

convenga insistir más, como he dicho en otras ocasiones, en el hecho de que Diocleciano pertenece a un mundo jurídico que llevaba más de medio siglo de crisis: que pertenece así a la época post-clásica (desde el 230 según mi periodificación), y que, por ello, su clasicismo debe entenderse como «clasicista» y no como «clásico». Por lo demás, su mismo lenguaje traiciona a veces el ambiente post-clásico. Es ilustrativo a este respecto el cotejo de CJ. 3, 34, 1 (del 211), donde se habla todavía en términos de *actiones* con eod. 7 (del 286), donde se da una instrucción al *procurator noster*. En este sentido, Diocleciano no es más clásico que el autor del primer estrato de las *Pauli Sententiae* o que Hermogeniano. Me permitiré observar de pasada, a propósito de la pregunta que hace el A., en p. 46, n. 83, que, en mi opinión, en los *apokrimata* de Severo tenemos un fragmento de un *liber libellorum propositorum*, y por ello, de función oficial. En este punto, yo me inclino hacia la sospecha de que los rescriptos conservados son en su mayoría resúmenes, como hace Volterra, más que al optimismo del autor.

A. O.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*. Duncker & Humblot, Berlín, 1961; 226 páginas.

Libro importante; excelente ilustración del problema del influjo de las ideas actuales que dominan siempre al historiador cuando trata éste de analizar, exponer e interpretar el pasado cultural. Y no se trata —el autor insiste en esto, y rectamente— de simples apasionamientos ideológicos que habrían podido enturbiar la visión histórica objetiva, sino de una casi inevitable adecuación de la materia tomada en consideración a los módulos mentales propios de la época y del ambiente en que vive el historiador.

Este problema se ha presentado para la historia del derecho privado —principalmente en el terreno de la investigación romanística— como antítesis entre dogmatismo e historicismo. Pero también han conocido los romanistas intentos dogmáticos en el estudio del derecho constitucional; un caso reciente especialmente llamativo es el de Nocera, *I limiti del potere del comizi*; pero no debemos olvidar que el gran Mommsen, a quien seguimos debiendo lo fundamental de nuestro conocimiento del derecho público romano, vió la realidad romana con los lentes de un constitucionalista alemán del siglo XIX, y cuando se dice de él que seguía siendo jurista cuando hacía historia, esto debe entenderse como comprobación de su enorme dogmatismo. Si Böckenförde no habla de él en este libro, ello se debe a que ha querido limitar su estudio a los tratadistas, no sólo alemanes, sino también de la historia constitucional alemana, y quedaba

así excluida la romana. Pero el problema es el mismo en Mommsen que en estos otros autores que Böckenförde toma en consideración.

Se trata, para decirlo de una vez, de un traslado de la idea de Estado a una realidad histórica anterior al nacimiento del Estado. En este sentido, estamos dentro de la órbita del pensamiento de Carl Schmitt, al que debemos quizá se tarde un poco en reconocer el acierto y las consecuencias fecundas que tiene para la teoría y hasta la práctica políticas— la evidencia de que el Estado es un concepto históricamente limitado: antes del siglo xvi no hay Estado en sentido propio, y el Estado nace entonces precisamente como superación, racionalizante de las guerras confesionales. Bodino escribe bajo la impresión de la Noche de San Bartolomé y Hobbes trata de superar el fanatismo protestante de Cromwell.

Con distintos matices, pues la serie va de Möser (que enlaza con un mundo que no conoce aún la realidad del Estado moderno en Alemania), a von Below (representación cabal del conservadurismo prusiano del Segundo Reich), y abarca así un período muy largo, con personalidades destacadas y de distinta tendencia (Eichhorn, Waitz, von Maurer, von Gierke, von Roth, Sohn, Heinrich Brunner, además de los dos mencionados); con distintos matices, esa visión «estatalizante» de las formas políticas medievales es constante. Gierke es quizá quien más supera esa anacrónica traslación conceptual, precisamente por ser quien más atención presta a los elementos asociativos como propios de la tradición germánica.

La más reciente historiografía alemana —en la que sobresale quizá el nombre de Otto Brunner— ha sabido superar esa limitación mental de sus predecesores, y ha llegado con ello a una mayor comprensión de hechos como el poder de la nobleza (que no debe clasificarse simplemente como poder de carácter privado a fuer de no-estatal), todo el feudalismo en sus múltiples aspectos, y sobre todo, la idea de libertad. Donde se venía viendo una libertad general de los «súbditos», al modo constitucional moderno, que podía ser alterada quizá por «degeneraciones» que producían supeditaciones y vasallajes «sociales», de origen privado, se identifica hoy una serie de concretas situaciones de protección, en las que la protección misma es la que habilita y hace realmente posibles determinados comportamientos, que sin aquella protección no lo serían. Se percibe de este modo la diferencia esencial entre el concepto romano de *libertas*, es decir, de «ausencia de dueño», concepto en el que recae, no sin cierto patetismo, la Revolución Francesa, y el concepto germánico de *Freiheit* (idéntico al anglo-sajón de *freedom*), consistente en concretos derechos protegidos. Dos conceptos muy distintos, de cuya confusión pueden derivarse grandes equívocos y aun trastornos sociales y políticos.

Es natural que nos preguntemos: ¿Sería posible una investigación similar para España? Mi particular sospecha es de que una investigación de este tipo aplicada a nuestra bibliografía de historia constitucional no daría un resultado especialmente interesante. Se pensará inmediata-



mente, es verdad, en el regalismo liberal que determina la perspectiva de Martínez Marina (de lo que depende que la «Teoría de las Cortes» esté en el «Índice de libros prohibidos»), pero no encontraríamos quizá muchas figuras más cuyo pensamiento presentara un campo de investigación profundo. Me atrevería a decir que la conciencia del hecho estatal era, en nuestro XIX demasiado débil para condicionar una visión de las instituciones medievales. España no necesitó el Estado, en su momento, porque no tuvo guerras confesionales, y si el Estado sobrevino a España, fué, no sólo tardíamente y con poca profundidad, sino también por la razón negativa de que la depauperación de las fuerzas sociales naturales (desde el siglo XVII) hacía necesario el aparato diríamos «ortopédico» de un poder público organizado en Estado, al modo europeo.

Por otro lado, es cierto que algunos historiadores españoles —aún hoy, por desgracia— siguen aplicando el concepto de Estado a la Edad Media, y aun a momentos anteriores, pero esto no procede de un reflejo personal de la nueva forma constitucional vivida, sino simplemente del influjo de los autores extranjeros utilizados; es decir, falta verdadera conciencia del alcance del anacronismo, pero también falta espontaneidad.

En todo caso, pese a esta sospecha de que una investigación de conjunto de este tipo, aplicada a España, no daría resultados apreciables, conviene insistir en la precaución ante el uso, por nuestros historiadores de la Edad Media, de términos como Estado, división de poderes, servicio militar, unidad nacional, administración, poderes sociales y, en general, la distinción entre Sociedad y Estado, etc. En este sentido, recomiendo decididamente la lectura de este importante libro a nuestros historiadores y juristas.

A. O.

CALASSO, Francesco: *Il negozio giuridico*. Seconda edizione. Milano, 1959.

Al lector español le interesa en primer lugar saber que, según se encarga el propio autor de resaltar, el libro ha nacido para la escuela, siendo el resultado de unos cursos correspondientes a los años académicos 1956-57 y 1958-59. Consecuencia de ello es que el sistema empleado sea el de una exposición continuada, sin las divisiones y subdivisiones propias de obras compuestas con otros fines, y que esta exposición esté presidida por su elementaridad, en el sentido de aprehender los principios esenciales. De todo ello, el lector no sale sino beneficiado, en cuanto los esquemas le son ofrecidos con la mayor claridad y limpieza, y en cuanto el autor, no dando por sabidas determinadas cuestiones cruciales o el ambiente ideológico de las distintas épocas, procede a exponer aquéllas o éste mediante visiones personales, cuya principal característica es la madurez en los juicios. La referida elementaridad, en el sentido de