

D'ORS PÉREZ-PEIX, ALVARO: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Colegio Trilingüe de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1943.

El fértil y bien cultivado espíritu de Alvaro d'Ors ha traído a las letras romanísticas un escrito en el que, revelándose como poseedor del genio de su oficio, entra en la loable tarea de fijar una posición ante una especiosa serie de problemas que hoy tiene planteados el estudio del Derecho romano.

En Alvaro d'Ors encarna el espíritu de hombre que todo lo somete a orden, a disciplina, y en todo pone el recio temperamento de una voluntad personal perseguidora de nuevas conquistas para la ciencia que él profesa con el más devoto amor. De cierto que sólo camina al encuentro de la verdad el hombre que, tras entregarse y dedicarse amorosamente al culto y cultivo de una disciplina, se afana por ir a la busca de nuevos enfoques y nuevas posturas, de nuevas perspectivas. Frente al que fácilmente se acomoda a los principios científicos tenidos por inmutables e incontrovertibles, ninguna mejor actitud que la de aquel otro, activista y voluntarista, que a todas horas acomete la tarea de probarse en la lucha por el hallazgo de la verdad auténtica. Sólo descansa en sí mismo, en la propia y clara serenidad del espíritu, el que no es adulator ni amador de lo desconocido, sino el que entiende que es menester llevar al estudio y a la investigación el aliento de empresa, ardiente y animosa, eternamente alegre y joven. Y produciéndose Alvaro d'Ors de acuerdo con semejante pensamiento, señalamos con viva complacencia su nuevo escrito, acogido entre las publicaciones del Colegio Trilingüe de la Universidad de Salamanca.

En la primera parte del trabajo trátase del concepto y valor del Derecho romano en la vida jurídica actual. Surge en primer plano la palpitante cuestión de la crisis de los estudios de Derecho romano, que, con muy buen criterio, plantea y enfoca colocándose en postura de romanista español, esto es: "desde un punto de vista distinto al que toman los estudiosos europeos, especialmente alemanes". La crisis de los estudios de Derecho romano tiene su origen en causas internas, señaladas por la pérdida de vigencia e historicismo, y en causas externas, de raíz y timbre político. Según d'Ors, la decadencia de los estudios romanísticos en España no es atribuible a su pérdida de vigencia, pues que la conserva en los territorios o regiones donde la tenía; ni a una tendencia de significación historicista, en cuanto el Derecho romano es explicado en algunas Universidades, desatendiendo toda preocupación histórica; ni tampoco a excesos de

la Pandectística, ya que no la hubo en nuestra Patria. “En España —dice d’Ors— el Derecho romano está en crisis desde que el latín en los ilustrados es substituído por el francés. Es decir, nuestra crisis, como la crisis de nuestra formación humanista, se debe exclusivamente a ese fenómeno político que es causa de otros males profundos de España: al afrancesamiento del XVIII y XIX.”

El Derecho de la antigüedad romana—un Derecho inspirado, que no impuesto, es decir, un Derecho que se hace un pueblo, el romano— logró triunfar fuera y más allá de la vía de su historia. Las instituciones romanas, que en Roma valían por ser inspiradas, fueron traídas y acordadas a las exigencias de la vida medieval y moderna, desenvolviéndose a través de un proceso histórico que, avanzando desde la inspiración a la razón, del alma a la cabeza, culmina en los códigos. El Derecho romano, en su nueva proyección temporal y especial, triunfa doblemente: como Derecho positivo común y como Derecho creador de una ciencia jurídica. Hasta que surge la crisis, que alcanza su máxima expresión en el siglo XIX. Razones muy principales de esta crisis—crisis del Derecho romano como Derecho positivo—son las de orden político. También las de orden político producirán la otra crisis, la crisis de los estudios romanísticos. Es acaso la “razón pura” la causa de estas razones. Mas, sin querer establecer un cordaje entre lo que acabo de escribir y lo que en su libro dice d’Ors, vengo en creer con él que nuestra decadencia romanística surgió bajo el signo de nuestra decadencia política.

Seguidamente a esta cuestión, aborda el autor la relativa a la crisis del Derecho romano en relación a la crisis más general del Derecho privado. En opinión de d’Ors, la crisis del Derecho privado no se debe a una invasión por el Estado de la zona de lo individual, sino a que “la esfera perfecta del Derecho civil se ha roto por los puntos más sensibles: un día es el contrato de trabajo, otro día el matrimonio, otro día las sucesiones”. Pero el fenómeno, dice d’Ors, no es nuevo y sus consecuencias no son catastróficas. Todavía el estudio del Derecho romano nos puede hacer abrigar una confianza. “Es esta: que cuando nos encontremos que el viejo Derecho civil esté vacío de contenido, resultará que aquel otro nuevo Derecho que al principio se pudo haber llamado petulantemente Derecho social o Derecho del trabajo o Derecho del pueblo, etc., es, en suma, un nuevo Derecho civil”. A favor de esta tesis argumenta d’Ors sosteniendo que la legislación especial, representada por la formación jurídica pretoria y por el derecho imperial, pudo aparecer como una escandalosa intromisión en el campo del viejo Derecho civil, siendo lo cierto que “después de varios siglos de fusión de elementos viejos con elementos nuevos, de espíritu nacional con espíritu del *ius gentium*, llegó a formarse un nuevo Derecho que era el nuevo *ius civile* y precisamente el del *Corpus* que ha dado base a este Derecho privado de cuya crisis hoy

se trata". Ahora bien, yo entiendo que no existe paralelismo entre el fenómeno de formación de un *ius gentium* que sigue siendo *ius civile*—un *ius civile* remozado, abierto y progresivo—y este otro de la aparición de un Derecho mercantil y un Derecho social fuera de los Códigos. El *ius gentium*, formado y arraigado por obra de la jurisprudencia, los pretores y los emperadores, significa la adaptación y acomodamiento del viejo *ius civile* a las exigencias de los nuevos tiempos, pero manteniéndose siempre firme la estructura del que era único y verdadero sistema jurídico. Las nuevas necesidades comerciales y el desarrollo de la vida social y civil, determinaron el surgir del *ius gentium*, pero simplemente despojando de su condicionalidad nacional al *ius civile*, que ahora es limado y atemperado a nuevos modos, en los que triunfa el principio de la libertad formal en la contratación, frente a la estrechez y rigidez de los antiguos contratos. Mas no fué necesario un Derecho mercantil especial, pues bastó con adaptar el viejo Derecho civil a las nuevas exigencias. El sistema jurídico se mantuvo firme, tal ocurre también en Inglaterra, pueblo genial en lo que a la creación del Derecho se refiere, y donde no fué menester un Derecho mercantil especial, porque al juez se le señaló una misión más alta que la de aplicar lisa y llanamente las leyes fundamentales del sistema jurídico. El Derecho mercantil y el Derecho social son formaciones jurídicas opuestas al Derecho privado, y que nacen fuera de los Códigos. De otra parte, estos complejos jurídicos no representan el atemperamento, el desenvolvimiento o adaptación de los Códigos a las nuevas concepciones económicas y sociales, sino algo que irrumpe avasalladoramente, frente a la vieja estructura privatista de aquéllos. El sistema jurídico privado, representado por los Códigos, entra en quiebra, quedando fuera del nuevo orden. Y si el nuevo orden, si esta "hipretrofia legislativa" en lo económico y social se llama un día Derecho civil, habremos de convenir en que del Derecho civil tal como lo hemos conocido hasta ahora ya no queda nada. Se le podrá llamar Derecho civil, pero el problema no es simplemente de nombre. Significamos, ante todo, que nos encontraremos, no con un nuevo Derecho civil, sino con un Derecho civil distinto del viejo y tradicional.

Hay que volver los ojos, dice d'Ors, al Derecho romano clásico, que está siempre vivo y con relación al cual no se puede hablar de crisis. "Hay que volver a la acción". Según el autor, "por no haber abandonado este criterio, por haber reconocido la importancia esencial de la acción, el Derecho clásico nos ofrece este magnífico espectáculo de un sistema jurídico siempre vivo, siempre adaptado a las necesidades perentorias de la historia". "Acción y no codificación", proclama d'Ors. Puede estar cierto d'Ors—y no entramos en terreno de afirmarlo ni negarlo—en que "el edificio jurídico hay que

empezarlo por la concesión de acciones, no por el enunciado de meros derechos subjetivos". Desde luego, convenimos en que "la codificación del Derecho marca siempre el momento de su vejez, no el de su juventud". De cierto que los Códigos cierran el camino a las nuevas formaciones jurídicas que reclama la vida, siempre en marcha, en incesante progresión y mudanza. Pero acaso el mal tuviese algún remedio con la instauración del verdadero sistema del derecho libre.

Con agudeza de ingenio, moviéndose dentro de un anchuroso campo de conocimientos e impulsado por el noble afán de buscar nuevas perspectivas metodológicas, aborda el autor, resueltamente, el problema de la investigación. Tras afirmar la autonomía del Derecho romano y la independencia de su evolución, rechaza el método propugnado por la escuela de Wenger, entendiéndolo con Kübler que los estudios de Derecho romano no deben ser ensanchados, sino intensificados. No se muestra conforme, en modo alguno, con el método *naturalístico*, propuesto por Bonfante, considerándolo como un simple "lamarckismo", jurídico. Desde luego, yo ya he mostrado en otra ocasión mi preferencia intelectual por el método orgánico o naturalístico en lo que a la reconstrucción de las antiquísimas—precívicas—instituciones romanas se refiere. Ciertamente es que el calificativo que designa al tal método da lugar a objeciones, pero "no se trata, como dice el profesor Alvarez, de aplicar los métodos de las ciencias naturales al Derecho, sino simplemente de estudiar en la institución de que se trata sus elementos estructurales y finales, su coordinación con el medio en que nace, los motivos de su nacimiento y los de su modificación y desaparición. En este sentido, aun no suponiendo sino una etapa independizada del método histórico, es de interés destacarla como fundamental en la investigación de la Historia jurídica". Creo que las investigaciones de Bonfante han traído al campo del Derecho hereditario luminosas ideas sobre ciertas reglas y principios que, considerados hasta el presente con pura visión dogmática y puesta la mirada en las finalidades puramente patrimoniales que desde una época avanzada de evolución romana cumple el régimen de sucesiones *mortis causa*, no podían ser explicados de modo satisfactorio. La tesis del maestro italiano sobre el origen de la *hereditas* ha sido duramente combatida, pero bien es verdad que, como él dice, "senza prendere punto in considerazione la mia dimostrazione".

Con todo acierto, destierra d'Ors la metodología bettiana. El sistema de Betti, pone en peligro el método histórico, consagrado en nuestros estudios. El método dogmático lleva a considerar las instituciones jurídicas romanas, tan lejanas de nosotros, fuera de los elementos y del espíritu en que se generaron y ambientaron.

Rechazados los métodos comparativo, naturalístico y dogmático,

considera d'Ors que es el método histórico-crítico el más adecuado para nuestros estudios. En punto al problema de la crítica de interpolaciones, d'Ors se pronuncia resueltamente por el bando del profesor Albertario, si bien llega "a indicar algunas salvedades a las que los mismos trabajos de Albertario conducen". También d'Ors aporta a la crítica de interpolaciones su punto personal, fijando ciertas rectificaciones que son muy estimables. Entiende el autor que a la hora de realizar una crítica, no basta considerar el fragmento, sino el libro. Es preciso criticar por libros. "El estudio detenido del libro aisladamente nos permitirá afinar mucho más; nos permitirá distinguir mucho mejor las interpolaciones de los glosemas y rastrear por su estilo las distintas manos de glosadores", pues es bien cierto que "la unidad histórica, lo que ha padecido las diversas vicisitudes, lo que ha sido objeto de resúmenes y ampliaciones, de omisiones y alteraciones, es el libro, no la ley ni el párrafo". A la investigación romanística actual se ofrece una labor que el autor, con certero juicio, cifra en una palingenesis crítica de todas las fuentes.

Junto a la Palingenesis crítica, entiende d'Ors que los estudios romanísticos deben ir enderezados a una etapa constructiva, significada en un sistema de acciones. "La nueva sistematización de los estudios romanísticos ha de tener por objeto, no el Derecho bizantino, sino el Derecho clásico, y por lo mismo, el elemento alrededor del cual aquélla se ha de construir no es el derecho subjetivo, sino la acción."

Estudios de Longo y de Rotondi han demostrado la nueva postura del legislador y el jurista en el Derecho justiniano, donde la relación jurídica sustancial viene colocada en primera línea. De este modo se quebró la postura clásica, donde domina el punto de vista formal, específico, objetivo. En el Derecho clásico la acción es el elemento fundamental", el fundamento de toda la evolución jurídica. Ahora bien, verdad es que el pretor crea, a través del expediente de la acción, un Derecho superador del viejo y tradicional, que, en su estructura fundamental, se mantiene incólume. Era y sigue siendo el *ius civile* un verdadero sistema jurídico, orgánico y geométrico, y frente a él se alza un magnífico sistema de acciones, en las que se proyectan los principios cardinales de un nuevo edificio jurídico. Esto así, yo entiendo que uno y otro sistema—sistema de derechos subjetivos de raíz civil y sistema de acciones (que no es sino otro sistema de derechos subjetivos que se plasman en las acciones, reflejándose en éstas los conceptos fundamentales que a los mismos inspiran)—se oponen, pero sólo por su fuente. El punto de vista formal adquiere gran relieve, es cierto, pero esto se debe a que la acción es el modo a través del cual se manifiesta la formación del nuevo Derecho. Por eso, el día en que cesa la actividad pretoria, con el predominio de la au-

toridad del príncipe, y se produce un acercamiento entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, cobrará valor el punto de vista sustancial, muy acentuado con Justiniano. De otra parte, aun señalada una oposición formalista, es de advertir que una y otra formación jurídica se desarrollan de modo paralelo, comunicándose y combinándose en proceso de constante y recíproca recepción, hasta el punto de formar uno y otro “una intrincada unidad sistemática”.

Dice d’Ors que “el Derecho romano debe ser concebido y estudiado como un sistema de acciones”, y añade que “la propiedad, por ejemplo, no debe ser considerada como algo en sí como un derecho subjetivo delimitado”, pues “los clásicos no construyeron una doctrina de la propiedad”. Ahora bien, si estudiamos la propiedad en el puro terreno formal, nos encontraremos con que existe una sola forma de acción para todas cuantas reclamaciones son dables. Mas esto no significa que la propiedad no tenga un significado sustancial dentro del sistema jurídico. Faltará una doctrina de la propiedad—como tantas otras doctrinas faltan en el Derecho romano—, pero no faltarán los principios fundamentales definidores de la misma. La propiedad es concebida desde un punto de vista sustancial y orgánico, y pese a su contenido variable, el régimen de la misma tiene carácter de firmeza y estabilidad. Por ello mismo, la forma procesal no penetró resueltamente en este campo. No ocurre así en el terreno de los derechos personales, donde la práctica procesal actuó decididamente, porque así lo exigía un nuevo mundo de relaciones jurídicas surgidas al calor del tráfico comercial. Aquí mostróse fecunda la forma procesal, arbitrando numerosos recursos, numerosos medios de defensa. Y siguiendo en este orden de ideas, yo entiendo que, aunque la propiedad no tiene un contenido delimitado, sino—como dice Bonfante—“indefinido y variable en la historia y en la vida”, se distingue por estar dotada de caracteres específicos. Este carácter abstracto, esta indeterminación y elasticidad se encuentran también en otras señorías generales (*possessio* de los *agri publici occupatorii*, de los *agri tributarii* o *stipendiarii* en las provincias, *possessio del ager vectigalis*), que según dice bien Bonfante, no eran consideradas como propiedad en el Derecho romano, y no porque allí faltasen las notas características de la propiedad en el sentido moderno. Se daban en estos derechos y de modo absoluto, tanto el contenido económico de la propiedad como su carácter dinámico, y concedían, en acto o en potencia, el goce pleno de la cosa; pero faltaba alguna nota, algún elemento no económico del concepto romano de la propiedad.

Estima d’Ors que lo importante es el sistema de acciones, la acción reivindicatoria y todas las demás. Ahora bien, el derecho de reivindicar representa tan sólo la garantía judicial de la propiedad,

y puede faltar el derecho de reivindicar, como ocurre en el caso del *tignum iunctum*, y subsistir la propiedad.

Mas todas estas consideraciones mías, acaso carentes de toda significación, en nada pueden menoscabar el muy alto valor que atribuyo al precioso libro de nuestro joven e ilustre romanista. Es un libro que honra a las letras romanísticas, y es digno de sereno estudio y seria meditación.

En la tercera parte de la obra, trátase de una serie de problemas concretados en la tarea de revisar, con posición decididamente crítica, las fuentes del Derecho romano. Aquí muéstrase d'Ors como romanista altamente conocedor de las más espinosas e intrincadas cuestiones que en torno a esta revisión de las fuentes se plantean. Y por todas partes resaltan sus certeras observaciones y sus finas sugerencias, que abren vía a nuevos horizontes.

JUAN IGLESIAS.

ELIO ANTONIO DE NEBRIJA: *Léxico de Derecho civil*. (Texto latino y castellano, notas y prólogo de CARLOS HUMBERTO MUÑOZ.) Vol. I de la *Colección de Juristas Clásicos Españoles*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto "Francisco de Vitoria". Madrid, 1944. 596 págs.

El Instituto "Francisco de Vitoria", bajo la dirección de los profesores D. Ignacio de Casso y D. Ursicino Alvarez, ha comenzado a publicar una colección de juristas clásicos españoles, cuyo primer número contiene una traducción—con texto latino y castellano, notas y prólogo de D. Carlos Humberto Núñez—del *Juris Civilis Lexicon*, de Antonio Martínez de Cala y Xarana, en el mundo literario Elio Antonio de Nebrija o Lebrija.

La obra de Nebrija que se publicara en el mes de octubre del año 1506, a los dieciocho meses de tomar posesión por segunda vez de su querida cátedra de Salamanca, sale en el presente año a la luz pública remozada con una traducción flúida y elegante.

Ciertamente, como el traductor señala al final del prólogo, el *Léxico de Derecho civil*, de Nebrija, ha sido superado. En la actualidad existen obras como el *Handlexikon*, de Heumann-Seckel, el *Vocabularium jurisprudentiae romanae iussu Instituti Savigniani compositum*, e incluso el antiguo *Manuale Latinitatis fontium juris civilis romanorum*, de Dirksen, que prestan magníficos servicios al romanista, no sólo aclarando el significado de los términos empleados por la jurisprudencia romana, sino precisando su alcance en cada uno de los textos jurídicos. Pero aparte del valor que pueda tener para una cuestión