

DERECHO ROMANO VULGAR

Estado de la cuestión a 1964

JESÚS BURILLO

Universidad de Murcia

Quizá pueda afirmarse sin reservas que el tema que más tensión ha producido recientemente entre los romanistas es el del enfoque del período que media entre Constantino y Justiniano, al que Kunkel llamó período polifónico¹. Schulz², por ejemplo, distingue en él gran variedad de tendencias nuevas: clasicismo, prurito codificador, afán de simplificación y de eludir el formalismo, influjos helenísticos, tendencias humanitarias y cristianas, pero no sitúa todos esos elementos en una relación histórica. En la época en que escribió su *Historia de la Jurisprudencia romana* le hubiera sido difícil actuar de otro modo y su exposición hubiera salido recargada con ciertas inseguridades. De ahí que podamos entender la ausencia de diferenciación como una consciente reserva de Schulz, que prefirió indicar los elementos en juego más bien que presentar con ellos una síntesis de dudosa validez³.

En esta línea de considerar los elementos separados sin querer aceptar una idea característica predominante están Archi, Guarino, Pugliese...

En la línea de aceptar un concepto que por su predominio caracterice al período están decididamente Levy, Wieacker, Kaser, D'Ors..., para quienes el fenómeno del vulgarismo caracteriza la época postclásica, sobre todo en occidente.

A nadie se le oculta que la formación del D.R.V. en las provincias occidentales del imperio, constituye en los últimos años un verdadero tema de elección en la obra científica de bastantes romanistas

¹ KUNKEL, recensión a SCHULZ, *History of Roman Legal Science in ZSS.* 68 (1951), p. 567.

² SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961).

³ KUNKEL (n. 1), p. 566.

e historiadores del Derecho europeo. El asunto es, en efecto, seductor y reviste una importancia extraordinaria para comprender bien la línea evolutiva del D.R. postclásico y la influencia por él ejercida en la elaboración de los sistemas jurídicos de la alta Edad Media. Por su propia naturaleza se presta a una colaboración íntima entre romanistas e historiadores del Derecho medieval, y tan pronto vemos a aquéllos ofrecer a los medievalistas elementos preciosos para interpretar la legislación visigótica o borgoñona, como vemos a éstos ofrecer a los romanistas nuevas posibilidades e informaciones para una palingenesis de las Sentencias de Paulo o para una mejor interpretación de esta o aquella fuente postclásica⁴.

Quien por vez primera empleó la expresión D.R.V. a fines del siglo xix, fue el germanista Brunner⁵, a propósito de la historia del documento y de ciertas realidades que, divergentes del Derecho de los juristas clásicos, explican el desarrollo ulterior del Derecho de la Alta Edad Media. Brunner aludía expresamente al paralelo con el latín vulgar que, distinto del clásico, explica el desarrollo ulterior de las lenguas romances.

El romanista Mitteis⁶ asumió el concepto proporcionado por Brunner y lo contrapuso al Volksrech, i. e., a las formaciones indígenas autóctonas de los pueblos no romanos pertenecientes al imperio. En esta contraposición radica, en parte, la importancia histórica de Mitteis porque con ella propuso a la ciencia romanística un fecundo tema de investigación.

La expresión D.R.V. fue definitivamente consagrada por Levy en el Congreso de Oslo de 1928, al caracterizar debidamente el D.R.V. que ha de ser entendido como aquel que supone una degeneración respecto a los modelos clásicos. En aquella comunicación memorable, publicada al año siguiente⁷, Levy ponía de relieve el vecino caminar, aunque con entrecruces de dos preguntas: Primera: ¿Por qué se ha transformado el Derecho clásico? Segunda: ¿Dónde ha tenido lugar tal transformación?

Y señalaba que el traslado del centro de gravedad del poderío romano a oriente imprimía a las investigaciones del periodo post-

⁴ BRAGA DA CRUZ, *Direito romano vulgar occidental*, en *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 25 (1949), pp.197-250.

⁵ BRUNNER, *Zur Geschichte der römischen und germanischen Urkunde* (1880), pp. 113-139.

⁶ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891), p. 3 ss.

⁷ LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischer Entwicklung des römischen Rechts* en *ZSS.* 49 (1929), 230 y sigs. Meréa asistió al congreso de Oslo y declara la influencia que la comunicación de Levy tuvo en su formación: cfr. Meréa: *Estudos de Direito visigótico* (1948), VII.

clásico una dirección general de tal cariz que apenas se pensó en una colaboración de occidente y llegaron a emplearse como sinónimos vocablos como postclásico y helenístico (e incluso, bizantino)⁸. Levy afirmó claramente que había llegado la hora de que, “como cuestión de principio, se intente aclarar si puede hablarse de una actividad digna de tal nombre, del occidente y, si ello es cierto, desde qué puntos de vista permite ser valorada y encuadrada en lo hasta ahora sabido”⁹. Levy, con una breve panorámica sobre la historia jurídica externa, contesta afirmativamente a la pregunta de si en el período intermedio hubo producción jurídica en occidente¹⁰. De ahí que “la cuestión de la dependencia o independencia interna de la producción occidental sólo pueda responderse mediante un análisis de tal producción”¹¹. Levy examina casi exclusivamente el Código de Eurico y aquellas obras de *ius* y *leges* que Alarico II unió para formar su Breviario. Primero llama la atención sobre algunos puntos de vista formales en los que se distinguen ambas producciones literarias y señala ciertas peculiaridades que conducen a los indicios del contenido de modo que comparando construcciones postclásicas de occidente y oriente se aprecian discrepancias y coincidencias. Las discrepancias aportan la prueba inmediata de una original transformación ulterior en occidente. Las coincidencias nada dicen, en principio, a favor de una dependencia interna de una parte del imperio respecto a la otra.

Con las muestras que aporta, da Levy por terminado su periplo en aquella memorable comunicación y traza “las líneas fundamentales de un cuadro que podrá escribirse tras la investigación de todas las fuentes occidentales”¹².

Levy ha sido fiel a su programa de trabajo y en investigaciones posteriores comprueba muchas de las hipótesis apuntadas en la comunicación a que nos hemos referido. A él se deben los más importantes estudios monográficos y de conjunto sobre el D.R.V.¹³.

⁸ LEVY, *ob. cit.* en nota 7, 231.

⁹ LEVY, *ob. cit.* en nota 7, 232.

¹⁰ LEVY, *ob. cit.* en nota 7, 236.

¹¹ LEVY, *ob. cit.* en nota 7, 236.

¹² LEVY (n. 7), p. 258.

¹³ LEVY, *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrecht*, en *Atti Cong. Int. Roma*, 2 (1935), 27 ss.; *Reflections on the first “Reception” of Roman Law in germanic States*, en *American Hist. Review* 48 (1942), 20; *Vulgarizations of Roman Law in the early Middle Ages*, en *Medievalia et Humanistica* 1 (1943), 14 = *BIDR.* 45-46 supl. (1951), 222; *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (1951); *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (1956); rec a GAUDEMET: *La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles*, en *ZSS.* 75 (1958), 451 ss.; *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *ZSS.* 76 (1959), 1 ss.; *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*,

La revista *Labeo*, que tal vez sea tanto como decir su ingenioso mantenedor Guarino, quiso tomar el pulso a la romanística acerca del vulgarismo. En un *Redazionale*¹⁴, se lanzaba el interrogante de si la historiografía romanística contemporánea estaba sufriendo un giro, un cambio, como parecería deber deducirse de ciertas manifestaciones expresadas sobre todo en Alemania y originadas por las felices investigaciones de Levy sobre las fuentes postclásicas occidentales que han llevado progresivamente a afirmaciones categóricas de carácter general formuladas por el mismo Levy y, entre otros, por Kaser, según los cuales el D.R. postclásico habría de calificarse como D.V., aunque fuertemente contenido, sobre todo en Oriente por el academicismo clasista. Sigue el mencionado *Redazionale* de *Labeo* afirmando que esto no es solamente una idea, sino una argumentación densa, compacta, sugestiva, plenamente digna de los estudiosos de altísimo valor y profunda perspicacia que la han madurado y expuesto. "Si es válida, determinaría obviamente la necesidad de una revisión radical de fundamentales doctrinas hasta ahora unánimemente aceptadas; la oportunidad de una revisión completa de las tensiones entre los factores de la evolución postclásica; la utilidad, en todo caso, de una minuciosa puesta a punto de tantos resultados particulares conseguidos en las investigaciones romanísticas de los últimos sesenta años. En suma: el giro"¹⁵.

Los resultados de la encuesta han superado en interés a todo lo precedente, lo que dice mucho del alto sentido de oportunidad que distingue a sus promotores. Seleccionaremos algunas contestaciones.

Kaser¹⁶ espera de la encuesta de *Labeo* que los historiadores de todos los países sientan la llamada a una estrecha colaboración para investigar este retoño más joven de la ciencia romanística y presenta resumidos resultados anteriores que había expuesto en otras sedes¹⁷. Para Kaser:

1. El D. V. es un fenómeno estilístico propio del vulgarismo.
2. Las raíces del D. V. tardío han de buscarse en el pueblo —*vulgus*—, pero su formación técnico-jurídica proviene de los profesionales del Derecho en la *praxis*.

en *BIDR.* 62 (1959), 1 ss = en *Ius et lex. Festschrift Max Gutzwiller* (1959), 65 ss; *Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, en *ZSS.* 77 (1960), 1 ss.

¹⁴*Labeo* 6 (1950), 5 ss.

¹⁵*Labeo*, ib.

¹⁶KASER, en *Labeo* (1960), p. 228 ss.

¹⁷KASER, *El Derecho romano-vulgar tardío*, en *AHDE.* 30 (1960), p. 617 ss; s. v. *Vulgarrecht*, en *PW.*

3. El D. V., aunque no forme un sistema cerrado, es un conjunto de ideas y orientaciones jurídicas, un estrato jurídico.
4. Señala las recientes constataciones de D. V. en Oriente indicadas por Levy, especialmente en constituciones imperiales que, en cuanto publicadas en Oriente, en general sólo estuvieron vigentes en aquella parte del Imperio. La existencia de sorprendentes paralelos de D.V. en Oriente y Occidente podría explicarse no por la asunción de un material jurídico vulgar, producto de una opinión popular (*Volksrechtlich*) extendida en Oriente, ya que allí la mayoría de la población vivía según los derechos populares indígenas y apenas sería terreno adecuado para la formación de un D. R. V., sino porque la sustancia del D. V. habría nacido primero en Occidente y con el contenido de las constituciones imperiales desde la época de Constantino pasaría a Oriente, donde se naturalizaría en la vida del Derecho. El clasicismo escolástico oriental limitaría su influjo.
5. Con su recepción en el Derecho legislado alcanza una solidez y efectividad a la que debe su importancia como fuente autónoma de desarrollo en la historia del D. R. Alcanza la cúspide de su órbita a mediados del siglo v —epítome de Gayo, *Interpretatio* al C. Th. y a las PS.—. En Occidente se entumece con la caída del Imperio. En Oriente es detenido y parcialmente cortado por el mencionado clasicismo de las escuelas que en muchos casos —no en todos— provocan un retorno que en Justiniano alcanza su punto culminante.

Para D'Ors¹⁸ el D. V. constituye un tema central en los estudios romanísticos de hoy, y:

1. Vulgarismo equivale a ausencia de jurisconsulto y (coetánea¹⁹ o sucesiva), a falta de estilo.
2. El vulgarismo no es el único factor del Derecho postclásico. La legislación cristiana y el academicismo clasicista oriental confluyen y neutralizan el vulgarismo.
3. Puede y debe ser detectado en la tradición de los libros jurídicos (más secundariamente de los documentos). El vulgarismo es corruptión no tanto de la vida jurídica misma cuanto de los modelos literarios.

¹⁸ D'ORS, en *Labeo* 6 (1960), p. 321 ss.

¹⁹ MAYER-MALY, "Vulgo" und "Vulgarismus", en *Labeo* 6 (1960), p. 7, partiendo de una indicación de Solazzi sobre Gayo 2, 49 (*Glose a Gaio*, en *Per il XIV Centenario della codificazione giustiniana* (1938), p. 361 ss.; *AG.* 144 (1953), p. 4 ss.), llega también a la conclusión de que en época clásica se dieron vulgarismos conscientes en la misma Roma. Estos vulgarismos se encuentran principalmente en los contrastes entre la lengua ordinaria, de la calle, y la especializada. Los representantes de estos vulgarismos han de ser buscados en el círculo de los que tienen una información jurídica a medias.

4. El estudio del vulgarismo obliga a revisar la periodificación de la historia del D. R. La época postclásica es época de provincialización.

5. La consideración del vulgarismo debe estar siempre presente en los textos y su estudio presenta gran interés para explicar la continuidad del Derecho europeo medieval anterior o extraño a la recepción.

Según Mayer-Maly²⁰, la importancia del D. R. V. está patente a los ojos de todos y la magnitud de su problemática —que al principio pudo parecer como una adecuada explicación de la peculiaridad del desarrollo jurídico romano tardío— supera a la de los temas tradicionales del D. R.

Con bastante anterioridad a los escritos citados de Kaser, D'Ors y Mayer-Maly, un historiador portugués, al que pocos pueden equipararse en el conocimiento de las fuentes postclásicas occidentales, había aceptado sin ambages la denominación D. R. V. En la introducción a sus *Estudos do Direito Visigótico* (1948), Paulo Merêa manifestaba la quiebra del encanto que mantenía a los medievalistas alejados, en general, del D. R. y, en compensación, atraídos por la fascinación del Derecho germánico, actitud a primera vista extraña, dado el valor de la tradición romana que, en tantos otros aspectos de la cultura occidental, nadie pensaba poner en duda²¹. Es sabido que los estudios del ilustre profesor de Coimbra han contribuido decisivamente a aclarar el carácter predominantemente romano-vulgar de las fuentes visigóticas, demostrando que muchas instituciones cuyo carácter germánico era tenido como dogma, no son más que el resultado de una sucesiva y lenta transformación de las viejas instituciones romanas. Es muy significativo que esté dedicado a Paulo Merêa la Edición, *palingenesis e índices del Código de Eurico*, publicado por D'Ors²², cuyo prefacio se inicia con estas palabras: "el último resultado de los estudios recogidos en el presente volumen puede ser éste: que el Código de Eurico es fundamentalmente una fuente de D. R. V."

Frente a las opiniones que acabamos de mencionar han asumido actitudes netamente contrarias varios italianos y con especial relieve

²⁰ MAYER-MALY, en *Labeo* 7 (1967), p. 349 ss.

²¹ MERÊA, *Estudos do Direito Visigótico* (1948), IX.

²² D'ORS, *El Código de Eurico* (1960). Vid. la amplia e importante recensión a esta obra por LEVY, en ZSS. 79 (1962), p. 479 ss., en la que plantea importantes discusiones y en la que manifiesta (pág. 488) que "la obra que tenemos ante nosotros constituye una insigne aportación. Anteriormente nunca fue investigada tan sistemática y metódicamente la legislación original más antigua de los visigodos".

Guarino y Archi. El primero, en la recensión al segundo volumen del tratado de Kaser²³; el segundo, en la recensión a la misma obra de Kaser, a las *Obligaciones* de Levy y en su contribución a la encuesta de *Labeo* sobre vulgarismo²⁴.

Guarino expresa grandes dudas, corroborando con ello el escepticismo de Pugliese²⁵, en orden a la legitimidad de esta reconstrucción del D. R. V. tal como aparece en los últimos escritos de Levy y Kaser: "creazione di un verdadero mito"²⁶. Para Guarino el creer poder explicar la evolución, que indudablemente ocurrió y fue importante, con la acción prepotente del hipotético vulgarismo occidental y oriental y con la reacción correctiva del humanismo clasicista de las escuelas de Oriente, "creer en esto —se me permita— es ceder a las lisonjas de un artificio, que una razonada meditación revela fácilmente simplista"²⁷. Y manifiesta que "es mucho más razonable decir, concordes con el razonamiento tradicional, que la causa de este relajamiento vulgarista y de toda la decadencia postclásica fue esencialmente la comprensión de la libertad, determinada a su vez por el inexorable agotamiento de la democracia romana"²⁸.

La postura de Archi requiere una mayor atención por la amplitud de su problemática, por la variedad de sus matices y porque entra en discusión con el decisivo estudio de Levy, *Derecho vulgar occidental-oriental y Justiniano*²⁹, en el que se plantea el problema de si, además de los factores que a primera vista determinaron predominantemente la formación del Derecho privado en Oriente: 1. El cambio orgánico de las instituciones clásicas, consecuencia necesaria de la caída del dualismo de los órdenes civil y pretorio, de la desaparición de la mayoría de los negocios formales, de la muerte del procedimiento formulario y del quebranto de la familia agnaticia. 2. El Derecho positivo legislado por los emperadores. 3. La *praxis* helenística que aparece en los papiros. 4. La tradición clasicista de Berito y Constantinopla; hubo todavía lugar para un D. R. V. oriental. Según Levy, la respuesta ha de ser afirmativa.

²³ GUARINO, "Vulgarismus" e diritto privato postclassico, en *Labeo* 6 (1960), p. 97 ss.

²⁴ ARCHI, rec. a LEVY, *Obligationenrecht*, en *SDHI* 23 (1957), p. 410 ss.; rec. a KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, en *SDHI* 26 (1960); *Labeo* 7 (1961), p. 210 ss.

²⁵ PUGLIESE, rec. a LEVY, *The Law of Property* (1951), en *AG* 141 (1951), p. 119 ss.

²⁶ GUARINO, (n. 23), p. 99.

²⁷ GUARINO (n. 23), p. 99.

²⁸ GUARINO, (n. 23), p. 102.

²⁹ LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *ZSS* 76 (1959).

Archi³⁰ disiente de la tesis central de Levy y Kaser; admite que sería una grave falta no profundizar en el D. V. —entendiendo vulgarización como transformación de estilo y sustancia dentro del sistema romano clásico—, y advierte que se caería en error si éste de la vulgarización, que es un problema, se convirtiera en el problema de la época postclásica, período lleno de contradicciones y multiplicidad de aspectos. Levy entiende que el D. V. es una fuerza nueva contenida por el vigor de la jurisprudencia clásica, que se expansiona a partir de Constantino, y débilmente contenida por las constituciones imperiales y por el clasicismo; una fuerza dinámica que a comienzos del siglo iv se convierte en determinante del desarrollo del D. R.; no corresponde al D. V. la calificación de postclásico, porque está fuera de la línea de desarrollo del D. R. preclásico y clásico: es D. R., pero D. R. en polémica con el filón clásico; este nuevo complejo normativo tuvo gran posibilidad de expansión simultáneamente en Occidente y Oriente; es el factor de desarrollo que informa la historia del D. R. desde Constantino a Justiniano.

En Kaser³¹ encuentra un ámbito más amplio el concepto de vulgarización como fenómeno cultural. Para Kaser el destino del D. R. en el período postclásico está dominado, en primer lugar, por el proceso de su vulgarización. Luego, en un determinado momento, cesa Kaser de hablar de vulgarización y recurre al concepto D. V. en el sentido de Levy. Entre Levy y Kaser existe la diferencia del mayor relieve de la vulgarización como decadencia de estilo por parte del segundo.

Archi matiza la importancia de esta diferencia porque la afirmación de Levy de que el D. V. está fuera de la línea de desarrollo del D. R. preclásico y clásico, no sería cierta si se acepta la tesis de Kaser que habla del Derecho clásico y su vulgarización.

Levy se esfuerza en aclarar el sucederse de las diversas orientaciones normativas: D. V., Derecho justiniano, Derecho germanobárbaro, e intenta evidenciar los principios sustanciales contrastantes. Kaser, en cambio, intenta aclarar primordialmente un grado distinto

³⁰ Para todas las referencias a Archi que siguen a continuación, vid. su colaboración en la encuesta sobre Vulgarismo, en *Labeo* 7 (1961), p. 210 ss., donde resume posiciones manifestadas en otras sedes, y donde no trata de discutir en abstracto el fenómeno de la vulgarización en el campo del Derecho en general, sino de expresar un juicio sobre la interpretación que dos romanistas alemanes —Levy y Kaser— han hecho de la historia del DR a partir de Constantino, interpretación que indica como clave, para comprender el período que va del siglo iv al vi, la vulgarización del pensamiento jurídico y el triunfo de instituciones vulgares que se afirmaron primordialmente en la praxis.

³¹ KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. *Die nachklassische Entwicklung* (1959).

de nivel estilístico. Archi juzga el método de Levy y Kaser analizándolo a través de sus resultados y cree que la amplia serie de logros que Levy consigue en su *Derecho de obligaciones*, no justifica la distinción en un plano jurídico sustancial entre un D. V. y un *Kaiserrecht*³².

Respecto al D. R. V. oriental, Levy³³ puntualiza su análisis en dieciocho argumentos y concluye su examen afirmando que los casos aducidos demuestran la existencia de un difundido D. V. en Oriente, que en realidad, en lo relativo a su entidad y origen, es frecuentemente igual al occidental³⁴. Presenta las dieciocho coincidencias sobre D. V. occidental y oriental a título de ejemplo³⁵:

1. Las categorías *actio in rem* y *actio in personam* pierden su antiguo sentido basado en la *causa* y conexo con importantes efectos.
2. El general desprecio y ruina del sistema de acciones que caracteriza al D. V. occidental aparece también en las constituciones orientales.
3. Palidece el concepto de *vindicare*.
4. La *possessio* que a causa de su frecuente confusión con *dominium* no basta ya para indicar el señorío de hecho sobre una cosa, es caracterizada en el proceso posesorio como *momentaria possessio*. El proceso petitorio se llama, en cambio, *principale negotium* o simplemente *negotium*; también, *principalis quaestio* o *causa* o algo parecido.
5. El que ejercita la *Selbsthilfe* prohibida o el que por su cuenta y riesgo interviene, acarrea la pérdida de su derecho o, si éste no existe, tiene que entregar el bien jurídico dañado y además indemnizar su valor.
6. La *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* de estilo clásico desaparecen de la praxis después de Constantino.
7. Se pierde el concepto técnico de *servitus* como derecho sobre cosa ajena basado en un acuerdo.
8. *Contractus* se convierte en un mero acuerdo obligatorio.
9. Como desde Constantino —CI. 3, 1, 8— todos los negocios se han de juzgar desde el punto de vista de la *aequitas*, ya no existen *iudicia bonae fidei* específicos. Sólo se habla de *bona* o *mala fides* en el derecho contractual en el sentido de que las partes actúen de buena o mala fe.

³² ARCHI, en *SDHI* 23 (1957), p. 415.

³³ LEVY (n. 29), p. 1.

³⁴ LEVY (n. 29), p. 14.

³⁵ LEVY (n. 29), p. 5.

10. La *stipulatio*, que se hacía normalmente por escrito, solamente se distingue del *pactum* escrito en la cláusula de pregunta y respuesta.
11. La *stipulatio Aquiliana* se convierte en promesa de una pena contractual y sirve así para reforzar los contratos.
12. La *novatio* nada tiene que ver con el anterior negocio de ese nombre y deja de ser un negocio jurídico con forma específica; significa simplemente cualquier renovación de una obligación con o sin cambio de contenido o de parte, y a veces también la renovada documentación o registro de una deuda.
13. La entrega de préstamo de dinero se llama no pocas veces *commodare* (*pecuniam* o algo parecido). Normalmente, había intereses.
14. Se hunde el mandato de crédito clásico hasta convertirse en ocasional designación de una garantía normal.
15. Con *negotia (aliena) genere* ya no va unido el sentido de que se asumen negocios ajenos sin mandato.
16. Cuando hay que entregar la cuantía de un enriquecimiento sin causa a aquel a cuya costa se logró, se dice de una manera lega y exenta de puntos de vista jurídicos. De la *condictio* nada se vuelve a saber. La ausencia de fundamento jurídico como base del resarcimiento es ininteligible al D. V.
17. La relación entre pena privada e indemnización de daños (*Privatstrafe und Schadenersatz*) se invierte. Mientras que en época clásica a causa del delito era debida una pena al dañado, que frecuentemente equivalía al resarcimiento, ahora predomina la idea de que el delincuente tiene que indemnizar lo que se apropió, ya al simple, ya en un múltiplo.
18. El menor de edad no precisa buscar *in integrum restitutio*. Impugna su prestación u obligación mediante declaración propia: *in integrum se restituendo*. La restitución por entero desaparece bajo la *actio*, en cuyo curso el actor tenía que probar, como cualquier requisito preprocesal, su minoría en el momento de realizar el negocio y el daño sufrido, en el caso de que fueran discutidos.

Levy añade a cada punto la posición que tomaron los compiladores y concluye afirmando que los casos precedentes permiten aclarar tres hechos³⁶:

- a. Demuestran la existencia de un D. V. extendido en el Imperio Romano oriental, que en los temas, en los términos y en el origen es con frecuencia idéntico al occidental.

³⁶ LEVY (n. 29), p. 14.

b. Los muchos comprobantes que simultánea o exclusivamente son proporcionados por el CI., permiten reconocer que los compiladores bizantinos no fueron capaces de desterrar de la codificación todos los elementos vulgares que se habían infiltrado ya inevitablemente con los amplios materiales asumidos con visión enferma de presbicia en el nuevo Código. Tales elementos debieron haber sido impuestos por los profesores orientales, aunque ciertamente con frecuencia con repugnancia. Pues tales profesores explicaban, como todavía lo delatan escasas noticias, las constituciones del CTh.: Patricio a CTh. 2, 9, 2 = CI. 2, 4, 40 (Schelmata, B 1427 s.), CTh. 8, 12, 5 = CI. 8, 53, 27 (Heimb. iv 585) y CI. 4, 2, 16 (Heimb II 652), Domninos a CTh. 8, 12, 5 cit., Schol. Sinait. 2 y 3).

c. Las existencias de tales elementos vulgares en la Codificación de Justiniano nada dicen sobre su propia toma de partido respecto al problema correspondiente. Unas veces asume Justiniano la solución vulgar (supra núm. 14 y en núms. 19, 20), a veces la recibe bajo envoltura classicista (núms. 9, 10, 18), a veces busca combinar el Derecho clásico y vulgar (núm. 5), a veces reproduce en lo esencial la situación clásica, pero sin desmontar las concepciones o términos vulgares (núms. 3, 7). En ocasiones su punto de partida está en contradicción más o menos franca con tales concepciones (núms. 1, 2, 8, 13, 17). Sería fácil de ampliar la serie de estos casos si se presentasen igualmente las constituciones con que contribuyó el Occidente. Pues a los ojos de los compiladores el CTh. aparecía como una unidad y ellos estaban muy lejos de considerarlo dividido en constituciones orientales y occidentales.

Archi³⁷, en aras de la brevedad, da como pacíficos los ejemplos que Levy propone, salvo quizás el número 9. Y soslayando los núms. 5, 9, 11, 17, a causa de que el punto sustancial tratado no puede ser totalmente pacífico, Archi se hace las siguientes preguntas: ¿La problemática indicada por Levy puede verdaderamente ser valorada como reveladora de una fuerza nueva en el desarrollo del D. R., como aquel D. V. entendido en el significado esencial que Levy le atribuye? ¿O no es más exacto pensar que nos encontramos frente a las consecuencias derivadas de la aplicación ahora general, del sistema clásico a todo el Imperio y en el momento de decaer las energías creadoras de una gran jurisprudencia, dado que ahora los mejores hombres de la nueva sociedad dedicaban sus esfuerzos a otros problemas? No se trata para Archi de un choque o encuentro de corrientes contrastantes, sino de un fenómeno de decadencia estilís-

³⁷ ARCHI, en *Labeo* 7 (1961), p. 213 ss.

tica y cultural. En otras palabras: vulgarización de la sustancia y fenomenología de la cual, bajo muchos perfiles, ha sido trazado un cuadro genial en la investigación de Wieacker, *Vulgarismo y clasicismo*. Y cree Archi que esta diagnosis debe ser acogida además por otros motivos, i. e., que los datos señalados por Levy son atestiguados precisamente por las fuentes del Derecho imperial opuesto al D. V. El sostener que este fenómeno se puede desligar también considerando que Constantino tiene, en relación con el Derecho privado, una posición antitética a Dioclesiano y que, por tanto, abre las puertas a las nuevas ideas, suscita muchas dudas.

Si debemos aceptar la premisa, sigue Archi, de que el D. V. es un complejo de normas caracterizables incluso estilísticamente, que la jurisprudencia clásica había contenido hasta la venida de Constantino, parece difícil creer que tal complejo se presentase ya rápidamente a comienzos del siglo IV, tan bien articulado como para imponerse al otro gran filón del Derecho postclásico, que es el Derecho imperial. Es más fácil persuadirse de todos estos fenómenos llevando los términos del problema al plano cultural. Decae, también en la cancillería imperial, una élite técnicamente cualificada y que sienta como preeminentes el significado y los problemas del Derecho privado. Vuelta la atención a otras cuestiones no menos graves y más actuales, la cancillería se expresa cuando legisla con una vulgarización de conceptos de estilo en armonía con el nuevo ambiente. Sobre este plano se comprenden fácilmente las consonancias entre Oriente y Occidente. Advierte Archi, sin embargo, que no quiere dar pie a que se crea que, por lo hasta ahora dicho, se adhiera más al planteamiento de Kaser. Si con Kaser se evitan algunas dificultades que Levy suscita, se encuentran otros obstáculos, pero de naturaleza distinta³⁸. La posición abstracta del esquema reconstructivo de Kaser deja para Archi demasiadas incertezas en el momento concreto de solucionar cada uno de los problemas. El cuadro complejo ofrecido por Kaser demuestra la imposibilidad de encontrar una fórmula que en todos los sectores permita al historiador penetrar y comprender la realidad del fenómeno. En realidad, hay para Archi una característica constante en la problemática del Derecho privado desde Constantino a Justiniano. Nos encontramos en un mundo en el que los hombres están frecuentemente desarraigados del pasado, remoto o reciente, y que, por lo tanto, demuestran a veces en sus decisiones una cierta dosis de despreocupación. En este mundo, nuevo respecto al clásico, son varias las posibilidades de combinación entre los varios

³⁸ARCHI, en *Labeo* 7 (1961), p. 214.

factores de la evolución, precisamente por este desencanto. Ninguna fórmula a priori, ninguna jerarquía. Archi recuerda al estudioso que para abarcar totalmente la realidad del período postclásico, hay también otros puntos de vista no menos esenciales³⁹. Podríamos replicar a Archi diciendo que, sin embargo, hasta hoy nadie ha demostrado que lo fueran, como ha ocurrido con el D. R. V.

Se queja Archi de que el haber polarizado la historia jurídica de los siglos IV-VI en el fenómeno del D. V. o del vulgarismo, ha llevado a la excesiva simplificación de una realidad compleja, de modo que las nuevas corrientes hacen correr el riesgo de reducir a proporciones demasiado modestas el problema del período justiniano, i. e., que el problema de la Compilación es algo más que un producto exclusivo del clasicismo, lo cual para Archi es inexacto. Por otra parte, este mismo autor cree imposible negar que Justiniano fuera muy consciente de lo que había sido el desarrollo del Derecho en la época postclásica. Para percatarse de esto, basta leer las constituciones de Justiniano, proyectándolas en el desarrollo justiniano, y no analizándolas a la gran luz de las creaciones clásicas con el único fin de descubrir la decadencia o el envolvimiento a las que estas últimas estuvieron sometidas⁴⁰. Pues también bajo este perfil, i. e., de la línea de la evolución postclásica se verá constatada una autonomía de la política legislativa justiniana. Archi basa estas afirmaciones en experiencias investigadoras hechas por él mismo. Y cree poder afirmar que también el período justiniano obliga a poner en guardia al estudioso acerca de la necesidad de ampliar el punto de vista crítico. Termina Archi augurando, como todos los buenos romanistas, que en el futuro las investigaciones serias no podrán prescindir de las perspectivas abiertas y de los problemas suscitados por Levy, Wieacker y Kaser. Lo que significa que tales investigaciones eran y son vitales.

Con posterioridad al referido escrito de Archi⁴¹, Levy, en otra importante contribución, *D. V. R. oriental después de la caída del Imperio de Occidente*⁴², demuestra que el paso decisivo en la reacción clasicista se debe a Justiniano, aunque esta afirmación sea compatible con el admitir situaciones previas de clasicismo. Según Levy, este problema había sido subrayado o propuesto ocasionalmente, pero hasta ahora no había sido tratado.

³⁹ ARCHI, en *SDHI* 26 (1960), p. 329.

⁴⁰ LEVY, en *ZSS* 76 (1959), p. 14.

⁴¹ ARCHI (n. 37), p. 210 ss.

⁴² LEVY, *Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, en *ZSS* 77 (1960), p. 1 ss.

Durante los reinados de León I (457-474) y sus sucesores (Anastasio I, 491-518; Justino I, 518-527), la escuela de Berito era muy floreciente, y la de Constantinopla gozaba de análogo prestigio. En una y otra se estudiaban los escritos de los clásicos y de sus alumnos más selectos se surtía el foro de Constantinopla, el profesorado y la cancillería. Constata Levy⁴³ que, comparadas con las leyes de la época precedente, las constituciones de Derecho privado del período que comienza aproximadamente con León presentan un lenguaje que, en general, es más conciso y técnicamente preciso, en detrimento de lo retórico, en un afán de buscar más la claridad del razonamiento que la expresión pomposa y recargada de florituras. En cambio, parece que los alumnos de Berito y Constantinopla tuvieron menos éxito al querer imponer los conceptos del Derecho clásico en que habían sido aleccionados contra los ya arraigados elementos vulgares. Los que se habían formado en el Derecho clásico no tenían fuerza suficiente en la atmósfera vulgarizante que desde generaciones se respiraba en la cancillería imperial. Sólo lo lograron en casos contados, ya que, en general, triunfaba el vulgarismo jurídico con la expresa sanción de acreditada *consuetudo* por parte de León —CI. 8, 52, 3—, lo que implicaba una garantía que no ha de ser infravalorada. Según Levy⁴⁴, el ambiente bajo los emperadores mencionados es esencialmente el mismo y por ello ordena algunos ejemplos, no cronológicamente, sino por materias. En ellos:

- Se elude la oposición posesión-propiedad.
- *Vindicare* pierde su matiz.
- Los negocios jurídicos prohibidos se consideran nulos.
- Persiste la inflación del concepto *contractus*.
- Sorprende la pérdida de un criterio para la distinción de actos contractuales y delictivos en Zenón CI. 4, 65, 32.
- Compra y donación implican acuerdo.
- Tiene lugar la transmisión de un crédito sin que se distinga entre negocio causal y disposición.
- Ciertas cesiones fueron liberadas según CI. 4, 35, 2, 2, de las medidas restrictivas de Anastasio, entre ellas *quascumque . . . is qui res aliquas possidet pro . . . rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit*, es decir, cesiones que alguno hubiere recibido como recompensa por la custodia y guarda de cosas ajenas. El emperador podía haber ahorrado este circunstancial modo de hablar

⁴³ LEVY (n. 42), p. 2.

⁴⁴ LEVY (n. 42), p. 2 ss. Cfr. la documentación textual pertinente en esta sede.

si todavía hubiere sido corriente el tipo contractual *locatio conductio operis*.

— El *mandator* se convierte en una figura normal del derecho de garantía y se identifica con el *fideiussor*.

— De qué manera *civilis*, en cuanto opuesto a *criminalis*, se refería a la pena privada, y cómo se imaginaba al *furtum* como prototipo de los hechos típicos que acarreaban penas, lo aclara CI. 1, 49, 1 (año 419) en diversos giros.

— Se eliminaba la diferencia entre la sucesión universal y otras disposiciones de última voluntad, tanto que se llega a una denominación general como *relinquere, pervenire ad* o similares. A veces la *successio* indica la sucesión del heredero, a veces todas las sucesiones *mortis causa* en contraste con las *inter vivos*, a veces se refiere a estas últimas.

Los anteriores ejemplos demuestran que en los setenta años precedentes al ascenso de Justiniano, los elementos ocupados en la legislación estaban todavía profundamente inmersos en concepciones de D. V.⁴⁵

Hay asimismo casos de conexión y vuelta al Derecho clásico despreciando las concepciones vulgares. En este fenómeno puede apreciarse la influencia de las escuelas. El testimonio más importante es la nueva ordenación de la enfiteusis por Zenón CI. 4, 66, 1. Otro es el retorno a la cesión de acciones: CI. 4, 35, 22 (año 506). La expresión *hypotheca*, cuyo uso sólo es constatable una vez en todo el período intermedio (CTh. 4, 14, 1) comienza a emplearse de nuevo desde León. En la misma línea está la reaparición en época de León del desde hacía tiempo desaparecido *deponere*, no meramente alternativo con el acostumbrado *commendare*, sino solo. Añade Levy⁴⁶ que las constataciones hechas serán más impresionantes si se las contempla desde la legislación justiniana, porque su giro hacia el clasicismo aparece a plena luz por vez primera cuando en octubre del 530 Justiniano decide ordenar los Digestos. Levy aporta pruebas convincentes de la inmediata influencia de las grandes escuelas jurídicas una vez ascendido al trono el emperador Justiniano:

— Las arcaizantes palabras *nullan compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat*, con las que suprime la compensación del depositario.

— El operar con la *exceptio doli* como si fuera algo cotidiano en la praxis de entonces.

⁴⁵ LEVY (n. 42), p. 12.

⁴⁶ LEVY (n. 42), p. 13.

— El hacer surgir el contrato *ex fide bona* y el operar con las categorías *actiones personales vel in rem vel hypothecarias*.

— El “gozo de acciones” (*Aktionenfreudigkeit*) que se presenta en el 529, y totalmente ausente en los siglos pretéritos.

— Aparece por vez primera la desaparecida *condictio*.

— Aparece de nuevo la *longi temporis praescriptio* de corte clásico.

— Obliga la promesa formal de una donación y es distinguida claramente de su ejecución.

— La *condicio*, en la significación técnica de condición del negocio jurídico, reaparece en la legislación justiniana en el puesto perdido hacia siglos.

— No es clásica, aunque ideada en el espíritu clasicista, la expresión *tacita hypotheca*, especialmente allí donde, como en CI. 6, 43, 1, 2 y 6, 61, 6, 4, ambas del 529, el derecho de prenda se basa fundamentalmente sólo en una prescripción legal.

— Todavía más: de los treinta y cinco rescriptos en que Justiniano cita nominalmente a juristas clásicos individualmente, diez pertenecen a la época anterior al 530.

Era natural —sigue Levy⁴⁷— que Justiniano no pudiera desprenderse plenamente de los principios y conceptos del D. V. vigentes durante muchas generaciones, era inevitable que algo de aquel mundo se infiltrase en su obra, en el estilo y en el contenido, antes y después de hacer el plan del Digesto. Levy logra su propósito consistente en presentar como digno de ser creído que el movimiento clasicista *in complexu* comienza esencialmente con el ascenso del Codificador al trono y además, inmediatamente, de una manera inequívoca, para alcanzar al fin su punto culminante en los rasgos del proyecto del Digesto.

Intencionadamente hemos reservado para el final una amplia referencia a la postura de Wieacker, que, siempre en avanzadilla, publicó ya en 1955 su interesantísima comunicación *Vulgarismo y clasicismo en el Derecho de la Antigüedad tardía*⁴⁸. Vulgarismo y clasicismo son designaciones de fenómenos culturales estilísticos, no de procesos histórico-jurídicos, y el transferir estas conocidas hipótesis de trabajo culturales e histórico-sociales a la historia del Derecho es sólo legítimo en la medida en que permiten interpretar los fenómenos históricos. Wieacker, como todos los partidarios de la

⁴⁷ LEVY (n. 42), p. 14.

⁴⁸ WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*. Sitzungb. Akad. Heidelberg (1955).

caracterización del D. R.V., señala como peculiar del mismo el abandono de la altura estilística de una jurisprudencia especializada. La falta de tal estilización puede ser caracterizada como naturalismo, sin que se pretenda utilizar esta fórmula como definitiva y salvadora. El D. V. está dominado por concepciones que todavía hoy podrían ser tan del agrado del lego en Derecho. Entre el pensamiento jurídico especializado y el vulgar hay un abismo del que la investigación comenzó a darse cuenta sólo desde que interpretó las fuentes postclásicas del Occidente, no ya partiendo del nivel de la alta cultura romana, sino en su mismo nivel.

Clasicismo, en cambio, es la conciencia de poseer una tradición ejemplar vinculante y la decisión de vivir según la norma de este modelo. En la medida —sigue Wieacker— en que la tradición ha sido conservada en escritos clásicos, el primer deber del clasicismo es asegurar, mantener y transmitir estos escritos; por lo tanto: labor filológica. Como la norma de esta tradición ha de ser fijada, es necesaria la aclaración de los textos para el momento en que se necesitan, y de ahí que precise de una hermenéutica. Y como la norma debe ser adecuada para la vida pública, la tercera exigencia del clasicismo es la enseñanza pública.

Es sabido que las restauraciones clasicistas han sido, desde el helenismo, una reserva permanente de la formación cultural antigua, y perfilan con amplitud a los siglos iv y v con una reacción de los estratos sociales cultos frente a las catástrofes del siglo iii y comienzos del iv; de ahí las preocupaciones filológicas de los neoplatónicos, de los Padres griegos y latinos. En esta labor trabajan Occidente y Oriente. Pero sólo en Oriente llevaron estas corrientes a un renacimiento de la jurisprudencia clásica. Un clasicismo exige un especial esfuerzo de la conciencia cultural y de otras fuerzas con el fin de conseguir una reorganización intelectual y, en especial, sólo es posible un renacimiento de la jurisprudencia allí donde los estratos sociales que mantienen la tradición son simultáneamente los que legislan y juzgan. Y esto sólo ocurre en Oriente, donde el gobierno se identifica con el clasicismo. En Oriente persiste una ininterrumpida tradición bibliotecaria, en Oriente se daba una enseñanza científica de alto nivel, al menos en dos escuelas; en Oriente asciende al trono un emperador que causa la unión del poder político con el renacimiento del Derecho al devolver a los juristas su importancia pública. Justiniano tuvo la visión y el poder suficientes para provocar una tensión clasicista capaz de planear y de ejecutar la compilación de la jurisprudencia clásica.

Además del mencionado trabajo de Wieacker, hay otro más posterior, que polemiza con Guarino, en el que se limita a la justificación metódica de la categoría "Vulgarismo"⁴⁹. La argumentación de Wieacker es certera y su expresión cuajada de agudeza. Declara que la caracterización de "vulgar" para los fenómenos romanos tardíos tiene en la ciencia una justificación mucho más firme de lo que Guarino cree. El traspaso, por analogía o identidad, de este concepto de la filología románica y del arte, en los que expresa su emocionalidad, su drástica intuitividad y su naturalismo pobre de estilo, el traspaso de este concepto al derecho, como fenómeno cultural es, en todo caso, legítimo. Si como Guarino dice, sólo es derecho lo que el Estado determina y protege⁵⁰, "sia perche non si trattasse di un *Recht* (o comunque di un sistema giuridico interno all'ordinamento, alla maniera del *ius honorarium*)", se vería desprovista de base la categoría del vulgarismo. De ahí que según Wieacker la cuestión de la posibilidad de un D. V. deba reducirse a la participación que los procesos conscientes espontáneos —no forzados por el poder público— tienen en la vigencia del Derecho, i. e. en su observancia y su prevalecer. Este es el núcleo de la controversia⁵¹. Pero antes Wieacker hace una observación general que contribuye a aclarar el núcleo del problema, y dice que no es casualidad que el concepto de D. V. fuera puesto sobre el tapete antes que nadie por la investigación germana, mientras que muchos romanistas italianos y franceses tengan reservas frente a él. También es muy significativo que la encuesta de *Labeo* fuera provocada por la recensión hecha por un colega italiano de la segunda parte de un gran tratado alemán. Por fortuna, no se trata aquí de las diferencias entre el espíritu nacional latino y el teutónico, sino que casi todos los romanistas son también juristas, inclinados por ello a trasladar al D. R. las concepciones fundamentales de la ciencia jurídica de su país sobre Estado, Ley y Derecho. Así como el romanista alemán no podrá liberarse plenamente de la herencia de la Escuela histórica, tampoco podrá desprenderse del riguroso concepto de legalidad el cultivador latino de la ciencia histórico-jurídica. El germano será más propenso a admitir como integrantes del "ordenamiento jurídico" expresiones "no estatales" del Derecho. El latino, en cambio, limitará muy bien el concepto "ordenamiento jurídico" al derecho creado mediante ley por los organismos centrales romano-

⁴⁹ WIEACKER, *Nochmals über Vulgarismus. Ein Diskussionsbeitrag*, separata de *Studi Betti*, 4 (1962), 507 ss.

⁵⁰ GUARINO, en *Labeo* 6 (1960). Contra Guarino también MAYER-MALY, en *Labeo* 7 (1961), p. 349 ss.

⁵¹ WIEACKER, (n. 49), p. 511.

tardíos o al autorizado por reconocimiento de los escritos de los juristas clásicos. En estas circunstancias quedaría muy poco terreno para un Derecho no oficial. No obstante —sigue Wieacker—, cuando los grandes historiadores del Derecho de la Europa latina estudian las épocas no dominadas por la legislación estatal, como, por ejemplo, la historia del Derecho en la Alta Edad Media en Italia, Francia o España, o al dominio del *ius commune* en Europa occidental, meridional y central, admiten los conceptos metódicos del D. V. ya expresamente, como en Italia desde Brandileone hasta Cassandro y Callaso, ya *de facto*. Parece, por lo tanto, que no hay dificultades de entendimiento fundamentales o climáticamente condicionadas.

En opinión de Wieacker, una tradición de temática histórico-jurídica es suficiente para admitir la categoría del D. V. No es preciso ser partidario de la teoría del *Volksgeist* para aceptar que la romanística, a lo más tardar desde el descubrimiento del *Volksrecht*, considera incluidos en el objeto de su investigación factores histórico-jurídicos de origen “no estatal” y puede hacerlo porque en ellos reconoce asimismo un “ordenamiento jurídico” vivido. Los usos jurídicos locales, la literatura jurídica no oficial de la época postclásica, la *praxis* documental de los nuevos ciudadanos romanos desde el 212, la doctrina de las escuelas jurídicas no autorizadas, las legislaciones de los reyes germánicos dirigidas a la población romana, son según esta concepción Derecho “vigente” de la Antigüedad tardía, aunque discrepen del Derecho “oficial”⁵². “Lo mismo vale para los *Volksrechte* de Mitteis. También el *Volksrecht* de un nuevo ciudadano romano —así: de un nuevo ciudadano al que la cancillería diocleciana da instrucciones concretas— no es considerado derecho “vigente” por los organismos centrales, pero, no obstante, es también objeto legítimo de la historia jurídica de la Antigüedad tardía. El escepticismo de Guarino⁵³ frente a este concepto nos parece consecuente y pletórico de resultados para los auténticos motivos de su polémica”⁵⁴. Lo dicho —sigue Wieacker— podría formularse así: en la historia del Derecho y en la historia del D. R. la distinción, corriente desde Savigny, entre fuentes del Derecho y fuentes del conocimiento del Derecho carece en absoluto de razón, lo que en concreto equivale a que las concepciones jurídicas de la población romano-tardía (tal como aparecen, por ejemplo, en la retórica o en los Padres de la Iglesia, la *praxis* documental de los siglos III a VI, así como la literatura privada, como el Gayo de Autun

⁵² WIEACKER, (n. 49), p. 513.

⁵³ GUARINO, en *Labeo* 6 (1960), p. 103.

⁵⁴ WIEACKER, (n. 49), p. 514, núm. 13.

y los sumarios vaticanos al CTh., la *Consultatio*, las *Interpretationes* al BA y al *Epítome* de Gayo (incluso antes de formar parte integrante del BA) eran realmente partes que integraban el "ordenamiento jurídico" romano-tardío vigente y, en consecuencia, es admisible, en vía de principio, caracterizar una parte de la historia del D. R. tardío gracias a su especiales peculiaridades.

Con lo dicho —sigue Wieacker—, todavía no ha quedado decidido si realmente tiene un sentido razonable y metódicamente fructífero el caracterizar a esta parte integrante del D. R. tardío como vulgar. Esta caracterización únicamente tendría sentido cuando:

1. Una nota de validez general llevará a una fórmula adecuada.
2. Si esa nota no conviniera también a todo el D. R. tardío, i. e., si no conviniera a todo el D. R. "oficial".

Wieacker permanece firme "en el presupuesto (fundado por Levy, compartido por Kaser y D'Ors) de que sólo puede hablarse de D. V. en un sentido de polarización, i. e., siempre y cuando exista un derecho no vulgar, i. e., clásico o clasicista"⁵⁵.

Por ello, como Guarino equipara vulgar con "decadencia", sin más, habrá de tener la categoría vulgar como inútil, porque como decadente en este sentido vale para Guarino todo el ordenamiento jurídico postclásico en comparación con el clásico.

Es evidente que de una nota tal como "vulgar" sólo podrá hablarse si se puede delimitar con claridad suficiente frente a otras notas de D. R. tardío que caractericen a este período en su totalidad (cristianismo, helenismo, factor general de desarrollo no basado en la escisión cultural del período postelásico). El mismo Wieacker realizó ya en otras investigaciones⁵⁶ un análisis diferencial de estos influjos y deduce que hay, en efecto, un factor común y determinante que diferencia a las fuentes poco ha mencionadas, de las otras, primordialmente del Derecho "oficial" y de los escritos de la jurisprudencia clásica.

Ahora bien, una condición ulterior para la admisibilidad del vocablo "vulgar" es que designe adecuadamente en su contenido este factor común y determinante y Wieacker apoya la admisibilidad de tal vocablo en la consideración de que en la historia de la cultura de la Antigüedad tardía hay convencionalismos establecidos para lo que haya de entenderse por "vulgar" que permiten representar del modo más determinado cierta parte del D. R. tardío, lo cual no implica necesariamente que la forma lingüística de las fuentes sea vulgar

⁵⁵ WIEACKER, (n. 49), p. 514, núm. 14.

⁵⁶ WIEACKER, (n. 48), p. 27 ss.; 40 ss.; *Studi De Francisci*, 3 (1956), p. 123.

aunque haya analogías, que en casos concretos se convierten en identidades cuando las formaciones jurídicas vulgares se expresan en una terminología vulgar también desde el punto de vista lingüístico. Y esta identidad —aclara Wieacker— no es el único, pero sí el más llamativo testimonio del vigor con que se expresan en el D. R. V. los impulsos generales de la Antigüedad tardía.

Y sigue Wieacker su brillante razonamiento: si tiene, por tanto, sentido llamar vulgares a partes integrantes del “ordenamiento jurídico” romano tardío, queda todavía la última pregunta acerca de si en esta caracterización (persistiendo en la opinión de Levy sobre la polaridad del clasicismo justiniano como fenómeno cultural de reacción) hay que ver el rasgo determinante de todo el desarrollo jurídico romano-tardío antes del realce clasicista justiniano, y si por ello queda justificado el calificar de vulgar a todo el desarrollo jurídico postclásico hasta el restablecimiento de la corriente opuesta.

Si es cierto que el factor vulgar se distingue netamente de los otros factores del desarrollo jurídico postclásico, entonces lo vulgar es en realidad sólo uno de los factores que caracterizan tal desarrollo, y ¿quién nos justifica para decir que es el factor decisivo que debe dar el nombre a toda la época? Si —continúa Wieacker—, junto con Levy y Kaser, nos decidimos por esta caracterización de toda la época postclásica tardía (y al mismo tiempo no-clasicista), proponemos por ello un convencionalismo determinado por el punto de vista de lo fructífero de la formación histórica de los conceptos. Creemos que la polaridad vulgarismo-clasicismo es el rasgo del D. R. tardío que evidencia del modo más profundo la estructura interna de toda la cultura de la Antigüedad tardía y creemos que de ahí en adelante todo el desarrollo jurídico occidental anterior a Bolonia ha sido determinado en gran medida por la persistente vulgarización de la sociedad romano-tardía y de sus ordenamientos jurídicos en Occidente.

Para apoyar todavía más la solidez de su argumentación, la compara Wieacker con la contrapropuesta de Guarino de llamar a toda la época simplemente decadente; y de la comparación queda todavía más afianzada la caracterización de D. V., porque la constatación de una decadencia imposibilita el examen de los específicos impulsos de lo que sucede en los factores diferenciales, en la dialéctica de los opuestos movimientos clasicistas, puesto que en su lugar sitúa la uniformidad de una tautología muerta, aparte de que esta tautología sería desatinada, puesto que no es verdad que todo el Derecho de la época, especialmente el Derecho legislado fuera decadente (i. e. vulgar, en nuestro sentido), ya que el *ius* indiscutiblemente vigente de modo oficial eran los escritos de los juristas clásicos,

que, aparte de los innumerables cambios textuales, su contenido totalmente predominante era Derecho clásico y sólo escasísimamente D. V. o "decadente", y además el análisis de los factores diferenciales ha demostrado que el nuevo Derecho imperial desde Constantino no sólo ni *in complexu* era esencialmente vulgar.

Concluye Wieacker, que cree plenamente justificado llamar a la época en cuestión la del D. V. mientras no se presente una hipótesis de trabajo más fructífera. "Este es ciertamente el sino de las hipótesis generales de trabajo de un gran sector de investigación: que deben dejar el terreno libre a las concepciones más fecundas cuando les llega su hora. Pues el ambiguo y con trasfondo *Was fruchtbar ist, allein ist wahr* de Goethe tiene en todo caso su plena justificación para una ciencia del *verstehenden Interpretierens*"⁵⁷.

Hemos sido prolijos al transcribir las ideas y expresiones de Wieacker movidos por un afán de fidelidad a su compacto y brillante discursar. En nuestro intento de presentar el *status quaestionis* del D. R. V., lo hemos creído oportuno porque su contribución aclara, quizás definitivamente, uno de los problemas que más han preocupado a los romanistas de las últimas generaciones.

Al mencionado escrito de Wieacker ha respondido hábilmente Guarino⁵⁸ aclarando algunos puntos más discutibles y afirmándose en sus anteriores posiciones. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no logra conmover las tesis fundamentales de Wieacker. El mismo Pugliese, en un artículo publicado en 1964, aunque escrito tres años antes⁵⁹, persiste en negar que las palabras D. V. sean correctas y plausibles para indicar una rama del D. R. postclásico o como designación fundamental y convencional de este derecho *in complexu*, pero se declara dispuesto a aceptar el término "vulgarismo" como designación de un factor histórico que operó ampliamente en aquella época, en lo que sigue sustancialmente a Wieacker.

⁵⁷ WIEACKER, (n. 49), p. 518 ss.

⁵⁸ GUARINO, "Vulgarismus" e "Textstufen", en *Labeo* 9 (1963), p. 376 ss.

⁵⁹ PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, en *Ant. St. Diritto*, 5-6 (1961-62) (publicado en 1964), p. 71 ss.