

CAPÍTULO II

PLAN DE ESTE LIBRO

3. LO AVANZADO DEL ANÁLISIS DE LA PRIMERA VIDA DEL DERECHO ROMANO

EL DERECHO ROMANO tiene límites borrosos, como “cristianismo” o “socialismo”. Comprende muchas fases, actitudes dogmáticas, sicologías, ramas de investigación. Para poner orden en este inmenso conjunto de datos, hipótesis, métodos y perspectivas, es necesario establecer categorías; y una manera de establecer éstas, no excluye, generalmente, otras maneras: un mismo paisaje puede verse desde muchos ángulos.

En lo cronológico, el establecimiento de categorías nos lleva hacia la periodización: las grandes fases y subfases, y los paralelismos. Y para los fines de la explicación contenida en las próximas páginas, ha resultado conveniente establecer dos “super-períodos”: la primera vida del derecho romano, desde el derecho arcaico hasta el *Corpus Iuris*, con los desarrollos del derecho postjustiniano en el mundo bizantino, más tarde balcánico, como apéndice; y la segunda vida del derecho romano, con como preludeo, el derecho romano de Europa occidental durante los 5 o 6 “siglos oscuros” y luego la evolución —no completamente rectilínea— desde Irnerius, a fines del siglo xi, hasta los momentos, diversos en cada país, de las codificaciones modernas civiles y procesal-civiles.

En una admirable labor sinérgica, el mundo académico (sobre todo europeo) ha analizado los detalles de la primera vida con tal minuciosidad, que aquella gran aventura del espíritu humano, con sus amplias dimensiones espacio-temporales, se ha vuelto bastante transparente; además, este variado monumento está cada vez mejor conectado con las influencias desde el exterior, y con su propio fondo social en general: la evolución política, la cultura y la economía de cada época y región. Para determinar la evolución de cada institución, de cada dogma, con sus variantes locales, ya prácticamente se ha agotado el material evidencial que

por ahora está a nuestra disposición, y la continuación de esta obra ya es más bien tarea para el cepillo que para el hacha. Desde luego, queda todavía lugar para muchas *hipótesis* —la fantasía académica es inagotable— pero casi todo lo que podemos decir con razonable grado de *seguridad*, ya está dicho, y obras panorámicas (como las de Kaser),¹ además de las grandes bibliografías (como las de Caes, antes Caes-Henrion), e instrumentos como el *Index Interpolationum* pueden servirnos de guía hacia los detalles de este inmenso paisaje, en caso de querer visitarlo.

4. LA FASE JUVENIL EN LA QUE SE ENCUENTRA LA INVESTIGACIÓN DE LA SEGUNDA VIDA

Otra es la situación que encontramos alrededor de la segunda vida del derecho romano. Todavía se busca el camino en el derecho romano medieval, inventarizando los manuscritos, separando las capas de glosas, estableciendo entre los manuscritos de una misma especie los árboles genealógicos, buscando las relaciones de filiación entre los diversos centros de cultura jurídica medieval, las influencias de los derechos locales sobre las reinterpretaciones del *Corpus Iuris*, las peripecias de los diversos corifeos de esta rama y de sus obras (de las que muchas *habent fata notabilissima*). Se han hecho grandes progresos en cuanto a la historia de la Recepción del derecho romano, distinguiéndose entre la *Frueh-rezeption*, la gran recepción renacentista, y la *Spät-rezeption* (debida, sobre todo, al impacto de la Pandectística), y analizándose el perfil de Recepción en las diversas regiones de Europa, sus relaciones con la Iglesia y con la práctica notarial, y las relaciones entre el derecho romano (reinterpretado por los juristas medievales) y los nuevos derechos legislados, que emanan de toda clase de autoridades, desde municipios hasta el *Reich*. Sobre esta base viene la irrupción del *Ius Naturale*, con su ambivalencia para con el derecho romano, que da un nuevo empuje hacia las codificaciones; y luego sobreviene el impacto del iusromanismo reinterpretado, al lado de otros factores, en los codificadores.

¹ Véase nota 4 del Prólogo.

5. EL *CORPUS IURIS* APROVECHADO PARA MEJORAR LA PRÁCTICA JURÍDICA

Durante esta segunda vida se trata de aprovechar el derecho romano para mejorar la calidad del derecho positivo. ¿Qué significa esto concretamente?

Creo que se trata de cuatro maneras en las que se intenta aprovechar la herencia iusromanista.

Se quiere mejorar la previsibilidad de resultados forenses, y a este respecto la Gran Glosa y la Pandectística alemana constituyen dos puntos culminantes de la segunda vida.

Además, se espera mejorar la concordancia entre la sensibilidad jurídica de la comunidad, y las sentencias judiciales. A este respecto, hubo momentos críticos. La sensibilidad jurídica de una élite erudita no siempre corresponde a la de la masa, sobre todo en fases de recepción. Pero la poliinterpretabilidad del *Corpus Iuris* permitía hacer transacciones, al respecto, y, con ayuda del derecho canónico y luego del iusnaturalismo, el derecho romano de la segunda vida llega a ofrecer un apreciable nivel de verdadera "justicia", generalmente reconocida.

También desde el surgimiento de cierta solidaridad europea, bajo la dual autoridad de Papa y Emperador, y la intensificación de las comunicaciones, se ha usado el derecho romano para cierta unificación jurídica, que desde lo terminológico, penetra hacia las instituciones y los dogmas. La formación de opiniones comunes de los "Doctores" sobre muchos temas, y el uso general del latín para la literatura iusromanista hasta el siglo XVIII, han sido contribuciones a cierto aire de familia común entre los sistemas locales de derecho en Europa occidental-continental.

Además, en comparación con los rasgos, quizás teatrales y pintorescos, pero no siempre razonables, de los procedimientos autóctonos, germánicos, se ha aprovechado el procedimiento canónico-romano para modernizar y racionalizar la administración de la justicia.

6. LA CURIOSIDAD HISTÓRICO-FILOLÓGICA DE LOS ERUDITOS

Paralelamente con estos esfuerzos para utilizar el *Corpus Iuris* con el fin de mejorar el derecho de todos los días, en dos momentos hubo una explosión de curiosidad intelectual, acerca, no sólo del *Corpus Iuris*, sino

del derecho romano-bizantino en general: una vez durante el Renacimiento, con el *Mos Gallicus*, que tuvo una prolongación en la *Iurisprudentia Elegans* de Holanda, y una segunda vez a través de la Escuela Histórica del Derecho, en la Alemania del siglo pasado. Aunque estas dos oleadas han contribuido mucho a la erudición histórico-jurídica y a la “cultura jurídica” (para usar un término de pecaminosa vaguedad),² su eficacia práctica para los cuatro fines señalados ha sido discutible, y en caso del primer objetivo (seguridad jurídica) inclusive negativa.

Estos intentos de aprovechar la herencia romano-bizantina para mejorar la práctica del derecho, junto y en contrapunto con las corrientes de intensa curiosidad intelectual (de índole histórico-filológica), fenómenos que tienen diferentes rasgos de época a época y de región a región, componen el panorama presentado en este libro.

Las dos mencionadas oleadas de investigación histórico-filológica han sido las raíces de las que nació aquella “tercera vida” en la que los romanistas de hoy en día nos encontramos: una fase en que florece una variada investigación, en la que los límites entre el derecho romano-bizantino y los demás derechos de la antigüedad occidental y medio-oriental, y entre derecho e historia, se vuelven cada vez más borrosos. Como ya dijimos, en esta tercera vida, las tareas por realizar en relación con la reconstrucción de la evolución de la primera vida, toman más bien la forma de refinadas investigaciones de detalle. En cuanto a las investigaciones sobre la segunda vida, que se encuentran en un estado mucho menos avanzado, los resultados concretos para la cultura jurídica serán: una historia jurídica, con franja sociológica, que muestre con más claridad la compenetración sinérgica entre derecho romano-bizantino reinterpretado y otras corrientes del derecho occidental, además de tendencias filosóficas. Esta historia tendrá dos polos íntimamente interrelacionados: las instituciones y la dogmática.

De la descripción de los vaivenes de la segunda vida, en la que varias veces he aprovechado la oportunidad de insertar datos sobre problemas prácticos y metodológicos, resultará en forma natural, cuáles son las tareas en las que el romanista e historiador de derecho en Latinoamérica podrá colaborar con éxito.

² Cf. la inmortal anécdota de Ortega y Gasset sobre Víctor Hugo y la “humanidad”, en el prólogo a su *Revolución de las masas*.

7. EL CAPITULADO DE ESTE LIBRO

Después de una descripción del método de formación del *Corpus Iuris* de Justiniano (que desde el Renacimiento se designa como *Corpus Iuris Civilis*, para distinguirlo del *Corpus Iuris Canonici*, de 1500), aquella estación final de la primera vida, y punto de partida de la segunda, veremos los grandes rasgos del desarrollo del derecho en el Imperio Bizantino postjustiniano, a causa del interés que algunas de sus manifestaciones han tenido para unos aspectos de la segunda vida. Luego, regresando al Occidente, haremos unas observaciones sobre el relativo olvido en el que se quedó allí el derecho justiniano, desde la muerte de Justiniano hasta la segunda mitad del siglo xi. Seguirá una descripción del renacimiento del interés por el *Digesto* y, por extensión, por toda la compilación justiniana. Luego nos dedicaremos a la Escuela de los Glosadores, la Escuela de Orleáns, y la de los Comentaristas o Postglosadores, y después de dedicarnos al fenómeno de la formación de *Ius Commune*, diremos algo sobre la enseñanza iusromanista durante la Edad Media, y trataremos de ilustrar el concepto del derecho romano medieval y del *Ius Commune*, mediante algunos ejemplos que dejarán sentir claramente su diferencia con el derecho justiniano. Con lo anterior queda allanado el camino hacia el tema de la Recepción del derecho romano en Europa occidental. Luego describiremos la discusión entre el *Mos Gallicus*, típica manifestación del humanismo renacentista, y la prolongación de la corriente de los Postglosadores, el *Mos Italicus*, dedicándonos luego a las transformaciones que sufrió la enseñanza iusromanista por el impacto del *Mos Gallicus*. Por la forma especial en que se desarrolló la confrontación con el iusromanismo medieval, dedicaremos unos capítulos especiales a España, Italia y Francia (espacio relativamente unificado desde el punto de vista de la literatura científica sobre el derecho romano), Inglaterra—caso de Recepción de intensidad muy reducida—, Holanda—donde el impacto del *Mos Gallicus* produjo aquella *Iurisprudentia Elegans* que durante dos siglos y medio contribuyó con interpretaciones interesantes al iusromanismo, y que todavía hoy en día tiene su impacto en la realidad forense sudafricana—; para luego dedicar un capítulo al *Usus Modernus Pandectarum*, aquella prolongación del *Mos Italicus* en la práctica forense alemana. Por su influencia en las mutilaciones que encontramos en muchos libros del *Mos Gallicus*, de la *Iurisprudentia Elegans* y del *Usus Modernus Pandectarum*, presentes en nuestras viejas bibliotecas, diremos

luego algo sobre la censura eclesiástica. Después de cierta influencia unificadora que la Recepción iusromanista ha tenido en el derecho europeo, veremos aquel efecto contrario que tuvo la intensa actividad legislativa nacional, regional o municipal desde el Renacimiento; y el capítulo sobre el iusnaturalismo (y su relación con el iusromanismo) nos llevará luego hacia el movimiento codificador, que nos conducirá en fechas distintas según cada país, hacia la terminación de la segunda vida del derecho romano, el cual, en el momento de cada codificación civil o procesal-civil, entrega lo mejor de su cosecha a la corriente codificadora. Desde entonces, estos elementos romanistas, —hasta aquel momento presentes, sobre todo, en forma casuística y en la formulación que encontraron en el alud de los comentarios respectivos— cuajan y entran bajo un nuevo régimen de interpretación y transformación, de manera que, desde aquel momento, es cada vez menos frecuente que el jurista, con fines prácticos, forenses, tenga que recurrir a las fuentes iusromanistas o a la enorme producción literaria con que la segunda vida del derecho romano aclaró, oscureció y a veces cubrió éstas.

Por su tardanza al respecto, y su importante contribución al iusromanismo, ya en vísperas del final de su rica y variada “segunda vida”, el caso de Alemania merece un capítulo especial; luego nos dedicaremos a otras partes del mundo que, hasta recientemente o hasta este momento lograron conservar el derecho romano en una posición relevante dentro de su vida forense. De éstas, en la actualidad, sólo Sudáfrica continúa siendo importante.

Sigue un catálogo, tentativo e incompleto, de las principales transformaciones de las instituciones y reglas dogmáticas del derecho justiniano, durante esta larga segunda vida.

Con esto habremos llegado a la terminación de la segunda vida del derecho romano (salvo por lo que se refiere a Sudáfrica). Pero, este final de ningún modo significa que los romanistas ya pertenezcan al pasado: su tarea sólo fue transformada, y para terminar en el espíritu del *stirb und werde* goetheiano, diré en el último capítulo unas palabras sobre aquella “tercera vida” del derecho romano, que en la actualidad cuenta con un grupo activo y preparado de investigadores, sobre todo europeos. Éstos ya no funcionan bajo las candilejas de la práctica jurídica, como funcionaron los romanistas de la segunda vida; ahora, obedeciendo a una estrategia académica relativamente unificada, no contaminada por presiones de la práctica, están contribuyendo pacientemente a la gran tarea de traslucir nuestro pasado jurídico, desde los puntos de vista de la his-

toria e interrelaciones de manuscritos individuales, y corrientes académicas o prácticas, y de la evolución de las instituciones y de los dogmas.

Es mi convicción que este libro contribuirá a que varias personas talentosas de nuestro medio encuentren el camino hacia un lugar en esta tarea colectiva, para participar en ella desde nuestro ángulo latinoamericano, ya sin aquel riesgo omnipresente de “descubrir el Mediterráneo” o de publicar estudios iusromanistas que, aunque a veces aplaudidos en el medio local, podrían ser recibidos en el forum académico supranacional con cortés desdén o inclusive con reseñas sarcásticas. Las ricas colecciones de obras antiguas en nuestras bibliotecas, nuestros vastos archivos y nuestras interesantes historias legislativas nos permiten hacer contribuciones iusromanistas, desde nuestra propia perspectiva, que sean originales y relevantes; pero para esto necesitaremos un conocimiento global de aquel conjunto de corrientes que componen la “segunda vida del derecho romano”; y espero que este libro pueda servir como introducción al respecto.