

de arrendamiento, ya que el *receptum* se refería originariamente tan sólo a los accesorios introducidos en la nave o en el hospedaje que no eran propiamente objeto del contrato (tesis de Brecht, contra De Robertis).

El libro se cierra con un amplio «índice de materias» (págs. 481-515) y un «índice de fuentes» (págs. 517-540). De otra parte, es preciso subrayar que está bastante bien editado —indudablemente el mejor de todos los de Ed. Universidad de Navarra—, lo que es todavía más meritorio si se considera la escasa tradición que existe en la publicación de libros romanísticos. *Derecho privado romano* es una síntesis acabada del trabajo realizado por un universitario ejemplar durante muchos años de servicio a la ciencia y cultura española y universal. Esta es, en efecto, la labor que presenta el autor a la sociedad española, precisamente en el año en que cumple veinticinco años como catedrático.

Emilio VALIÑO.

OTTE, Gerhard: *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, en *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte* 7, Böhlau, Colonia, 1964, 157 págs.

En la serie de investigaciones sobre la historia del derecho privado en la Edad Moderna, que dirigen Kunkel y Thieme —los fundadores, en 1936, presididos por Beyerle, de la nueva disciplina histórico-jurídica, entre las dos ramas tradicionales de la Romanística y la Germanística— aparece este volumen que tiene una especial significación para nosotros, por la figura que lo centra, si bien ha de ser integrada en una visión europea, en el sentido señalado por Carl Schmitt, el escrito de habilitación de cuyo discípulo y legítimo continuador Gunther Krauss, interrumpido por la adversidad académica, ha sido perdido sin remedio para la ciencia alemana; dos breves restos, en lengua española, *Francisco de Vitoria fundador del moderno derecho internacional*, en «Archivo de Derecho Público», Granada 4 (1951), págs. 123-139, y *La duda vitoriana ante la conquista de América*, en «Arbor» 75 (1952), págs. 337-355, dicen todavía algo de su aguda penetración en el tema; pero estos títulos, como el de Alvaro d'Ors, *Francisco de Vitoria, Intelectual*, en «Revista de la Universidad de Oviedo», 1947, sep. 21 págs., que abrió la cuestión en pleno centenario de Vitoria (1486-1546), no parecen haber sido conocidos por el autor, que ha tenido en este punto una información parcial.

El autor expone en su prólogo, con suma claridad, el interés actual hacia los productos de la tardía escolástica y su significado para la época del derecho racional. En este punto, una comparación entre la primera (1952) y la segunda (1967) edición de la exposición clásica de Wieacker, tan instructiva en otros aspectos, es concluyente. Fueron Pufendorf y Thomasius los que vieron en Grocio un innovador; éste mismo no se

sentía tal. La utilización por Grocio de los autores católicos españoles sorprende sólo por haber colocado en el origen una ruptura cultural que es más reciente. La jurisprudencia, y Grocio fue un jurista, es siempre conservadora. Quizá la debatida cuestión de la precedencia de Vitoria sobre Grocio —que ha llegado a aparecer como una vana reivindicación nacional— pueda aclararse con la simple consideración de las diversas Facultades que representan. Grocio es un jurista, aunque sea protestante, y Vitoria es un teólogo aunque sea católico; naturalmente un jurista, aunque sea católico, tiene que encontrarse, aquí en la Tierra, más cerca de Grocio que de Vitoria; y quizá en el cielo.

Cuando se dice que Grocio ha secularizado el derecho internacional, se está pensando en el aspecto religioso de la cuestión, pero quizá lo ha secularizado también como jurista civil.

El objetivo de Otte, bajo la dirección acertada de Rudolf Gmür (Münster), ha sido precisar la aportación de Vitoria al derecho privado, o más exactamente la visión que tenía Vitoria de las cuestiones materiales propias del derecho privado, con arreglo a la sistemática visión alemana de lo general y lo especial. Es un mérito del autor haber concretado su visión a una figura principal y en cierto sentido única, y desde luego la más avanzada, aunque la cronología pudiera hacer entender otra cosa. Pues Soto, que viene después de él (1494-1586), retorna a una posición tradicional, tras la experiencia de la Reforma. La reacción conservadora se da siempre después de una innovación tan radical.

La base de la investigación es el comentario de Vitoria a la *Secunda Secundae*, entre 1534 y 1537. Se plantea en primer término la relación entre derecho y moral. Suele recordarse siempre a Kant, pero ya se distingue con bastante claridad un Séneca de un Ulpiano, y cuando se observa al primero como jurisconsulto no sale bien parado. Los moralistas no son jurisconsultos, pero todavía, buscar sus ideas jurídicas, puede aportar luz sobre el conjunto real del pasado, que ofrece una confusión semejante a la que hoy amenaza, por ejemplo, al Derecho por parte de la economía.

Que Soto, Molina y Suárez afirmasen la superioridad de la Teología sobre el Derecho, no sólo es propio de teólogos, sino que responde a una convicción común, pero no creo que signifique una variación el que algunos decenios después apareciesen las obras de los juristas, como por ejemplo Covarrubias, en el que sería difícil encontrar una desviación de aquella idea general, mantenida incluso hoy, por juristas ajenos a la Teología.

La elección del material, la sistemática y la formación de los conceptos son, en Vitoria, los propios de la Teología moral. El método y el fin lo eran también, sin que se oponga a ésto que el moralista distinga cuidadosamente entre el *forum conscientiae* y el *forum contentiosum*. Aparte de esto, hay un estilo escolástico, el comentario a un texto, que para Vitoria es Santo Tomás (mientras que Domingo de Soto, el sucesor, vuel-

ve a las Sentencias de Pedro Lombardo); también las deducciones, abstracciones, conclusiones, diferencias, casos, definiciones, han penetrado en el mundo de lo jurídico, junto con criterios materiales propios de la moral. Una verdadera contaminación del orden jurídico por el orden moral, no sólo las exageraciones y sutilezas escolásticas, sino una patente sacralización del Derecho, como, por ejemplo, la que lleva a hacer omnipotente al juez, y a hacer de sus decisiones una especie de anticipación del juicio final.

Tan inexacto como se quiera, Vitoria aparece como un precursor de la jurisprudencia de conceptos, cuando intenta resolver todas las dudas tocantes a un objeto, partiendo de un principio; no es un casuista sino un generalizador. Conforme a su modelo, Santo Tomás de Aquino, él se apoya paralelamente en el derecho natural y en el derecho positivo. Su aparato de fuentes nos revela que Aristóteles no predomina en él sobre Santo Tomás; Cicerón, Séneca, Virgilio y Livio lo alimentan como a un escolástico antiguo, junto a los Padres de la Iglesia, pero tanto las fuentes cristianas como las paganas no han sido utilizadas directamente por él, sino a través de la tradición. Nada de vuelta a las fuentes originales, todavía. Pocos autores medievales y ninguno moderno, en todo caso teólogos, y de éstos el grande Cayetano, el hombre que había leído y entendido todo Santo Tomás.

Naturalmente, Vitoria no conoce el *Corpus Iuris (Civilis)*; se limita a citar aquellos lugares que tratan del derecho natural y de gentes, es decir, cuestiones que interesan secundariamente a los jurisconsultos civiles. Y que su conocimiento es indirecto, se revela en el tratado de la restitución. El Derecho civil no ha influido en Vitoria, sino a través del texto tomista, y aun esto es bastante problemático. Ninguna relación, por supuesto, con glosadores ni comentaristas. Alguna más, pero no excesiva, relación con la Canonística, limitado él al Panormitano, el Hostiense y Juan Andrés. En cuanto al Derecho español y a la práctica jurídica contemporánea, inútil ha sido la rebusca. No es un autor nacional; no tiene sentido acentuar su hispanismo, aunque sea muy legítimo el orgullo local, especialmente en Vitoria. Él es una figura europea, vinculado a la historia de la universidad, desde París a Salamanca, en una época en la que no se ha producido la ruptura confesional europea, y menos aún ha trascendido al orden académico. Es puro anacronismo cargar sobre él todo lo que ha ocurrido después de 1540.

La segunda parte —especial, conforme a la vieja y fecunda tradición de las disertaciones alemanas— ha de interesar sobre todo a los cultivadores de la historia del Derecho privado en un orden sistemático. Es la propiedad la primera figura tratada, a propósito, como en Duns Scoto, de la restitución, y no, como en Santo Tomás, en relación con el robo. Un concepto moral del dominio: el poder del hombre sobre la creación. ¿Pueden los pecadores y los descreídos tener propiedad? Curiosa cuestión que hace reír a la humanidad desde hace siglos. Ya se suponen los equi-

libros de los autores confesionales para justificar la tenencia de bienes por parte de sus contrarios; pero siempre salían airosos. La propiedad privada como derecho exclusivo, era difícil de admitir para un teólogo. Cuando Dios ha dado la creación a los hombres, es necesario explicar cómo tan pocos se han apoderado de ella. Es necesario conciliar la *communis omnium possessio* con el sagrado derecho de propiedad. Para Vitoria éste tiene por objeto la satisfacción de las necesidades en cuanto no dañe a los demás. El jurista no acaba de entender esto. Una propiedad privada, fuera del alimento, el vestido y la habitación, difícilmente se abre paso dentro de esa concepción. El Derecho romano, de una manera quizá imperfecta, había establecido que hay cosas públicas: como las calles, las plazas, las costas, los montes. Y esta propiedad es particularmente sagrada. Corresponde a una parcial visión, que culmina en los códigos penales del XIX, haber extremado la calificación como delito de los atentados a la propiedad privada, al tiempo que dedicaban una atención marginal y leve a las usurpaciones de bienes públicos por particulares poderosos.

En Scoto, el Derecho natural, en este punto, fue derogado por el pecado. Santo Tomás y Vitoria, en cambio, llegan a la armonía entre el Derecho natural y el positivo. Justifican el dominio privado por la mejor administración que del mismo se deriva, da lugar a menos discusiones y evita dificultades de la comunidad. Sólo por un motivo se vuelve a la comunidad originaria de bienes: *in extrema necessitate omnia sunt communia*. Pero en qué momento puede hablarse de extrema necesidad es una precisión, justamente la precisión jurídica (y que bastante más tarde dio el juez Magnaud), que sería inútil preguntar a un teólogo teórico, y que seguramente sería dada con seguridad por él mismo en un caso práctico. En cuanto a Vitoria, ha señalado no sólo el peligro de muerte (como sus antecesores), sino también el peligro de enfermedad. Significativo es que, aun prescindiendo de concretar cuándo y cómo es legítimo tomar los bienes de otro por causa de necesidad, se declare al menos que no hay deber de restituir, cuando el que los tomó viene a mejor fortuna. Con los ricos hay que estar siempre.

En el derecho de apropiación, Vitoria ha tratado el caso especial de la caza. La solución clásica civil es clarísima: *res nullius*. La realidad contemporánea —desvirtuado el derecho de los fueros municipales, que defienden la libertad— era patente incluso para Vitoria: la caza era un derecho regio y nobiliario. Característico de su mentalidad estatista es que admitiera el derecho del rey en cuanto legislador, mientras se oponía al derecho de los nobles, para terminar admitiendo una división de la caza entre éstos y los campesinos. Pero su recto sentido moral ha juzgado que por causas de caza sólo son lícitas las penas pecuniarias y no las penas corporales. En la adquisición del tesoro, ha cedido, como buen moralista, a la necesidad del Fisco, que se lo apropia.

Transmisión de la propiedad. Título y modo son para Vitoria lo mismo. Del Derecho ha tomado el tecnicismo de distinguir el paso de la propie-

dad de un titular anterior, y aquel que se produce por una disposición, como la *praescriptio*. Pero en toda esta parte, Vitoria revela ser ajeno al mundo de lo jurídico. Confunde, simplifica, y en definitiva no responde a las cuestiones propiamente jurídicas. En la casuística es donde esto aparece más claro, porque una es la moral y otra la jurídica. En cambio, la acción humana es objeto de un examen profundo y cuidadoso, precisamente cuando el acto jurídico no necesita tanta profundidad. Al sostener que el pago por un deudor solidario deja libres a todos los demás, porque se ha conseguido el fin, es evidente que no ha penetrado en la problemática jurídica. Pero lo sorprendente es que, en el campo de la teología moral, se hayan librado a un análisis independiente, vago y a veces retorcido de causas resueltas en una cultura contemporánea y en estas cuestiones superior: la del Derecho civil. Más todavía se acusa lo inadecuado del tratamiento, en el capítulo de las obligaciones, que en los moralistas da una penosa impresión de empirismo, doblez, sumisión a los hechos; lo más que se ha conseguido por este tratamiento ha sido, no precisamente moralizar el Derecho, sino una especie de juridificación de la moral. A la legítima defensa y a la ayuda propia Vitoria añade un matiz moral, que deja el juicio en suspenso. El matrimonio le dio lugar a un espléndido estudio, que versa sobre su aspecto sacramental pero no sobre sus consecuencias jurídicas.

Sobre el influjo de Vitoria, el autor observa algo que es cierto, visto desde una perspectiva actual. Examinados los textos, Vitoria no dice más ni distinto que Santo Tomás. No ha publicado sus obras por sí mismo y esto se ha hecho tardíamente. Es cierto que otras obras estaban en las bibliotecas. Pero acaso la vida académica tiene una específica virtualidad, independiente de las obras publicadas, y ésta parece haber caracterizado a Vitoria en grado eminente. Las reelecciones y los cursos, aun reducidos en el texto a una doctrina tradicional y común, han recibido una fuerza poderosa de las circunstancias. Formó y educó. La tradición oral debió de ser muy vigorosa. A su lado, la figura de Soto, sólo dos años más joven, se revela no sólo más pálida, sino más atrasada.

Poseemos ahora, gracias a Otte, una exposición metódica de la cuestión, y una respuesta a un interrogante que se habían hecho grandes maestros. Más fácil le será ahora extender su investigación al ancho campo de los teólogos juristas.

R. GIBERT.

PIERI Georges, *L'Histoire du Cens jusqu'à la fin de la République Romaine*, (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, XXV), Paris, Sirey, 1968, pp. 213.

Presento a los lectores del ANUARIO una obra realizada diligentemente, en un tema, que salvo algunos estudios amplios de principios de siglo los