

RECENSIONES

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO. *Los Estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoleón*. Roma, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1970.

Aunque no de tan reciente data, esta obra merece, en nuestro país, un comentario especial, pues en su esencia se refiere al grave problema de la metodología de la enseñanza del Derecho Romano que tantos sinsabores crea a los investigadores y docentes.

Recuerda el autor al Profesor A. D'Ors que "ha sabido encontrar el equilibrio entre unos libros que exigen una atención histórico-crítica y unos alumnos que exigen una enseñanza conveniente para su formación de juristas".

Cornil, el eminente Profesor y Magistrado belga, sintetizaba el problema con una frase citada al comienzo de esta obra: "la corriente aversión por el estudio del derecho romano y en general por la historia del derecho, procede sin duda de un defecto en la enseñanza".

Estos problemas llevan al planteamiento del libro que es dar a conocer las experiencias de la enseñanza del derecho romano desde que los franceses, abandonando su Derecho Costumbrista, con base románica, sistematizado por Domat y Pothier, adoptaron una legislación codificada bajo el Imperio de Napoleón.

Las codificaciones modernas iniciadas por Federico II de Prusia (Landrecht 1787), fueron consecuencia de la política de La Ilustración. Como dato fundamental se daba por sentado, como lo sostenía Montesquieu, que las leyes eran materia del conocimiento del buen padre de familia más que de peritos en derecho o de jurisconsultos. Los códigos modernos, en idioma vernáculo, serían inteligibles por el pueblo sin necesidad de intérpretes de ninguna especie.

Semejante opinión también fue expresada en El Araucano de 28 de junio de 1833: "Entonces y no hasta entonces, el conocimiento del derecho romano dejará de ser una adquisición indispensable a los que se dedican a la carrera de la jurisprudencia".

La enseñanza del derecho romano ha revestido, desde que Justiniano estableció en su propia legislación los métodos que en su tiempo exigía para su docencia, muy variados ensayos y cambios exegeticos, sistemáticos, dogmáticos, históricos y aún ha revestido formas diferentes como las jusnaturalistas, basadas exclusivamente en la obra de los romanos.

La obra que comentamos desarrolla el tema a través de los diferentes períodos previos y posteriores a la codificación, dando especial énfasis a estos últimos que constituye su materia propia.

La dictación del Código de Napoleón trajo una crisis en la enseñanza del derecho romano posponiendo su valor como elemento formador del jurista. Destaca la obra el discurso de J. B. Onofrio, abogado de la Corte de Lyon, leído el 9 de diciembre de 1841 en la Asamblea de abogados de dicha ciudad haciendo referencia a estos estudios en su época: "El profesor no puede enseñar con celo lo que el estudiante aprende con indiferencia". Pasa enseguida a estudiar el problema metodológico y hace resaltar que debe mirar más a la formación del modo de pensar del alumno que a la excelencia de la simple información.

Recuerda la hábil observación de P. Noailles que expresa que la dictación del Código Francés significó la no participación del derecho romano en la vida jurídica francesa.

El libro está dividido en seis partes: I Planteamiento; II Análisis del período pre y post codificador; III La romanística francesa desde 1830 a 1880; IV La crisis del derecho romano en Alemania y su influjo en la romanística francesa; V Direcciones metodológicas en la moderna ciencia romanística francesa; VI Conclusión.

El primer tercio del siglo XIX lo presidió la ley de 22 de Ventoso que obligaba a enseñar el derecho romano por las Institutas de Justiniano relacionándolas con el Código Francés. La orientación dogmática preside la obra de Delvincourt y Arnol, al igual que Ph. Heimbürger, seguidor del método de Heineccio en sus aplicaciones.

Los avances de Niebhur y los romanistas alemanes, conjuntamente con el descubrimiento de los comentarios de Gayo en el palimpsesto de Verona en 1816 abrieron nuevos horizontes a la investigación romanística.

Después de este primer período sin relieve, nace un nuevo sentido dogmático histórico bajo la influencia de la *Revue Historique*.

Eleazar Ortolán reivindica la importancia del derecho romano, al igual que J. B. Giraud y reclama de la mala metodología en la enseñanza. La reacción verdadera se produce con el cambio de programa inspirado por Laboulaye, cuyas ideas marcan las líneas directrices en los estudios históricos de Francia en la segunda mitad del siglo XIX y abren una amplia perspectiva a la historia del Derecho. Su orientación, sin embargo, sacrifica la juridicidad de los estudios. La enseñanza mantiene y destaca la exégesis de las fuentes, lo que disminuye el interés de la investigación jurídica. En resumen, este programa viene a subsumir el estudio del derecho en el campo de la sociología y en la investigación del estudio de las variadas formas de la antigüedad.

. En este período se produce un aumento de los estudios especializados y nacen las cátedras de Historia del Derecho, Derecho Penal y Derecho Internacional Privado; se intensifica el interés por la epigrafía jurídica con el descubrimiento de los bronce de Osuna y Aljustrel y por las fuentes literarias útiles para el conocimiento del Derecho. Uno de los autores más genuinamente representativos de este período, J. P. G. Gide, de gran versación en Letras e Historia, se ocupó de la profundización crítica de las doctrinas jurídicas.

En 1855 la perspectiva de una investigación histórica amplia lleva a una disminución del derecho romano desde su aspecto de juridicidad. La *Revue Historique de Droit Français et Etranger* proyecta la investigación de los derechos no vigentes en un solo relieve histórico y su orientación hacia la concepción sociológica del derecho, hacia Oriente, la antigüedad en general, como germen de las instituciones y la búsqueda de los orígenes del lenguaje en Asia.

A pesar de los avances de la metodología en el campo de la investigación histórica, en el derecho queda reducida a las fuentes y se destaca la tendencia a considerar la romanística como un preámbulo del derecho civil, su valor histórico queda combinado con la exposición dogmática, la que tiene un fuerte influjo bajo la influencia de la Pandectística Alemana, como sucede con Demangeat, Didier Pailhé y Labbé. En cambio M. Machelard, J. Flach y R. Dareste se destacan en el campo histórico. C. Accarias tiene especial relieve en la concepción dogmático-exegética.

El comparativismo lleva al estudio de los diversos derechos de la antigüedad e influye en el despertar del interés por la helenística.

El método sociológico enfoca y considera elementos meta-jurídicos para explicar las transformaciones experimentadas por el derecho. Influye en esta perspectiva R. von Ihering a través de *El Espíritu del Derecho Romano* y *La Lucha por el Derecho* que convierte al derecho en una mera realidad social. La influencia religioso-cristiana en el Bajo Imperio es destacada en las obras de Troplong y de Dequeux de Saint Hilaire. Sin embargo, la obra de mayor influencia en esta concepción es la de Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua*, que es un estudio sobre los cultos, el Derecho y las instituciones de Grecia y Roma (1864).

A pesar de las tendencias señaladas en la investigación, la enseñanza del derecho romano siguió sometida a la traba legislativa de 1853 que obligaba al desarrollo del programa en un modo anticuado por las Institutas de Justiniano rechazando los progresos de la investigación que sólo se utilizaron para recargar las clases con curiosidad que eran contraproducentes.

A fines del siglo XIX aparecieron obras en Alemania que transformaron los métodos tradicionales, a saber: Das Edictum de Otto Lenel, Las interpolaciones de Gradenwitz y el Derecho Imperial y Popular de L. Mitteis. Además ya estaban publicadas las grandes y definitivas ediciones de Th. Mommsen del Digestum, del Corpus Juris Civilis y de la Collectio, que permitían el uso de la legislación romana en textos definitivos, críticos y científicos.

En este período Francia recibe un impulso nuevo en los estudios romanísticos a través de la libertad de programas.

La reforma de 1889 implantó el método histórico, pero combinándolo con el método dogmático según lo expresa E. Cuq: "Se junta a la exposición dogmática el estudio crítico de una legislación que ha sido durante siglos el derecho común del mundo civilizado", en lo que él está de acuerdo. Para él es fundamental la dialéctica jurídica en cuanto desenvuelve el espíritu jurídico. La exposición histórica debe referirse a los factores que han contribuido a su evolución. Considera lamentable que se haya alejado la atención de las condiciones socio-económicas para concentrarse sólo al campo de la abstracción jurídica. La obra de Cuq está dividida a través del tiempo en derecho antiguo, clásico y post clásico.

La aparición de la obra de P. F. Girard "Manuel Elémentaire de Droit Romain", marca una nueva orientación en el campo de la romanística. Enfoca el estudio en el aspecto técnico jurídico. Su objetivo es volver a trazar la vida de las instituciones romanas, sin tomar en cuenta los factores socioeconómicos, ni las influencias del cristianismo y del Bajo Imperio. Su metodología es eminentemente histórica, usando la crítica y el criterio de interpolaciones. La exégesis de simple análisis se reemplaza por una reconstitución viva del derecho romano, según la forma en que las instituciones fueron creadas en su época. Estima que este método es altamente formativo en el análisis de los textos romanos.

La obra de Girard acepta el comparativismo, está fuertemente influenciada por Mommsen y presta gran importancia al aspecto técnico jurídico y a la influencia de la dogmática alemana. Acepta la división clásica en personas, cosas y acciones. Influyó considerablemente en la concepción de la enseñanza del derecho romano.

La metodología iniciada en el siglo XIX presenta una serie de variantes como la histórica, la dogmática y la sociológica tanto en la investigación como en la enseñanza. La orientación comparativista impulsada por L. Mitteis, al señalar la diferencia entre el derecho del Gobierno y el derecho del pueblo, abrió la investigación hacia Oriente, mientras que L. Wenger en "Roma y la Antigua Historia del Derecho", es-

tudiando los derechos de la antigüedad con el Romano, produjeron un fuerte impacto e influencia.

Francia también tuvo respuesta en las investigaciones de la epigrafía y la papirología.

En el presente siglo han tenido posición destacada en la tendencia histórica Ch. Appleton y C. A. Audibert.

H. Monier y P. Collinet son figuras de importancia en las investigaciones del derecho bizantino.

En la tendencia sociológica han descollado F. Senn y P. Huvelin.

Appleton sostiene que el defecto de la enseñanza actual proviene del exceso de hipótesis y de erudición en los manuales, lo que ha llevado a la falta de iniciativa e interés. No se trata de estudiar el derecho en comparación al civil positivo, sino en hacer un planteamiento autónomo con metodología histórica, sin olvidar la verdadera dimensión del derecho romano frente al derecho moderno.

La investigación histórica del derecho romano, lo ha alejado cada vez más del derecho civil positivo.

Dentro de la tendencia histórico-dogmática el Manual de R. Monier es el aporte más valioso y moderno francés a la exposición de la evolución de las instituciones romanas.

En la papirología destaca André Boyé y en la investigación del derecho romano primitivo ocupa un puesto de relevancia P. Noailles por su comprensión de los elementos espirituales que lo informan. En la tradición del sentido sociológico H. Lévy-Bruhl ha mantenido un elevado rango de investigación.

Las reformas de 1954 y 1960-62 privaron de su autonomía la enseñanza del derecho romano para confundirlo con la enseñanza de los demás derechos de la antigüedad, lo que ha esterilizado la docencia y la investigación de esta disciplina.

Las críticas han sido duras a este cambio y A. D'Ors expresa que esta disposición francesa recuerda los ensayos de Alemania nazi para hundir definitivamente el derecho romano.

Las críticas de autores franceses son claras al respecto: Villey sostiene que estudiando el origen y desenvolvimiento del derecho romano, descubrimos la génesis y la explicación del derecho privado francés actual. P. Jaubert: la mezcla derecho romano-antiguo derecho francés, actualmente en moda, es mortal para el derecho romano. Esta es una disciplina particular que demanda una enseñanza coherente.

Es igualmente negativo un planteamiento meramente descriptivo de las instituciones del derecho romano encaminado a mostrar su eventual plasmación con los derechos nacionales.

En resumen, se indica que la romanística francesa, fusionada con la historia del derecho, se dirige más a informar que a formar dentro de un gran recargo de erudición lo que trae fatales consecuencias en el campo de la enseñanza.

Las conclusiones del trabajo son las siguientes, tendientes a salvar la crisis de los estudios del derecho romano: 1) la orientación debe ser hacia el aspecto jurídico complementada con su dimensión histórica, sin que ésta elimine al primero. Tampoco la evolución de las instituciones debe llegar hasta el derecho moderno porque lleva hacia una mera información más que a la formación del jurista; 2) No cabe la enseñanza dogmática, ni mucho menos en función del derecho moderno, pues ello sólo proviene de la actitud servil a un rígido positivismo legal, que es inadmisibles en estos momentos en que asistimos a la crisis de la ley tras la degeneración del positivismo legalista. Por lo demás, esto es incompatible con el método histórico del derecho romano, y con su verdadero contenido histórico jurídico; 3) la función formativa del derecho romano hace muy conveniente la utilización técnica del caso como lo afirman Appleton y D'Ors, desde el punto de vista didáctico. Este casuismo es donde podemos captar mejor la forma de actuar de la jurisprudencia romana, y de donde derivan los mejores resultados del romano en la hora presente; 4) el valor formativo supone este estudio en los comienzos preparatorios de la enseñanza del derecho y que no se trate de suplementarle por un ensanchamiento de los estudios económicos o sociales, de los que dice García Garrido: "La orientación sociológica ha incidido en peligrosas desviaciones ultracientíficas, unas ya superadas, como evolucionismo y sociologismo jurídico, y otras que continúan permaneciendo amenazadoras en el horizonte romanístico. Me refiero a las actuales tendencias francesas de construir una sociología jurídica basada en los derechos de la antigüedad, que pretende sustituir el derecho romano en la iniciación de los estudios jurídicos y también la orientación marxista, que pese a sus falsos postulados históricos, unánimemente rechazados, no deja de gozar cierto benévolo favor".

Estas observaciones son bastante valederas en nuestra patria en que, a menudo, lo único que se desea por parte de los alumnos, más que adquirir un verdadero sentido de la jurisprudencia, es alcanzar en breve plazo un legalismo pragmático, muy ajeno a lo que ha sido la verdadera ciencia del Derecho.

HUGO HANISCH E.