

CAPÍTULO I

LA SEGUNDA VIDA DEL DERECHO ROMANO: NOMBRE Y DELIMITACIÓN TEMPORAL.

1. WHAT'S IN A NAME?

LA SEGUNDA VIDA del Derecho romano..." Radbruch observa que una ciencia que dedica demasiado tiempo a discusiones sobre metodología, es una ciencia enferma. Y lo mismo podría decirse de una disciplina que gaste excesivas energías en cuestiones de terminología. Pero, como se trata del título mismo de este libro y, además, de un término que todavía es nuevo para muchos lectores, le quiero dedicar algunas páginas, esperando que logremos decir, de paso, algunas cosas interesantes sobre temas conexos, de más fondo que los meramente terminológicos.

La expresión es usada, probablemente, por primera vez, por Paul Vinogradoff, en su obra *Roman Law in Medieval Europe*,¹ cuando dice que va a contar la historia de un fantasma, después de la descomposición del cuerpo en el cual aquel espíritu primero había visto la luz. Efectivamente: el presente libro hablará de las aventuras del derecho romano y romano-bizantino después de la muerte del cuerpo económico-social que le había otorgado la vida; sobre todo se tratará de las transformaciones; a través de reinterpretaciones y mezclas con nuevas ideas, que experimentó el *Corpus Iuris* de Justiniano, después de su regreso a las candilejas, a fines del siglo xi.

En su amena *Introduction to Roman Law*² Barry Nicholas usa este término; y, en general, en los últimos años lo he visto y oído con creciente frecuencia. Sin embargo, esta designación no es del agrado de todo el mundo. Allan Watson le reprocha la forma singular; según él, deberíamos referirnos a *vidas*, no a una vida. Comprendo la objeción, pero ésta también podría formularse respecto de las referencias a la "primera vida"

¹ Oxford, 2a. ed. 1929, p. 130.

² Oxford, 1962.

del derecho romano; ésta también se compone de varias fases muy distintas en cuanto a su espíritu: pensemos en el derecho preclásico;³ el derecho clásico (a su vez una secuencia de varias subfases), que F. Schulz trata de reconstruir;⁴ el derecho postclásico vulgar del Occidente, al que se dedica, por ej., Ernst Levy;⁵ y la fase justiniana.

Además, para algunas de estas fases es factible señalar la existencia de corrientes *simultáneas* (cf. *Reichsrecht* y *Volksrecht* para adoptar por un momento la terminología que usa Ludwig Mitteis —1859-1921— en el título de su famosa obra);⁶ derecho romano de los juristas clásicos y derecho romano vulgar (que ya existía en tiempos clásicos); derecho clásico libresco y derecho clásico realmente aplicado.

Y, en otro orden de ideas, me permito recordar que cada existencia individual, bien vivida, se compone de varias vidas, tanto sucesivas como simultáneas: un hombre sincero nunca debe ser a fines del año, la misma persona que fue al comienzo; y en el transcurso de una sola semana, todos sentimos en forma alternativa o simultánea los reflejos de nuestra vida intelectual, estética, sexual, religiosa, etc. No, la observación del profesor Watson (cuyas obras, dicho sea de paso, he leído con creciente interés y que es ahora uno de los auténticos romanistas de nuestro continente) de ningún modo me impide continuar usando el término que figura en el título de este libro.

Otros se ofenden por razones nacionalistas, cuando ven u oyen la designación a la que nos referimos. Se trata de la misma actitud que impulsó a algunos romanistas italianos hacia la tesis de que las interpolaciones no fueran más que intentos superficiales de arreglar la forma de las antiguas citas, y que en esencia el derecho justiniano sea un derecho romano, y no "romano-bizantino". De la misma manera, algunos colegas quieren negar que el derecho justiniano haya continuado evolucionando durante el segundo milenio, en Europa occidental: temen que, llamando la atención sobre las aportaciones bizantinas, o las realizadas

³ Esta fase es estudiada, por ejemplo, en la obra de C.W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law*, 5 vol., Londres-Copenhague, 1944-1954, y por Max Kaser en su *Altromisches Ius Gottinga*, 1949 y *Eigentum und Besitz im aelteren roem. Recht*, 2a., ed., Colonia-Graz, 1956.

⁴ F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, reed., 1961.

⁵ E. Levy, *West Roman Vulgar Law; the Law of Property*, Filadelfia 1951; *Westroemisches Vulgarrecht; das Obligationenrecht*, Weimar, 1956; *West-oestliches Vulgarrecht und Justinian*, ZSS (1959) pp. 1-36; *Ostroemisches Vulgarrecht nach dem Zufall des Westreiches*, ZSS (1969) pp. 1-15; También F. Wieacker tiene méritos en esta investigación: *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spactantike*, Heidelberg, 1955.

⁶ *Reichsrecht und Volksrecht in den oestlichen Provinzen des roem. Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.

por Glosadores, Postglosadores, etc., pudiéramos quitar mérito a los “romanos” que dieron lugar a la designación de “derecho romano”.

No quiero negar el efecto positivo que un sano nacionalismo ha tenido, a veces, en el desarrollo de la cultura. Un emocional intento de dar brillo y divulgación a lo que la patria de uno haya producido o esté produciendo, a menudo ha dado buenos resultados para la cultura en general, no meramente para la nacional. Pero nunca debe frenarse el honrado esfuerzo académico de otros, por propios motivos nacionalistas; en el mundo académico, el nacionalismo puede admitirse como motor, pero no como freno. Y aún si lo admitimos en la recomendable calidad de fuente de energías, de todos modos debe procurarse que no se pierda el sentido de proporción: en la política, el ideal es “la patria”, o lo que el orador en turno considere como tal, y este concepto tiene fuertes rasgos subjetivos; en cambio, en la ciencia, el ideal es la objetividad, concepto que no sabe de patrias, de manera que fácilmente surgen fricciones entre el patriota y el científico. Y, sobre todo debemos evitar que un patriotismo *ajeno* trate de impedir un esfuerzo científico propio; con nuestro propio patriotismo tenemos a veces ya bastantes problemas... Así, es evidente que las apasionadas afirmaciones de algunos, por lo demás respetables, romanistas italianos en el sentido de que no existiera una segunda vida del derecho romano, —afirmaciones que varios de nosotros escuchamos hace unos años en el seno de nuestra Universidad—, no deben desanimarnos en nuestros esfuerzos de buscar el camino en el laberinto de las nuevas opiniones y reinterpretaciones que surgieron alrededor del derecho Justiniano, sobre todo entre 1090 y 1900.

Además, los que se sientan inclinados a mezclar el amor por Roma con su amor al derecho romano, no deben olvidar que no todos los famosos clásicos fueron auténticos “romanos”: tenemos serias dudas respecto de Paulo Papiniano y Gayo; y respecto de Ulpianos ni siquiera caben tales cavilaciones: sabemos que procedía del Oriente del Mediterráneo; por otra parte, ¡el ferviente patriota italiano no debe temer que el análisis de la mencionada “segunda vida” dejara su país en un segundo plano! Al contrario: casi todos los famosos Glosadores, varios de los más eminentes de los Postglosadores y algunos juristas que después contribuyeron a la segunda vida del derecho romano, eran indudablemente italianos, de manera que inclusive desde el punto de vista nacionalista-italiano, no todos los aspectos de la “segunda vida del Derecho Romano” deben considerarse como incompatibles con el orgullo patriótico.⁷ En todas las

fases de su fascinadora historia, Italia ha tenido importancia para el derecho, también durante la mencionada “segunda vida”.

2. *DIES A QUO* Y *DIES AD QUEM* DE ESTA “SEGUNDA VIDA”.

¿Cuál es el lapso ocupado por esta “segunda vida”? Como su inicio, podemos tomar aquel famoso renacimiento del interés por el *Digesto* de Justiniano, en la Italia de fines del siglo xi, que luego da lugar a un estudio profundo, con rasgos originales, de todo el *Corpus Iuris Civilis*; y como su terminación tomaré aquel momento en que, en cada uno de los países, activos en esta “segunda vida”, el derecho justinianeo retrocede del escenario del derecho vigente. En algunas partes esto sucedió por la victoriosa competencia del derecho anglosajón (pensemos en Ceilán o Guayana), pero en la mayoría de los casos, por la promulgación de una codificación que, aunque contenga a menudo muchos elementos de derecho romano, ya es derecho legislado nacional, interpretado a la luz de nuevos principios y constantemente a la merced de la inspiración innovadora por parte de los legisladores.

Desde luego, existen casos híbridos. Así, en Escocia, el derecho romano nunca ha quedado aplastado totalmente por la influencia autóctona o inglesa, ni tampoco han quedado codificadas las ramas fundamentales del sistema jurídico. Además, en aquellos países que codificaron su derecho civil y procesal con absorción de muchos elementos romanistas, por algún tiempo después de la codificación, los planes de estudio solían conceder mucha importancia al derecho romano, a lo cual debemos añadir que en Europa occidental y a menudo en Latinoamérica, en generaciones pasadas, el conocimiento del latín facilitaba a la élite de los juristas el acceso a las fuentes iusromanistas. Por estas dos razones, en Francia, Alemania y otros países, en la interpretación de las múltiples instituciones que habían entrado en tales códigos desde la tradición romanista, encontramos a menudo argumentos —a veces muy científicos y valiosos, a veces artificiales y sofisticados, y en ocasiones productos de una quasi-erudición que tratan de despistar mediante unas aldeas de Potemkin— tomados de la enorme literatura de la segunda vida del derecho

⁷ Mencionemos aquí la gran aportación que los italianos han hecho y siguen haciendo al análisis de la segunda vida, que el lector verá luego confirmada en las notas de pie de página en el presente libro; la Universidad de Nápoles tiene su especial *Istituto per la storia dei Postglossatori e dei Commentatori*.

romano. A este respecto, desde luego, se recurría más a la fase de esta vida que precedía inmediatamente a la codificación (por ej., en Alemania era más fácil encontrar referencias a la *Pandectistica* que al *Usus Modernus Pandectarum*; en Francia el intérprete se refería más fácilmente a Pothier y Domath que a Cuyacio, y en todas partes era raro encontrar una referencia a los Postglosadores o la Gran Glosa). Pero poco a poco esta tendencia se ha debilitado, y en la actualidad, los pocos casos de argumentación forense que realmente aprovechan aquella frondosa literatura iusromanista, no justifican que se consideren tales sistemas codificados todavía como pertenecientes a la “segunda vida del derecho romano”.

Un problema metodológico especial se presenta en relación con Castilla. *Las Siete Partidas*, primero publicadas sin evidente obligatoriedad, y luego provistas de una autoridad sólo supletoria, ¿pueden realmente equipararse a una codificación civil y procesal-civil? ¿Sería realmente correcto terminar la segunda vida del derecho romano en Castilla, en 1348, con el Ordenamiento de Alcalá, que prevé tal supletoriedad? En cierto sentido, la pregunta puede contestarse afirmativamente, en vista de la limitación que ya pronto, en 1427, impuso el legislador al uso forense de la literatura iusromanista, limitación que en 1499 se convirtió en prohibición, reiterada por las *Leyes de Toro* y la *Nueva Recopilación*. Pero con esta actitud nos quedaríamos demasiado apegados a lo formal: estudiando los datos de la práctica forense de la España renacentista y barroca, vemos que la literatura iusromanista, a pesar de la formal prohibición, conservó una gran importancia forense, de manera que es más realista fijar para España, como año final de la segunda vida, el de 1889, cuando se promulgó el código civil español (y para ciertas regiones forales inclusive una fecha posterior, como veremos).

Por lo tanto, el *dies ad quem* de nuestro análisis será, en algunos pocos casos (pensemos en la Guayana), el momento en que el derecho romano haya cedido su lugar al derecho anglosajón, y en otros —la gran mayoría de los casos— el momento de entrada en vigor de una moderna codificación civil y procesal-civil.

Existe un caso importante, en que este *dies ad quem* nunca ha llegado; es el de Sudáfrica, que hasta la fecha no ha codificado su derecho privado, y donde en una interesante y sinérgica convivencia con el derecho anglosajón y el derecho romano holandés (a su vez mezcla de derecho romano renacentista muy al estilo del *Mos Gallicus*, con derechos locales de

origen germánico, entre los cuales predominó el derecho de Holanda septentrional), conserva un importante baluarte. Así, la segunda vida a que nos referimos continúa, en la actualidad, en la vida forense sudafricana, apoyada allí por una corriente académica, a la vez loablemente erudita y realista. No es factible que Sudáfrica cambie, dentro de poco tiempo, su actual sistema tan flexible, por una codificación, que terminaría esta "segunda vida". Sin embargo, a medida que crezca la cantidad de importantes decisiones judiciales (que a menudo incorporan ideas iusromanistas y que son obligatorias para futuros casos semejantes del mismo nivel judicial o inferior: ¡*stare decisis!*), y de leyes especiales, que también frecuentemente se inspiran en el derecho romano-holandés, será cada vez menos frecuente que los juristas sudafricanos tengan que referirse, para sus tareas forenses, a la antigua literatura romano-holandesa, redactada en holandés antiguo y en latín (salvo algunas buenas traducciones), y plagada de arcaísmos y de erudición "a la antigüita", que —según espero— a menudo encantaría a gran parte de mis lectores (recuérdese de Bertrand Russell: *In praise of useless knowledge...*), pero que no será del gusto de todos los abogados, jueces o fiscales de nuestro siglo xx. Así, inclusive sin codificación, la segunda vida del derecho romano en Sudáfrica se apagará paulatinamente, *not with a bang, but a whimper...*

En el caso de Escocia, la absorción y sustitución de elementos romanistas por *case-law* y legislación es más adelantada, y no es con muy buena conciencia que a veces, en clases o conferencias de derecho comparado, coloco el sistema escocés moderno entre los híbridos. En Escocia, la posibilidad de fortalecer un argumento forense mediante recurso al derecho romano es una eventualidad más remota que en el caso de Sudáfrica, aunque menos remota que en los países de derecho codificado; y esto se refleja en la relativa importancia que conserva la enseñanza del derecho romano en las universidades escocesas.⁸

⁸ Erich Schanze, ZSS (1968), pp. 413-417 (sobre todo desde la perspectiva de la Universidad de Edinburgo).