ramplón, estereotipado e imposible de larga persistencia.

La ciencia del Derecho romano no puede ni debe estar sometida a las limitaciones del oportunismo y ha de luchar por su autonomía y su libertad para afrontar los problemas que se le presenten, porque la ciencia sólo vive si renace pujante cada momento en los problemas, en los métodos, en las soluciones; está muerta, en cambio, si se repite en el conformismo.

Si el Derecho romano fuera olvidado en el estudio del derecho moderno, habría llegado el momento de hablar de crisis, pero no del Derecho romano, sino de la conciencia jurídica moderna.

Los remedios propuestos para superar la actual crisis jurídica moderna como el derecho comparado, la fundación de una ciencia universal del derecho, la unificación jurídica, etc., son ineficaces. Un medio eficaz sería el retorno a la raíz común, a la fuente de los ordenamientos modernos, al Derecho romano, ya que en su estudio existe algo más importante que una mera técnica jurídica, un instrumento de trabajo o una posible orientación legislativa. La disciplina, el hábito mental que el jurista consigue mediante el esfuerzo de ponerse en contacto con un mundo jurídicamente

7. GUARINO, *La experiencia de Roma en el estudio del derecho*, en AAMN, 10 (1959) 213.

8. IGLESIAS, *Derecho romano*, 4 (1962) 75.

refinado, como es el del Derecho romano; la variedad de experiencia que puede vivir profundizando en ordenamientos tan distintos como los que paulatinamente se suceden del derecho arcaico al justiniano; la conciencia que el jurista adquiere de los valores que están en la base de tantas experiencias históricas, valores del mundo clásico y de la nueva ética cristiana, le ofrecen instrumentos, conceptos y experiencias, que le capacitan más ampliamente para afrontar los problemas modernos. La eficacia del Derecho romano no está en su valor absoluto, en ser *ratio scripta* para las relaciones de la vida, porque éstas son, hoy día, en múltiples aspectos, muy distintas de las romanas, sino en el aprendizaje para ser *iuris prudentes* con los medios que nuestro derecho nos ofrece en las situaciones de la vida actual.

Apagados ya los ecos y resonancias de los toques de alarma sobre la debatida crisis del Derecho romano ante el florecimiento actual de nuestros estudios, cabe adoptar posiciones de vigorosa defensa —como dice García Garrido (9)— de vigoroso ataque.

Por fortuna, el romanismo goza hoy de un renacimiento a despecho de su falta de vigencia legal. Concepto este, naturalmente, sujeto a revisión, pues la efectiva y poderosa vigencia del Derecho romano como educador de juristas, como monumento perenne y vivo de la jurisprudencia, ha sobrepasado en nuestros días el marco legal de su admisión o no como fuente supletoria. La tradición romanística es más fuerte que las tradiciones nacionales, y, naturalmente, mucho más que la pequeña tradición ya secada del positivismo, como se ha escrito con acierto.

Como escribió hace años Alvaro d'Ors: "... la auténtica misión del Derecho romano está en presentar una sin par experiencia histórica que tiene la virtud de preparar al jurista de cualquier tiempo para actuar eficazmente con espíritu de libertad. Tal estudio viene a ser una disciplina formativa que equivale a la de las Humanidades en la educación general de la inteligencia humana" (10) y la función de los romanistas no debe reducirse "a enfocar los temas del Derecho romano con un exclusivo fin propéutico de las exposiciones del Derecho civil en uso" (11).

9. GARCÍA GARRIDO, *Las actuales orientaciones romanísticas*, en RDN, 39 (1963) 19.

10. d'ORS, *Ius Europaeum?*, en *L'Europa e il Diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, 1 (1954) 467.

11. d'ORS, *Ius Europaeum?*, en *L'Europa e il Diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, 1 (1954) 466.

2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO ROMANO

El Derecho romano no termina con la historia de Roma, sino que su vigencia, en uno u otro sentido, se prolonga hasta la actualidad. En ello reside una de las más sorprendentes características del mismo: el que tras trece siglos de vida haya tenido otros tantos de supervivencia o persistencia, término que con García Gallo (12) consideramos más expresivo que el de "continuidad" que vienen empleando los historiadores alemanes. Es éste un fenómeno que afecta no sólo a la originalidad de un ordenamiento jurídico o a la delimitación en el tiempo de los períodos en que se divide el desarrollo del Derecho, sino principalmente a la esencia del propio derecho. Como dice Iglesias "los prototipos, las bases arquitecturales, los principios fundamentales del Derecho romano tienen todavía validez. Misión nuestra es la de explicar todo eso con trazo firme y vigoroso hasta tal punto que nuestros estudios nos llevarán a comprobar la verdad de aquello que nos dejó dicho Mommsen: que a la hora de desarrollar un derecho que se acomode a ciudadanos libres, podemos apoyarnos, de modo incondicional, en el Derecho romano clásico" (13). Tal persistencia no niega la historicidad o evolución del derecho, lo que hace es reducir ésta a sus justos límites.

Aunque el Derecho romano persistiera en Oriente gracias sobre todo al academicismo científico de las escuelas de Berito y Constantinopla que continuaron la labor del *Corpus Iuris*, y en Occidente gracias a las legislaciones romanizadas de los reyes germánicos, especialmente al Breviario de Alarico, la persistencia se opera en virtud de la recepción que tiene lugar desde finales del s. XI en Italia, donde en Bolonia comienza a ser estudiado el *Corpus Iuris* y sobre todo su parte fundamental, el Digesto, con inusitado afán por glosadores y comentaristas, emergiendo sobre todos la egregia figura de Bártolo, dando lugar al Derecho romano común recibido después con intensidad varia en casi todos los países de Europa, originando la ciencia jurídica europea.

La nueva sensibilidad renacentista en el estudio de la Antigüedad greco-romana no pudo menos de repercutir en los estudios romanísticos tratando los escritos de los juristas no como textos susceptibles de inter-

12. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del derecho*, en AHDE, 23 (1953) 25.

13. IGLESIAS, *El Derecho romano y nuestro tiempo*, en RDP, 39 (1951) 452 s.

pretación con fines pragmáticos, sino como trozos apreciables para reconstruir una realidad pretérita.

Coetánea al Humanismo fue la recepción del Derecho romano en Alemania como derecho vigente, y como tal cultivado, no sin contaminaciones modernas lo que dio lugar al *usus modernus Pandectarum*, al "Derecho romano actual".

Con el derecho natural racionalista del siglo de las luces, los estudios de Derecho romano sufrieron un descalabro, y no fue olvidado gracias a su vigencia en Alemania. Iniciado el XIX, la Escuela histórica, obediente al impulso vivificador del genial jurista Savigny, provoca un floreciente resurgimiento del Derecho romano sufrieron un descalabro, y no fue olvidado gracias a su vigencia en Alemania. Iniciado el XIX, la Escuela histórica, obediente al impulso vivificador del genial jurista Savigny, provoca un floreciente resurgimiento del Derecho romano y retrasa un siglo la codificación produciendo estudios dogmáticos elaborando con intensidad el Derecho romano común, por una parte, e históricos por otra.

El estudio del desarrollo orgánico del Derecho romano, así como las elaboraciones dogmáticas dieron paso ya a finales del XIX a una nueva ruta crítica iniciada por Alibrandi, y en el s. XX el Derecho romano adquiere un carácter histórico y tiene lugar una ilustre floración de romanistas cuyos trabajos enlazan la tendencia del Humanismo renacentista, que por haber arraigado especialmente en las escuelas francesas recibe el nombre de *mos gallicus*, con los modernos métodos de las ciencias de la Antigüedad.

En las páginas siguientes intentamos exponer a grandes rasgos el Derecho romano vivido en Roma y su vivificadora persistencia hasta nuestros días.

La expresión Derecho romano, abstracción paradigmática para indicar más de trece siglos de historia, puede entenderse diversamente. Puede indicar el derecho formado en las distintas épocas de la historia de Roma hasta la compilación justiniana, pero también puede indicar éste en el desarrollo posterior que influenció la vida medieval y moderna, determinando en gran medida el derecho de casi todas las naciones occidentales hasta la formación de las codificaciones que siguieron el ejemplo del *Code Civil* de Napoleón y en Alemania hasta el 1900. De ahí las expresiones Derecho romano, Derecho justiniano, Derecho común (14).

En el Derecho romano prejustiniano conviene distinguir una periodificación que separe épocas determinadas por cambios en el derecho debidos a acontecimientos políticos y transformaciones económico-sociales.

El primer período es el llamado del derecho arcaico que abarca desde

14. ALBERTARIO, *Il Diritto romano* (1940) 4 ss.

la fecha tradicional de la fundación de Roma, 753 a. C., hasta el año convencional del 130 a. C., fecha aproximada de la introducción de un nuevo procedimiento judicial que ha de ser el propio de la época clásica. En este período la pequeña ciudad de Roma se desarrolla llegando a dominar la cuenca mediterránea y se establecen las bases para el posterior Imperio. Período del derecho quiritarío atribuyendo gran importancia a las *mores maiorum*, la Ley de las XII Tablas y su *interpretatio* por la jurisprudencia pontifical.

El segundo período es la época clásica, así llamada porque presenta el máximo valor magistral por la perfección de su estilo. Coincide con el máximo esplendor cultural y con el auge del poderío romano. Se extiende desde el 130 a. C. hasta el 230 d. C., fecha igualmente convencional en la que el Imperio, una vez alcanzada la cúspide de su desarrollo territorial y el máximo número de habitantes, entra en una crisis de anarquía (15). Es significativo que en el 228 Ulpiano, el último gran jurista clásico, sea asesinado por los soldados pretorianos. En este período brilla espléndidamente el sol de Roma en todos los ámbitos, especialmente en el jurídico. Se amplía y refina la convivencia social, se incrementan las relaciones comerciales y Roma domina el *orbis terrarum*. Existen relaciones comerciales con vecinos y extraños y el área comercial romana alcanza a Escandinavia y las riveras del Báltico, al Danubio y el Dnieper, los productos rusos llegan a través de las tribus sármatas y se logran contactos con la ruta de la seda, se facilitan las relaciones ya existentes con Egipto y Arabia, extendiéndose hasta otros países de Africa y Asia. El derecho se adapta a la universalidad y variedad de las contrataciones, se flexibiliza el formalismo y se va creando un nuevo derecho dinámico, en constante renovación y adaptación a los nuevos tiempos, siendo sus propulsores el pretor y la jurisprudencia, actuando ya directamente, ya a través de las constituciones imperiales (16).

Basamos la fecha final de este período en los últimos estudios sobre las fuentes postclásicas que han obligado a revisar la periodificación. Hasta ahora, atendiendo al tono "clásico" de los rescriptos de Diocleciano se colocaba el comienzo de la época postclásica a principios del s. IV haciéndolo coincidir con la irrupción de la influencia cristiana. Hoy, sobre todo después de Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen* (1960), que resalta extraordinariamente la importancia de los glosemas del s. III, nos vemos obligados a admitir que la época clásica termina hacia el 230, fecha

15. PRINGSHEIM, *The unique character of classical Roman law*, en JRS, 24 (1944) 60, sitúa el comienzo de la época clásica en el 150 a. C. y el final en el 300. Nosotros seguimos la periodificación establecida por Alvaro d'Ors, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 8.

16. ALBERTARIO, *Il Diritto romano* (1940) 5.

que coincide aproximadamente con la muerte de Úlpiano y el nacimiento de la escuela de Berito. d'Ors no dudó en establecer esta fecha hace tiempo movido quizá por los efectos de la constitución Antoniana del 212, ya que la época postclásica es época de provincialización, lo que implica vulgarismo, y aunque es cierto que los efectos de la constitución Antoniana no se producen inmediatamente, sí se producen en un período relativamente corto, teniendo en cuenta que muchos fenómenos que dominan la época postclásica están ya incipientes en la última época clásica, en la época postadrianea que podríamos establecer del 130 al 230, anteponiéndole la etapa clásica alta, central o de apogeo del 30 a. C. al 130 d. C., y la primera etapa clásica —preclásica para algunos— del 130 al 30 a. C.

Por lo tanto, el tránsito de la época clásica a la postclásica no hay que situarlo bajo Diocleciano como hace Schulz (17), sino medio siglo antes como hacen Rabel, Kaser, Wieacker y Wolff (18) entre otros, que lo sitúan hacia el 235, fecha de la muerte de Alejandro Severo.

La expresión "jurisprudencia clásica" es del siglo XIX (19).

Durante esta época del Derecho romano clásico, Roma evoluciona de una constitución republicana heredada de los mayores a una forma monocrática que culminará en el Bajo Imperio con el Dominado. La constitución republicana había surgido arduamente —tras la caída de la monarquía en unos tiempos en que en todo el Mediterráneo centro-oriental surgen entidades urbanas autónomas—, tras largas y cruentas luchas entre patricios y plebeyos, dominadores y dominados. Sólo en el año 367, con las leyes Licinias Sextias que permiten el acceso al consulado a los plebeyos puede considerarse superada la lucha y configurada establemente la constitución que Polibio no acierta a encuadrar entre las en aquel tiempo vigentes por la peculiaridad de su "equilibrio de poderes" entre:

A) El *imperium* (que significa en abstracto poder de mando y en concreto ámbito de aplicación de tal poder) de una magistratura culminada por dos cónsules anuales, provistos de un poder sólo coartado por la colegialidad, lo que supone la eventualidad del veto del colega, por la

17. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 336.

18. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrecht* (reimp. 1955); KASER, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch* (1960) 4; WIEACKER, *Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz* (1950) 3: «La ciencia del Derecho designa hoy como Jurisprudencia clásica a la Jurisprudencia romana desde la primera época del Principado hasta el final de la Monarquía militar de los Severos (235 d. C.)»; WOLF, *Introducción histórica al Derecho romano* (1953) 143. Al período que media entre el final de los Severos y la abdicación de Diocleciano, le llama Levy «quasiklassische», Wieacker «epiklassische» y Kaser «frühnachklassische». Vid. KASER, *Vulgarrecht*, en *PW*, s. v.

19. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 117.

temporalidad y por la responsabilidad ante el Senado, al cesar el mandato (20).

B) La *auctoritas* del Senado, compuesto de exmagistrados, poder estable desprovisto de fuerza imperativa dependiente de la convocatoria por un magistrado mayor o del tribuno de la plebe, que intervenía en toda la vida política, especialmente la exterior, asignando los gobiernos provinciales y los mandos para la guerra, y controlando las finanzas y la religión oficial. Organismo que garantizaba la estabilidad y continuidad al lado de los magistrados y de los comicios en permanente mutación. En torno a él se fijaban las constantes de la política y velaba por la observancia de la constitución. En el principado perdió su papel decisivo en la política y entonces tiene lugar su interferencia en los asuntos del *ius*.

C) La *maiestas* del pueblo romano, que en sentido originario significa la reunión de los hombres dispuestos para la guerra, compuesto por todos los varones libres que han alcanzado la pubertad y pueden vestir la toga viril. Después pasó a significar los ciudadanos reunidos en asambleas para elegir magistrados, votar las leyes y actuar en ciertas causas de apelación criminal.

El equilibrio entre estas tres fuerzas, autocrítica, aristocrática y democrática dio a Roma una flexibilidad a la que, sin duda, hay que atribuir el haber superado los trances más graves de su historia y haber alcanzado su inmenso poder.

Esta constitución entra en crisis en el siglo I a. C. cuando Augusto, dominando un siglo de guerras civiles, instaura el Principado al ver la imposibilidad del normal funcionamiento de la constitución republicana. Durante 100 años, debido a la necesidad de poderes militares extraordinarios por la prolongación de las campañas en Oriente, a la conveniencia de crear ejércitos profesionales con mandos que duren más de seis meses, a la imposibilidad de mantener un poder en el frente sin que influya en la retaguardia, a lo inevitable de tener un poder en el ejército sin que influya en la ciudad. La guerra contra Yugurta, la guerra contra los esclavos en Sicilia, la guerra social, las guerras contra Mitrídates, la dictadura de Sila, la rebelión de Espartaco, las campañas de Pompeyo en Oriente, la conjuración de Catilina, el primer y segundo triunvirato, la guerra de César contra el Senado y Pompeyo, el asesinato de César, las proscripciones y otros acontecimientos fueron motivos suficientes para convencer a Octavio de la ineficacia de la constitución mixta e instaurar el Principado, término proporcionado por Cicerón, preocupado y transido por esta crisis de la república que necesitaba un defensor que debía ser

20. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 9 s.

el mejor hombre de la ciudad, el *princeps*, *rector civitatis*, *conservator rei-publicae*, *libertatis defensor*. Octavio aprovechando esta necesidad de un protector se erige él, aunque aparentemente nada se transformaba. Augusto no se inviste de cargo especial alguno, pacifica el mundo romano e instaura una forma que persiste durante tres siglos. El poder de Augusto se organiza progresivamente mediante funcionarios que no usurpan los poderes de las antiguas magistraturas, pero que las vacían de efectividad, quedando huecas, como una fachada, gobernando en realidad progresivamente la burocracia. Sin embargo esta situación no es reconocida oficial y declaradamente hasta Diocleciano.

El príncipe no podía menos de ingerirse en una esfera tan importante como la jurídica y su *auctoritas* tuvo una consecuencia específica para la actividad jurisprudencial ya que dado que el *respondere* de los juristas dependía de su particular *auctoritas*, Augusto distinguió a sus amigos juristas con la concesión de su apoyo, con una participación en el prestigio del príncipe, de tal modo que daban respuestas *ex auctoritate principis* y adquirieron así un rango preferente que dotaba a sus dictámenes de carácter obligatorio para el juez salvo contradicción con el de otro igual. Este *ius publice respondendi* constituyó el punto de partida para un proceso de absorción de la función jurisprudencial por el poder público, y una absorción de la *auctoritas*, que corresponde en un sentido político al Senado —*auctoritas patrum*— y en un sentido jurídico a los juristas —*auctoritas prudentium*—, por el poder, lo que no pudo menos de influir en el desarrollo de la vida jurídica, manifestándose en la última etapa clásica en una extinción de la fuerza creadora de la jurisprudencia y en un auge de las normas directamente dadas por el príncipe, las constituciones imperiales, que si en un principio pareció que no infringían las costumbres constitucionales respecto a la creación del *ius* y que sólo tenían un valor similar al derecho honorario y que no alteraban el *ius*, no se tardó en admitir que valían como si fueran leyes, conduciendo a trasladar el poder legislativo al emperador. La actividad normativa imperial fue fuente de un *ius novum* que desplazaría la fuerza creadora de todas las demás fuentes, pero con la circunstancia de que en la labor legislativa de la cancellería imperial colaboran los mejores juristas de cada momento, lo que atrae su atención hacia materias administrativas y fiscales (21).

21. Sobre lo expuesto aquí vid. d'Ons, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 31. Un importante trabajo, base de más amplias investigaciones futuras acerca de los problemas a que nos referimos es el de GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 1-2 (1963). En él se encuentra un índice, de 315 páginas que contiene los fragmentos de los juristas clásicos que citan constituciones imperiales, ordenadas según la Palingenesia de Lenel. En el vol. 2 examina Gualandi varios problemas determinados por el vol. 1.

Desde Augusto hasta Adriano, desde Labcón a Juliano, la jurisprudencia romana se presenta como la realización más completa del oficio jurisprudencial de todos los tiempos, al adquirir, respecto a la etapa anterior, una mayor conciencia de la sustantividad del estudio jurídico y una liberación de influencias filosóficas y retóricas. Afianzada ya la precisión terminológica y constituido el cuadro general de las instituciones en sus líneas maestras, los juristas se esfuerzan en completar el sistema, analizarlo casuísticamente en todos sus pormenores, aislar y depurar las razones fundamentales que inspiran las soluciones casuísticas, combinar sin confundir las distintas fuentes, antiguas y nuevas, civiles y pretorias, y aunar el oficio del jurista libre con la asistencia a la función del gobierno imperial, lo que amplía el campo de interés del jurista, tanto por la materia como por una nueva consideración de la realidad provincial, sin menoscabo por ello de que se mantenga la tradición de un *ius civile* puramente urbano. Se logra también una mayor conciencia de la función de magisterio y una mayor uniformidad en los tipos de la literatura jurídica (22).

Después de Juliano, la jurisprudencia entra en una nueva fase en la que se acentúan ciertos rasgos de incipiente decadencia. La codificación del edicto pretorio agota su productividad, los juristas escriben obras enciclopédicas en las que recogen la tradición de la época precedente, en especial en los comentarios a Sabino y al edicto, al mismo tiempo que tratan monográficamente temas de derecho público. Es la época de Pomponio, Venuleyo, Florentino, Cervidio Escévola, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Marciano y Modestino. Paulo y Ulpiano suministran la base fundamental a la compilación de Justiniano, pues sus obras ofrecen la más abundante sistematización de la jurisprudencia clásica.

El fin de la época clásica coincide con el reinado de los Severos. Caracala concede la ciudadanía a todos los súbditos libres del Imperio, acto inspirado por su sincretismo religioso fundidor de pueblos bajo el culto solar, por su espíritu demagógico, por su afán de nivelación social que da lugar a una ruralización de la sociedad, a una fusión racial con la consiguiente barbarización del Imperio, por su espíritu "antiburgués" favorable a los campesinos y soldados. Ahora bien, como las nivelaciones sociales nunca pueden ser absolutas, la antigua distinción se recrudece por criterios puramente económicos y no de alcurnia familiar, dando lugar a la distinción *honestiores-humiliores* que caracteriza al Bajo Imperio. Los soldados provinciales prevalecen sobre las estirpes itálicas y la cultura urbana y jurídica decae mucho antes de Diocleciano que da una nueva forma política a una realidad social. Se incrementa la provincialización del Derecho romano y la época clásica ha terminado.

22. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960), 33.

El tercer período abarca desde el 230 hasta la compilación de Justiniano. Con fines didácticos podemos subdividirlo en tres etapas: a) Diocleciana, del 230 al 330; b) Constantiniana, del 330 al 430; c) Teodosiana, del 430 al 530.

Con la dinastía de los Severos —que están bastante orientalizados, sobre todo Caracala— viene un nuevo concepto teológico político, según el cual el *princeps* es una especie de divinidad, trasladando el monoteísmo a una idea monárquica que acaba por eliminar todo escrúpulo de poder absoluto. El período de anarquía militar del siglo III acaba con la instauración oficial de un gobierno absoluto, sin respetar las apariencias republicanas, que persiste en Occidente hasta la caída de Roma en manos de Odoacro, rey de los hérulos el 476 y en Oriente subsiste teniendo como capital a Constantinopla. Esta continuidad del Imperio romano de Oriente tiene notable importancia para nosotros por la figura de Justiniano que transmite a Europa occidental el saber jurídico romano. El Imperio bizantino dura hasta 1453, año en que Constantinopla cae en poder de los turcos.

A principios del siglo III y en el mismo año de la muerte del perseguidor de los cristianos Diocleciano, 313, el cristianismo es reconocido por Constantino como religión oficial, con el intervalo de Juliano el Apóstata. El emperador se cree representante de Dios en la tierra y surgen las interferencias con el Romano Pontífice: cesaropapismo. El campo estaba preparado por el paganismo monoteísta del siglo III. La fe monoteísta falsa se muda en la fe monoteísta verdadera. De la fe en el *divus imperator* se pasa a la fe en Dios.

Diocleciano, sin merma de su poder omnímodo sigue legislando por rescriptos con un estilo que no discrepa del de los emperadores de la época clásica (23). En estos rescriptos suelen aparecer defendidos los principios clásicos contra las intromisiones provinciales. Esta apariencia clásica de la obra de Diocleciano arraiga, lo mismo que la forma de gobierno por él establecida, en una plena decadencia jurídica. Con Constantino la legislación adquiere una ampulosidad antes desconocida. Sus constituciones rechazan la tradición clásica anterior por considerarla, quizá, parte de la época política anterior. Además los miembros de la cancillería estaban desvinculados de la tradición clásica por provenir en gran parte de las provincias donde la enseñanza jurídica se había orientado con rumbos retóricos y vulgarizantes. Gracias a su recepción en las constituciones de Constantino, el derecho vulgar alcanza la solidez y efectividad a las

23. Sobre este problema a partir de Diocleciano vid. LUZZATO rec. en Iura, 13 (1962) 326 ss., a AMELOTTI, *Da Diocleciano a Constantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, en SDHI, 27 (1961) 241 ss. Este estudio de Amelotti continúa y completa otro suyo, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleciano* (1960).

que debe su significación como fase independiente de desarrollo en la historia del Derecho romano (24). Constantino es uno de los más grandes legisladores, no sólo por lo prolífico sino por la nueva impronta del cristianismo triunfante (25). Según Amiano Marcelino (26), Juliano el Apóstata (361-363) *memoriam Constantini vexarit* por considerarlo *novator turbatorque priscarum legum et moris antiquitus receptis*. Constantino coincide con la época del Derecho romano vulgar, es decir, el Derecho de los libros jurídicos de la tradición postclásica en la medida en que presentan una deformación de los modelos jurisprudenciales clásicos. No es una estimación despectiva, sino el hecho innegable de la corrupción en la transmisión con motivo de la aparición del uso del *codex* y de las nuevas ediciones y reediciones.

La crítica histórico jurídica de los últimos decenios permite superar la equívoca asociación entre el cristianismo y la decadencia del Derecho romano ya que la corrupción técnica del mismo empieza ya en plena época pagana a partir de la muerte de A. Severo (235) y Diocleciano, a pesar de alguno de sus afanes, pertenece de lleno a ese hundimiento, es un "clasicista" que no puede desprenderse de su época. Como demuestra Wieacker (27), desde Constantino se aprecia la tendencia a salvar la autenticidad de los textos, tras un momento de intensa ruina en la segunda mitad del siglo III. Constantino significa una superación de la decadencia de lo clásico pagano por una nueva forma más congruente con los presupuestos políticos y religiosos de su tiempo y aporta un gigantesco esfuerzo constructivo, aunque los hechos consumados no eran reversibles, no podía reverdecer la jurisprudencia clásica extinta ya hacía un siglo. Funda una nueva etapa al acudir a su poder legislativo con ánimo de transformar la sociedad romana según las directrices morales del cristianismo. Su reinado y sus relaciones con el cristianismo son uno de los problemas más interesantes de la historia universal (28). Representa un momento de superación constructiva. De él depende la obra cumbre de Justiniano y la facilidad con que el medievo cristiano —y el mismo pueblo visigodo— pudo recibir con nuevos moldes, la tradición jurídica romana (29). Este afán de seguir una orientación nueva se aprecia también en Teodosio II (408-450) que en 429 ordena compilar las *leges* sólo a partir de Constantino (30). Las

24. KASER, *Vulgarrecht*, en PW, s.v.; WIEACKER en *Ius Romanum Medii Aevi*, I, 2, a (1963) 13.

25. d'ORS, *Sulla Periodizzazione del Diritto romano*, en Labeo, 10 (1964) 116 ss.

26. AMMIANUS MARCELLINUS, *Rer. gest.*, 21, 10, 8.

27. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 25-55.

28. HEUSS, *Römische Geschichte* (1960) 598.

29. d'ORS, *El Código de Eurico* (1960) 2.

30. Cth. 1, 1, 5; Nov. Th. 1, 3. Vid. LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en ZSS, 76 (1959) 2.

colecciones legislativas, oficiales y extraoficiales, demuestran cómo en los s. IV y V se siente la gran diferencia entre las leyes de los emperadores cristianos y las de los que no lo fueron hasta el punto de surgir la ingenua idea de soslayar la producción legislativa y jurisprudencial anterior (31).

Los emperadores toman medidas en favor de los económicamente débiles: alimentos entre parientes, protección de los bienes dotales, protección hereditaria de la viuda pobre, protección de los colonos, medidas concretas en favor de los deudores, regulación de la cuantía de los intereses, auge de organizaciones y fundaciones en favor de los necesitados, etc.

En este período postclásico, erigidas las leyes imperiales en fuente viva del derecho se completa su transmisión con una tradición del antiguo derecho jurisprudencial que se califica como *ius vetus*. Tiene lugar una divulgación práctica de los libros jurídicos, imposible sin simplificaciones, con criterios utilitarios, que omitían todo lo que no era interesante para la alegación judicial o la enseñanza elemental (32).

Todos los libros de esta época reflejan gran pobreza científica por la desaparición de la verdadera jurisprudencia por el provincialismo, la tendencia a considerar la realidad jurídica desde un punto de vista naturalístico, con predominio de aspectos económicos y fiscales, el pragmatismo, la trivialización de la enseñanza, fenómenos todos ellos que determinan el vulgarismo que implica ausencia de jurisprudencia cultivada. Más que un estilo es una falta del mismo. La ausencia de jurisprudencia puede ser simultánea (provincialización), o sucesiva, como en este caso, ya que al dejar de existir la jurisprudencia, el derecho pierde su guía y por ello el derecho postclásico es vulgar por autonomasia (33). Para comprender el fenómeno del vulgarismo es preciso considerar la historia del Derecho romano en el sentido de historia de los manuscritos jurídicos y percatarse de la importancia del *codex* para explicar la labor de copia, reedición, refundición y epitomación de la literatura jurídica clásica, aspectos tratados magistralmente entre otros autores, por Wieacker (34). La consideración del vulgarismo ha de estar siempre presente en la crítica textual, siguiendo el método de los diversos momentos de alteración que dominó magistralmente Emilio Albertario, según el cual no se trata ya de separar los glosemas de los tribonianismos, sino de aislar las alteraciones procedentes de un alejarse del entendimiento clásico.

31. BIONDI, *Il Diritto romano* (1957) 55.

32. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 45 ss.

33. d'ORS, en Labeo, 6 (1960) 231 s.; WIEACKER, *Nochmals über Vulgarismus. Ein Diskussionbeitrag*, en Studi Betti, 4 (1962) 509 ss.

34. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 93 ss. Referida a un ámbito más amplio ROBERTS, *The Codex*, en Proceedings of the British Academy 40 (1954) 169 ss.

En Occidente perdura el vulgarismo en una serie de resúmenes del código Teodosiano y de las fuentes residuales del *ius*, que llamamos genéricamente *Interpretatio*, cuya confección no unitaria se puede fechar en los primeros años de la segunda mitad del s. V.

Mientras que en Occidente triunfa definitivamente el vulgarismo que persiste durante la Edad Media, en Oriente la vulgarización, constatada recientemente por Levy (35), convive con una corriente jurídica helenística cuya importancia no debe ser supervalorada. Pero esta vulgarización del Derecho romano en Oriente llega a ser parcialmente detenida y al fin superada por la corriente clasicista que partía de la escuela de Berito —operante ya desde los albores de la época postclásica— que junto con la de Constantinopla del 425 forman un selecto núcleo de juristas. Existía además una tradición bibliotecaria que permitió la conservación de los clásicos, dando ocasión a un estudio más científico y depurado, a un clasicismo académico merced al cual la compilación justiniana pudo ser incomparablemente superior a la de Alarico II, poco anterior, y gracias a ello el Derecho romano pudo ser recibido científicamente en Europa, constituyendo una de las más sólidas columnas de su cultura (36).

Sin embargo, frente a la opinión vigente hasta hoy, Levy (37) aporta datos suficientes para hacer creíble que, aunque en los reinados de León I (457-474) y sus sucesores la escuela de Berito era muy floreciente y también la de Constantinopla, el movimiento clasicista *in complexu* comienza esencialmente de una manera inequívoca e inmediata con el ascenso al trono de Justiniano para alcanzar el punto máximo de su órbita en los rasgos del proyecto del Digesto.

Justiniano al conservar un material jurídico viejo fue para reavivarlo con una nueva valoración y para oír a la jurisprudencia romana con la voz remozada de la fuente legislativa actual. Su tendencia innovadora va dirigida en gran parte a la rectificación de un derecho anterior con afán de restaurar una forma más pura aunque muchas veces interviene más como modelo idealizado que como realidad histórica restaurable, latiendo, bajo la apariencia de una tendencia arcaizante una clara actitud decisoria, movido por un anhelo de claridad con el fin de dirimir las contiendas de la antigua jurisprudencia, las contradicciones de la legislación imperial y las adulteraciones incorregibles de reeditores y comentaristas postclásicos. Justiniano se yergue con su autoridad teocrática para disipar las tinieblas del derecho y aunque se sintiese romano, el genio griego de la claridad no

35. LEVY *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en ZSS, 76 (1959) 1 ss. WIEACKER, en *Ius Romanum Medii Aevi* I, 2, a (1963) 13.

36. D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 50.

37. LEVY, *Oströmisches Vulgarrecht seit dem Zerfall des Westreiches*, en ZSS, 77 (1960) 1 ss., especialmente 15.

pudo menos de expresarse en él en el sentido de clasificación, depuración y estructuración definitiva de las fuentes del Derecho (38).

Hemos distinguido tres períodos profundamente diversos, expresión de tres épocas históricamente diferentes. Puede afirmarse que los dos primeros reflejan más el espíritu auténticamente romano que el último, ple-tórico de elementos nuevos y contrastantes por la decadencia intelectual de los juristas y por el marchitarse de aquella específica aptitud de los romanos para el cultivo del derecho. Entre el antiguo derecho y el nuevo no hubo fusión sino frecuentemente mezcla, aunque las innovaciones posteriores constituyeron casi siempre progresos sustanciales.

38. d'Ors, *La actitud legislativa del emperador Justiniano*, en *Orientalia Christina Periodica*, 13 (1947) 119 ss. La obra quizás más importante sobre Justiniano, publicada en los últimos años es la de RUBIN, *Das Zeitalter Justinians*, 1 (1960).

3. PERSISTENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA ALTA EDAD MEDIA

Estamos de acuerdo con Wieacker (39) en que ha cambiado radicalmente la antigua concepción de la historia concebida como una sucesión de catástrofes y cataclismos y se ha vuelto a la verdad, antigua y reciente, de la continuidad de la ecumene mediterráneo-occidental nacida en el Egeo, como una individualización histórica peculiar, cometida a inauditas oscilaciones la más enorme de las cuales fue el cambio del centro de gravedad del Mediterráneo a la Europa occidental atlántica y a Europa central, causado por la ingerencia del Islám y la división del mundo conocido.

Ello implica en el campo del derecho que, a pesar de la resistencia que el fenómeno Bolonia opone a tal concepción, el Derecho romano nunca desapareció ni por un momento en la alta Edad Media, como horizonte general de una idea jurídica común, gracias a su pervivencia en formas vulgares. Las investigaciones de Kantorowicz, Kuttner, Calasso y Ullmann (40), entre otros, han debilitado cada vez más la cisura de Bolonia, el más fuerte bastión de la teoría del renacimiento del Derecho romano frente a la teoría de la continuidad del mismo. Hoy es cada día más difícil una diagnosis diferencial entre derecho civil bolonio y prebolonio.

Esta nueva perspectiva implica una valoración distinta de los efectos del Derecho romano en Occidente. Hasta hoy la reaparición del *ius civile* en Italia era tenida como "renacimiento", mientras que en los demás países de Europa, desde España a Escocia y Escandinavia se consideraba como "recepción", es decir, como llegada de algo nuevo y extraño. Las nuevas investigaciones sustraen los cimientos a tal concepción y se inclinan a ver en la recepción la *forma mentis* que se expresa en la relación Europa-Derecho romano: la historia de la enseñanza y aprendizaje, las

39. WIEACKER, *Europa und das römische Recht. Verborgenheit und Fortdauer*, en *Vom römischen Recht* (1961) 288 ss.

40. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of Roman Law* (1938); KUTTNER, *Zur neuesten Glossatorenforschung*, en *SDHI*, 6 (1940) 275 ss.; ULLMANN, *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna* (1946); CALASSO, *Introduzione al Diritto comune* (1951). Sobre la prerrecepción en Alemania vid. COING, *La prerrecezione in Germania*, en *ASD*, 3-4 (1959-1960). Cfr. asimismo GIBERT, *Historia general del Derecho español* (1968) 21 s.

nuevas técnicas de la selección de minorías y el dominio de lo racional, originados en Europa por la recepción de los Pandectas. A ello sigue hoy una gran "actualización" del Derecho romano como medio de mutuo entendimiento entre los europeos y por ello el Derecho romano en Europa no es tema que sólo interese a los romanistas sino también a todos los historiadores.

En Oriente persistió la tradición romanística gracias sobre todo a los Basílicos (41), compilación del *Corpus Iuris* en 60 libros llevada a cabo en el reinado de León VI el Sabio (886-911) y se perpetuó en el Hexabiblos de Constantino Armenópulos, juez de Tesalónica, compuesto hacia 1345 y fuente de derecho privado en Grecia hasta hace pocos años, que constituye el precedente del nuevo código civil griego.

En Occidente a pesar de la caída del Imperio y las invasiones bárbaras, jamás se extinguió la tradición romana, ya que persistió como uso o como praxis judicial. En los siglos IV a VI estudiosos anónimos transcriben los textos jurídicos romanos, hacen colecciones con fines prácticos, extractan alguna obra clásica, llegan a escribir algún libro de opiniones y algún manual elemental, tratándose en general de modestas transcripciones y fragmentos que existieron sin duda en mayor número del conservado y demostrando, en todo caso, la persistencia de la tradición jurídica romana. Las transcripciones de textos y las colecciones no se hacen en esta época con fines eruditos e históricos. Hubo algún intento de reelaboración y puesta al día de obras jurídicas anteriores que demuestran la vida, aunque precaria, del derecho. Especial interés presenta la *Interpretatio* al Código Teodosiano y a las Sentencias de Paulo. Esta tradición vulgar persiste en la legislación de los reyes bárbaros constituida por materiales jurídicos romanos.

Declarada vigente en la parte occidental del Imperio la compilación justiniana a requerimiento del papa Vigilio, el estudio del Derecho romano con fines prácticos recibe nuevo impulso y base formal precisa y definitiva por el refrendo imperial. La actividad sobre los textos jurídicos tiene un campo unitario pero es escasa y deficiente.

Es problema importante el averiguar la supervivencia de las escuelas occidentales tardías especialmente en la Roma bizantinizada y en Rávena, sede del Exarcado, y si tales escuelas llegaron a influir en los precursores de Bolonia.

Entre las escuelas orientales del s. VI en suelo italiano y los trabajos exegéticos de la escuela de Pavía sobre fuentes longobardas transcurren cuatro siglos de difícil investigación (42).

41. BOVE, *La legislazione di Giustiniano e i Basilici*, en *Labeo*, 3 (1957) 389.

42. La persistencia del Derecho romano en la Edad Media ya fue puesta de

Existen algunas glosas gramático-filológicas del *Epitome Juliani*, que tenía interés por contener la última fase de la legislación justiniana, de las Instituciones (glosas de Turín y Bamberg, s. VI) y del Código, así como insignificantes resúmenes, definiciones y reglas extraídas de las fuentes romanas; un *Epitome codicis*, las *Adnotationes codicum Domini Justiniani* llamadas *summa Perusina*, que contiene resúmenes y breves aclaraciones a las leyes del *Codex* con el fin de hacerlo inteligible y en ocasiones lo adapta a las circunstancias de la época, por lo que en la praxis la suma era más usada que el Código; carácter parecido presenta la Glosa de Pistoia, conservada en un manuscrito del siglo X; a ellos hay que añadir un *Stemma cognationum*.

Estos escritos presentan, junto a glosas triviales del estilo de las de los antiguos lexicógrafos, exégesis, distinciones y concordancias con el derecho local y el eclesiástico. En el s. XI aparecen las *Petri exceptiones legum romanorum*, que es una estratificación verificada en épocas distintas y por varias manos, relacionada con las Instituciones y el Código de Justiniano y mucho menos con el Digesto; el *Corpus legum* o *Brachilogus* libro de gran éxito, texto escolar en Alemania hasta el XVII y la *Expositio ad librum Papiensem* después de 1054, que es un comentario empleando medios lógicos y gramaticales de las escuelas contemporáneas, estableciendo concordancias con el Derecho romano y se aprecia la tendencia a considerarlo como *ius generale lex generalis*.

relieve por SAVIGNI, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* 2, 1-8 (1850-1851). Vid., asimismo CONRAT, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, 1 (1891); VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe* 2 (1929). Respecto a España últimamente SANCHEZ ALBORNOZ, *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda*, separata de *Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alato Medioevo*. IX. Il passaggio dall' antichità al medioevo in Occidente (1962). Sánchez Albornoz dice: «La tradición romana pervive en España desde la caída del Imperio Romano hasta hoy. Durante la época goda es todavía muy vivaz y llena toda la vida hispana. Su perduración constituye después fuerza galvanizadora de la cristiandad española en su pugna multiseccular contra el Islam. Escindida Hispania en dos comunidades, una musulmana y cristiana la otra, mientras la primera miró durante centurias hacia Oriente, los cristianos tuvieron a Roma como uno de los polos de sus emocionados y vigorizantes recuerdos, y con caídas y resurrecciones, la romanidad ha estado siempre presente en la Península». (p. 127). «En la ordenación jurídica civil, penal y procesal también triunfan las huellas del Derecho romano, especialmente las del llamado Derecho romano vulgar; mejor sería denominarlo postclásico. Son evidentes en las diversas leyes dictadas por los soberanos visigodos desde el Código de Eurico hasta el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto» (p. 132). «Es incluso posible comprobar la supervivencia de instituciones de abolengo romano después de la caída de la Monarquía visigoda» (p. 133). GIBERT, *Historia general del Derecho español* (1968) 21, escribe: «El derecho romano y el derecho franco son los dos sonos de la estructura jurídica medieval». Y unos años antes, d'ORS, *La territorialidad del Derecho de los visigodos* (1956) 106: «En realidad, aunque los visigodos conservaran algunas instituciones propias, de carácter público y especialmente militar, recibieron sin resistencia el derecho privado romano».

4. LA ESCUELA DE BOLONIA

El nacimiento de la ciencia jurídica europea en el s. XI tiene muchas conexiones con el gran movimiento cultural iniciado con el descubrimiento científico de textos antiguos importantes, como el pseudo Dionisio Areopagita (Juan Erigena, 858), Platón y Aristóteles. La conexión más robusta vino determinada por el descubrimiento del Digesto, casi ignorado durante siglos, que se convirtió en apasionado objeto de investigación. No es casual que esto ocurriera en el norte de Italia donde concurrían tres presupuestos necesarios (43): en Italia había persistido el *Corpus Iuris*, en Italia había tenido lugar una enseñanza jurídica tardía a causa del Exarcado, y en Italia había un atmósfera de tensión suficiente por la concurrencia de una tradición jurídica sólida con el derecho público de un pueblo tan bien dotado para el derecho como el longobardo que se vio impulsado a cultivar y comparar sus propias fuentes jurídicas con el Derecho romano. La actividad literaria de la escuela de Pavía aparece como el más importante y próximo precedente de los glosadores. Además sólo el norte y centro de Italia eran suelo imperial en el que podía apelarse simultáneamente a la legislación justiniana como elemento de la idea universalista de Roma del Imperio Occidental —*unum imperium unum ius*— y al Derecho romano en cuanto integrante de la idea de Roma propia de las ciudades longobardas.

La recepción del *Corpus Iuris* en Occidente no es más que uno de tantos aspectos de la recepción de la forma cultural bizantina que es evidente y notable por lo que al arte se refiere (44) pero se muestra igualmente en otros múltiples aspectos como por ejemplo en la recepción del ceremonial cortesano que acoge el rey Leovigildo en la monarquía visigoda. La recepción jurídica, por más que pueda parecer posterior, se halla en una indiscutible conexión con ese fenómeno general de la cultura bizantina en Occidente. No es un fenómeno aislado. Podemos hablar de la recepción de la forma jurídica bizantina, de la misma manera que se habla de la recepción de la forma iconográfica. Un Imerio en el campo jurídico, tiene una significación parecida a la que en el campo de la pintura puede tener un Giotto. Con esa recepción Justiniano conseguía su propósito de construir un derecho universal y perenne.

43. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 26.

44. SCHWEINFÜRTH, *Die byzantinische Form* (1943).

Los comienzos de la escuela de Bolonia eran oscuros; quizá fue originariamente una escuela de artes liberales (45). Su auge comenzó con el redescubrimiento científico de las Pandectas. El hecho de la realización de la Vulgata entre 1070 y 1100 implica una empresa de pasión científica, de dominio de la materia y de una medida formal y material, que constituyen el indicio más claro y favorable del feliz nacimiento y del vigor intelectual de la nueva ciencia (46).

Odofredo, jurista del s. XII, recuerda que en el siglo anterior *quidam dominus coepit auctoritate sua legere in legibus*; y sucesivamente *dominus Irnerius ista cum fuerint deportati libri legales, coepit per se studere in libros nostris et studendo coepit legere in legibus*.

Irnerio, cuyas glosas, indicadas frecuentemente con la letra Y, nos han sido transmitidas por los glosadores posteriores, demuestra capacidad filológica y dominio del método dialéctico de la escolástica. Con Irnerio se afianza el Estudio de Bolonia, dejando muchos discípulos entre los que sobresalen los cuatro doctores, calificados alegóricamente como *lilia iuris*

Bulgarus os aurem
 Martinus copia legum
 Mens legum est Hugo
 Jacobus id quod ego

Los cuatro administraban justicia, eran consejeros de Federico Barbarroja en sus litigios con la liga lombarda y este emperador otorgó privilegios a Bolonia. De Búlgaro, aparte las glosas, se nos conserva un comentario a Digesto, 50, 17; Martino era del linaje gibelino de los Gosi; Hugo, escribe *Distinctiones*, género característico de la literatura jurídica de esta época.

La corriente de estudiantes hacia Bolonia se incrementa con la prohibición a los clérigos del estudio del derecho civil en la Sorbona, por el Papa Honorio en 1220. Bolonia y París —*civitas philosophorum*— alcanzan el máximo renombre en Europa, hasta tal punto que Petrarca exclama: *nostra saecula Bononiam aut Parisios petunt*.

Junto a Bolonia surgen Pisa (*littera Pissana*), Padua, Perusa, Siena y otras Universidades italianas junto a las que presenta características especiales las de Montpellier, Bourges y Orleans.

Tras el fructífero Placentino (m. 1192), profesor en Bolonia, Mantua y Montpellier, del que conservamos sumas y otros escritos, y de su contemporáneo Juan Bassiano de Cremona, autor de un *arbor actionum*, discí-

45. SOBPELLI, *Storia dell'Università di Bologna* (1940) 12 ss.

46. KANTOROWICZ, *Über die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen*, en ZSS, 30 (1909) 183-271; 31 (1910) 14-38.

pulo de Búlgaro y maestro del sintético Azo (m. 1230), surge la ilustre figura de Acursio (1182-1260) discípulo de Azo, profesor en Bolonia, que reelabora las glosas e interpretaciones de sus predecesores y contemporáneos publicando la llamada *Glossa ordinaria*, *Magna glossa* o simplemente *Glossa* por autonomasia, a todo el *Corpus* en 1227, cuya autoridad se equipara a la del texto y constituye el primer paso firme en la ciencia jurídica italiana. El posterior *mos italicus docendi* consiste fundamentalmente en un glosar la glosa, lo cual tuvo tal trascendencia que en Alemania, después de la recepción, no tenían valor las partes no glosadas del *Corpus* lo que se expresó a fines del s. XVII con la frase *quos testus non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*.

Colega de Acursio fue Odofredo (m. 1265) cuyas *lecturae* tienen más interés histórico que jurídico.

Los glosadores fueron esencialmente exégetas del texto justiniano, estudiado analíticamente bajo el aspecto práctico, escapándoseles la consideración histórica (47), hasta el extremo de afirmar *graecum est ergo non legitur*. Las ocho operaciones de la exégesis se comprendían posteriormente en un dístico:

Promitto scindo summo casumque figure
Prologo de causas connoto obijcio.

Prologo: Crítica textual, decisión entre diversas lecturas. Scindo: Análisis de los diversos problemas del fragmento. Casumque figuro: Ejemplificación. Do causas: Las cuatro causas aristotélicas. Promitto: Descripción del problema en su conjunto. Summo: Resumen con referencia a autoridades y decisiones. Connoto: Generalización, formación de reglas y analogía. Obiicio: Solución de objeciones y controversias, mediante el método dialéctico de distinciones, amplificaciones y limitaciones, de cuyas relaciones mutuas se desarrolla el edificio doctrinal.

Los glosadores crearon el método jurídico vigente hasta hoy. Este método, seguido por los canonistas era tradicional en las escuelas de Oriente y Occidente (48). Partiendo del texto, que constituye siempre la base para la formulación de principios y discusiones, se avanza con resultados adaptables a los tiempos.

Las operaciones analítico-casuísticas del pensamiento lógico originaron el denominado, con razón, "pensar jurídico". Sus puntos vulnerables que sólo pueden cubrirse y se han cubierto en muchas ocasiones, con una inteligencia práctica y un despierto sentido de justicia, están en el desborda-

47. GENZMER, *I glossatori*, sep. de Archivio Giuridico, 119 (1938).

48. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, en Festschrift O. Lenel (1921) 204 ss.

miento de la libertad intelectual de cada individuo por autoridades y prejuicios dogmáticos. De este modo los glosadores son los padres de la literatura jurídica europea y aparece el jurista secular junto al, hasta entonces único, estamento intelectual constituido por el clero (49).

Contra la objeción de que la glosa no tenía de por sí continuidad legislativa desde su desconexión del Imperio romano, se afirma que la *scriptum* sino como *ratio scripta*, no *ratione imperii*, sino *imperio rationis*. Con estas afirmaciones se sientan las bases de la universalidad de la tradición jurídica romana, fundada en la *naturalis ratio* que es universal.

Los glosadores ante el descubrimiento de un monumento especialmente rico en derecho privado como el Digesto, guiados también por las ideas políticas de la época y primordialmente por la del Sacro Romano Imperio Germánico como continuador del Imperio romano, conciben el proyecto de introducir el Derecho romano en la vida de su tiempo y por ello su actividad no se redujo a exégesis para establecer una terminología precisa o a descubrir el pensamiento encerrado en las fuentes, sino que se proponen orientar la praxis hacia principios extraídos del *Corpus Iuris* considerado como ley viva y actual, lo que se lleva a cabo por sus sucesores, los comentaristas.

A principios del s. XIV se inicia un rumbo nuevo quizá por influencia aristotélica. Los anhelos teóricos de los glosadores se dirigen al *Corpus Iuris* no vigente en parte alguna. En Bolonia aprenden un método, al mismo tiempo que la terminología jurisprudencial, pero no el derecho vigente en un determinado territorio. De ahí que los glosadores establecieran el convencimiento de la rectitud natural del Derecho romano y su subsidiariedad o validez universal. Ahora bien, este Derecho romano se convierte en derecho vigente por obra de los comentaristas (o postglosadores, denominación que refleja mal su importancia sustantiva) contemporáneos de los grandes italianos Dante, Giotto, Petrarca, con los que contribuyen a crear la Edad Moderna y fundan una nueva época de la jurisprudencia especialmente con su actividad dictaminadora en litigios privados y controversias políticas. Hacen prevalecer un nuevo estudio del *Corpus Iuris*, en el que se toma el texto legal como base para construir un sistema jurídico más adaptado a las necesidades de la práctica judicial de la época, lo que supone un mayor esfuerzo científico. Los comentaristas son grandes cultivadores del Derecho romano, del derecho longobardo creado por los glosadores y del derecho estatutario, ramas que llegan a científicar y a revestir de formas nuevas. Extienden su actividad al derecho penal, al proceso mercantil, al derecho corporativo, al interlocal. Dan nuevas y modernas interpretaciones a las fuentes romanas, a veces torciendo el sentido,

49. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 77.

como por ej.: la distinción entre dominio directo y útil, el derecho de retracto familiar, la comunidad de gananciales partiendo del derecho dotal de las fuentes justinianas, etc.

Los géneros literarios de los comentaristas han persistido en la literatura del Derecho común europeo hasta el s. XVII en la praxis, y hasta las codificaciones del XIX.

Los más ilustres y citados en Europa hasta el s. XVII son Guillermo Durante (1237-1332) investido de altos cargos en corte y curia, famoso por su *speculum iudiciale*, un sistema de todo el derecho práctico; el lírico fundador del *dolce stil nuovo* e insigne jurista Cino de Pistoia, profesor en Perusa y Florencia, amigo de Dante y Petrarca; Bártolo de Sassoferrato (1313-1357). Baldo de Ubaldis (1327-1400) discípulo de Bártolo, profesor en Perusa y en otras siete Universidades italianas, muerto en 1400 en Pavía, escribió un pormenorizado comentario a casi todas las fuentes justinianas, una *lectura* sobre los tres primeros libros de las Decretales y escritos procesales, una obra que en su conjunto da una idea de la magnitud de la ciencia jurídica de la época. Jason de Mayno (m. 1519) seguidor de la línea bartolista y maestro de Alciato.

Mención especialísima merece Bártolo (50) cuya breve y fecunda vida ha sido de gran trascendencia hasta el punto de poder ser considerado como el más influyente de todos los juristas de la historia. Una pequeña muestra de ello es el contenido de los dos volúmenes publicados con motivo de su VI centenario por la Universidad de Perusa (51). A los 14 años comienza a estudiar en Perusa y es discípulo de Cino de Pistoia; a los 21 consigue la *venia docendi* y es profesor en Bolonia, Pisa y Perusa donde se conservan sus restos mortales bajo el breve y solemne epitafio: *Bartholus hic iacet. Goza de tal fama en su tiempo que se decía nemo bonus iurista nisi bartholista; contra ipsum defendere perquam est temerarium, sus doctrinas non minus ius faciunt quam principum constitutiones.* Alberico Gentili (s. XVI) cuenta cómo en sus años mozos empezó sus lecciones sobre un tema no tratado por Bártolo y los estudiantes le patearon hasta que comenzó con temas bartolistas. Bártolo aplica magistralmente el método dialéctico (por influencias aristotélicas) de los teólogos al estudio del derecho y adiestrado en la escuela de la jurisprudencia romana es capaz de afrontar y resolver adecuadamente los más arduos e intrincados problemas. No se limita a extraer reglas y hacer comentarios, sino que sobre la base del Derecho romano —incluso torciendo el sentido— crea la ciencia jurídica, el nuevo pensamiento jurídico europeo. En todas ramas e instituciones marca indeleblemente su impronta personal. La distinción entre estatuto personal y territorial, de inmensa trascendencia, base del Derecho internacional privado, es una de sus creaciones. Sus obras: comentarios, monografías, dictámenes, abarcan 10 volúmenes en folio. En Bártolo puede

apreciarse la ambivalencia, el valor positivo y negativo a la vez, de ciertos acontecimientos históricos, ya que significa por una parte la creación de una ciencia jurídica europea y por otra la “destrucción” de los materiales romanos. Su latín es, en ocasiones, detestable; desprecia a veces el texto romano que sacrifica a una forma más nueva y acomodada a la época, de tal modo que ya no es el Derecho romano el aplicado en los tribunales sino el de Bártolo y los bartolistas, iniciándose la pérdida de vigencia del Derecho romano, ya que en el futuro tiene validez en cuanto es citado por los bartolistas. El derecho elaborado por Bártolo y sus secuaces se convierte en el derecho científico vigente y aplicable. El es realmente el artifice del Derecho romano común que fue recibido con mayor o menor intensidad en la enseñanza y en la práctica judicial de toda Europa hasta la formación de las codificaciones que siguieron el ejemplo del Código de Napoleón.

En los comentaristas predominan las preocupaciones prácticas de tal manera que si los glosadores logran establecer con claridad y precisión un conjunto de principios extraídos de la compilación, los comentaristas ponen de relieve que en la aplicación de muchas de aquellas reglas surgen dificultades y conflictos con otras que tenían su fuente en los estatutos de las ciudades, en el derecho longobardo, en el derecho feudal y en el canónico, y orientan perspicazmente su técnica hacia la síntesis de estos elementos y hacia el logro de un sistema capaz de adaptarse a las tradiciones y ambientes circundantes. Gran mérito suyo es la consecución de esta síntesis y el haber abierto al Derecho romano las puertas de la praxis. Su desvinculación de criterios históricos les lleva a interpretar audazmente las fuentes con tal de adaptarlas a las necesidades y a sus convicciones; recurren a los más diversos procedimientos dialécticos y combinando sutilmente las diversas fuentes forjan el *ius commune* y establecen sus relaciones con los derechos particulares.

Sus intereses prácticos les inclinan por el tratamiento casuístico, su método dialéctico les fuerza a imponer un orden racional a las reglas de la compilación y a crear una ciencia jurídica racional. Esta última preocupación estuvo ausente en los romanos y en los glosadores.

Los comentaristas, por la universidad de su saber práctico fueron los fundadores de la jurisprudencia europea.

Bártolo (1313-1357) el fundador del Comentario, junto con su discípulo Baldo (1327-1400) alcanzó en España la máxima autoridad; encaraba el estudio del Derecho (52).

50. ORMANI, *Bartolò da Sassoferrato, en Labeo*, 4 (1958) 55.

51. BARTOLO DA SASSOFERRATO. *Studi e documenti per il VI centenario*, 1-2 (1962).

52. GIBERT, *Historia general del Derecho español* (1968) 22.

5. LOS HUMANISTAS

Contra el bartolismo, que toma el texto romano como base de sus propias construcciones sin miramiento alguno por el carácter histórico de la materia, se desarrolla a partir del Humanismo renacentista un estudio del Derecho romano de estilo distinto que, por haber arraigado especialmente en las escuelas francesas, recibe el nombre de *mos gallicus* en contraposición al *mos italicus* de los legistas seguidores de Bártolo. El Humanismo jurídico trata los textos romanos como piezas útiles para la reconstrucción histórica del pasado romano, depurándolos de sus corrupciones e integrándolos con otras piezas proporcionadas por la erudición de los estudiosos de la Antigüedad (53).

Mientras en los comienzos del s. XIV el gran humanista Cino de Pistoia puede incluirse todavía entre los comentaristas, aunque ya polemizó contra el método jurídico entonces en boga, desde la mitad del s. XV toma cuerpo la protesta de los humanistas frente a la fe en los textos de autoridad, al método escolástico de enseñanza y al desprecio de las lenguas clásicas por parte de la jurisprudencia. Encarnan esta actividad por vez primera los no-juristas, pero conocedores de las fuentes jurídicas romanas, Lorenzo Valla y Angelo Poliziano en Italia (54), y algo después Antonio de Nebrija en España (55). Lorenzo Valla puso al servicio de la jurisprudencia su vasta cultura filológica. Angelo Poliziano, colaciona en 1490, por vez primera desde la época de los glosadores, la medio olvidada *littera Florentina*, guardada celosamente por el gobierno como algo sacro, y concibe el grandioso proyecto, fallido, de una edición crítica del *Corpus Iuris*. Antonio de Nebrija, publica entre otras muchas obras propias de un gramático, un *Iuris Civiliss Lexicon* (1505) con la finalidad manifiesta de combatir errores lexicográficos tanto en el campo del derecho como en el de las letras, diciendo él mismo que iba a tratar las cuestiones relativas al derecho no como jurisperito sino como gramático.

53. Sobre las expresiones humanista (en italiano), *studia humanitatis*, *humanistisch*, vid. RÜDIGER, *Die Wiederentdeckung der antiken Literatur im Zeitalter der Renaissance*, en HUNGER y otros, *Geschichte der Textüberlieferung der antiken und mittelalterlichen Literatur*, 1 (1961) 525 s. Cfr. también MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (1956).

54. KRÖLL, *Historia de la filosofía clásica* (1941) 106; 113.

55. ALSINA, apéndice a RIGHI, *Historia de la filosofía clásica* (1967) 244.

Esta actitud suscita un movimiento renovador en la jurisprudencia cuya cabeza rectora en Italia y Francia fue el milanés Alciato (1492-1550) que mediante su actividad docente de Aviñón y Bourges introduce el florecimiento de la jurisprudencia humanista en Francia, donde también vive Guillermo Budeo (1476-1540) y publica en París *Annotationes ad XXIV libros Pandectarum*, y en el área germánica Ulrico Zasio (1461-1538), nacido en Constanza, cronista y doctor en Friburgo de Brisgovia, parte entonces del Imperio austríaco, donde se unió muy activamente al círculo de humanistas de Erasmo y acabó siendo profesor (56).

De la escuela de Zasio proceden Bonifacio Amerbach (1495-1562) de ilustre linaje de libreros de Basilea, en cuya imprenta se editan por vez primera las fuentes jurídicas no justinianas; Juan Sichardt, editor del Breviario de Alarico; Juan Fichard, *advocatus rei publicae* de Frankfurt y consejero legislativo de los príncipes del Sur de Alemania; Joaquín Mynsinger von Frundseck, fundador de la *iusprudentia camerális*. También conviene mencionar aquí a Gregorio Meltzer, Haloandro, de Zwickau (1501-1531) que a consecuencia de un viaje a Italia con una beca de su ciudad natal prepara la primera edición crítica de la compilación justiniana en Nüremberg (1529-30) partiendo de manuscritos distintos de los tradicionales, utilizando para el Digesto el texto de la Florentina mejorado por Antonio Agustín (57), arzobispo de Tarragona (m. 1586), el más grande romanista español de todos los tiempos (nace en Zaragoza, estudia en Alcalá, Salamanca, Bolonia y Padua donde escucha las lecciones de Alciato); para las Novelas el texto griego de un manuscrito veneciano desconocido hasta entonces cuya copia se procuró el vienés Georg Tanner hacia 1550 poco antes de ser editado en Ausburgo por el escocés Scrimger. No hay que olvidar a Lovaina que con Mudeus (1500-60) se convierte en un semillero de ciencia jurídica humanista de donde proceden juristas de gran influencia en su época como Andrés Gail, del Tribunal imperial y Mateo Wesenbek de Amberes, que en 1557 se traslada a Sajonia donde trabaja con gran éxito en Jena y Wittemberg como sistemático y autor de *consilia*.

La tendencia humanista de llevar a cabo la tarea que según Gelio

56. THIEME, *Zasius und Freiburg*, en WOLFF y otros, *Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i. B.* (1957) 9 ss.

57. GÓMEZ PIÑÁN, *Antonio Agustín* (1517-1586). *Su significación en la ciencia canónica*, en AHDE, 5 (1928) 346-388. Gómez Piñán refiere unos artículos sobre Antonio Agustín escritos por Pedro Sáinz Rodríguez en Revista de Filosofía y Letras (Madrid 1914, 1915), de los que se limita a dar el título y lo mismo respecto a MAYANS, *Historia de la vida de Antonio Agustín*, de la que Gómez Piñán omite la fecha de publicación. Ni unos ni otra me han sido asequibles. De ZULUETA, *Don Antonio Agustín* (1939) es un librito de 48 páginas con gran acopio de datos y lleno de sugerencias. Carecemos de un estudio crítico amplio sobre esta eminente personalidad española.

(*Noctes Atticae* 1,22) se propuso Cicerón en un escrito extraviado *de iure civili in artem redigendo* conduce a renovados intentos de encontrar un sistema lógicamente satisfactorio en el orden de los títulos y fragmentos de las fuentes o de crear tal orden independientemente. Este doble afán de la jurisprudencia humanista de ampliar y profundizar en el conocimiento de las fuentes, por una parte, y de orden racional en la materia jurídica, por otra, influye decisivamente en el desarrollo ocurrido en Francia en conexión con los trabajos de Alciato. Este nuevo método está representado en Bourges sobre todo por el discípulo de Alciato, Francisco Duareno (1509-1559) y su sucesor Hugo Donelo (1527-1591) que como refugiado hugonote enseñó en Ginebra, Heidelberg, Leiden y Altdortf, y cuya obra, en parte póstuma, *Comentarii iuris civilis*, expone un grandioso sistema jurídico.

Figura cumbre es el insuperable maestro humanista de las fuentes, profesor en diversas Universidades francesas, Jacobo Cuyás, Cujacio (1522-1590), cuyas obras editadas repetidamente en los siglos XVII y XVIII constituyen un auxiliar importante en la investigación romanística. En el *mos Gallicus docendi* le siguen Brisonio ilustrador de las fórmulas romanas; Dionisio Godofredo, que publica la primera edición crítica completa del *Corpus Iuris Civilis* en Ginebra en 1583, uniendo al texto un rico aparato de notas que domina el campo romanístico hasta las ediciones críticas del XIX; su hijo Jacobo (1587-1652) deja el más importante comentario al Código Teodosiano; Balduino, dotado de gran conciencia histórica; Francisco Automann, Hotomamus, muerto en Basilea tras una agitada vida en Universidades francesas, alsacianas y suizas; Molineo y el saboyano Antonio Fabro (1557-1624), el más agudo y decidido indagador de las interpolaciones en los textos justinianeos, cuyos *Rationalia in Pandactas* se ven confirmados por la moderna crítica textual.

Los humanistas, movidos por su amor a la Antigüedad, establecen una nueva conexión entre el espíritu europeo y el Derecho romano, que será una constante fundamental en la historia del derecho privado, con grandes consecuencias especialmente en Alemania y, sobre todo, en Francia y Holanda.

Tomando como punto de partida la actitud de protesta contra la jurisprudencia de la Edad Media proponen como programa de actuación (58):

a) El retorno a las fuentes auténticas —fenómeno análogo al ocurrido en la Reforma protestante respecto a los textos hebreo y griego de la Biblia— que determina descubrimientos filológicos poco importantes para

58. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 43 ss.

la jurisprudencia práctica, así como el rechazo de la transmisión del Derecho romano a través de los juristas italianos de la Edad Media.

b) La renovación del método de enseñanza que había degenerado en rutina y mera relación de testimonios de autoridad, por una pedagogía humanista que ve en la enseñanza un reencuentro, un anagnosis en el sentido de las ideas platónicas, que exige que el maestro despierte las ideas innatas de derecho y sus concrecciones en la mente del alumno guiándole así de lo empírico-particular a lo ideal-general, de acuerdo con la exigencia de Cicerón, *ex intima philosophia ius hauriendum*, es decir, la creación de una ciencia metódicamente ordenada. La fuente auténtica en lugar de la tradición, el conocimiento de la idea en lugar del culto a la autoridad, el sistema en lugar de la exégesis. Así se prepara la orientación de la moderna ciencia jurídica hacia un sistema idealista, hacia el racionalismo liberado del culto a testimonios de autoridad, propio del Derecho natural, pero también hacia el Neohumanismo de la Escuela histórica.

Como fenómeno cultural, el Humanismo no logra reafirmarse en su patria, Italia, ni prevalecer en Alemania; en cambio, en Francia y Alemania crea contribuciones culturales importantes y prepara el terreno al derecho racionalista. Su influencia persiste hoy en la ciencia del Derecho romano.

Durante casi dos siglos Francia y, después de la guerra de su independencia, Holanda, son las directrices de la conciencia jurídica europea bajo el signo de la "Jurisprudencia elegante".

A los nombres franceses mencionados hay que añadir los de Juan Domat (1625-1692), Pithou, Loisel, etc.

Holanda, uno de los primeros países culturales europeos del barroco, que pone en práctica la orientación pedagógica de atribuir gran importancia al estudio de los clásicos y a las técnicas filológicas, es terreno abonado donde florecen muchas ciencias, entre ellas la jurisprudencia, traspassando los límites del Derecho romano y derecho privado, perdurando hasta muy avanzado el s. XVIII, con nombres gloriosos como Ulrico Huber, Vinnio, Bynkershoek, Voet, Noodt y Schulting. Las *Notas ad Digesta seu Pandectas* de Antonio Schulting, editadas y aumentadas con observaciones críticas por Smallenburg, son instrumentos preciosos para la inteligencia y crítica del *Corpus Iuris*, porque contienen y recogen muchas indicaciones de interpolaciones hechas por Cujacio y otros humanistas.

Holanda, merced a la Jurisprudencia elegante del XVII y XVIII cultiva la tradición humanista hasta la época del maestro de Savigny en Marburgo, Felipe Federico Weiss.

6. LA RECEPCION Y EL *USUS MODERNUS PANDECTARUM*

El Derecho romano común, cuyo artífice fue Bártolo es “recibido” (59), con mayor o menor intensidad, en la enseñanza y en la práctica judicial de toda Europa (60), entendiéndose por recepción no la de un cuerpo extraño sino la de los métodos y el edificio doctrinal propios de la ciencia jurídica europea tal como se ha ido formando desde el siglo XII en Bolonia. La recepción tiene especial intensidad en Alemania donde el Tribunal imperial debía juzgar a partir de 1495 *nach des Reichs und gemeinen Rechten*, lo que implica el reconocimiento del Derecho romano común como derecho del Imperio. Repetimos que no fue recepción de un cuerpo legal extraño, sino un proceso de desarrollo consistente en la cientificación de las esencias jurídicas nativas y de sus especialistas, con todas sus consecuencias, que determina una ruptura y mutación de la conciencia jurídica gracias a un giro copernicano de toda la cultura jurídica originado por el cambio de la formación especializada de los juristas, de la organización judicial, del proceso y de las normas de derecho escrito. No se recibe el derecho clásico ni el justiniano sino la doctrina elaborada y comprobada en su aplicación por glosadores y comentaristas sobre la base del *Corpus Iuris*, mediante elaboración científica de los estatutos

59. RUDIGER, *Die Wiederentdeckung der antiken Literatur im Zeitalter der Renaissance*, cit. supra nota 53, 573 ss., dice que en el transcurso de su exposición ha empleado varias veces el concepto «recepción» que ante todo tiene derecho de ciudadanía en la jurisprudencia y que indica la recepción del Derecho romano en los países europeos y su expansión desde éstos a territorios extra-europeos. La historia general y de la cultura asume con provecho el término recepción porque describe admirablemente la relación entre tradición y presente creador. Por ella entendemos no sólo la custodia pasiva, sino también la asunción operante para transformar el patrimonio cultural recibido en el propio mundo intelectual. Sobre recepción jurídica en general cfr. PRINGSHEIM, *Reception*, en *RIDA*, 8 (1961) 243 ss.

60. Sobre la recepción en Europa vid. WIEACKER, *Europa und das römische Recht. Verborgenheit und Fortdauer*, en *Vom römischen Recht*. (1961). En la parte dedicada a este tema en su *Privatrechtsgeschichte*, supera con creces a Koschaker en la exposición de lo que ha significado la recepción del Derecho romano para la ciencia jurídica alemana. También WIEACKER, GRÜNDER UND BEWAHRER (1959) estudia profundamente las causas y efectos de la recepción. Según d'ONS, rec. a WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, en *AHDE*, 29 (1959) 748 s. Wieacker «parece encarnar en su misma persona aquella tradición tan importante para la historia cultural europea». Sobre la recepción en España vid. HINOJOSA, *La admisión del Derecho romano en Cataluña*, en *Obras*, 2 (1955), 389 ss.; LARRACA y TABERNA, *El Derecho justiniano en España*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano*, 2 (1935) 83 ss.

de las ciudades italianas, los usos y la práctica comercial. En la recepción predomina la autoridad de la glosa y sobre todo la de los grandes comentaristas como Bártolo, Baldo y Jasón de Mayno, que impide una interpretación independiente de las fuentes romanas. La recepción es esencialmente un cambio de actuar, el paso de una tradición acientífica a un obrar partiendo de la teoría (61).

Gracias a la recepción en Alemania, el Derecho romano sigue vigente y como tal puede ser estudiado y cultivado no sin ciertas contaminaciones modernas, dando lugar posteriormente al llamado *usus modernus pandectarum*, título de una obra de Samuel Stryck editada a partir de 1960. Los siglos XVII y XVIII sufren el impacto del Derecho natural racionalista (Pufendorf, Thomasius, Christian Wolff) (62) y el derecho vigente se emancipa progresivamente de las fuentes romanas y en lugar de la fe en el texto, propia de la Edad Media y del entusiasmo investigador de los humanistas, se establece una relación con las fuentes de la que da idea el título de la citada obra de Stryck, es decir, una adaptación a la época —el llamado Derecho romano actual—, tendencia de la que son representantes Andres Gail, autor de *Practicae observationes*, usado en la praxis hasta fines del XVIII; Benedicto Carpzov, autor de obras de derecho penal importantes como la *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (1638); Hermann Conring, el último y más grande polihistoriador de Alemania que en su obra *De origine iuris Germanici liber unus* (1634) justifica la leyenda de la introducción del Derecho romano por un decreto del emperador Lotario II; Jorge Adan Struve, cuya *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* (1670) domina el campo de la enseñanza hasta fines del XVIII; Heinecio (1681-1741), profesor en Halle, cuyas obras ejercen gran influencia. También merece ser citada en esta sede la obra de Cristián Federico Glück (1755-1831) *Ansführliche Erläuterung der Pandekten* de la que a partir de 1790 han aparecido 35 volúmenes (hasta D. 28,2).

El representante francés por antonomasia del *usus modernus* es Roberto José Pothier (1699-1772), juez y profesor en Orleans, cuya obra *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* domina la jurisprudencia francesa hasta mediados del XIX como *book of authority* que influyó de-

61. Los más importantes progresos de la crítica de la recepción parte de la idea según la cual la historia del Derecho romano en la Edad Media y los primeros tiempos de la Edad Moderna es esencialmente la historia de la formación y adiestramiento de una élite experta en escritos y documentos; primero del estamento clerical, después también de los juristas laicos. Vid. WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, sep. de Eranion G. S. Maridakis, 1 (1963) 11.

62. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 133 ss.

cisivamente en la codificación napoleónica hasta tal punto que gran parte del derecho de obligaciones del Código de Napoleón está tomado de Pothier y, por lo tanto, del Derecho romano común.

7. LA ESCUELA HISTORICA

La ciencia jurídica alemana alcanza su punto álgido en el siglo XIX gracias a su unión esencial con la Escuela histórica y al Derecho romano. La Escuela histórica crea una nueva época ya que así como el Derecho natural influye en las demás ciencias durante el siglo XVIII, esta función en el XIX corresponde en buena parte al Derecho romano. La Escuela histórica estudia el Derecho común, y la Pandectística se convierte en una ciencia europea. Hay que agradecer esta contribución fundamentalmente a tres grandes juristas: Savigny que orienta decisivamente a la Pandectística, Puchta que la forma con su ímpetu creador y Windscheid que la lleva a la cúspide.

Anticipamos que la Escuela histórica reacciona vigorosamente frente al racionalismo afirmando la tesis de que el derecho no es un producto frío de la razón sino la expresión viva y cálida de la historia de cada pueblo en cada época. La Escuela histórica estimula el estudio de las tradiciones e instituciones antiguas, con el fin de descubrir y vitalizar las que, nacidas en el pasado, reflejan la "conciencia popular" (63). Respecto al Derecho romano, mientras propugna por una parte la utilidad y necesidad de estudiarlo históricamente, por otra, al considerar antihistórica la codificación, mantiene la oportunidad de recurrir, para regular las relaciones privadas, a la tradición romanística, lo que equivale a impedir una verdadera investigación histórica del Derecho romano. De ahí que la Escuela histórica sea punto de partida de dos orientaciones científicas distintas: la de los historiógrafos puros y la de los pandectistas.

El nacimiento de la Escuela histórica acaece en el momento del llamado por los alemanes "segundo Humanismo", que fecunda e impregna la vida germana, incidiendo también en la ciencia jurídica desprestigiada con el predominio del Derecho natural. Bajo un signo clasicista se funda la filología clásica, ciencia directriz en la Alemania del XIX que fundamenta el prestigio de los investigadores germanos (64). Primeramente los estudios se dirigen hacia Grecia, orientación muy concorde con el espíritu de Weimar. Heyne en Gotinga y Federico Augusto Wolf (65) en Halle

63. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, 1 (1959) 12.

64. KROLL, *Historia de la filología clásica* 2 (1941) 140 ss.; TOVAR, *Lingüística y filología clásica*. Su situación actual (1944) 23 ss.; RIGHI, *Historia de la filología clásica* (1967) 143 ss.

65. RIGHI, *Historia de la filología clásica* (1967) 149; 173.

renuevan la filología clásica conducida por Augusto Boeckh y Lachmann (66) a una época de esplendor, y en estos años se descubre la diferencia entre lo original griego y el clasicismo romano. Otros filólogos importantes son Otfried Müller y Federico Gottlieb Welcker (67), un autodidacta. Los nuevos métodos de investigación exigen ir a las fuentes directamente, lo que impone la reconstrucción y reedición de los textos como tarea primordial. Esta orientación es determinada en gran parte por Gottfried Herrmann (68) y muy perfeccionada por Manuel Bekker (69), primer filólogo que edita críticamente en gran escala los textos con base diplomática dando pie a la gramática y lexicografía griegas.

A estas innovaciones hay que añadir la fundación de las modernas ciencias del Estado por la escuela de Püter en Gotinga y la fundación de la Ciencia histórica moderna por Niebuhr (70). Además con la renovación metódica de Hugo en Gotinga y de Weiss y Hopfner maestros de Savigny en Marburgo, de la entonces titubeante romanística, se inicia una nueva ruta en los estudios de derecho privado bajo los auspicios del ya citado "segundo Humanismo" cuyo más importante documento quizá sea el *Recht des Besitzes* (1803) de Savigny. El triunfo de esta renovación queda garantizado con la llamada de Savigny a la recién fundada Universidad de Berlín en 1810, Savigny formula su programa en un escrito de circunstancias titulado *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho* (1814). Una de las ramas de la Escuela histórica, la romanística, es un retoño tardío de la jurisprudencia humanista en suelo alemán y es de notar como ya lo hizo Heuerbach en 1816 (71), en una polémica con Savigny, que las obras principales de la Escuela no son escritos propiamente históricos sino investigaciones y exposiciones teórico-jurídico-dogmáticas, filológico-anticuarias o histórico-literarias, cuyo influjo se basa en el *ethos* del método y del anhelo por la búsqueda de la verdad y no en una filosofía de la cultura o en el pensamiento nacionalista de los grandes historiadores alemanes del XIX. Hasta la obra cumbre de Teodoro Mommsen alcanza el profundo contraste entre el *ethos* metódico de sus investigaciones filológico-históricas y el *pathos* político de su gran obra histórica (72). Este humanismo jurídico tiene eficacia en la política legis-

66. RIGHI, *Historia de la filología clásica* (1967) 177; 186.

67. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 167.

68. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 153.

69. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 153.

70. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 174.

71. FEUERBACH, *Einige Wörter über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische Gesetzgebung* (1916).

72. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung in 19. Jahrhundert* (1961) 74 ss. En la actualidad «la debilitación de los prejuicios nacionalistas lleva a un reforzado examen de las constantes europeas»; WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand, der Disziplin der neueren Privatrechts-geschichte*, sep. de Eranion G. S. Maridakis, 1 (1963) 9.

lativa gracias a la victoria del ideal formativo de Guillermo von Humboldt en las Universidades de Alemania y gracias a la formación humanista de las clases rectoras que fomentan el florecimiento de las ciencias de la Antigüedad en las Universidades y Gimnasios.

Es precisa una relación un tanto prolija del ambiente jurídico y científico alemán de fines del XVIII y del XIX para situar la Escuela histórica.

En realidad el Derecho privado común, el Derecho de Pandectas tenía sólo valor subsidiario y existían por doquier derechos provinciales y privilegios locales hasta tal punto que el derecho vigente era un agregado más o menos casual de restos de derechos vigentes en épocas distintas. El Derecho romano era considerado como *ratio scripta* y el Derecho natural vigente en la enseñanza era una abstracción del Derecho romano. En el XVIII los alemanes se impusieron la tarea de crear una jurisprudencia científica mediante una consideración histórica capaz de estratificar y aclarar los heterogéneos elementos del derecho vigente, tarea posible merced al desenterramiento del Derecho romano para lo cual estaba preparado el sentir común. Kant había afirmado la imposibilidad de aplicar el procedimiento analítico fuera de las matemáticas. Montesquieu y Herder ponen de relieve que la formación de lo histórico y lo individual depende de la época, lugar geográfico y carácter del pueblo. Los grandes filólogos aportan el instrumental para enfrentarse con las fuentes antiguas. Gustavo Hugo es el primero que desde fines del XVIII comienza a indagar el espíritu del Derecho romano en sus fuentes, poniendo en lugar del dominio universal del saber (polihistoria) el cultivo consciente de especialidades concretas, en lugar del racionalismo universal la historia del derecho, y para Hugo el sentido de las palabras y locuciones no debe ser determinado filosóficamente, como entonces se hacía, sino históricamente, de acuerdo con lo que los romanos entendían. Hugo aporta la afición por lo minúsculo y concreto y la destreza en el manejo del método exegético, pero dada la difícil y pesada redacción de sus escritos es pronto superado y olvidado. Su valor radica en haber formulado la crítica del pragmatismo histórico frente al Derecho natural teórico y codificado.

El programa de Hugo es desenvuelto por su discípulo Savigny, que siendo profesor en Marburgo a los 24 años publica, en 1803, su *Derecho de la posesión* (3.ª edic. 1818) que señala el comienzo de una época distinta.

Al tratar monográficamente la posesión emplea un procedimiento nuevo: primero expone el Derecho romano puro mediante investigación de las fuentes, y después los cambios experimentados en las legislaciones y praxis posteriores. Esta radical dicotomía entre lo reciente y lo viejo es nueva y desconocida hasta entonces y pone de relieve que ciertas regulaciones tenidas hasta entonces por Derecho romano no son sino un malentendido, mientras que otras han de ser consideradas como un desarrollo

del Derecho romano. Se soluciona la contradicción entre razón e historia, se confirma en campos concretos la teoría de Herder y Burke acerca de la razón imperante en el desarrollo histórico y queda patente lo fructífero que resulta el prescindir del Derecho natural, de la consideración filosófica del derecho y el recorrer la vía hacia el realismo que abría la consideración histórica. Esta obra de Savigny es la obra maestra de la dogmática civilista renovada por el espíritu del segundo Humanismo, no por su objeto, sino por su método y forma de exposición.

Frente a la idea de extender el Código de Napoleón, entonces vigente en los territorios dominados por Francia y en muchos Estados de la Confederación del Rin, a toda Alemania, surge esta decidida oposición. En 1813 publica Augusto Guillermo Rehberg, amigo de juventud del Freiherr von Strein y el primer introductor en Alemania del pensamiento de Burke, un escrito contra el Código de Napoleón en el que concibe el derecho francés como inadecuado para las relaciones germanas y Savigny llega a llamar al Código francés una *politische Krankheit*. A pesar de todo, el Código de Napoleón sigue vigente en los territorios de Derecho romano pero no en otros territorios germanos, por lo cual no podía fluir de él un código civil alemán y debido a ello surge la idea de elaborar un propio código nacional. En 1814, año en que tantas esperanzas afloran en Alemania en pro de la unidad y libertad con la caída de Napoleón, publica el profesor de Heidelberg, Thibaut (1772-1840), un escrito titulado *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Thibaut, discípulo de Kant en Königsberg, acepta el nuevo orden social y únicamente se opone a las leyes francesas porque está convencido de que los juristas alemanes son capaces de expresar los conceptos del Código de Napoleón de un modo más profundo y concreto, en una forma más apta y sistemática. Thibaut cree necesario un código para poder dominar simultáneamente lo extranjero y el particularismo. No es partidario del Derecho natural abstracto ni cree en la omnipotencia del legislador pero ve que en aquellas circunstancias jurídicas no pueden desarrollarse adecuadamente la industria ni el comercio ni surgir una conciencia nacional.

Savigny se opone a Thibaut. El primero ha sido profesor en la Universidad bávara de Landshut durante el dominio napoleónico, donde ve trabajar a los legisladores de la Confederación del Rin y donde no logra ponerse de acuerdo con Anselmo Feuerbach, el artífice de la legislación de Baviera.

Savigny niega al Derecho natural y a las codificaciones la capacidad de crear un derecho útil para todas las épocas y pueblos. La Escuela histórica considera al derecho no como sistema de principios racionales que el hombre va descubriendo y consagrando con valor universal, al igual que las leyes físicas o los teoremas matemáticos, ni como producto casual

de accidentes pasajeros, sino como emanación del alma del pueblo, fraguados, para cada país y para cada época, en un lento proceso, bajo los influjos de la raza, la historia, las condiciones económicas y las creencias morales (73). Savigny enseña que el testimonio del pueblo es la fuente auténtica de todo derecho, elemento integrante de su vida y de su cultura, y por lo tanto, lo mismo que cualquier aspecto vital de los pueblos, está sometido a movimiento y desarrollo siguiendo las leyes de su necesidad íntima. Para Savigny el derecho crece con el pueblo, adquiere su conformación simultáneamente con él y muere cuando el pueblo pierde sus peculiaridades. Los juristas representan al pueblo en la función jurídica, ya que la jurisprudencia es una creación del espíritu del pueblo y sólo puede florecer mientras permanezca unida a la fuente originaria del derecho. Quien primero emplea el término *Volksgeist* en la esfera jurídica es Thibaut, en 1814. Savigny entiende por pueblo no la realidad natural biológico-política de la nación histórica sino la individualidad ideal de una comunidad unida por experiencias culturales.

Savigny distingue entre el derecho surgido de una manera natural y el derecho culto, elaborado, lo mismo que Herder había distinguido entre una poesía natural y una poesía artística, y partiendo de la actuación conjunta de este doble principio vital aclara todos los fenómenos posteriores.

Asigna a la legislación la tarea de suscribir el derecho consuetudinario y decidir controversias y, por consiguiente, acepta la legislación que establece derecho ya vigente pero no la que lo muda y de ahí que juzgue superflua una codificación mientras florezca la ciencia jurídica —la jurisprudencia en el sentido romano de la palabra—, porque cree que el derecho no necesita las prescripciones expresas del poder público mientras encuentre su desarrollo por caminos vivos, idea muy de acuerdo con el *modus operandi* de la jurisprudencia romana (74). Para Savigny la base la constituye el derecho “consuetudinario”; la ciencia jurídica y la legislación son únicamente medios auxiliares u órganos; la codificación entierra la tradición científica.

Por lo dicho se comprende que Savigny ve la solución de la inseguridad jurídica en el empleo del método histórico, tal como lo desarrolla en su monografía sobre la posesión. El XIX, siglo de las Ciencias históricas, señala a la historia la tarea de demostrar la continuidad del desarrollo del derecho, de purificarlo y protegerlo llegando a demostrarse que muchas conquistas de épocas posteriores estaban cuajadas de sentido y fundamentadas en el desarrollo de la vida popular, de tal manera que en estas circunstancias se podría renunciar a un orden jurídico unitario.

73. CASTILLEJO, *Historia del Derecho romano* (1935) 512.

74. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, en *Nachrichten der Akademie Göttingen* (1962).

Frente a Savigny, que siempre había considerado al *Landrecht* vigente con íntima aversión, Thibaut es quien primero se percató de que el derecho privado debe expresar el carácter de las circunstancias sociales y económicas de la época, y exige de la jurisprudencia que se ocupe de todos los aspectos de la vida para edificar después sistemáticamente; así pues, es un precursor del positivismo científico, y en ello radica su importancia histórica (75). Ahora bien, el siglo XIX no pertenecía a Thibaut sino a Savigny y vence la Historia del derecho, entre otras razones, porque Thibaut infravalora los obstáculos políticos y las dificultades técnicas de la codificación. Si su proyecto no se realizó, no fue por la fuerza contrarrestante de Savigny, sino por la caracterización general de la época que fomentó el espíritu democrático y nacional, lo que coincidía con las concepciones de Savigny, ya que en su sistema no cabe el poder arbitrario de los príncipes, puesto que todo despotismo tiende esencialmente a legislar.

La influencia de Savigny en la actitud espiritual del XIX es incommensurable. Orienta el desarrollo del derecho internacional privado (76), precisamente en su obra de senectud, *Sistema del Derecho romano actual*, en la que alcanza la cúspide de la dogmática de gran estilo y es una estilización totalmente distinta del Derecho común según las fuentes antiguas. Sin embargo, su grandeza no radica en la originalidad de sus ideas, ya que su aportación a la teoría del desarrollo orgánico de la vida social y política era una ampliación de pensamientos anteriores, y la disolución del Derecho natural había comenzado bastante antes, catalizando él el proceso.

Por otra parte, yerra en sus ideas fundamentales, ya que las grandes codificaciones se consolidan y sigue codificándose con éxito. El mismo, cuando es nombrado Ministro de Justicia en Prusia, no tiene más remedio que legislar aunque permanece formalmente fiel a su teoría, llamando Novelas a sus productos legislativos. Crea un formalismo jurídico, una "jurisprudencia de conceptos", como dijo Jhering atacándole, que se aparta de la vida y sólo piensa en su aplicabilidad sistemática.

El secreto de su éxito radica en su personalidad dotada de las cualidades propias del historiador y capaz de hacer caminar rápidamente los carros de la política y la ciencia por las rutas del pensamiento histórico. Su encanto como escritor y maestro le asegura una larga influencia. Poscía el difícil arte de simplificar lo complejo y de aclarar lo tenebroso; manejando desapasionadamente el método histórico, destierra de la ciencia todo misticismo romántico y presenta los resultados limpios y pulidos.

75. KIEFNER, A. F. J. *Thibaut*, en ZSS, 77 (1960) 304 ss.

76. GUTZWILLER, *Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des internationalen Privatrechts* (1923).

La teoría del origen del derecho en el espíritu del pueblo no le impide exponer el Derecho romano antiguo como un sistema cerrado, sin contradicciones, perfecto, y ésto es lo que impresiona a su época: el clasicismo en la jurisprudencia, la vuelta a un Derecho romano puro, a un cánón antiguo, rígido. Niebuhr y Savigny están humana y científicamente unidos: ambos eran caracteres afilosóficos, plenamente entregados a los hechos y a la historia.

Al ascenso de Savigny contribuye decisivamente su voluntad de poder, su decisión firme de ser el reformador, el Kant de la ciencia jurídica. En Berlín triunfa como jefe de escuela y como consejero de príncipes. A él se debe el que en Berlín el estudio del Derecho romano no se basara en el "Derecho territorial prusiano" sino en el derecho de las Pandectas porque la científicidad sólo puede mostrarse en el estudio de las fuentes históricas. Reune un grupo de discípulos incondicionales con los que ocupa las cátedras y así sus ideas están presentes en la Universidad durante muchos años después de su muerte. Es colega de Hegel, dominado por una análoga ansia de poder, y sus respectivas escuelas son en Berlín como dos sectas contrarias.

El programa de Savigny ha dado quehacer a generaciones, ya que era necesario dominar plenamente las montañas de material histórico. La investigación había de bifurcarse hacia romanismo y germanismo puesto que de ambos elementos estaba impregnado el derecho resultante y así como Savigny comienza a edificar la ciencia histórica del Derecho romano, la del Derecho germánico lo es por Carlos Federico Eichhorn. Ambos fundaron en 1814 la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. La historia es "el único camino para el conocimiento cierto de nuestra situación", escribe Savigny en la introducción de la mencionada revista, y la Historia del derecho es, en el sentido de Schelling apocalipsis de lo absoluto siendo esta la idea de derecho.

El Derecho romano no es un cuerpo extraño en la vida jurídica alemana, sino que está enraizado y ha crecido simultánea y conjuntamente con el Derecho alemán. Savigny se propone demostrar el desarrollo orgánico del Derecho romano y cuando en 1815 aparece el primer volumen de su *Historia del Derecho romano en la Edad Media* (77), nace con él la nueva historiografía. En él demuestra cómo persiste el Derecho romano, tras la caída del Imperio, en los reinos que le sucedieron, cómo se aplica en los tribunales, cómo se elabora por escrito, cómo se enseña

77. Un nuevo estudio de la historia del Derecho romano en la Edad Media, en la línea indicada por Savigny, ha sido iniciado en 1961, bajo los auspicios de la Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité, con un vasto programa a desarrollar por especialistas de distintos países: *Ius Romanum Medii Aevi*, del que han aparecido varios volúmenes.

oralmente. Conecta, a pesar de las deficiencias de información, la tradición viva del Derecho romano con la actividad de los glosadores y demuestra cómo la reavivación del Derecho romano no se debe a la voluntad gubernamental de los emperadores gibelinos sino a las necesidades jurídicas y comerciales de las ciudades lombardas, poniendo de relieve que la vigencia del Derecho romano no fue determinada casual y arbitrariamente, sino que aparece como el resultado de un desarrollo ininterrumpido.

No es casualidad el que la renovación del Derecho civil romano por Hugo y Savigny coincidiera con la Revolución francesa y el ascenso de la burguesía, ya que el Derecho romano es un derecho urbano, ciudadano, civilizado por excelencia, obra de ciudadanos libres, que afirma sin prevención la libertad de la persona y de la tierra. No es un derecho abstracto, incoloro, cosmopolita. Desde cualquier punto de vista corresponde a las necesidades de una economía monetaria y capitalista de la libertad personal, de la facilitación del tráfico mercantil y del orden. Savigny difícilmente podía ser consciente de esta "modernidad" del Derecho romano y de estarlo quizá le hubiera desagradado, pero su afirmación de que el Derecho romano estaba profundamente arraigado en el desarrollo germánico es cierta: cuanto más decididamente fue el XIX una época de la burguesía triunfante, tanto menos podía imaginarse una ruptura con el Derecho romano y una renuncia al estamento social de los juristas.

Las ideas de Savigny tienen también repercusión en la literatura y la lengua especialmente a través de los hermanos Jacobo y Guillermo Grimm, alumnos de Savigny en Marburgo. Jacobo tuvo gran amistad con Savigny, y pudo asistir a su última lección junto con Rudorff; publicó las notas tomadas en clases de Savigny en el semestre de invierno 1802-1803, en una elaboración clara legible y elegante hoy accesible con el título de F. C. con Savigny, *Juristische Methodenlehre*. Según la elaboración de J. Grimm. Edid. G. Wesenberg (1951).

Savigny en su programa es discípulo de Goethe, conocido y alumno de Schelling en Jena (78), heredero y renovador de la jurisprudencia elegante, enamorado de los manuscritos y publicaciones raras, diplomático, bibliófilo y coleccionista de gran estilo. En el trasfondo de esta pasión por los manuscritos y los libros, es decir, por los monumentos del pensamiento humano, late siempre un afán histórico-cultural entendiendo la

78. En la investigación histórico-jurídica alemana ha dominado durante mucho tiempo el *pathos* de la metafísica histórica a causa de la influencia de Schelling en Savigny y Otto von Gierke, y de Hegel en Gons y Puchta. Vid. SCHÖNFELD, *Hegel und Puchta*, en *Festschrift Binder* (1930) 1 ss, cit. por WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgechichte*, sep. de Eranion G. S. Maridakis, 1 (1963) nota 48.

cultura de una manera muy lógica en la situación alemana de su tiempo, como literatura y, por lo tanto, la cultura jurídica como literatura jurídica.

El núcleo de la misión histórica de Savigny consiste en ampliar la cultura literaria con sus aportaciones haciendo que los libros jurídicos integren el patrimonio de la literatura nacional alemana, y en marcar un rumbo a la investigación histórica jurídica, fecundando la cultura jurídica de otras naciones mediante la renovación de los estudios romanísticos creando la unión europea de la investigación histórico jurídica, por una parte, y, por otra, a raíz de los efectos de su método en la civilística dentro y fuera del continente, aproxima el espíritu y la forma de los pueblos europeos fortaleciendo con ello la conciencia de su unidad.

La historicidad de Savigny consiste en hacer un derecho nuevo con materiales depurados de todo aquello que pasó a la historia. En ciertos aspectos el pensamiento de Savigny es contradictorio pero no por ello menos fecundo. Contuvo una tendencia codificadora inmadura para dar tiempo a una tradición doctrinal —la de los pandectistas— que hiciera posible la elaboración de un código realmente alemán, y no una simple adaptación del código de Napoleón. De esta manera, la conservación del Derecho romano es la causa del producto más genuino de la ciencia jurídica alemana: la Pandectística, mediante la cual Alemania ha influido en la doctrina civilista de todo el orbe.

“Savigny se nos presenta casi como el tipo ideal de un jurista de la *species theoretica*, tan normal, que casi se tiende a encontrarle algo aburrido. De todos modos lo decisivo en Savigny es su fuerza jurídica configuradora. Sólo Ctto von Gierke se le aproxima, pero en éste tal fuerza se mezcla con elementos emocionales, ausentes en Savigny. El modo con que Savigny, partiendo del análisis de las fuentes, de la contemplación de las instituciones jurídicas y de la vida del derecho, desarrolla sus tesis dogmáticas, es lo contrario a lo que rechazamos como *jurisprudencia de conceptos*. Es el más elevado arte jurídico, pudiendo usar la palabra arte en su más auténtico sentido. Si cada jurista importante es un configurador y, por ello, un artista, Savigny fue uno de los mayores artistas jurídicos de todos los tiempos. Su estilo no es ya el nuestro, puesto que ni pensamos ni escribimos ya como Goethe. Pero no hiperbolizamos si nos atrevemos a afirmar que nuestra cultura jurídica —Kunkel está hablando aquí a alemanes— ha sido marcada por Savigny de una manera análoga a como lo fue por Goethe toda nuestra vida intelectual. No deberíamos perder del todo la conciencia de tal hecho” (79).

“Toda la vida y toda la supervivencia de Savigny se verán envueltas

79. KUNKEL, *Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht*, en *Juristenzeitung*, 17 Jahrg. Nr. 15-16 (1962) 463.

en la polémica, que señaló el comienzo de su madurez. Pero entretanto no descansaba. Había citado en la revista por él fundada estas palabras aladas y punzantes de Goethe: "No he encontrado en general arrogancia más perniciosa que la del que pretende llegar al espíritu cuando la letra no es aún para él familiar y clara". A la letra no dejaba de atender Savigny. En sus monografías de Derecho romano hacía "confluir en feliz armonía la consideración histórica con un espíritu dogmático y constructivo" (d'Örs). Después esas dos líneas volvieron a separarse, toda una serie de juristas dogmáticos e historiadores del derecho parten de Savigny: sólo en Puchta (1789-1846), el supersavigny, la fusión fue más enérgica, y la generación científica de Savigny, bifurcada, termina en 1892, al morir Windscheid, y en 1903, al morir Mommsen" (80).

Una de las mejores valoraciones de Savigny es la de Wesenberg (81) y de ahí que Kunkel sugiera que Wesenberg podría escribir la gran monografía de que Savigny es acreedor y la romanística alemana deudora (82).

Entre los seguidores inmediatos de Savigny hay que mencionar a dos contemporáneos suyos a quienes debemos notables avances en el conocimiento de las fuentes: Juan Luis Göschen, primer editor de Gayo en 1820 y Federico Bluhme, que en la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1920) publica el famoso trabajo acerca del orden de los fragmentos en los títulos del Digesto, reproducido muy oportunamente en la revista italiana *Labeo* (83).

80. GIBERT, *Savigny 1779-1861*, en *Forjadores del mundo contemporáneo*, 1 (1965) 361.

81. WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (1954) 148-163.

82. KUNKEL, rec. a WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (1954), en *ZSS*, 71 (1954) 539.

83. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, reimp. en *Labeo*, 6 (1960) 55 ss; 235 ss; 368 ss.

8. LA PANDECTISTICA

Como acabamos de ver en el epígrafe anterior, frente a los proyectos de codificación se manifiesta en Alemania a principios del XIX la postura contraria de la Escuela histórica del derecho; al derecho nuevo se opone el histórico, entendiéndose por tal el que como fruto de una evolución secular rige en aquel momento. No interesa a los juristas de la Escuela histórica el proceso mismo de formación de este derecho, y buena prueba de ello es que la labor de sus miembros cristaliza en resultados tan poco históricos como la Pandectística y el *Deutsches Privatrecht* —su equivalente germánico— (84). El derecho de Pandectas elaborado en una forma sistemática sirve de base a la ciencia jurídica contemporánea y al mismo BGB.

La especial contribución del iusnaturalismo racionalista al Derecho romano consiste en la unión de una teoría jurídica sistematizada con el Derecho romano, y el balance de la Escuela histórica podía expresarse como la positivación del Derecho natural y la actualización de la tradición romana.

El legado de la precedente época iusnaturalista se muestra como dice Wieacker (85):

a) En el sistema, creado por el pandectista Heise, modelo para la civilística del XIX y sus codificaciones, que enlaza con el sistema de los discípulos de Christian Wolff (1679-1754), jefe de la filosofía de la ilustración alemana, Darjes (1714-1791), autor de *Institutiones jurisprudentiae privatae romano-germanicae* (1748), y Nettelblatt (1719-1791), y, por lo tanto, con el sistema de Samuel Pufendorf (1631-1694), cuya principal aportación sociofilosófica fue la construcción de una ética social de la que derivan una antropología y una filosofía de la cultura, así como la fundación de una fe profana en la Humanidad.

84. GARCIA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del derecho*, en THDE, 23 (1953) 14. WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, sep. de Eranion G. S. Maridakis, 1 (1963) 6: «La misma ciencia de pandectas no era idéntica al Derecho romano del programa de Savigny; era más sistemática, más liberal, más adecuada económicamente a la naciente sociedad industrial de lo que permitía suponer el aristocrático conservadurismo de Savigny».

85. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 228 ss.

b) La formación de conceptos de la Pandectística depende asimismo del método demostrativo de Wolff. Con esto no quiere indicarse la aplicación de conceptos artificiales abstractos para fundamentar decisiones científicas, sino el edificio sistemático levantado por la Pandectística partiendo de conceptos, que asciende paulatinamente, sin lagunas, desde los axiomas a los conceptos generales y de éstos a los conceptos especiales y dogmas o tesis fundamentales. Es característico que importantes conceptos fundamentales como derecho subjetivo, negocio jurídico, declaración de voluntad, contrato, relación obligacional, negocio sinalagmático, imposibilidad, propiedad y muchos otros han sido formulados y rigurosamente definidos en la Pandectística por influjo del racionalismo iusnaturalista.

c) La ética social material del derecho anterior basada en la tradición antigua y medieval es soslayada por la *Crítica de la razón práctica* y por los Fundamentos de *la metafísica de las costumbres*, de Kant, y sustituida por una ética formal del deber y la libertad, deducida de la autonomía moral de la personalidad. La conocida determinación savignyana del derecho subjetivo responde exactamente a la exigencia kantiana de aquella libertad capaz de coexistir con la máxima libertad posible de cualquier otro; también responde a ella el concepto de la autonomía privada y del negocio jurídico, primer axioma de la civilística.

En resumen, “que el pandectismo del XIX depende en la formación de su sistemática de la dogmática del Derecho natural y que la fe en la validez general del mundo conceptual pandectístico lleva trazos cripto-iusnaturalistas es reconocido por todos como Wieacker pone de relieve” (86).

La Escuela histórica recibe nuevo impulso con Jorge Federico Puchta, sucesor de Savigny en la dirección científica de la Escuela que, a pesar de su formación filosófica —Hegel (87) es profesor del Gimnasio de Nüremberg que Puchta frecuenta en 1811-16; el iusnaturalista kantiano Gros es profesor suyo en Erlangen; está relacionado con Schelling— se inclina por la obra de Niebuhr y Savigny. Es profesor en Erlangen, Munich, Marburgo, Leipzig y Berlín, donde ocupa la cátedra de Savigny cuando éste es llamado en 1842 por Federico Guillermo IV para el cargo de Ministro de Justicia. Muere en 1846. Con su libro de Pandectas convierte plenamente en principio metódico de la Pandectística la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos, y tal libro de texto es el

86. KUNKEL, rec. a WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), en ZSS, 71 (1954) 536.

87. Cfr. supra nota 78.

más fehaciente testimonio del impacto del método deductivo racionalista de la Escuela histórica. Partiendo de conceptos deduce principios dogmáticos y decisiones.

Otros pandectistas ilustres son Vangerow (1808-1870) por el ámbito extraordinariamente amplio que influenciaron sus lecciones en Heidelberg y las sucesivas ediciones de sus Pandectas, y su obra demuestra mejor que ninguna otra cómo la exégesis puede abrir un camino hacia la reconstrucción dogmática de las instituciones; Brinz (1820-1887) por su originalidad, fantasía creadora y gran talento crítico, propagador, en el campo romanístico de la distinción *Schuld-Haftung*; *Regelsberger* (1831-1911) uno de los primeros dogmáticos del derecho civil; Bekker (1827-1916) por la abundancia de ocurrencias y gran cultura, así como por su famoso libro *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1 (1871), 2 (1873); Dernburg, de mayor trascendencia que los anteriores no sólo por sus Pandectas sino por su talento jurídico-práctico, capaz de extender el método pandectístico a campos extraños al derecho común, cientificando terrenos como el del derecho civil prusiano.

Bernardo Windscheid (1817-1892) supera a todos por su disciplinada objetividad, por saber presentar los resultados de una manera clásica, por su influjo en la cultura jurídica y en la legislación de su época, así como por su agudeza, peculiaridad y productividad. Fue alumno de Savigny. Su libro de Pandectas en tres volúmenes fue editado nueve veces, alcanzando un éxito, dentro y fuera de Alemania, superior a cualquier otro libro de este tipo. Windscheid, que para nosotros es un teórico, precavía frente a la separación de teoría y práctica, que no equivale para él a "vida" sino a aplicación de conceptos por un estamento judicial digno de ser creído científicamente. De ahí su afán de entender el *Corpus Iuris* no como historia sino como instrumental ahistórico convertible en conceptos susceptibles de ser aplicados sistemáticamente. Concepto y sistema son algo fundamental para Windscheid. No hay que perder de vista que el *Corpus Iuris* presenta un material asistemático y casuístico, y de ahí que haya de ser considerado como una aportación creadora la formación de un sistema partiendo del *Corpus*, lo cual es realizado por Windscheid con la seguridad del clásico. El procedimiento característico de la Pandectística de montar un sistema mediante la aplicación de la lógica a los materiales de un ordenamiento jurídico, no es un hallazgo de la Escuela histórica como tal sino que surge en ella al convertirse en una ciencia ahistórico-dogmática que deduce ordenamientos positivos derivados lógicamente de los principios fundamentales de la ética social, y significa una recesión de la fundamentación histórica del derecho en el espíritu del pueblo, un retroceso a los principios del Derecho natural

racionalista tardío (88). La obra de Windscheid tiene la suerte de que sus cualidades peculiares están de acuerdo con la orientación de su época; coincide con lo que su tiempo espera del derecho, de la jurisprudencia y del juez, y con las concepciones del positivismo dogmático, forma propia de la Pandectística anterior al BGB, que significa la posibilidad de poder decidir recta y justamente todos los casos imaginables elaborando una correcta formación de conceptos. Indica Wieacker (89) que llama la atención el que en su *Lehrbuch der Pandekten*, en el cual indica toda la bibliografía, ponga en un segundo plano las decisiones judiciales, por creer que el juez con formación académica puede cooperar al orden jurídico mediante una aplicación adecuada y lógica de los conceptos, pero le cierra el acceso a una actuación creadora y responsable en la sociedad, lo que constituye un error del positivismo. La culpa de Windscheid y su época consiste en renunciar a la responsabilidad y a la acción, culpa que abarca también la peor reacción contra el positivismo que ha conducido hasta el borde de la destrucción del derecho y aun hoy día es más eficaz y peligrosa de lo que la mayoría de los juristas piensan.

Por esta inhibición, el método de los libros de Pandectas no volverá a ser vivificador para nosotros. Podemos afirmar con Wieacker que la concepción jurídica de Windscheid dependió de su tiempo y que a pesar de la vigencia actual de sus grandes descubrimientos dogmáticos, el método que produjo tales descubrimientos carece hoy de sentido a pesar de haberlo tenido en el ámbito de las concepciones jurídicas decimonónicas.

Hemos podido apreciar a grandes rasgos una de las derivaciones de la Escuela histórica: la Pandectística. En casi todas sus obras la Escuela histórica se aparta del concepto de desarrollo y de la teoría del espíritu del pueblo, integrantes de su programa, y no son investigaciones históricas ni por sus objetivos ni por su método. Casi en la misma hora de su nacimiento orienta su fuerza intelectual a construir una dogmática iusprivatista, y esta conversión en pandectismo la justifica Puchta cuando bajo el lema de un período de cientificidad del derecho, descarga de los hombros del "espíritu del pueblo" la tarea de la creación, cargándola sobre la ciencia jurídica, en cuya base está el positivismo científico.

El método y sistema pandectísticos influyen notablemente en países con reciente tradición científico-jurídica, especialmente en Europa sud-oriental, aunque mucho más intensamente en los países rectores de la ciencia jurídica europea. En Italia tiene lugar en brillante resurgimiento de la dogmática romanística y de la historia del derecho después del

88. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959) 187.

89. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959) 193 s.

1870, año de la unidad. También se aprecia su influjo en países con predominio del Código de Napoleón, así como en Escandinavia, Rusia e incluso en Inglaterra, en John Austin, a pesar de la aversión inglesa a la tradición jurídica continental. Junto a la anglosajona y a la francesa, surge una familia jurídica germana con raíces romanísticas, lo mismo que la francesa. De esta suerte las dos corrientes principales del derecho europeo, la francesa y la alemana, arraigan en la tradición del Derecho romano común elaborado por Bártolo. El Código civil español cae en la órbita del francés y la doctrina española es más afín a la francesa que a la pandectística alemana.

La Escuela histórica y la Pandectística vivieron la época de la conocida conferencia de Kirchmann (1802-84). *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* con su manoseada frase *Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und Bibliotheken werden Makulatur*, con la que ataca los principios fundamentales de la Escuela histórica. Además frente a la Pandectística surgen tres corrientes (90):

a) El socialismo que critica el formalismo idealista y el individualismo dominante en el derecho privado, tema que pertenece propiamente a la economía política.

b) La crítica del utilitarismo individualista al latente idealismo y al realismo de la Pandectística, cuyo principal representante es Jhering.

c) La tercera, que proviene de una concepción filosófica idealista y de un pathos del Estado autoritario nacionalista, reviste la forma de una apelación romántica al derecho germánico, y su representante principal es Otto von Gierke.

Jhering (1818-1892), discípulo de la escuela de Puchta, extraño a la metafísica jurídica, enriquece la dogmática con descubrimientos notables como la *culpa in contrahendo* (91).

Hacia mediados de siglo cambia de orientación y comienza la crítica de la por él llamada **jurisprudencia de conceptos**, demostrando la inefectividad de alguna de sus concepciones. Para él, el desarrollo y conservación de todo derecho se debe a una lucha constante en defensa del derecho que cada no cree tener, de tal modo que quien defiende un derecho subjetivo, no sólo defiende su dignidad personal, sino que ayuda a sostener el derecho de toda la nación, de suerte que el primer imperativo jurídico sería el de no ceder en la defensa del propio derecho (92). Jhering, buen conocedor del Derecho romano, hombre de gran agudeza intelectual, no puede superar ciertos errores imperantes en el pensamiento

90. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 265 ss.

91. JHERING, en *Jahrbücher für Dogmatik*, 4 (1861) 1 ss.

92. d'ORS, *Sobre la «Lucha por el Derecho»* (1953) en *Papeles del oficio universitario* (1961) 195 ss.

antisocial de su época. En su *Espíritu del Derecho romano en los diversos estadios de su desarrollo* (1852) aparece clara su intención de ir más allá de los datos positivos del Derecho romano con el fin de alcanzar el espíritu del Derecho romano, "a través del Derecho romano pero más allá del Derecho romano". Ataca las exageraciones del conceptualismo a que algunos sectores de la Pandectística habían llegado y quiere realizar una rigurosa formulación conceptual con el fin de construir la dogmática del derecho. En 1857 funda los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, actualmente llamados *Jhering Jahrbücher*.

9. HISTORICISMO CRITICO

La Escuela histórica renueva los estudios jurídicos bajo el signo del historicismo, pero en lo esencial es dogmática. La época del nacimiento de la Escuela histórica es una primera época de descubrimientos de la historia jurídica romana. Niebuhr (1776-1831) con su *Historia de Roma*, obra sensacional en su tiempo, sienta las bases de la historia constitucional romana y funda la ciencia histórica con base en las fuentes sistemáticamente reunidas y críticamente comprobadas (93). La crítica nacionalista anterior es meramente negativa. Niebuhr aprende en la escuela fundada por el filólogo J. J. Escaligero (94), ilustre representante de la Universidad de Leiden, a comprender la vida de la Antigüedad partiendo del idioma, y en Federico Augusto Wolf (95) admira la agudeza de la interpretación de los textos y el arte de restituir a su sede originaria fragmentos dispersos. Niebuhr no era un esteticista en la línea de Lessing y Winckelmann (96), sino un espíritu muy objetivo al que el amor a los libros había conducido al campo de la historia, y de la alianza entre filología e historia surge algo nuevo desconocido hasta entonces a filólogos e historiadores. Para Niebuhr la única base de la historia está en las fuentes y hasta tal punto se aprecia ello en su obra que Goethe, con una mentalidad tan distinta, que alcanzó a leer los primeros volúmenes de la *Historia de Roma*, dijo que el libro no debería llevar tal título sino el de "crítica de los escritores que nos han transmitido la historia de Roma". El lector moderno difícilmente puede imaginar la importancia de la *Historia de Niebuhr* en su época, por su estilo pesado, seco, poco brillante, ya que no es propiamente una narración histórica sino una investigación que discurre sin uniformidad. De ahí que la más importante y decisiva conquista de Niebuhr sea el método. Es además el descubridor de las *Instituciones de Gayo* en Verona en 1816, dando por primera vez a los juristas europeos la noticia de un escrito de la época clásica directamente transmitido.

Sobre las bases establecidas por Niebuhr construyen Huschke, Dirksen, Haenel y otros hasta Mommsen.

93. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 174.

94. RIGHI, *Historia de la filología clásica* (1967) 115.

95. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 150.

96. KROLL, *Historia de la filología clásica*² (1941) 141.

Bluhme descubre en 1819 las masas de la compilación del Digesto dando lugar a numerosas investigaciones. Dirksen investiga el Derecho romano arcaico y la historia de los juristas. Heimbach edita los Basílicos. Zachariae von Lingenthal estudia la historia del derecho greco-romano postjustiniano. Rudorff intenta en 1869 una reconstrucción del Edicto perpetuo indicadora de lo que podía lograrse en la investigación del Derecho romano sin los medios auxiliares técnicos y metodológicos que permitieron a Lenel llevar a cabo la suya. Jorge Bruns (1816-1880) funda en Berlín junto con otros colegas la Revista de la Fundación Savigny cuyo volumen 1 (1880) corresponde al 14 de la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (97). Su *Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (1848) aclara la importante historia dogmática de esta institución cuyos resultados finales había diseñado Savigny, y sus *Fontes Iuris Romani Antiqui* 1 (1860) reeditadas por Mommsen y Gradenwitz son un gran libro de consulta cómoda y útil.

Especial relieve merece el príncipe de las ciencias de la Antigüedad Teodoro Mommsen (1817-1903) en cuyos hombros descansan todavía hoy los estudios romanísticos. Con amplios conocimientos filológicos y partiendo de la Escuela histórica no sólo es el gran organizador de las ciencias de la Antigüedad junto con Niebuhr, Gerhard y Tredenburg, sino uno de los primeros historiadores del derecho *stricto sensu*. A partir de 1857 es Profesor de Historia en la Facultad de Letras de Berlín (antes la había sido de Derecho romano en otras Universidades) y miembro de la Academia Prusiana de las Ciencias a la que convierte en una de las instituciones de investigación del siglo XIX. Goza de fama mundial desde aproximadamente 1860 e influye progresivamente en el desarrollo científico de sus especialidades. Gran historiador con su *Historia de Roma*, gran jurista con sus múltiples monografías especialmente con el Derecho Penal Romano y el Derecho Público Romano, gran editor crítico de las

97. BRUNS, *Die Savigny-Stiftung*, en ZSS, (1880) VI nota 1, dice que el Colegio de Abogados de Barcelona funda el 11 de julio de 1896 un Comité Savigny relacionado con la Fundación Savigny erigida en 1863. El Comité catalán escribe al curatorum de la Fundación en Berlín rogando se le considere como perteneciente a la Fundación Savigny, aportando por vez primera 1.500 marcos al capital fundacional. El Colegio de Abogados aporta 1.000 reales, la Facultad de Derecho 500, la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona 500, el Colegio Notarial 500. El Comité de Barcelona solicita el 12 de septiembre de 1874 al *curatorium* de Berlín que se admitan en la Revista de la Fundación Savigny trabajos en castellano. Según los estatutos se admitían únicamente en latín, alemán, inglés, francés e italiano. Respondieron desde Berlín que la modificación de los estatutos era asunto complejo y con escasas posibilidades de éxito. En 1880 no se había tenido ya más comunicación directa del Comité español. Añade, no obstante, Bruns que, según informe del cónsul del Imperio Alemán en Barcelona, el Comité de la Fundación Savigny trabaja ininterrumpidamente bajo la dirección del profesor Durán. Vid. una interesante biografía de Bruns por DEGENKOLB, *Karl George Bruns*, sep. de Archiv für die Civilistische Praxis, 64 (1881).

fuentes, gran epigrafista con fecundos resultados e iniciativas especialmente la del *Corpus Inscriptionum Latinarum* (98).

Mommsen es una de las figuras más ilustres de la historia de la ciencia. Es significativo que sus trabajos, verdaderamente críticos e históricos, apenas rocen el ámbito de las fuentes iusprivatistas del derecho moderno, indicio evidente de la emancipación de la Historia del derecho (99). Tal emancipación es posible cuando la Pandectística comienza a abandonar su base específica en las fuentes para preparar un derecho privado propio y no es mera casualidad el que hacia 1880, en que comienza la gestación del BGB, termine la aplicación práctica del *Corpus Iuris* y aparezcan las grandes contribuciones que han convertido al Derecho romano en una ciencia verdaderamente histórica y que implican un radical cambio de actitud: Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum* (1883); Otto Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (1887); Ludwig Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in der östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891); cada uno por su parte es punto de partida de nuevos métodos y marca nuevos objetivos a conseguir (100).

Lenel nos presenta un admirable panorama de conjunto del Derecho romano en su dinamismo orientado por el pretor. El mismo Lenel en 1889, superando intentos anteriores, publica la *Palingenesia Iuris Civilis*, en la que recogiendo los fragmentos de los juristas dispersos en la compilación recompone la estructura de las obras originales.

Gradenwitz y Eisele comienzan a fijar los criterios adecuados para descubrir las alteraciones justinianeas, dando sólido fundamento a la teoría de las interpolaciones ya constatadas en muchos casos por los antiguos.

Mitteis, con su *Reichsrecht*, pone de relieve por vez primera la descomposición de los principios romanos en las provincias helenísticas. Con la constitución del 212 el Derecho romano se extiende teóricamente a todos los ciudadanos, pero Mitteis demuestra que en las provincias orientales con tradición jurídica griega, tal tradición persiste e influye en el Derecho romano. La época que transcurre desde el declinar del derecho clásico hasta la compilación, considerada hasta Mitteis casi estática, es presentada por el ilustre profesor de Leipzig como un periodo de intensa fermentación.

98. Dos importantes obras recientes sobre Mommsen: HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert* (1956); WICKERT, *Theodor Mommsen. Eine Biographie*. 1. *Lahrjahre* (1817-1844) (1959).

99. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 247.

100. Mitteis «es el padre, en cierto modo, de la romanística internacional de hoy»: d'ORS, rec. a WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959), en AHDE, 29 (1959) 749. La importancia histórica de Mitteis radica en haber propuesto con su *Reichsrecht und Volksrecht* un tema a la romanística del siglo XX, un tema válido y fecundo, independientemente de la eventual fragilidad de algunas soluciones e hipótesis previstas por Mitteis en esta obra de juventud; cfr. *Redazionale*, en Labeo, 5 (1959) 155.

Se renuevan así los estudios romanísticos precisamente en aquellos años en que desaparece de Europa como derecho vigente y nunca como aquel grave momento de crisis brilla con tanta intensidad el valor científico y la función educativa del Derecho romano, no tanto porque los códigos vigentes están impregnados de Derecho romano, sino porque en ningún otro derecho de la historia es posible encontrar una elaboración jurídica más fina y una técnica jurisprudencial más clara y profunda. Desde finales del XIV la ciencia del Derecho romano gana prestigio no sólo en Alemania y en su patria Italia con especialísimo esplendor (Ferrini, Scialoja, Bonfante, Perozzi, Segré, Riccobono, Albertario, por citar sólo a algunos de los que pasaron a mejor vida), sino también en Francia, Holanda, Gran Bretaña y España, donde resucitaban las antiguas tradiciones humanistas.

Scialoja —maestro de Bonfante— es quien, con seguridad, más influye en el auge de los estudios romanísticos en Italia. La figura de Scialoja, nacido en 1856, recuerda —como se lee en un *redazionale* de Labeo (101)— la de aquel gran jurista de la época de Trajano —Javoleno Prisco— ampliamente inmerso en el quehacer público de Roma y provincias pero que no por ello traiciona o soslaya sustancialmente su vocación de jurista (102).

Es instructivo referir un escrito de Kaser del 1939. Decía Kaser, inmediatamente antes de la última guerra mundial, que la investigación italiana tiene tendencia, con el cúmulo de sus medios intelectuales y materiales, a estudiar monográficamente todos los problemas del Derecho romano y con ello impulsar el avance de los conocimientos en toda la línea del frente, mientras que los alemanes procuran penetrar, con ataques concretos, los problemas claves con los que se descubre la peculiaridad del pensamiento jurídico romano y las causas de esa peculiaridad, aunque no puede negarse que en la romanística italiana se cultivan también investigaciones más típicas de los alemanes (103).

Actualmente se considera al Derecho romano como un derecho histórico con grandes posibilidades de investigación, en primer lugar por el continuo descubrimiento de fuentes de información y, en segundo, por

101. *Redazionale*, en Labeo, 2 (1956) 289.

102. Cenando una noche en casa del prof. Kunkel, en Avenariusplatz 4, München-Passing, el inolvidable prof. Arangio-Ruiz planteó una *cuaestio* comprometida dado el predominio de alemanes entre los invitados: «¿Cuáles han sido los tres juristas más relevantes de la historia?» Se adelantó a evacuar el primero su *responsum* y dijo que Servio Sulpicio Rufo, Bártolo de Sassoferrato y —luego de una pausa breve e intencionada— Vittorio Scialoja. En la cara de los germanos se vio que hubieran preferido a Savigny en tercer lugar y, dándose perfecta cuenta de ello, Arangio Ruiz defendió brillantemente a su candidato.

103. KASER, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht seit 1933*, en *Forschungen und Fortschritte*, 15 Jahrg. Nr. 16 (Berlín 1.6.1939) 206.

la renovación de los puntos de vista y criterios interpretativos de las fuentes conocidas hace siglos. Aparte la persistencia de cierto tipo de monografías valiosas, la ciencia del Derecho romano está empeñada, una vez editadas críticamente las fuentes conocidas, en la palingenesia crítica entendiéndolo por tal una revisión de las obras de los juristas tal como nos las presenta Lenel, con la adecuada descomposición de los textos en sus distintos estratos con distinción de glosemas e interpolaciones, y en la reconstrucción del Derecho romano como un sistema de acciones posibles, dado que “teniendo las fórmulas una redacción especialmente adaptada para cada tipo de reclamación, la tipicidad procesal determina la tipicidad del derecho mismo puesto que éste consiste en un sistema de acciones”. “La fórmula determina en cada caso la eficiencia del derecho y, por lo tanto, la naturaleza de las distintas instituciones que lo componen” (104).

“Nosotros podemos elegir libremente la construcción que creamos más apropiada por motivos didácticos o por razones de claridad, de comprensión o de sencillez. Pero debemos de precavernos de deducir de esta construcción nuestras conclusiones excesivas. Y la estructura casuística del Derecho romano nos debe preservar de toda exageración en este punto. Las investigaciones de los últimos veinte años han hecho aparecer cada vez más nítida la oposición entre el cuadro histórico del Derecho romano de la Antigüedad y el pandectismo moderno” (105).

“Como decía, una visión, en el curso del estudio del derecho romano, de un ritmo pendular, que oscila entre el Derecho y la Filología no resulta una visión del todo exacta. Diría, por mi parte, que más que una oscilación pendular, hay que ver un ritmo de reiterada propulsión merced a nuevos impulsos de la Filología en el estudio del Derecho romano. Parece éste cobrar nuevas fuerzas, una y otra vez a lo largo de su historia, de revivificadores estímulos procedentes de la Filología clásica, que sirven para elevarlo a momentos cumbres, de los que luego desciende por la gravedad de una creciente rutina dogmatizante, que convierte el sistema renovador, elaborado sobre una nueva visión de la materia, en un esqueleto depauperado. No se trata, pues, de dos polos, sino de impulso y anquilosamiento, en procesos repetidos de tiempo en tiempo.

También ahora nos encontramos bajo un impulso de la Filología, que ha producido un renacimiento en nuestros estudios, pero con esto de nuevo: que en el momento actual, sean cuales sean los defectos de nuestro estudio y la suerte que, por circunstancias externas, pueda aquel seguir, hemos llegado a un punto histórico en el que degeneración dogma-

104. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (1960) 58.

105. KASER, *Sur la methode des jurisconsultes romains*, en *Romanitas*, 5 (1962) 123. Este trabajo ha sido publicado más tarde ampliado: vid. supra nota 74.

tizante resulta ya imposible dentro del mismo derecho romano, porque ahora la tensión se puede y debe dar —y en ello estriba precisamente el valor actual de nuestro estudio— entre derecho romano y dogmática jurídica positiva. De esta suerte, el estudio romanístico parece haber entrado en una nueva fase de su historia, en la que, a cambio de su vigencia, ha ganado un permanente valor formativo de sentido crítico y antidogmático” (106).

106. d'Ors, *Filología y Derecho romano*, en Actas del II Congreso Español de Estudios Clásicos (1964) 198.