

V A R I A

LOS ROMANISTAS ANTE LA ACTUAL CRISIS DEL DERECHO

(Conferencia del Prof. Alvaro d'Ors en el Ateneo de Madrid)

Nos complacemos en recoger los puntos de vista esenciales de la conferencia pronunciada el día 4 de diciembre por el profesor D'Ors en el Ateneo madrileño. Gran parte de su disertación versó sobre problemas acerca de los cuales había tomado ya posición el ilustre romanista. Por esta razón, aludiremos a anteriores publicaciones que puedan completar la somera reseña que a continuación insertamos. La riqueza de pensamiento del profesor D'Ors, una de las primeras figuras de la investigación científica española en el campo jurídico, interesará sin duda a los lectores del Anuario. Por ello nos limitamos a resumir sus puntos de vista, prescindiendo de todo comentario elogioso o glosa al texto.

Comienza aludiendo a la renovada vitalidad del Derecho romano que, cuando parecía relegado a un pálido recuerdo decorativo de la actual ciencia del derecho privado o reducido a un estudio hermético entre las ramas de la filología clásica, pretende, una vez más, dar su gran lección al mundo (1). Prueban esta aseveración los dos más valiosos escritos jurídicos de estos últimos tiempos: "Europa y el Derecho romano", de P. Koschaker, y «La situación de la ciencia jurídica europea», de Carl Schmitt.

Halla la causa de la crisis actual de la ciencia jurídica en el legalismo, que redujo al jurista al papel de infortunado oráculo de un legislador desbordado. La planificación política llegó a asfixiar a la prudencia jurídica. Para discriminar mejor los excesos legalistas enfoca la cuestión desde el punto de vista romano, que se refleja en la antítesis *ius-lex* (2). El *ius*, expresión de la prudencia, tenía carácter intelectual; la *lex*, como imperada, representaba un momento netamente volitivo. Pero la *lex* se fué introduciendo en el terreno del *ius* y llegó a ser la *lex publica* productora de *ius*; es decir, una fuente del Derecho. Por otra parte, hubo un momento en que el *Princeps*, como encarnación de la *civitas*, instauró un monopolio de la Jurisprudencia. Esto condujo a la burocratización de la jurisprudencia en el siglo II, y así el *respondere*, antes libremente emitido por el jurista, se constituyó en base del *rescribere* imperial. Y pese a la tradición erudita de que Justiniano se hace eco al recoger la antítesis *ius-lex*, todo el *Corpus Iuris* es una *lex*. El mismo fenómeno puede observarse en las legislaciones civiles actuales que, construídas con materiales jurisprudenciales, valen como *leges publicae*. De

(1) Respecto al pensamiento romanístico de postguerra ha expuesto más detenidamente sus puntos de vista en el *Panorama de los estudios de Derecho romano después de la guerra*, «Arbor», núm. 52 (abril, 1950).

(2) Estas ideas pueden verse ampliamente analizadas en su Prelección del Curso académico 1950-51. (Vid. Programa de las lecciones de Derecho Romano, Lib. Porto Santiago de Compostela, págs. 3-9.)

este modo ha prevalecido la voluntad política sobre las tradiciones jurisprudenciales de las que hubo de nutrirse. De ahí que Koschaker y Carl Schmitt nos hablen de una futura jurisprudencia europea superadora del absolutismo nacional-positivista, si bien este anti-absolutismo nada tiene que ver con el liberalismo político. También éste padeció e incubó el absolutismo legalista.

La reacción anti-absolutista que hoy parece columbrarse en el campo jurídico va acompañada de una nueva vivencia del *ius naturale*, que el positivismo jurídico parecía haber desterrado definitivamente. Y si el *ius naturale* se mostraba en el *Corpus Iuris* bajo tres aspectos—*ius gentium*; *quod natura omnia animalia docuit*; *divina Providentia*—también actualmente se nos presenta bajo tres matices distintos. Uno de estos matices pretende mostrarlo como resultado de los estudios jurídicos de tipo comparativo; en esta línea de pensamiento se halla Koschaker. La máxima dificultad de esta tendencia radica en que evapora la esencia del *ius naturale* como orden jurídico permanente en puro comparativismo. Otra tendencia o matiz actual intenta una resurrección del *ius naturale*, de abolengo racionalista, tal como floreció en el Iluminismo alemán. Y una tercera tendencia, entroncada con la tradición justiniana y medieval del *ius naturale* como *ius divinum*, pretende restablecer el *ius naturale catholicum*. Este es el derecho natural que el mundo parece hoy anhelar.

Aborda el conferenciante las relaciones entre la Teología y la Jurisprudencia y afirma que ésta, pese a haberse desarrollado desde hace siglos como ciencia laica, tiene algo de relación en sus métodos con aquélla. El mismo Carl Schmitt, que señala al jurista el peligro de la técnica positivista, no deja de recordarle que su viejo enemigo fué precisamente el teólogo. Si admitimos que la Jurisprudencia europea nace con los Glosadores de Bolonia, fuerza es reconocer que el método escolástico que aquéllos impusieron procedía, precisamente, del campo de la Teología. Esto fué lo que dotó a la Jurisprudencia de un carácter dogmático, si bien la palabra «dogma» es más moderna en el vocabulario jurídico. Los juristas medievales hacen ya una Jurisprudencia dogmática porque toman el *Corpus Iuris* como un libro de indiscutible autoridad—la *ratio scripta*—y el paralelismo con la Biblia resulta entonces inevitable. Esto fué posible porque Justiniano había hecho su *Corpus Iuris* precisamente como libro legal indiscutible, cuyo texto debía ser respetado: todo atrevimiento con él debía considerarse como una profanación. Su actitud teológico-legislativa hizo posible que se fundieran en sus expresiones normativas la idea de la declaración imperial y la de la declaración prudencial, ambas autoritarias (3). La autoridad del *imperator* y la del *prudens* quedaban así sólidamente respaldadas una con la otra. Si aquélla procedía de la legitimidad de un título, ésta se nutría de la continuidad en el clasicismo dogmatizante de los eruditos profesores de Berito y otras es-

(3) Vid. *La actitud legislativa del Emperador Justiniano* («*Orientalia Christiana Periodica*», vol. XIII (n. 1-2), *Pont. Orientalium Studiorum*, Roma, 1947, donde aparecen claramente probadas por el conferenciante estas afirmaciones.

cuelas de Oriente. La tendencia a «canonizar» las opiniones preferentes de los clásicos se fundió en Justiniano con su autoritarismo y aun césaropapismo. Justiniano se erigia así en común y supremo protector de los dogmas, de los cánones y de las leyes. De ese modo, las concomitancias de los profesores de Oriente con la Teología, pasando por el empedernido teologismo de Justiniano, repercutieron en la recepción del método escolástico de los teólogos medievales por los legistas coetáneos. El acontecer histórico hizo que la fuerza dogmática del Derecho fuese absorbida y acaparada por la autoridad de la legislación estatal. La imperatividad de la ley desplazó el valor dogmático de las proposiciones puramente jurisprudenciales. En otras palabras: sólo resultó dogmático el Derecho creado por el Estado. Sin embargo, algo en la esencia de lo jurídico nos impulsa al reconciamiento de principios fundamentales que valen como incontrovertibles, es decir, hacia lo que todavía podríamos llamar «dogma de derecho». Su raíz se halla patente en los orígenes de la Jurisprudencia, cuando el *prudens* emitía su *responsum* como un *oraculum*. El jurista moderno debe buscar este inevitable enlace dogmático en el *ius naturale catholicum*.

Señala la solución de Koschaker (que propugna una vuelta a la Pandectista diluida en una vuelta al *mos italicum*) como una tendencia medievalizante que refluirá, porque no acaba de ofrecer un método concreto. En todo caso, esta tendencia servirá para la revisión de nuestros propios métodos, afirma el conferenciante.

Desecha la idea del estudio del Derecho romano como precedente del nuestro y de otros derechos, si bien ello supone el mejor instrumento para el nuevo Derecho comparado y la noble lucha por la unificación jurídica. Esta idea, precisamente, dió lugar a una interesante literatura reciente (que parte de las ideas de Koschaker) como el estudio de Gerberd Wesenberg sobre los «Contratos a favor de tercero» y la «Introducción romanística al Derecho privado», de Kreller. Esta tendencia adolece del defecto de reducir el sentido del Derecho romano a sus consecuencias en los modernos códigos. No obstante, el profesor D'Ors se muestra partidario del Derecho comparado; pero cree que la unificación jurídica debe perseguirse, en cambio, por la educación común de todos los juristas del mundo previamente instruídos en el auténtico Derecho romano. No por las vías de una identificación legislativa o por el sistema de reciprocas recepciones, que chocarían necesariamente con el celo de los gobiernos soberanos. Afirma que la virtud del Derecho romano está en que educa a los juristas modernos en un espíritu de libertad y seguridad ante las transformaciones de la vida jurídica actual. Mas para lograr este efecto es preciso estudiar las instituciones romanas en su misma historicidad, en la peripecia histórica a que van conexas (4). El jurista for-

(4) En esta afirmación se halla contenido su esencial punto de vista metodológico, consistente en el método histórico-crítico que, desde su enunciación en los conocidos *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca, 1943, págs. 40 y sigs.) y en su opúsculo *Posibilidades de investigación en el Derecho Romano* («Arbores», núm. 22, julio-agosto, 1947) ha sido constantemente aplicado en sus investigaciones romanísticas.

mado en esa lección histórica se encontrará apto para actuar de conductor del Derecho romano en la actual crisis. El Derecho romano debe dotar al joven jurista de un elevado espíritu de independencia frente a ley estatal y de la más alta estima hacia la función de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho (5). En este sentido de crítica y superación del Derecho positivo (del derecho oficialmente «impuesto») el Derecho romano adquiere un singular valor como elemento formativo. Pone como ejemplos de ello la distinción entre Derecho público y Derecho privado, que no debe sorprender a quien sepa cómo surgió la contraposición *ius-lex*, que perdió su sentido al convertirse la *lex* en fuente única del *ius*. De ahí la conclusión de que si toda norma legal es pública el simple aumento de la legislación, por sí sólo, al reforzar el punto de vista normativo, que todo lo enfoca como juego de situaciones y no de relaciones creadas por la autonomía privada, tiende a convertirlo todo en Derecho público. Otra lección del Derecho romano es la de que el Derecho civil no deberá ser identificado con el Derecho privado. La palabra «civil» no llega a delimitar *a priori* un contenido fijo; por eso este derecho tuvo, tiene y tendrá un contenido variable. Derecho civil es el de los tribunales civiles: aquí se ve el criterio romanístico que enfoca el Derecho a través de la acción y la jurisdicción. Señala varios ejemplos más. Así, la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, ajena a los romanos porque *ius* (aunque el misterio en torno a su significado persista) puede traducirse por la expresión «posición justa» (6). La idea de licitud y de justicia entra así en el mismo término *ius* y no pueden plantearse problemas de prioridad. El equilibrio del término *ius* entre lo objetivo y lo subjetivo es lo que explica que abarque a la vez, sin traslados mentales, el *ius civitatis*, el *ius fundi*, el *ius suffragii*, etcétera. Cualquier punto de vista de la más avanzada doctrina, afirma el profesor d'Ors, cobrará una más fundada explicación si consideramos su misma problemática dentro del Derecho romano clásico y en la evolución histórica del Derecho romano en general. Y esta colaboración del romanista en la crítica de residuos inservibles del Derecho civil que suelen tomarse por romanos es posible porque en éste se fueron acumulando restos heterogéneos de distintas épocas y distinto valor, de una manera poco discriminada.

Así, pues, la misión del romanista será la de interesarse por el Derecho moderno, pero no tanto para explicarlo como para depurarlo y superarlo. Con ese fin el romanista debe despojarse de los hábitos mentales y cate-

(5) Punto de vista desarrollado en su interesante trabajo *De la prudentia juris a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de nuevo mantenido—después de la réplica polémica del ilustre prof. de la Universidad de Madrid D. FEDERICO DE CASTRO—en la Prelección correspondiente al curso académico 1948-9. (Vid. Programa de este curso, Porto, Santiago de Compostela.)

(6) En este sentido puede verse su contribución a los *Studi Albertario*, en curso de publicación. En general, la mayor parte de las ideas antes expuestas aparecen en el estudio que lleva por título *De la privata lex al Derecho Privado y al Derecho Civil*, Coimbra, 1950 (separata del «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. XXV, fasc. 1, 1949, págs. 29-46).

gorias usuales de la moderna civilística, ya que la aplicación de esa llamada dogmática moderna no le permitirá descubrir en el Derecho romano aquella virtud que debe enderezarse precisamente a la superación de la moderna falsa dogmática. Ni pandectística dogmatizante, ni mucho menos escolástica jurídica medieval, sino más bien vuelta al casuismo, al *modus operandi* de la Jurisprudencia romana. Así podrá lograrse al mismo tiempo una aproximación al Derecho inglés para alcanzar un verdadero Derecho común europeo (7). Los ingleses conservaron con mayor vitalidad la savia del Derecho romano auténtico por haber mantenido, precisamente, la primacía del Derecho judicial, del *case law*.

Y a propósito del punto coincidente de Koschaker y Schmitt, que propugnan el nuevo Derecho europeo sobre la base del romano, vinculándolo a la unidad europea, se plantea el orador el problema de Europa (8) ¿Qué es Europa?

La palabra Europa es antigua como término geográfico. Y este término geográfico adquiere valor de término histórico-espiritual cuando se hizo imposible el más amplio de Comunidad Cristiana, del que viene a ser un sustituto. De ahí que Europa no pueda encerrarse en sí misma sin hacer traición a su propia sustancia, porque su raíz cristiana la proyecta en empresas universales. Por ello, no puede limitarse a Europa el nuevo Derecho que ésta produzca. Por el contrario, deberá constituir un ecuménico Derecho jurisprudencial elaborado por juristas educados en el casuismo romano, con espíritu de eficiente libertad y que reconozcan como fundamento dogmático el *ius naturale catholicum*.

Estas son, a grandes rasgos, las ideas desenvueltas por el prof. d'Ors en la magnífica lección del Ateneo, que hemos procurado resumir con la mayor fidelidad y con afecto de discípulo.

PABLO FUENTESECA DÍAZ

ISMAEL SANCHEZ BELLA, EN ARGENTINA

A lo largo del año 1950, el catedrático de Historia del Derecho Español, de la Universidad de La Laguna, don Ismael Sánchez Bella, ha realizado una gira de tipo cultural por las distintas Universidades argentinas, desarrollando conferencias y seminarios de tipo histórico e histórico-jurídico. A continuación vamos a destacar en grandes rasgos aquellas conferencias que tienen mayor interés para nuestra ciencia.

En la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho,

(7) A este respecto ha enviado una comunicación al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres: *Towards a new «ius gentium privatum»*.

(8) Anteriormente había abordado ya el problema del orden internacional en diversos trabajos. Así: *Ordo orbis*, Rev. Estudios Políticos, núm. 35-6 (vol. XIX), 1947; *Vitoria y las crisis del Imperio*, en la recopilación *Francisco de Vitoria*, publicada por la Universidad de Santiago en 1947, págs. 61-76; *Francisco de Vitoria, intelectual*, en «Revista Universidad de Oviedo», 1947.