Interpretatio, ISSN 1136-9590, Vol. IX, 2003, XIII-XLVIII

E. LEVY Y EL DERECHO ROMANO VULGAR

Ignacio CREMADES UGARTE
Universidad Complutense de Madrid

I. El presente libro constituye la primera (Derecho de Bienes: *The Law of Property* [1951]) de las dos exposiciones de carácter sistemático (la segunda, Derecho de Obligaciones: *Das Obligationenrecht* [1956)] que, acerca del derecho romano vulgar en el occidente romano (*West Roman Vulgar Law*), escribió Ernst Levy[1]. Estos dos tomos de una misma obra, que son la culminación de una cadena ininterrumpida de trabajos previos, iniciada en 1928, sobre cuestiones singulares del derecho romano vulgar y sus fuentes específicas, y continuada, tras su publicación, por otras investigaciones en las que este mismo fenómeno es examinado también a la luz de lo sucedido en el ámbito romano-oriental, significaron y significan una contribución fundamental para la constitución y esclarecimiento del concepto de Derecho vulgar y para su delimitación material, espacial y temporal en el curso general del desarrollo histórico-jurídico romano y europeo.

Entre los cultivadores del derecho romano suele aceptarse que el concepto derecho romano vulgar indica, de forma específica, una determinada fase del desarrollo del derecho romano tardío, que tuvo lugar fundamentalmente en el que llama Levy período intermedio, esto es, en los siglos comprendidos entre el final del período del derecho clásico (a estos efectos, la abdicación de Diocleciano, 305 d. C.) y la codificación de Justiniano (535 d.C.). El derecho de este tipo se manifiesta fundamentalmente en la parte occidental del Imperio, como también, aunque en ella de forma menos significativa, en la parte oriental del mismo. Pero como asimismo Levy precisaba, no todo el derecho romano de ese período intermedio es derecho vulgar. Y por ello, y por faltar una mejor denominación, entre los culti-

[1] Sobre Levy, datos biográficos personales y valoración de su biografía y actividad científicas, es fundamental el excelente escrito de W. Kunkel «Ernst Levy zum Gedächtnis», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (en adelante, citada *ZSS*) 86, págs. XIII-XXXII, 1969. Tomo de ese escrito en su memoria prácticamente todos los datos y circunstancias relevantes referidas a su biografía personal y a su carrera científica, inseparable de aquélla.

vadores del derecho romano se sigue hablando generalmente de derecho romano de época postclásica para designar el conjunto del derecho romano tardío, es decir, básicamente el derecho de ese período histórico-jurídico intermedio entre el del derecho clásico y el de Justiniano.

Podemos decir así que Levy se ocupa en este libro del derecho romano vulgar postclásico, relativo a los bienes, del occidente romano. Postclásico, porque también cabe hablar de la existencia de derecho vulgar romano en el llamado período del derecho romano clásico; y occidental, porque este es el ámbito geográfico político y jurídico en el que al autor le cupo comprobar en primera instancia, no sin que en ello jugara un papel fundamental la naturaleza de las fuentes disponibles, la trascendencia del fenómeno.

Aunque, como se acaba de decir, no todo el derecho romano de ese período intermedio es vulgar, Levy decide denominarlo período del derecho vulgar ya que con esta denominación cree estar al menos afirmando algo, con clara ventaja, por lo tanto, sobre la meramente negativa, incolora, cronológica e incluso peyorativa denominación de ese período como el del derecho postclásico. Pero es que, además, la cree justificada, puesto que el fenómeno del derecho vulgar es, como piensa haber comprobado, una realidad innegable en ese período; y una realidad que, según afirma, determinó de forma más decisiva que ningún otro factor los desarrollos jurídicos habidos en él.

Es verdad que anteriormente no había faltado alguna denominación positiva para ese lapso de tiempo entre la época clásica y Justiniano, como la célebre y persistente en su día de período del derecho romano helénico, que Levy, siguiendo la corriente de su tiempo, también utilizó. Con ella se afirmaba entonces algo, ciertamente; pero algo en realidad no comprobado: que los cambios experimentados por el derecho romano desde el final del período clásico hasta el justinianeo se debían a la influencia de los derechos locales o a la de las Escuelas de Derecho, unos y otras de la parte oriental del Imperio. En efecto, los cambios eran innegables, cualquiera que fuera su origen, desde que la crítica puso de manifiesto las alteraciones de los textos del Digesto y Código y desde que se abrió paso (al ampliarse la investigación más histórica a expensas de la puramente dogmática) el tener que contar con interpolaciones prejustinianeas. Pero, en todo caso, los diversos estudios de Levy sobre el derecho vulgar «crecieron a partir de su oposición contra la unilateralidad en la investigación que la fascinación por las influencias orientales había provocado, y tuvieron el valor de no desplazar la investigación extramuros del derecho romano y hacia mundos jurídicos en lo fundamental desconocidos»[2] (Kunkel).

En realidad, el planteamiento del problema de las relaciones entre el derecho romano y los llamados derechos orientales tenía una data tan antigua como la del siglo XVI. Desde entonces, los juristas de la Escuela de los Humanistas, preocupados por cuestiones de derivación entre instituciones afines, romanas y orientales,

[2] Kunkel, *cit*., pág.

y el interés, en el siglo diecinueve, por la analogía entre las instituciones de diversos pueblos y por la búsqueda de leyes universales en el desarrollo jurídico de los mismos –en el planteamiento típico del derecho comparado y la etnología jurídica, respectivamente–, así como la tesis indoeuropea –ante todo lingüística, pero también étnica–, habían hecho que la cuestión sobre el grado y modo de la influencia recíproca entre los diversos derechos de la Antigüedad se mantuviera viva, o al menos vivo el interés por conocerlos todos y no sólo el romano, logrando persistir finalmente entre los pioneros de los actuales estudios romanísticos, a pesar del escollo que había supuesto para todo ello la privilegiada posición otorgada a las fuentes romanas y germánicas por la alemana Escuela Histórica del Derecho.

De todas formas, si la fría actitud, si no explícita oposición, de Savigny frente a los estudios histórico-jurídicos de los derechos de la Antigüedad tenía pleno sentido para él desde la tarea que se proponía acometer, no obstante, los resultados alcanzados por los miembros de su escuela en el estudio de la compilación justinianea finalmente iban a coadyuvar de manera decisiva a la reproposición más moderna –dentro del ámbito estricto de los romanistas– de aquel ya viejo conjunto de problemas. Pero esto tampoco se explica sin el persistente movimiento codificador y sin ciertos acontecimientos que, recibiendo su pistoletazo de salida con el descubrimiento de las Instituciones de Gayo en 1816 –verdadero punto de partida de los modernos estudios histórico-jurídicos en el ámbito del derecho romano– terminaron al cabo de aproximadamente un siglo por modificar radicalmente el estudio del mismo. Entre aquellos acontecimientos habidos en el novecientos han de contarse importantes descubrimientos de inscripciones, papiros, tablillas con escritura cuneiforme, restos arqueológicos, así como el del, mal llamado, Libro Siro-Romano del Derecho (1862) y el del Código de Hammurabi (1901); y como elementos concurrentes a la generación de un cierto clima, han de contarse también los diversos estudios emprendidos ya entonces sobre las fuentes bíblicas y el mundo arábigo más arcaico. Estudios y descubrimientos, en definitiva, unos y otros relevantes en variedad de medidas para el conocimiento histórico del derecho en la Antigüedad y para la ampliación de su horizonte. De todo ello resultó así, de un lado, el abrirse de un resquicio a la visión del derecho romano como uno coexistente con una variedad y diversidad de derechos orientales que todo aquello dejaba al descubierto. Y se explica, por lo tanto, que no tardara en plantearse, a principios ya del siglo XX, con animo de concretar, y no como formulación de un deseo casi imposible, o sólo posible en un campo delimitado, la oportunidad y necesidad de constituir una Historia del Derecho Antiguo. Ésta había de tener como objeto el estudio histórico de aquel viejo problema de las relaciones entre el derecho romano y los otros derechos de la Antigüedad, superando la aproximación comparativa en la que se había estancado ese estudio en el siglo XIX. Además, debía servir también para resolver los muchos problemas que se le iban planteando a la investigación romanística, cuyo interés por ellos sólo se explica por el ya entonces preponderante e irreversible carácter histórico de esa investigación. Esta propuesta de una *Antike Rechtsgeschichte*, grandiosa tanto en su concepción, como ambiciosa en su pretendida materialización, fue realizada en una conferencia inaugural, mantenida

en la Universidad de Viena en 1904, por Leopold Wenger, e intentada también por él, diez años más tarde, dentro de una Historia General del Derecho[3], en lo referente al derecho de los griegos y de los romanos.

La ambición de poder indagar un fondo común del que todos los derechos se habrían derivado estaba ínsita en aquel proyecto de Wenger. Pero, precisamente, el escepticismo respecto a esa posibilidad (pues no se trataba sólo del problema de la escasez de fuentes disponibles para la realización de una tarea de esa envergadura y pretensiones, sino de que los diferentes derechos –asirio-babilónico, judaico-arameo, egipcio y griego– se mostraban fundamentalmente como mundos separados) fue lo que L. Mitteis mostró en un discurso de 1917[4], en el que, valorando los estudios realizados hasta entonces en la dirección de una *Antike Rechtsgeschichte*, pasaba revista al proyecto de su colega y discípulo Wenger. Escepticismo de Mitteis respecto al concepto mismo de una historia del derecho antiguo, que calificaba de erróneo en la medida en que significara concebir un sistema general que a todos aquellos derechos enlazara: «La historia del derecho antiguo es un concepto tan erróneo como lo sería una concepción de un sistema general de las estrellas, pues hoy debemos suponer que el cielo estrellado consta de un número infinito de sistemas de soles entre ellos distintos». Con esto, Mitteis, que negaba tener nada que ver con esa idea y mantenía haber sido siempre contrario a ella, afirmaba que aquella historia del derecho antiguo sólo podría llegar a existir en adelante como una parte de la ciencia del derecho comparado («La historia del derecho antiguo o será una parte de la ciencia del derecho comparado o no existirá»), esto es, renunciando a ser propiamente historia. Pero es que la insuficiente información –ni las inscripciones, ni los papiros, ni lo conocido o presumible acerca de los derechos griegos y de la ciencia del derecho en Grecia ayudaban mucho– le hacía desconfiar incluso de la posibilidad de una historia del derecho greco-romano, digna de tal nombre, más allá, por lo tanto, de la mera comprobación de analogías. En Mitteis, al respecto de todo esto, hablaba la experiencia del romanista: el paso de gigante que había supuesto el descubrimiento de las Institutiones de Gayo para la elaboración de la historia del derecho romano, en comparación con lo que habíase hecho, hasta ese descubrimiento, con el conocimiento del *Corpus Iuris* y de las fuentes no jurídicas, por los historiadores más doctos de los siglos XVI a XVIII. Y con todo, aquellos doctos historiadores estaban en una posición infinitamente mejor que la que ocupaban los actuales respecto a una historia de los derechos de la Antigüedad.

Cualquiera introducido en estos estudios sabe que la autoridad del juicio de Mitteis en 1917 –tanto en lo relativo a la propuesta de Wenger, como en otras cuestiones– se explica porque en 1891, veintiséis años atrás, trece años antes de que su discípulo Wenger propusiera aquel nuevo derrotero a la actividad del romanista,

---

[3] *Allgemeine Rechtsgeschichte. I, orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer von d. Kohler und L. Wenger*, Berlín 1914.

[4] *Antike Rechtsgeschichte und romanistische Rechtstudium* (Mitteilungen des Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasium, Viena, Heft XVIII, 1918, págs. 56-76). Publicado en 1918, pero dirigido a la Sociedad de los amigos del Gimnasio Clásico de Viena en 1917.

Ludwig Mitteis había dado ya nuevo impulso y formulación, a través de cautelosas hipótesis de explicación, en su famosa obra *Reichsrecht und Volksrecht in östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, a la vieja cuestión relativa a las relaciones entre el derecho romano y los derechos orientales. En este libro, «alumbramiento genial de un hombre de treinta y dos años»[5], el entonces todavía joven romanista se proponía realizar una exposición sobre la situación del Derecho romano en las provincias orientales del Imperio romano, especialmente durante el período del Principado. Una tarea posible sólo en parte, más posible, no obstante, gracias ante todo a los materiales descubiertos en las décadas precedentes, que permitían alcanzar, por lo menos para aquellas provincias, una cierta determinación de la medida en que las instituciones indígenas –el derecho local (*Volksrecht*)– era válido en tiempos romanos. En la parte mayor del volumen se ocupaba de instituciones jurídicas concretas del derecho local –helenístico y semítico occidental– que diferían abiertamente de sus análogas romanas y eran comentadas en relación con su determinada influencia en el derecho privado romano tardío. Pero en este libro se incluye también, a modo de prefacio, un estudio de la recepción de instituciones jurídicas griegas en el oriente helenístico y, además, un estudio, de los que hacen época, acerca de la recepción e integración del derecho romano en los sistemas jurídicos locales[6]. Y si el libro fue eficaz desde su publicación, de manera que constituyó el impulso para una serie de investigaciones en las décadas posteriores sobre la interacción del derecho romano y los sistemas jurídicos de los pueblos sometidos, permanecerá, a modo de un clásico, como la piedra fundacional de los esfuerzos de la investigación en esa dirección.

Si con esta obra llamaba Mitteis la atención sobre la difusión del derecho helenístico en el Oriente y su perduración en numerosas disposiciones del derecho romano tardío, al hacerlo planteaba más preguntas que respuestas, y, como apuntaba Kunkel, dirigía su mirada a ámbitos histórico-jurídicos cuya amplitud y riqueza de problemas el autor, en aquel tiempo, todavía no abarcaba ni estaba en situación de poder hacerlo[7]. Porque el período de los grandes descubrimientos documentales en Egipto y el oriente cercano apenas recién comenzaba, y sólo los posteriores hallazgos posibilitaron el desarrollo de la papirología jurídica y de la investigación jurídica del material en escritura cuneiforme como disciplinas más o menos autónomas de la historia jurídica. Y si al publicar su obra en 1891 Mitteis se mostraba cauteloso –más que luego sus seguidores– cuando, de la mano de su hallazgo de los derechos locales, mostraba no obstante su convencimiento acerca de la heleni-

---

[5] Kunkel, *cit*., pág. XXIX.

[6] En relación con esto, conviene recordar aquí la contribución de 1937 de E. Schönbauer, «Reichsrecht, Volkrecht und Provincialrecht. Studien über die Bedeutung der Constitutio Antoniniana für die römische Rechtsentwicklung», *ZSS* 57, que distinguió entre Derecho imperial (como Derecho romano de aplicación general a todos los romanos residentes en las Provincias), Derecho local (derecho autóctono) y Derecho provincial (derecho complementario de los dos anteriores promulgado por la autoridad romana, imperial o provincial, pero referido a una sola Provincia o a un segmento de su población).

[7] Kunkel, *cit*., pág. XXIX.

zación y orientalización del derecho privado romano postclásico y justinianeo, en 1898[8], absorto ya en el estudio de los papiros, mostraba su decepción, mayor todavía en el mencionado artículo de 1917, respecto a que los papiros, por mucho que a través de ellos pudieran verse las cosas con mirada más penetrante, transmitieran novedades fundamentales o abrieran nuevos horizontes.

La autoridad de Mitteis era, pues, en 1917, la de un maestro indiscutible en este terreno; y por ello, el discurso de Viena no sólo, como hemos dicho, afectó a la posición de Wenger, sino que estaba llamado a repercutir en la de otros al respecto de lo adecuado de recurrir a la llamada explicación bizantinista de los desarrollos habidos entre Constantino y Justiniano.

Pero de otra parte, la liberación de la romanística respecto a la tarea de tener que realizar una interpretación dogmático-sistemática del corpus justinianeo, su consiguiente apertura a la consideración histórica del derecho romano, con la ampliación, por lo tanto, del número y variedad de fuentes ahora relevantes, unido todo ello al progresivo convencimiento respecto a la existencia de numerosas alteraciones textuales prejustinianeas, escondía una invitación a recurrir al trasfondo histórico. Y esto explica el vigor y la eficacia del libro de Mitteis (valor intrínseco aparte), pues constituyó en aquel tiempo una respuesta a la pregunta por los factores del desarrollo del derecho romano; respuesta, sin embargo, que pasaba por la resolución de un problema, detectado, formulado y por él mismo abordado: el problema de las relaciones entre el romano Derecho imperial (*Reichsrecht*) –derecho oficial expresado en las constituciones imperiales y elaborado por la doctrina sobre la base del *ius civile* y el *ius honorarium*, y dado para todo el Imperio– y el Derecho local helenístico-oriental (*Volksrecht*). En efecto, la naturaleza y realidad del orden jurídico imperial parecían mostrarse muy distintas de lo que hasta entonces se había imaginado desde el observatorio de los libros justinianeos y de algunas fuentes complementarias prejustinianeas. Respuesta suya, por lo tanto, novedosa en los términos, pero, sin embargo, prudente en la anticipación de conclusiones; y respuesta que se dejaba inscribir no precisamente en la línea tradicional, que creía en un desarrollo lineal, en un desenvolvimiento interno del Derecho Romano, sin altos ni bajos, sin especiales y determinantes factores o fuerzas impulsoras externas, prácticamente desde su origen hasta Justiniano. Esta posición tradicional, de siglos precedentes, era eso: convicción apenas perturbada en lo fundamental pero no demostrada. Mas, con todo, tampoco las explicaciones por factores externos, también con siglos en su haber, de ciertos desarrollos habidos en el curso histórico antiguo del derecho romano habían sido, hasta la aparición de la obra de Mitteis, gran cosa[9] (nota con Volterra).

Lo revelado y sugerido por la obra de Mitteis invitaba, por lo tanto, a poner en entredicho la romanidad misma de cierta fase, fundamental desde la conside-

---

[8] Trapezitika, *ZSS,* 19,1898.

[9] Véase E. Volterra, *Diritto romano e diritto orientali*, págs. 3-81, Nápoles, 1937 (hay reedición de 1983, Nápoles).

ración de la operación histórica posterior del *Corpus Iuris*, del desarrollo histórico del derecho romano: la comprendida entre Constantino y Justiniano; fase a la que el propio Bonfante, sólo cinco años después del *Reichsrecht und Volksrecht*, en la primera edición de su manual de Instituciones (1896), sin mayores apoyos para ello todavía que la obra de Mitteis, denominó romano-helénica. Esta denominación transportaba una explicación del cambio operado entre lo clásico y lo justinianeo. Y a esta explicación bizantinista inicialmente se adhirió también Riccobono; y asimismo Collinet, que hacía hincapié especialmente en la labor al efecto de las escuelas orientales, en particular Berito[10], mientras que en Alemania fueron Partsch y Pringsheim quienes siguieron esta dirección, emprendiendo incluso este último la tarea de demostrar la condición de modelo que, en cuanto al método de los glosadores boloñeses, tuvo la actividad escolástica prejustinianea, rastreable, y que el encontraba, en el Digesto[11] (poner fecha de Bolonia y Berito).

Con aquella denominación, precipitada, por no realmente contrastada, pero explicable y de duradero éxito, por lo señalado, se venía a afirmar no proceder precisamente de Roma, es decir, del desarrollo continuado de la tradición latina, sino de la acción cada vez más preponderante del derecho griego y las costumbres provinciales orientales, así como de la influencia de las escuelas de derecho de Constantinopla y Berito, la médula misma del Derecho contenido en la compilación justinianea. Y de esta forma, no sólo habría existido una profunda diferencia entre el derecho expuesto en las obras de los juristas romanos y el contenido en la citada compilación, sino que había de trasladarse fuera del genio latino la imputación del mérito por las notas de excelencia, vitalidad y universalidad del derecho romano contenido en el *Corpus Iuris*. Al menos esta última inferencia es la que Riccobono, unos treinta años más tarde, consignaba, y criticaba, al hacer balance de todo este movimiento.

Interesa aquí hacer una breve referencia a la trayectoria de Riccobono (1864-1958), pues si bien fue uno de los que acogieron acríticamente la posición del Mitteis de 1891, fue también quien, en Italia, tras mudar autónomamente su anterior posición, primero conoció, compartió y difundió las conclusiones del Mitteis de 1917.

En 1914, en la Introducción a su traducción italiana del libro de Vinogradoff *Roman Law in Medieval Europe* (1909), Riccobono, recogiendo la hipótesis de Mitteis, la del *Reichsrecht und Volksrecht*, daba por establecido no sólo una diferencia sustancial entre el derecho «expuesto en las obras de los jurisconsultos de época clásica y el sancionado por Justiniano», sino también que las alteraciones sufridas por los textos se debían a causas externas, no a desarrollos internos, y eran profundas y viva manifestación de un «nuevo mundo sobrepuesto al romano, que lo superaba sustancialmente, por los principios ético-sociales en ese mundo predominan-

[10] Collinet, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, París, 1912.

[11] F. Pringsheim, «Beryt und Bolonia», *Festschrift Otto Lenel*, 1921, Friburgo, págs. 204 y ss.

tes y por las formas más oportunas y a la vez más ágiles mediante las que el derecho entonces se realizaba». Con ello aceptaba también que el derecho justinianeo –«verdadero manantial del derecho moderno»–, no constituía una fase, la última, de un desarrollo secular del derecho romano, sino la verdadera manifestación de una ruptura, y que la solución de continuidad entre el derecho clásico y el justinianeo se explicaba por ser éste el producto resultante de la lucha habida en el territorio del Imperio «entre el derecho romano y las costumbres helénicas vigentes en las provincias de la parte oriental»; lucha que «debía concluir, necesariamente, como concluyó: con la victoria triunfal del Oriente sobre Roma». De esta forma, el derecho codificado por Justiniano, la verdadera fuente del derecho moderno, era concebido no como resultado del interno desarrollo de un pueblo singular en lo jurídico, sino como producto, bien que elaborado por la ciencia jurídica romana, de la civilización antigua. De esta cooperación de todas las gentes se derivaba la nota de universalidad de algunos de los elementos contenidos en el derecho codificado de Justiniano y la explicación del mismo como posterior difusor «de la cultura y civilización entre los pueblos más varios diseminados sobre todos los puntos de la tierra». Pero en 1949, en la Introducción a la segunda edición del libro de Vinogradoff, reconocía Riccobono que las investigaciones de los últimos treinta años –entre las que hay que contar las suyas emprendidas desde 1917, fecha que marca su punto de inflexión en esta materia– hacían de lo mantenido por él en aquella primera edición algo completamente superado: la cautelosa hipótesis de Mitteis no había alcanzado confirmación; las diferencias entre el derecho expuesto por los juristas clásicos y el codificado por Justiniano fueron determinadas, como él se había empeñado en demostrar, no por «causas externas, es decir, por los influjos del mundo griego y oriental sobre el derecho de Roma, sino por desarrollos internos, sucedidos en el curso entero de la historia de Roma». El germen mismo de las notas de universalidad y vitalidad del derecho de Roma –suyas propias y no debidas tampoco, como se afirmaba en el siglo XIX, a una pretendida renovación por el derecho germánico, a partir de la interpretación de los Glosadores, de un vetusto derecho romano– resultaba ahora puesto por Riccobono en un momento tan temprano, visto desde la época de Justiniano, como el de finales de la segunda guerra púnica. Desde este momento en adelante, la historia del derecho de Roma habría consistido en una lenta, es decir, no mediante leyes y codificaciones, pero constante superación a lo largo de quinientos años (200 a.C.-300 d.C.) de todo el formalismo arcaico ligado al derecho primitivo de la Ley de las XII Tablas y en el proceso que condujo a su definición última como *ars boni et aequi.* Un desarrollo, pues, de este derecho durante ocho siglos que no sólo habría sido lineal, sino siempre propiamente romano, por la manera de formarse y cambiarse el derecho *usu ac vetustate;* y un derecho así desarrollado, que, sin dejar de ser romano, llegó a ser universal –en el sentido también de salvar la distancia entre antiguos y modernos– porque finalmente resultó penetrado, en los dos siglos precedentes a la compilación justinianea, por las exigencias éticas de la conciencia cristiana. Estas últimas palabras de Riccobono pertenecen al «Messagio alla Redazione della Rivista», que fue escrito para *IVRA: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* con motivo

de su creación y primer número en 1950. Resuena en ellas la experiencia traumática y devastadora, también en lo que hacía a la tradición espiritual europea (greco-romana y cristiana), de la «atrocissima guerra». Por ello creía poder decir con pleno sentido: «Los cultivadores del Derecho creado y difundido por Roma en el curso de XIII siglos del mundo antiguo son llamados a la primera línea de esta obra de renovación espiritual».

Si el Cristianismo y su influencia contaban, bien que desde siempre, en la posición de Riccobono, tras cerca de cuarenta años de actividad investigadora había ido además modulando la afirmación subyacente en el edificio entero de la parte más importante de su actividad investigadora, esto es, la de haberse desarrollado internamente el derecho romano de manera «mecánica»; tesis suya ampliamente desarrollada por él a partir de su libro *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, con el que, en 1917, comenzó a disminuir su adhesión primera a la explicación bizantinista de los desarrollos del derecho romano tardío. El lector observará la coincidencia en la data de esta obra de Riccobono y el discurso de Mitteis ante la Sociedad de amigos del Gimnasio clásico de Viena. Pero, sin embargo, el nuevo rumbo tomado en esa fecha por Riccobono no fue debido a su influencia. Este discurso de Mitteis, cuyas conclusiones fueron acogidas en Alemania por Wlassak y Kübler, tardó algunos años en ser conocido en Italia, donde ciertamente fue divulgado gracias a la iniciativa de Riccobono. Pero la primera noticia acerca de la conferencia de Mitteis, publicada en 1918, durante la guerra y en una sede un tanto oculta para un romanista, la obtuvo Riccobono en 1922 a través de la necrológica que Wlassak escribió con motivo de la muerte de Mitteis. En 1922, apreciando el gran romanista italiano la coincidencia entre la conclusiones de Mitteis y su propia posición desde la fecha misma del discurso, 1917[12], consideró conveniente que se tradujera (en los *Annali Palermo* XII, 1929, a cargo de Biondi y Funaioli) y publicara en Italia seguida de un largo comentario debido a él mismo.

Si Riccobono no sólo había comulgado muy tempranamente y de forma autónoma con las conclusiones del Mitteis de 1917, habiendo encontrado al conocerlas una confirmación de sus propias ideas al respecto de todos aquellos problemas, no por ello rechazó el empeño de Wenger y de quienes con él optaban por otra rama de la investigación. Por su parte, tampoco Wenger veía en la posición de Riccobono, en su explicación de las transformaciones presentes en el derecho de Justiniano por un desarrollo orgánico interno, algo completamente desvinculado de su propia posición. Ya en 1930[13], reafirmando la necesidad de ampliar el campo de interés del jurista historiador y negando, contra la tradición de Savigny, que siguiera habiendo lugar para una consideración aislada del derecho romano, encontraba Wenger que, por esto y, puede añadirse, que también por su propósito de servir a los fines de una mejor comprensión de Justiniano, en cuanto legislador, y de la ante-

[12] Véase el artículo «Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano», en *Mélanges Cornil*, vol. II, págs. 243 y ss., Gante/París, 1926.

[13] Wenger, «Wesen und Ziele der antiken Rechtsgeschichte», en *Studi Bonfante*, 2, Milán, 1930 (escrito, no obstante, en 1928), págs. 466, 477.

sala de la civilización y cultura medievales, no se apartaba en lo esencial su propia orientación de la vía seguida por Riccobono –los dos trataban además de establecer la naturaleza del agente histórico portador y transmisor de ese contenido, digno de todo reconocimiento, a los siglos venideros[14]– y, también, por Collinet y Levy[15].

Así, pues, Wenger y Riccobono, como tantos otros, compartían con Mitteis su fe inquebrantable en el inestimable valor del Derecho romano pero por distintas razones. Lo que en Mitteis se afirmaba en relación con el «perdurable contenido de verdad respecto a las categorías indispensables del pensamiento jurídico» (y de forma muy especial en relación con la formación del jurista alemán, obligado al estudio de un derecho codificado que se caracterizaba por partir más de la consideración de las asociaciones humanas que de las relaciones entre individuos[16]), en Riccobono, alejado del *prejuicio humanista* respecto a la Compilación de Justiniano[17], era siempre afirmado uniéndolo a la providencial concurrencia con el derecho romano del contenido ético cristiano, y en Wenger, al final de su vida, afirmado con la elevación del derecho romano hasta las proximidades de un supranacional, intemporal y ultramundano derecho natural[18].

La confianza manifestada en que a este derecho del pasado le pertenece alguna suerte de imperecedera *vigencia* en cuanto tal no pudo hacer nacer otra pregunta, otra duda entre sus cultivadores, diagnosticada una situación crítica para el derecho romano, que la relativa al extravío o no, rectificación o no, de las líneas de investigación y de aproximación metodológica, o de las orientaciones en la docencia del mismo, incluyendo cuestiones gnoseológicas vinculadas tanto al modo de preguntar y seleccionar en relación con el pasado como al modo de exponer en la docencia los resultados[19]. La respuesta menos dificultosa, teniendo como perspectiva

---

[14] Para Riccobono, lo citado en el texto *supra*; para Wenger, véase, por ejemplo,. «Wesen und Ziele», *cit*., págs. 467 y s.

[15] Wenger, *cit*., págs. 476 y s., hace expresa referencia a las intervenciones de Collinet y Levy en el Congreso Histórico Internacional de Oslo, de 1928, en el que él mismo intervino con este artículo, y a la labor, de años, de Riccobono. Sobre la importante contribución de Levy a este congreso, véase más adelante.

[16] En el discurso de 1917, citado en el texto, pág. 493.

[17] *IVRA*, I, 1950, en el *Messagio* aludido, págs. 4 y s.: «Así, una cosa es cierta, que el Derecho romano alcanza al final la más alta perfección porque nutrido de una severa disciplina moral y sólo y esencialmente por haber resultado iluminado por la ética cristiana él mismo ha podido continuar dirigiendo la vida civil…Este espíritu nuevo, por lo tanto, es la causa más profunda de su universalidad. Así que como sólo efecto de una ilusión debe considerarse aquel dicho de Teodoro Mommsen, quien veía casi con pena la Compilación de Justiniano, al haber ella determinado la pérdida y la destrucción de las obras originales de la jurisprudencia clásica. Ilusión de un espíritu humanista. Ya que aquellos monumentos literarios, de haberse conservado, no habrían ejercido en la historia de la civilización más que un desvaído influjo, por el contenido en parte arcaico, formalístico y, sobre todo, extraño al sentimiento vivo y a la conciencia común de los modernos».

[18] *IVRA*, *cit*., pág. 119.

[19] Por ejemplo, el gran jurista que fue E. Rabel, discípulo también de Mitteis, se pronunciaba en 1931 («El Fomento Internacional del Derecho Privado», publicado originalmente en *Revista de Derecho Privado* 18, Madrid, 1931, incluido en *Gesammelte Aufsätze*, III, Tubinga 1965) en estos

la permanencia curricular del derecho romano en el ámbito de las facultades de derecho y una cierta vigencia del mismo en el derecho actual, parecería quizá la que más se inclinase por el valor del mismo en relación con la dogmática jurídica –es decir, en relación con la explicación de principios, conceptos generales y reglas del derecho– y no la que insistiese en profundizar sobre todo en el estudio del derecho romano en sus relaciones con las otras creaciones del espíritu en determinados contextos histórico-sociales. De hecho, una conocida respuesta a esta crisis de entreguerras del derecho romano, famosa también por el término con el que la acuñó su autor, y no obstante darse en el seno de un escrito en el que se acentuaba la importancia del derecho romano en la evolución histórico-cultural europea, se inclinó por aquello primero: el derecho romano sólo podría llegar a asegurar su presencia curricular en tanto que base para realizar en la docencia una exposición sistemática-dogmática de los conceptos fundamentales del derecho privado que a la vez constituyera una introducción a las ideas jurídicas europeas. En esto, así resumida, consistía la llamada «actualización» del derecho romano que Koschaker propuso en su famoso escrito de 1938, en medio de una Alemania dominada por el Partido Nazi, cuyo programa hacía mención especial del derecho romano como incompatible con el nuevo orden.

Y es que el período de entreguerras había sido de crisis aguda en la romanística[20]. Si toda pregunta acerca de la mejor orientación de la investigación, como toda pregunta sobre la orientación de la docencia, no tienen por qué ser siempre confesión abierta del extravío e inutilidad del curso de la investigación o de la docencia presentes, a veces el hecho mismo de plantear ciertas cuestiones no es independiente ni de la inquietud ni de la duda. Hemos visto formulada ya por Mitteis, en la antesala misma de esta época, la pregunta sobre el sentido y utilidad del estudio –en todos los sentidos– del derecho romano. Pregunta de respuesta más confiada que segura, pues se producía con pleno conocimiento de un contexto ya de pérdida de vigencia de los estudios humanísticos, incluso de vulgarismo en este respecto, de pragmatismo y «americanismo»; mas, con todo, práctica, pues se formulaba también con la vista puesta en una necesaria tarea de reconstrucción espiritual de lo

---

términos: «para nosotros [es decir, los pueblos abarcados por el sistema romano, a diferencia de los abarcados por el inglés o el islámico] el Derecho romano todavía no es sólo un tónico, sino uno de los elementos de vida que, llamados *hormones*, se reparten por todo el organismo, favoreciendo el crecimiento y el desarrollo de nuevas formas, o conteniéndolo». Y prosigue, pág. 43, «El romanismo práctico es el lazo de unión entre los pueblos, y es el más fuerte, a pesar de que casi en todas partes está despojado del poder temporal y a pesar de que tiene que dividirse el dominio sobre los espíritus con muchos otros poderes. Su misión más noble sería ser cada vez más el punto de partida para un nuevo Derecho mundial y dejarse absorber por un nuevo *ius gentium* privado».

[20] Pero menos pronunciada que la sobrevenida tras el veranillo de San Martín que siguió a la segunda guerra mundial y de la que fue expresión la encuesta realizada por la revista *LABEO, Rassegna di Diritto Romano* («Studio e insegnamento nel diritto romano», *Labeo* 2, 1956) entre los investigadores con objeto de alcanzar una respuesta de conjunto a la crisis, manifestada ya, no como en la Alemania de 1938, por la no presencia pública del derecho romano, sino por su cada vez menor presencia pública en Europa.

destruido por la guerra[21]. En relación con esto, y desde una concepción normativista del derecho, que era por entonces la predominante, como hoy todavía lo es entre los historiadores no juristas, para el Mitteis de 1917 la orientación propuesta por Wenger era en sí misma inapropiada, pues no podía sino colaborar muy probablemente a una subordinación (con desustanciación) del estudio histórico del derecho al de la historia general. Pero tampoco dejaba de señalar, precisamente el iniciador del *Index Interpolationum*, que la investigación de interpolaciones tenía sus días contados y que, para otros ámbitos de la investigación, sólo cabía esperar que la suerte sonriera al romanista con otros descubrimientos, como en el pasado había sucedido con las Instituciones de Gayo.

Mitteis, ya entonces al final de su vida científica, proponía, en cambio, otra tarea al romanista. No negaba que el derecho romano tendría su parte siempre importante, y posición predominante, en esa historia del derecho antiguo, tan ambicionada por Wenger y tan llena de dificultades para constituirse como tal. Pero, ante todo, el valor de la investigación histórica del derecho romano era afirmado en 1917 por Mitteis no en tanto que interesante de forma muy principal para el conocimiento de una civilización pasada, sino por constituir el derecho romano «el sistema de derecho privado en sí armónicamente completo y, por así decir, absoluto». Por ello sugería Mitteis, como tarea fundamental del romanista de los años venideros, la de «seguir el surgimiento gradual de los conceptos jurídicos y su evolución de generación en generación».

Si esta delimitación era hija del pandectismo, también es cierto que, según mantenía, la tarea propuesta debía realizarse en unión de una historia jurídica biográfica de la antigüedad romana. Con el correr de los años, la modernidad de la propuesta de concentrar la investigación en la actividad individual de los juristas concretos –«como se muestran las individualidades en la historia del arte»– y en el pensamiento jurídico –«un análisis de los procesos espirituales de los más reconocidos pensadores de lo jurídico»– obtuvo confirmación, por lo que a la romanística se refiere, y también en la ciencia jurídica en general, en el segundo tercio del pasado siglo. Además, la acertada, pues, selección de las tareas que habían de ocupar a la romanística la veía como garantía de seguir existiendo ésta como una ciencia viva: una mala elección de tarea, mala desde el punto de vista del material disponible, era, de esta forma, elevada por él a tanto como a error metodológico. Pero es que también sólo de una ciencia viva podría esperarse un futuro para la didáctica del derecho romano, pues sólo una ciencia no muerta es capaz de producir «una enseñanza plena de vida».

Es cierto que, en opinión de Mitteis, en 1917, sólo en parte el futuro de los romanistas, como investigadores y docentes, y el futuro del estudio del derecho

[21] «…al término de la actual guerra, el apoyarse en el mundo espiritual antiguo y en sus creaciones, que todavía son patrimonio común de todos los pueblos europeos, será el ligamen que deberá restablecer nuevamente los vínculos, ahora rotos, entre los varios miembros de la familia de los pueblos europeos».

romano, como disciplina científica y propedéutica, dependían de los romanistas mismos; pues, como señalaba, «la vida interior de la ciencia romanística sobrevivirá… mientras el ordenamiento jurídico conserve el carácter individualista que hoy es en él prevalente. Pero, con todo, mientras este cambio no se produjera, haciendo de su estudio y enseñanza algo imposible, o sin sentido dentro del curriculum jurídico, la verdad era, decía Mitteis, que el valor del estudio derecho romano seguía siendo responsabilidad del romanista: ¿acaso no es cierto –se preguntaba– que por obra de cierta idea genial de un solo estudioso son puestos bajo nueva luz ámbitos enteros de investigación, de manera tal que se hacen posibles y se impone la realización de nuevas investigaciones sobre viejos materiales durante un largo período de tiempo, hasta el punto de tener que afrontar, como ineludible, por ejemplo, la tarea de volver a escribir nuevamente la historia del tiempo más antiguo? Esto que lo decía en relación con Wlassak, que podría decirse también de él mismo, pues al fin y al cabo, Mitteis, en 1891, al sugerir la ampliación del horizonte de la investigación histórica del derecho romano, impulsó con ello la investigación por un cauce distinto al que la había albergado hasta entonces[22], asimismo cabría aplicárselo al empeño científico de Levy. Pero es de interés señalar que Mitteis era consciente de que al igual que la idea genial de un hombre puede abrir un nuevo horizonte, la idea de un genio puede mantener cerrado otro. Y esto lo ejemplificaba con un recuerdo personal. Al hablar, en ese mismo discurso de 1917, de la necesidad de poner a examen las premisas acostumbradas también en materia de crítica textual, lo que podría abrir quizás asimismo nuevos horizontes hasta ese momento insospechados, cuenta la siguiente anécdota: «cuando un día, del año 1902, en una visita a Teodoro Mommsen, le dije que, según mi opinión, en las Sentencias de Paulo existían muchas interpolaciones aún desconocidas, él me rechazó indignado diciéndome: «¿En Paulo? No, aquí nada hay interpolado». «Hoy –proseguía Mitteis– nadie duda ya de que las Sentencias de Paulo son obra de un tardío e inexperto compilador y de que en las mismas hay interpolaciones en número abundante».

II. Las ideas de Levy, desde luego, no cerraron horizontes, sino todo lo contrario. Y eso que sus diversos estudios sobre el Derecho vulgar no desplazaron la investigación extramuros del derecho romano y hacia mundos jurídicos en lo fundamental desconocidos, como, en cambio, en cierta medida sucedió con el *Reichsrecht und Volksrecht* de Mitteis, o como exigía en sí misma, desde su primera formulación, la propuesta de Wenger. Al revés: fue precisamente ese ampliar el horizonte intramuros del derecho romano uno de los aspectos más valiosos de las investigaciones de Levy. Como señalaba Kunkel, en los dos volúmenes dedicados a la exposición sistemática del Derecho romano vulgar de occidente se nos abre un «fenómeno histórico y un mundo de pensamiento jurídico de los cuales anteriormente

[22] Además, al planteamiento mismo de Mitteis en su *Reichsrecht und Volksrecht* no le era ajena la idea de existir unas idénticas concepciones (*Anschauungen*) jurídicas básicas, firmemente mantenidas en todos los derechos de las distintas *poleis*. Precisiones críticas al respecto de esto pueden verse en «El problema de la unidad del derecho griego», artículo contenido en *Uso y Abuso de la Historia*, M.I. Finley, págs. 207-226 y 227-235, Barcelona, 3ª ed., 1984.

no sabíamos prácticamente nada, como no fuera por los trabajos previos de su propio autor. Sin incurrir en exageración retórica, añadía, se puede designar el *Römisches Vulgarrecht* como una aportación que hace época, hasta el punto de que la comparación de estas dos obras con la de Mitteis se impone. Pero al abordarla, las diferencias que cabe apreciar no se refieren en absoluto al rango científico de ambas obras, sino a su índole y su ámbito de eficacia. Pues la de Levy permanece dentro de la Historia del Derecho romano y nos ofrece, como fruto de su larga e intensa ocupación durante decenios con fuentes conocidas de antaño, pero desatendidas, una nueva provincia de aquella disciplina. Una provincia que recibimos de sus manos no como terreno virgen, sino como un campo preciosamente amojonado y bien cultivado». Y añadía: «Los resultados de Levy necesitarían ser completados, podrían ser revisados y corregidos; pero quien en adelante se ocupe con la evolución tardía del derecho romano privado y, en especial, con el derecho de la parte occidental del imperio, habrá de tomar de aquellas obras su punto de partida y a cada paso entenderse con ellas»[23].

Comprobaba Kunkel cómo las publicaciones de Levy, que ocupan un espacio de más de sesenta años, se produjeron a lo largo de un período en el que la ciencia del derecho romano experimentó muchas variaciones metodológicas y en el planteamiento de los problemas. Lo apreciable en Levy es que «vivió estas transformaciones, las experimentó y las determinó»; y por ello, si se quisiera dar cuenta global de sus obras, sería necesario partir desde los inicios de este largo desarrollo[24]. Quizá por ello también el que esta consideración algo detenida del discurso de Mitteis y de la suerte corrida por la propuesta de Wenger y otras consecuencias y conexiones de todo ello pueda, no obstante, considerarse oportuna en este lugar, porque quizá ayude al lector no romanista, a quien se dirigen fundamentalmente estas páginas, a comprender un poco más el significado mismo de las investigaciones de Levy relativas al Derecho vulgar y a apreciar el sentido de su empeño, tan singular desde fuera de estos estudios, como escritor.

Durante el siglo XIX, el estudio histórico del derecho romano y el estudio dogmático del mismo, lejos de enfrentarse, habían sido buenos compañeros en el largo camino que llevó a la edificación del derecho de Pandectas y a su culminación en el Código Civil Alemán. Ya desde finales del ochocientos, los romanistas alemanes, favorecido ello por lo inminente de la codificación civil, habían comenzado a liberarse de la obligación que hasta entonces les incumbía de realizar una interpretación dogmática y sistemática del corpus justinianeo, encontrándose cada vez más con que su condición de dogmáticos de un orden jurídico actual debía dejar paso, y cada vez mayor, a su condición de historiadores de un derecho del pasado. La progresiva ampliación, por esta causa, del número y carácter de las fuentes que habían de tenerse en cuenta trajo consigo que cayeran bajo su consideración las realidades políticas, sociales y culturales de la antigüedad romana y, con todo ello,

[23] Kunkel, *cit.*, págs. XXIX y XXX.
[24] Kunkel, *cit.*, pág. XXI.

comenzó a vislumbrarse el camino hacia una exposición del desarrollo histórico del derecho romano. El Derecho Común y el Derecho de Pandectas pasaban de este modo a pertenecer más a los historiadores de la historia del derecho moderno que a la romanística. Esta, a su vez, pasaba a concentrarse en el estudio del antiguo Derecho romano y se debilitaba así definitivamente el enfrentamiento polémico entre «romanistas» y «germanistas» en relación con el derecho nacional[25]. Pero en los inicios de la actividad literaria de Levy la romanística alemana no se encontraba aún sino incoando el proceso de liquidación con el Pandectismo, pues el carácter dogmático de la jurisprudencia pandectística –al fin y al cabo los pandectistas eran discípulos de la Escuela Histórica del Derecho–, viva en el joven código civil alemán, promulgado en 1900, y, por lo tanto, en la doctrina del derecho civil, operaba también en la investigación histórica que desarrollaba aquella romanística, tanto en el planteamiento conceptual de los problemas como en el esfuerzo encaminado a contraponer al sistema pandectístico, derivado de la legislación justinianea y que semejaba el de la Escuela del Derecho Natural, un derecho clásico de parecida armonía y ausencia de contradicciones.

Cuando Levy, siendo todavía estudiante[26], se introdujo en la investigación, la crítica de interpolaciones, con cuya ayuda se buscaba entresacar los principios clásicos de la tradición justinianea, llevaba camino de ir siendo utilizada cada vez con mayor audacia. Desde finales del siglo XIX habíase renovado por Gradenwitz, Lenel y Alibrandi, entre otros, y a comienzos de siglo se contaba ya con la existencia de interpolaciones prejustinianeas, cuyo origen, como vimos, se ponía en los esfuerzos de los profesores de las escuelas de derecho de las provincias orientales. Pero en 1910, las primeras, de una larga serie, y demoledoras «contribucio-

---

[25] Véanse A. Arthur Schiller, *Roman Law, Mechanisms of Development*, Nueva York, 1978, págs. 4 y s., y F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Múnich, 1988, pág. 46.

[26] Nació Ernst Levy el 23 de diciembre de 1881 en Berlín. Su padre, el comerciante Robert Levy, se caracterizó por un marcado sentido de la justicia, bondad y hombría de bien, rasgos de su carácter que, como señala Kunkel, heredó su hijo. Su madre, Betty Landsberber, muy vivaz e inteligente, pertenecía a una familia de rica tradición cuyo origen podía ser rastreado hasta Samuel Kaliphari, nacido alrededor de 1500, médico en la corte real española de aquel entonces, y cuyos miembros posteriores fueron en su mayor parte maestros, rabinos o médicos. En medio de la atmósfera armónica y estimulante de la casa de sus padres experimentó Levy una infancia y juventud felices. La escuela, asistió al Friedrichgymnasium de Berlín, le fue ligera. Como estudiante de piano llegó hasta el nivel superior en el Conservatorio Sternschen. A comienzos de 1900 se inició en el estudio del derecho a través de un semestre en Friburgo, para luego proseguir estos estudios en Berlín. Estos primeros contactos le satisficieron tan poco que pensó seriamente en cambiar de estudio. Pero ya en el tercer semestre fue ganado definitivamente para la jurisprudencia por el genio pedagógico de Martin Wolf. Como muestra de la amplitud de su formación superior, sólo hay que mencionar, dice Kunkel, la variedad de sus profesores. Junto a los juristas de las universidades de Berlín y Friburgo, hay que contar a los profesores de economía política Schmoller y Sering, a los filósofos Dessoir, Simmel y Lasson, al germanista Erich Schmidt y a los filólogos clásicos Wilamowitz y Eduard Schwartz. Frecuentó además los Seminarios impartidos por Brunner, Hellwig y Seckel. Gierke y Kohler le decepcionaron, como Levy ocasionalmente contaba, por su apatía en relación con la enseñanza. En cambio, fue Emil Seckel su profesor en especial. Éste, que lo ganó para el derecho romano, animaba a los estudiantes a la producción de trabajos de carácter científico (véase Kunkel, *cit*., pág. XIII, de donde entresaco con no poca literalidad).

nes» de von Beseler anunciaron que en el siguiente cuarto de siglo el esfuerzo investigador de la romanística iba a concentrarse en el descubrimiento de las alteraciones experimentadas, de la mano de los compiladores justinianeos. En efecto, hacia 1935 está época de radicalismo en la investigación de interpolaciones llegó a su punto culminante. La publicación en ese año, por Albertario, de la primera parte de una introducción al derecho justinianeo es una de sus expresiones más acabadas.

También las primeras publicaciones de Levy muestran el estilo de la investigación de entonces[27]: en la materia, el reclamo de los clásicos; en la manera de pensar, la proximidad todavía de la dogmática del derecho común; en la demostración, el examen de la autenticidad de los textos. Levy, que junto con Rabel, llevó a un cierre provisional (1929) el *Index Interpolationum* del Digesto, comenzado por Mitteis en 1909, «no fue un representante de la radicalidad en la investigación de interpolaciones». Desde el principio nunca silenció las dificultades ni consintió, por lo tanto, en imponer a las fuentes una tesis preconcebida; antes bien, su punto de partida en las investigaciones que llevó a cabo, como recordaba Kunkel[28], fue siempre el de una «imparcial ocupación con los testimonios transmitidos, a los que sometía a una profunda y penetrante exégesis». Y así, lo anunciara ya aquello o no, el caso es que muchos años después, tras largos decenios de trabajo sobre las fuentes, Levy aportó una de las piedras fundamentales para los cimientos de una diferente y más reflexiva crítica textual.

En medio de la marea creciente de hipótesis de interpolaciones había ido surgiendo la pregunta de si resultaba ya posible atribuir a la comisión legislativa justinianea todas las modificaciones detectadas, que, en parte profundas, atacaban los fundamentos dogmáticos mismos del derecho clásico. Junto a esto, la inicial descalificación por sus excesos de la moderna crítica de interpolaciones tenía una fecha tan antigua como la de 1897 (Kalb). Y por mediación de otros que la prosiguieron (Mitteis, 1912, Buckland 1924[29]), una diferente crítica textual, orientada al estudio de las posibles revisiones en época potsclásica temprana, finales del siglo III y comienzos del IV, de las obras clásicas –revisión en el sentido de conservación del nombre del autor, título y materia general, incluso cuando se introducían modifica-

---

[27] El trabajo sobre la Cautio Muciana, con el que se licenció, posiblemente elaborado ya en su época de estudiante, se publicó inmediatamente después de su examen en el volumen 24 de la *ZSS*. También de ese período proceden lo más probablemente, al parecer de Kunkel (*cit*., pág. XIV), sus estudios sobre las garantías en el derecho romano, como el estudio bastante amplio sobre «Sponsio, fideipromissio y fideiussio», Berlín 1907, con una parte del cual se había doctorado un año antes. De 1915 es «Privatstrafe und Sachdensersatz im klassischen römischen Recht» y de 1918 la primera parte de *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* (1918), con el que se había habilitado en la universidad de Berlín inmediatamente antes del estallido de la guerra.

[28] Kunkel, *cit.,* pág XXI.

[29] Kalb, *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten* (1897); Mitteis, *ZSS* 33 (1912), págs. 180-211, contra la primera obra de Beseler; Buckland, «Interpolations in the Digest», *Yale L. J.* 33 (1923/24), págs. 343-364.

ciones deliberadas en el texto– había ido logrando abrirse paso desde los comienzos mismos de la década de los treinta. Con ella se impugnaban dos presupuestos de la crítica de interpolaciones hasta entonces: que los juristas de época clásica utilizaron una extremada pureza de lenguaje, incompatible con ciertas muestras de prosa ordinaria y de lenguaje cancilleresco, y que el derecho de los juristas buscaba una formulación general y abstracta, orientada a la edificación de un sistema armónico. Con ella se rebajaba también la idea de que las influencias helenísticas y orientales conectaban directamente con las interpolaciones prejustinianes y justinianeas presentes en los textos jurisprudenciales. Se demostraba que éstos no habían apenas resultado afectados por ellas (Partsch), o que no fue sino en el momento en que se planifico el Digesto y se promulgaron las leyes de reforma, cuando las influencias orientales llegaron a formar parte del Derecho romano (Pringsheim). Y a esta tarea, a la que, a partir de los años treinta, contribuyeron varios romanistas, con diversas opiniones y matices, y que ha dado finalmente como resultado más probable que, en todo caso, el gran número de alteraciones prejustinianeas presentes en la literatura clásica jurídica proceden de época temprana postclásica y, especialmente, de occidente, fue a la que Levy asimismo contribuyó a lo largo de los años no sólo con valiosas aportaciones concretas, sino especialmente con un influyente modelo de crítica textual, que es además un método de investigación e indagación del Derecho vulgar: *Pauli Sententiae, A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law* (1945).

Como prolegómeno a esta obra, que se inserta en una cadena de primeras observaciones sobre interpolaciones y autenticidad de las Sentencias de Paulo y de anteriores y posteriores, penetrantes estudios al respecto debidos a otros romanistas,[30] Levy mismo había publicado, en 1943, «Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages» (*Ges. Schr*. I págs. 221 y ss.)[31], estudio en el que, partiendo del examen del origen y transmisión del texto de las Sentencias, tanteaba la posibilidad de fijar hasta siete hitos (entre 300 a 533 d.C., incluidos tanto el primero, autor original, como el último, compiladores justinianeos), a modo de hipótesis de trabajo, y distinguiendo entre occidente y oriente, en el proceso de vulgarización del derecho romano. Y si en esa línea su palingenesia de las *Pauli Sententiae* fue concebida por él tan sólo como un modelo de investigación que proponía y presentaba, desde su exilio americano, a la crítica de sus colegas, ocupándose por ello únicamente de los seis primeros títulos de aquella obra; y si resulta ejemplar su examen frase a frase de las *Sentencias*, su análisis de cada una de esas máximas de manera concisa y rigurosa y la demostración de la composición por estratos de la obra a partir de un núcleo originario, debido probablemente a un autor de época

[30] Por ejemplo, desde alguna observación de Cuiacio, luego Pernice (1884), Mommsen (1899), Beseler (1910), P. Krüger (1911), y los penetrantes estudios de Schulz (1927), el propio Levy (1930), luego Lauria, Scherillo, Volterra, otra vez Levy (1943 y 1945), de Dominicis (1955) y otras contribuciones posteriores (de nuevo, Levy, Archi y Serrao).

[31] Cito los trabajos de Levy mediante referencia a los *Gesammelte Schriften*, I y II, Colonia/Graz, 1963.

dioclecianea[32], hasta el Breviario de Alarico y la Compilación justinianea, desde otro punto de vista, lo importante es también el resultado de que los diferentes estratos reflejan la evolución del derecho y del pensamiento jurídico, especialmente en el occidente romano tardío; pues la contribución de las escuelas de derecho orientales y de Justiniano a la configuración de la parte de las Sentencias (141 textos) recogida en el Digesto se demuestra como exigua. De esta forma, el estudio de Levy, que es, por lo tanto, sumamente importante en relación con la evolución de la moderna crítica textual[33], es particularmente relevante a los fines de esta introducción sobre Levy y el Derecho vulgar, pues, junto con otros trabajos suyos anteriores, fue un claro y cercano prolegómeno a su vez a la primera de sus dos fundamentales exposiciones sobre el Derecho romano vulgar de Occidente: *The Law of Property*.

Este estudio sobre las Sentencias de Paulo, generosamente publicado en las Estados Unidos en 1945 –allí, y en aquel entonces, una esotérica monografía–, fue en sí mismo una primera culminación, antes de atacar la cima del Derecho vulgar de manera definitiva, de un largo proceso de indagación, que tuvo como escenarios, con anterioridad a su forzada emigración y la guerra, las universidades de Friburgo (1922-1928) y de Heidelberg (1928-1936). Y para llegar a esa primera cima tuvo no sólo que recorrer un largo camino, sino también desbrozarlo.

III. Muchos años atrás, en el invierno de 1918/1919, inmediatamente después de la Gran Guerra (para la que el exjuez municipal Levy (1909-1912), casado con Marie Wolf (1909), y en ese momento (1914) recién habilitado y apenas estrenado Privatdozent fue reclutado de inmediato –frente de Rusia, después operaciones de Verdún y del Aisne–, siendo licenciado, poco antes de su término, como no apto ya para el servicio activo en campaña), reanudó Levy su breve e interrumpida docencia donde la había dejado, en la universidad de Berlín. Tras una breve permanencia en ésta, y después de pasar y abandonar la de Francfort (1919-1922), en Friburgo y Heidelberg el trabajo científico de Levy, en comparación con el que hasta entonces había realizado, siempre con brillantez, comenzó a adquirir nuevas y mayores dimensiones[34]. Durante los años friburguenses, aparte de reelaborar con

---

[32] Demostrar la formación de la parte fundamental de las sentencias de Paulo en los tiempos de Diocleciano había sido objeto de su trabajo, muy anterior, Paulus und den Sentenzenverfasser (*ZSS* 50, 1930= *Ges. Schr*. I págs. 99 y ss.).

[33] *Textstufenforschung* significa investigación de estratos textuales; y estratos textuales en una obra significa que un texto ha podido llegar a nosotros como una amalgama de diferentes estratos superpuestos o imbricados, a partir de uno original, por causa de la intervención deliberada (interpolaciones) o no (errores materiales de los escribas o incorporaciones al texto de glosas al margen del ejemplar que se copia) de diversas manos, en diversas épocas, a lo largo de los años. A la investigación de esta forma de transmisión de un texto, emprendida con éxito Levy en 1945, consagró luego Wieacker un largo artículo en 1950 «Lebensläufe klassischer Schriften in nachklassischer Zeit», *ZSS* 67 (1950), que preludió su obra posterior, fundamental al respecto, *Textstufen klassischer Juristen* (1960).

[34] Cuenta Kunkel (*cit*., págs. XV-XVIII) que en el inicio de 1919 atendió una oferta de la joven pero bien pertrechada universidad de Francfort, en la que se sintió a gusto; que dejó Francfort, no obstante, en 1922, cuando le fue ofrecida la sucesión de Otto Lenel en Friburgo. Pero Friburgo le decepcionó: «la Facultad, dividida en muchas cuestiones, era con frecuencia un nido de enredos e

penetrante y especial cuidado el manuscrito que su maestro y mentor Seckel había dejado inacabado acerca del *periculum emporis*, pasó a ocuparse de problemas de derecho matrimonial romano y de derecho penal. Estos estudios le llevaron a apartarse del esquema «clasico-bizantino/justinianeo», que dominaba la romanística de los años veinte todavía casi completamente, para conducirle a una «observación histórica más escrutadora». La ampliación que estos estudios supusieron del área de trabajo de la actividad investigadora de Levy le llevó a tener que referirse a un extenso círculo de testimonios no jurídicos y al contenido de los papiros pertinentes, así como a observar ciertos problemas en otros derechos de la antigüedad y no sólo en el romano. Señalaba Kunkel, al respecto de lo primero, que en su libro *Hergang der römischen Ehescheidung* (1925) fue donde la investigación de Levy alcanzó un latitud y profundidad históricas en una medida nuevas, al trascender la temática histórico-jurídica de carácter dogmático, propia de sus primeros trabajos, con la incorporación del estudio del trasfondo histórico-social de las instituciones romanas. Y, respecto de lo segundo, que con el estudio dedicado a la ausencia y matrimonio en el ámbito de la historia de los derechos de la antigüedad (*Versollenheit und Ehe*, 1927), complementario de aquél libro, Levy dio un nuevo paso adelante en la dirección de una ampliación del círculo histórico a historiar y hacia el «registro diferenciado de los procesos evolutivos»[35].

«Levy, que no estuvo de entrada en contra de la teoría de la influencia dominante de las escuelas de derecho bizantinas, utilizaba en sus escritos de los años veinte, como era usual, el adjetivo «bizantino» para indicar partes no clásicas integrantes de la tradición del Digesto». Pero, ciertamente, «debía de tomar ya entonces esa teoría con reservas», pues en sus mencionados trabajos sobre el riesgo en la compraventa o sobre el divorcio no sólo no consigna alteraciones en la tradición clásica debidas a la actividad de las escuelas orientales de derecho, sino que, en el estudio del desarrollo postclásico, con motivo de sus investigaciones sobre el derecho matrimonial, se encontró con que «el occidente le mostraba materiales elocuentes y apenas utilizados, mientras que del trabajo de las escuelas orientales nada, o apenas nada, quedaba»[36]. Con esto, el estudio del occidente romano post-

---

intrigas académicos». También la relación con Lenel fue bastante fría, pues el gran sabio, en su vejez parco en palabras, no resultaba fácilmente accesible o tratable, «para quien no tuviera un temperamento decidido, como el que tenía Josef Partsch, o una capacidad especial para el tacto y la comprensión, como la de Pringsheim. El carácter respetuoso de Levy, su discreción y consideración hacían tan poco posible superar aquél obstáculo como mi propia, dice Kunkel, juvenil timidez». No le fue difícil, por tanto, tomar la decisión de trasladarse a Heidelberg; y allí enseñó Levy desde el otoño de 1928 hasta que fue relevado de sus funciones; y allí vivió hasta tomar el camino de la emigración en 1936. Levy fue hecho miembro de la Academia de Heidelberg, y en esta universidad entabló variadas relaciones personales. Recuerda Kunkel, que trató a Levy con frecuencia en aquellos amargos días, cómo muchas de esas relaciones se mantuvieron firmes también bajo la presión del terror antisemita del nacionalsocialismo –«a pesar de que la librepensadora Heidelberg fue golpeada por el odio a la inteligencia con especial brutalidad»–; así que Levy, en los difíciles años que siguieron a 1933, experimentó decepciones humanas, pero nunca tanto, señala Kunkel, como otros muchos compañeros en el sufrimiento de otras universidades.

[35] Kunkel, *cit*., pág XXIV.

[36] Kunkel, *cit*., págs. XXVI y s.

clásico le pareció exigir una atención prioritaria y se reafirmó en la sospecha de que muchas de las apelaciones a la influencia de la escuelas orientales no lograban traspasar el umbral de lo meramente hipotético. Y así, en la importante contribución de Oslo, de 1928, pero aparecida en 1929[37], cuando ya estaba en Heidelberg, «Westen und Osten in der nachklassischen Entwiklung des römischen Rechts», criticó decididamente tanto la utilización como sinónimos por la doctrina, bajo la influencia de las valiosas aportaciones de Mitteis, de los términos «postclásico» «helenístico» y «bizantino», como la consecuencia de esa sinonimia, esto es, que con uno cualquiera de esos términos, vagos y generales, se reafirmaba la idea de que la influencia del occidente romano, la del occidente de los trescientos años largos transcurridos entre el final de la época clásica y Justiniano, no estaba presente en los elementos integrantes de la codificación justinianea. Muy al contrario, en la línea de no desdeñar una probable prioridad del oeste frente al este en todo esto, ya sugerida por Buckland y Riccobono, demostraba Levy en Oslo que el occidente romano había de entrar necesariamente en consideración para explicar el origen de la transformación experimentada por del derecho romano en esos siglos intermedios. Un problema complejo, además, que exigía la utilización para su resolución de un método complejo[38], pero que, por lo mismo, a nadie debería extrañarle que reclamara una respuesta compleja a la que la observación del occidente romano aportaría su parte: «Tan poco como Justiniano puede ser considerado el solo causante de tanta modificación, decía Levy, así de poco puede ponerse la causa en el Helenismo, en la evolución «mecánica»[39] del derecho clásico o en algún otro solo factor».(*cf. Ges. Schr.* I, págs. 164, 183).

Así, pues, como conclusión para la resolución de las dos cuestiones que a todos ocupaban –¿Por qué vías se transformó el derecho clásico? ¿Dónde tuvo lugar esa transformación?– solicitaba Levy en Oslo la consideración especial de la tradición occidental, superando toda unilateralidad en la investigación, pues de aquélla no podían esperarse sino beneficios. De un lado, decía, para la investigación mejor e inmediata del derecho justinianeo, pues el testimonio que otorgan las fuentes jurídicas postclásicas occidentales es siempre más temprano que el testimonio procedente de las orientales; además, ofrece el más antiguo y el único comprobante del carácter prejustinianeo de una reforma y nos pone sobreaviso respecto a suposiciones precipitadas respecto a la proveniencia helenística-oriental de una novedad, invitándonos, finalmente, a un planteamiento más profundo del problema. Si esta ocupación con las fuentes jurídicas postclásicas occidentales[40] era importante para

---

[37] *ZSS* 49, 1929.

[38] Así Collinet en «Les facteurs de développment du droit romain privé au Bas-Empire», págs. 630 y s., *Bulletin of the International Committee of Historical Sciences,* Vol. I, Part. V, 1928, págs. 623-631.

[39] Se refiere con ello a la posición de Riccobono, quien, como hemos recordado, explicaba las transformaciones presentes en el derecho de Justiniano por un desarrollo orgánico interno que partía desde el derecho clásico.

[40] En 1930 publica el *Ergänzungsindex zu Ius und Leges*, una concordancia de los términos de más de cincuenta textos de los siglos segundo a sexto, es decir, de, ante todo, lenguaje y terminología

la debatida cuestión respecto a los factores de modificación del derecho clásico en el largo período intermedio, también ella permitiría lograr una mirada sobre la primera recepción del derecho romano en terreno germánico, observar también el modo inicial de la formación jurídica nacional, especialmente las de Francia y España, y barruntar el camino que el derecho romano habría tomado en la parte occidental de Europa si el renacimiento medieval justinianeo no hubiera resucitado los escritos de los juristas clásicos (*cf. Ges. Schr.* I, pág. 182)[41].

El programa de sus futuros estudios quedaba así trazado. Los primeros resultados jurídicos materiales de sus investigaciones sobre el derecho vulgar los presentó, unos años más tarde, en su contribución sobre la índole del Derecho romano vulgar occidental («Zum Wesen des Weströmischen Vulgarrechts») al congreso que se celebró en Roma, en 1933, con ocasión de los mil cuatrocientos años del Digesto. Ciertamente, poseía ya Levy en este momento la actitud mental necesaria para enfrentarse con una alteración tal de conceptos, como es propia del derecho vulgar, y para ser capaz incluso de penetrar detrás de identidades engañosas para aprehender, tras aparentemente leves modificaciones, unas en realidad grandes y trascendentes. Pues, como señalaba Kunkel, dos años antes, ya en Heidelberg, en su trabajo sobre la pena capital romana fue donde Levy había llegado más lejos, quizá como en ningún otro de los suyos, en la «disolución de estáticos conceptos mediante histórica diferenciación», a través de una muy sutil delineación de la historia de los conceptos de Kapitalstrafe (pena capital) y Kapitalverbrechen (delito capital), sobre el fondo de los cambios políticos (1931; *Ges. Schr.* II, págs. 325 y ss.). Además, estos problemas del derecho criminal romano le habían conducido, incluso en forma más acusada a como lo hicieron sus trabajos, inmediatamente anteriores, sobre el derecho matrimonial y sobre la ausencia, al terreno fronterizo entre la historia jurídica y la historia general; terreno que, en los planteamientos corrientes, todavía en la línea del fuertemente orientado hacia la dogmática, propio de Mommsen, no entraba en consideración[42].

De las diferencias que iba consignando en esta investigación se desprendía ya la división del derecho vulgar en estratos, la que posteriormente demostraría en sus estudios sobre las Sentencias de Paulo, así como la causa de muchas de estas transformaciones, que, sin descuidar la toma en cuenta de las modificaciones económicas y sociales, ponía de manera también importante en el descenso de la competencia jurídica de los juristas postclásicos en comparación con sus grandes predecesores. De este modo, hablando en «Zum Wesen des Weströmischen Vulgarrechts» de lo ocurrido con la doctrina jurídica sobre la condición, aquellas modificaciones experimentadas por el derecho clásico no fueron fruto de una re-

---

de las fuentes tardorromanas, pero en los que entran también testimonios desparramados y no fácilmente accesibles todavía del derecho clásico.

[41] A la consonante y contemporánea actitud de apertura en Wenger, Riccobono, Collinet ya nos hemos referido antes. También es de recordar la importancia de todo esto para la comprensión de la compilación justinianea en su conjunto, y con la vista puesta en su recepción europea posterior, que ha ocupado el empeño de algunos.

[42] Kunkel, *cit.*, págs. XXIV y s.

forma consciente del derecho llevada a cabo por los juristas postclásicos, sino de la aversión instintivamente unida a su propia incompetencia por todo lo que supusiera sutiles cuestiones, complicadas relaciones o situaciones de pendencia como las que están unidas a un negocio jurídico condicionado.(*cf. Ges. Schrif.* I, págs. 190 y s.). Así, con la atención puesta en el siglo quinto, sobre testimonios del Breviario de Alarico, del Código de Eurico, de las *Interpretationes* del Código Teodosiano y de las Sentencias de Paulo, expone Levy en esta brillante contribución al congreso de Roma de 1933 la ruina del concepto clásico de condición –ya en aspectos terminológicos (*conditio* entendida ahora también como pacto, las «condiciones» de un contrato), ya por alteración completa del derecho clásico acerca de los tipos de condición y sus efectos en los negocios– y la identificación de derecho vulgar entre negocio obligatorio y acto traslativo de la propiedad, como en la compraventa. No como si ahora fuera imposible, señalaba Levy, que a través de una estipulación escrita o garantía o promesa de dote surgiera una obligación dotada de efectividad, pues ya el plazo que normalmente transcurre en estos actos entre el acuerdo y el cumplimiento fuerza a percatarse de la diferencia, sino en el sentido de que compraventa y donación vuelven otra vez a su antigua condición de negocios al contado: ya no son simplemente convenios que valen como *causa* justa para un acto traslativo posterior de la propiedad, sino que producen esa transmisión por ellos mismos. En el Código Teodosiano, en las *Interpretationes* de éste o de las Sentencias de Paulo, la propiedad es *donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus* transmitida al otro. Además, al darse esto junto a una conservación de los diferentes términos, pero mezclándolos o resumiéndolos en otro más genérico, o haciéndolos convivir con otros distintos pero que se consideran equivalentes, ello le invitaba a concluir que todo esto habría resultado imposible si los conceptos clásicos hubieran permanecido sin modificación. De este modo, consideraba que son estas fuentes postclásicas las que mejor pueden servir para dilucidar el derecho local más antiguo romano-germánico, pero teniendo en cuenta que sólo puede conseguirse que nos hablen en ese respecto si no se pretende encontrar en ellas la manera clásica de pensar y su orientación intelectual: «Cuanto más fuertemente puedan parecer consonantes con ello, tanto más decididamente debe el observador estar ojo avizor. *Si duo scribunt idem, non est idem*. Formas desarrolladas de un modo altamente técnico son puestas al servicio de una voluntad primitiva. Aun así su influencia es enorme en la evolución medieval. Y no obstante tampoco sería desviado sospechar en esas fuentes la acción única y singular de la misión de Roma. Doblemente grandioso, pues, elévase tras ellas el servicio prestado al mundo por el posteriormente renacido Justiniano» (*cf. Ges. Schrif.* I, págs. 185 y ss; 191 y s; 200).

Este trabajo romano de 1933 sobre la índole del derecho vulgar fue finalmente publicado en los *Atti* del congreso en 1935, es decir, un año antes de que Levy se

[43] La dominación del nacionalsocialismo terminó pronto con su labor como editor (desde los años de Friburgo, fue redactor de la *Revista de Savigny* [1927-1934], que mejoró significativamente bajo

viera obligado a tener que abandonar, camino de los Estados Unidos, la Alemania nacionalsocialista[43].

Se siguieron cinco años de silencio literario, sin duda condicionado por la dificultades de su vida en un nuevo ambiente, una nueva lengua y nuevas y variadas competencias docentes, y también alejadas de su formación, en la Universidad de Washington (Seattle). El arte con que todas estas dificultades superó, sin queja alguna, despertó la admiración de sus colegas y alumnos: Germany's loss is our gain, fue expresión corriente[44]. Tras ocho de no haber vuelto a hablar del derecho vulgar, pudo reanudar Levy, por fin, en los inicios de los años cuarenta, sus estudios sobre

---

su impulso [Kunkel, *cit*., pág XVI]) y le arrebató toda posibilidad de publicar en Alemania. Le había sido permitido mantener su cargo docente, en razón de su condición de combatiente en la primera guerra mundial y de acuerdo con cierta desacreditada legislación sobre reconstrucción del funcionariado, pero, como sucedió en todas partes en tales casos, fueron sus lecciones boicoteadas por orden del Partido y, de esa manera, creado un motivo para su retiro. Ni deprisa ni de buen ánimo se decidió por la emigración. De un último encuentro en Francfort guardo conmigo, dice Kunkel (*cit.*, pág. XVII), una «inolvidable impresión de su serenidad, calma y empeño para tratar de comprender aquellos apenas comprensibles acontecimientos».

[44] Las universidades de América acogieron entonces a muchos profesores alemanes con los brazos abiertos. Pero acoger a un jurista continental europeo, y más aún a un romanista, no era fácil. En tales circunstancias fue mérito de la Universidad de Washington en Seattle el que decidiera colocar en segundo plano la cuestión relativa a la especialización científica y facilitara a Levy una cátedra para la impartición de historia europea a estudiantes de historia y de derecho romano a estudiantes de derecho. Venciendo la dificultad del idioma, la ajenidad de parte de la materia, la novedad del sistema docente, superando los obstáculos que le había interpuesto en su camino la locura racial del nacionalsocialismo, también Levy, que siempre se sintió unido y vinculado, a pesar de todo, a la patria y tradición científica alemanas, creó su obra más significativa, como Schulz y como Pringsheim, fuera de Alemania, a raíz de un forzoso exilio del que no regresó hasta pasados veinte años. Finalizada la guerra, aunque el odio y la amargura, recuerda Kunkel, le eran completamente extraños, en la duda de si el antisemitismo de los tiempos de Hitler realmente había quedado superado, eligió, tras decidir su vuelta a Europa, a Basilea como lugar de residencia. Y fueron los amigos de Basilea, vinculados a la Facultad de Derecho, junto con la Academia de Heidelberg y las Academias de Gotinga y Múnich, de las que Levy mientras tanto habíase convertido en miembro, los que hicieron posible la impresión (personalmente cuidada por Levy) de sus *«Gesammelten Schriften»*. Levy consintió en ello a instancias fervientes de Wolfgang Kunkel y Max Kaser que, junto con Franz Wieacker y Johannes Georg Fuchs, se esforzaron también en procurar los medios económicos necesarios (Kunkel, *cit*., págs. XVII y s.). Al poco de publicarse la colección de los escritos de Levy, A. A. Schiller, profesor de la universidad de Columbia (Nueva York), en una reseña de este acontecimiento editorial, deploró que en los *Gesch. Schr*. no se incluyera –«omisión difícil de explicar»– una de las «más críticas reseñas» de Levy, la relativa al escrito ya mencionado de Koschaker, de 1938, sobre la crisis del derecho romano y de la ciencia romanística. En ella, publicada en *Classical Weeckly* (4 de diciembre de 1939), Levy establecía con claridad que la llamada crisis del derecho romano en Alemania no se debía, como Koschaker había sugerido, al carácter sólo histórico de su estudio –búsqueda de interpolaciones, inclusión del derecho griego antiguo y derechos orientales– sino ante todo a que el programa del partido Nazi buscaba sustituir –y se ponía en ello todo esfuerzo– el derecho romano con lo que se denominaba un derecho totalmente alemán. Schiller, que fue amigo de Levy, y no obstante criticaba esta omisión en los «escritos», se hacía cargo de lo que debió de costar a Levy rebatir críticamente a Koschaker, pues había mantenido con éste una estrecha amistad durante muchos años. Pero aún así, entendía el profesor norteamericano (*Columbia Law Review*, 65, 1965, págs. 1311-1315), que por mucho que pudiera resultar desagradable a los estudiosos alemanes esta reseña debería haberse incluido.

esta materia. Primero aparecieron dos trabajos «Reflections on the first "Reception" of Roman Law in the Germanic States» y, el ya mencionado, «Vulgarization of Roman Law in the Early Middel Ages» (*Ges. Schr*. I, págs. 221 y ss.). El primero de ellos lo presentó en diciembre de 1941 en la reunión anual de la American Historical Association, celebrada en Chicago, y publicado en 1942 en la *American Historical Review* (*Ges. Schr*. I, págs. 201-209). En este artículo rescata el término Recepción, por lo que se refiere a la vida del derecho romano en tierras germánicas y entre pueblos germánicos, de su uso habitual tan sólo para aludir a la historia del derecho romano en la Alemania desde su inicio en el siglo quince hasta el diecisiete. Llama así primera *recepción* al encuentro, no menos importante y mil años más antiguo, del derecho romano y las tribus germánicas asentadas en territorio romano: «La primera recepción del derecho romano en territorios germánicos, ¿cuán lejos llegó? ¿Qué motivos y factores se vieron implicados? ¿Fue el resultado un sistema completamente romanizado, o sobrevivieron todavía elementos nativos?» Para el estudio de estas cuestiones se centra fundamentalmente en el Código de Eurico, con lo que testimonia la extensión de su investigación también a los aportaciones jurídicas germánicas del tiempo de las invasiones bárbaras. Delimitando las circunstancias que hicieron ya que a comienzos del siglo quinto la situación fuera eminentemente favorable a la recepción, y mencionando entre ellas la superioridad innegable del derecho romano para abordar ciertas cuestiones en comparación con un derecho autóctono deficiente al respecto, da cuenta de la inclinación de Eurico por el derecho romano, especialmente en materias como el procedimiento, la represión por el soberano de los delitos (con abandono de la venganza privada) y en otras materias: plazos, límites, fracciones, grados de parentesco, etc., materias todas estas necesitadas de estricta determinación. Pero también a la inclinación de Eurico por el derecho romano debe imputarse la adopción de ciertas reglas y principios sustantivos. Sin embargo, la romanidad del *Codex Euricianus* –lengua, técnica, sistemática, contenido, ilustraciones, e incluso redactores– no impide mantener, sino todo lo contrario, que la costumbre gótica existía y viva, habiendo tenido que surgir la cuestión de su reconciliación o amalgamamiento. Pero ¿cómo la resolvieron? Sin ser este el lugar apropiado para resumir las respuestas halladas por Levy a este interrogante, sí que convendría señalar aquí primero la condición básica que posibilitó las distintas soluciones. Y es que el derecho romano con el que se encontraron los visigodos no era el derecho romano clásico de los primeros 250 años de nuestra era, sino, hacía notar Levy, un derecho romano que habiendo perdido su consistencia interna, al resultar penetrado, bajo el impacto de revoluciones económicas y sociales, de elementos heterogéneos –de carácter helenístico o cristiano unos, otros de origen popular– diferentes a veces en diferentes provincias, perdiendo su distintivo carácter nacional, habíase convertido en un derecho romano vulgarizado. Y este derecho, alejado de los sutiles análisis y distinciones clásicas, atraía más fácilmente a pueblos primitivos como los incluidos en las tribus germánicas, o tendía incluso, bien por regresión o por innovación, esta última en la línea incluso de ciertos desarrollos incoados ya en época clásica, a guardar correspondencia con las costumbres y concepciones jurídicas de aquellos pueblos, parte

de ellas, por lo demás, no necesariamente siempre más primitivas, sino distintas. Pero si la vulgarización del derecho romano, desde el punto de vista del nivel técnico clásico, sienta la condición previa para una posible recepción del derecho romano en los reinos germánicos, no obstante, esa recepción, desde un punto de vista material, muchas veces fue más aparente que real, pues al respecto es de suma importancia la constatación alcanzada por Levy de que, sin despreciar la presencia de sustancia helenística, la raíz de tales modificaciones respecto al derecho romano, pero con vestimenta legal romana, fue más frecuentemente germánica que helenística, incluso cuando coincide con la práctica helenística[45]. Puede resultar del todo ilustrativo el caso extremo, lo que Levy considera que podría llamarse una *re-recepción*, es decir, cuando los visigodos recurren a una disposición legal romana que contenía sustancia germánica para incorporarla a sus propios códigos en tanto que consonante del todo con su propio derecho: la costumbre germánica que se promulgó con ropaje legal romano, a través de un alto funcionario romano de extracción germánica, vuelve a su fuente original: el legislador germánico subrogado en el poder romano. Así, una cosa es hallar una disposición imperial romana que en 390, contra el derecho clásico romano, introduce una costumbre helenística (la viuda tutora, CT 3.17.4), otra comprobar que los visigodos la adoptan, por encontrarla en la legislación imperial y ser consonante con su propia costumbre jurídica familiar o adaptable con variaciones (LV 4.3.3) y una tercera hallarse frente a una disposición imperial romana, dada en Rávena en 422, que establece, contra el derecho romano clásico, que los esponsales acordados por el padre obligan al matrimonio a la hija menor, incluso tras la muerte de aquél (CT 3.5.12, ampliada la regla en la *Interpretatio* romano-occidental de esa norma para incluir bajo ella también a una hija mayor) y ver que los visigodos recurren a esa norma formalmente romana, que es materialmente plena costumbre germánica, para promulgarla formalmente ellos (LV 3.1.2; 3.1.6,7,8; 3.4.2). En este último caso, como señala Levy, la regla adoptada procede del derecho romano sólo porque previamente el pensamiento germánico ha penetrado en una disposición imperial.

Estos y otros testimonios llevaron a Levy a mantener la tesis de que los primitivos codificadores visigodos, incluso si tomaron como punto de partida regulaciones extrañas a ellos, no las siguieron sin reservas, y que en algunas ocasiones hasta las rechazaron por completo (como, por ejemplo, en materia de régimen de bienes en el matrimonio o en la persecución por el propietario de la cosa hurtada o robada). Y es por todo ello por lo que Levy señalaba en sus conclusiones finales que los resultados de su investigación sobre la recepción del derecho romano por los legisladores germánicos no estaban del todo en la línea de la opinión dominante, pues no se desprendía de ella, como cosa completamente cierta, que los códigos visigó-

[45] Explicable esto sin tener que recurrir a una relación greco-germánica, anclable en el sustrato o común origen indoeuropeo, por lo demás coparticipado por los latinos, sino por un común denominador integrado por las concepciones jurídicas populares. En todo caso, si fuera verdad que en algunos de estos ejemplos los godos tomaron en préstamo de la sustancia helenística, tampoco entonces habrían por ello renunciado mucho a lo peculiar suyo, *cf. Ges. Schr.* págs. 201-209, esp. pág. 206.

ticos, incluyendo los de Eurico y Leovigildo, muestren una amplia romanización y que sólo, por lo general, bajo superficie sobrevivieran, como toleradas, pero no reconocidas, las costumbres góticas. Esto, que es cierto en parte, no lo es en otra, pues si aquellos usos, añadía Levy, no hubieran persistido con fuerza en la alta Edad Media, no hubieran podido ser puestos por escrito en los Fueros[46] ni tampoco la colección de formularios negociales conocida como *Formulae Visigothicae*, compiladas a comienzos del siglo séptimo, revelarían un espíritu no romano como el que muestran. Además, en bastantes ocasiones unas concepciones populares paralelas constituyen las bases respectivas del Derecho vulgar romano y de las regulaciones góticas. En realidad, la cuestión de la gradual conmixtión de dos culturas, la romana y la germánica, que es el sello de la época, exige distinguir con cuidado en cada caso. Y así, pensaba Levy poder anticipar que el Código de Eurico, el más antiguo monumento legal germánico, aun no revelando el nivel de la época clásica, a pesar de lo incompleto del material disponible para emitir un juicio, no sólo daba muestras desde un punto de vista técnico de haber sido la mejor obra legislativa de esa época, superior incluso al Código Teodosiano o a las contemporáneas disposiciones legislativas imperiales, sino también de haber constituido un serio intento por construir sobre viejos fundamentos un nuevo derecho que, despreocupándose de las ideologías nacionales, sirviera lo mejor posible al fortalecimiento del poder estatal y a un adecuado y actualizado régimen general de la familia y la propiedad[47].

Unos años más tarde, en 1950, volvió Levy a ocuparse del concepto de Recepción, nuevamente en el seno de otro congreso americano, con una contribución al mismo de significativo título, por época y circunstancia personal, «The Reception of Highly Developed Legal Systems by peoples of different cultures» (*Ges. Schr*. Págs. 210 y ss.). En ella encuadra el fenómeno de la recepción jurídica en un marco más amplio, como fenómeno universal de la historia humana, delinea una tipología de la recepción, a la luz del conocimiento histórico, y, de forma sumaria, expone en una serie de puntos lo que, en su opinión, podría ganar la discusión relativa a las relaciones entre derecho y cultura de una detenida consideración de aquel fenómeno. Pero en este trabajo, que parece constituir un tácito anuncio, un año antes, del primer tomo, el que aquí presentamos, de su obra *West Roman Vulgar Law*, se encuentra, junto a una suerte de recopilación de anteriores resultados respecto a la primera recepción del derecho romano en tierras germánicas, una franca utilización de la contraposición entre derecho clásico y derecho vulgar y una a modo de defi-

---

[46] «The so-called *Fueros*»; en este trabajo, en las notas 32 y 33 hace mención expresa de Larraona, Tabera, Torres e Hinojosa.

[47] Véase todo esto, que resumimos, en «Reflections on the first "Reception" of Roman Law in the Germanic States», *cit.*, págs. 203 y ss. Sobre el Código de Eurico ha de mencionarse aquí la cuidada y elogiosa recensión de Levy al estudio de A. d'Ors *El Código de Eurico,* Madrid, 1960: «Nunca antes ha sido estudiada la más antigua legislación visigoda original de manera tan sistemática y metódica», *cf. Ges. Schr.* I, págs. 305-313; véase también, del mismo autor, «La Territorialidad del Derecho de los Visigodos», en *Estudios Visigóticos I, Cuadernos del Instituto Jurídico Español,* Roma-Madrid, 1956, págs. 91-124.

nición de éste último: «Ningún otro sistema ha ejercido una influencia tan amplia y persistente como el de los romanos, pero su misión mundial no comenzó sino cuando su poderío político se encaminó hacia su término y, entonces, la primera «recepción» del derecho romano en los reinos germánicos, a través de las *leges barbarorum*, fue la recepción del derecho vulgar, un derecho romano gobernado más por razones económicas que por consideraciones jurídicas, un derecho enemigo de conceptos estrictos e incapaz o no inclinado a vivir en conformidad con los cánones clásicos de elegancia en la disposición y lógica en la construcción e interpretación. Es este derecho vulgar el que las tribus germánicas tuvieron que afrontar, y el resultado, una amalgama del derecho vulgar y las costumbres germánicas, fue una importante y duradera consecuencia. Tuvieron que pasar siglos antes de que el mundo en general experimentara la influencia de la cultura clásica griega y antes de que el mundo del derecho encontrara la vía de acceso a la jurisprudencia romana».

Pasados cinco años, en 1956 publicó Levy, como segundo tomo de una misma obra sobre el derecho romano vulgar de occidente, el dedicado al derecho de obligaciones: Das Obligationenrecht. Las recensiones a las dos exposiciones sistemáticas de Levy suscitaron una animada discusión sobre el concepto derecho vulgar, su carácter como derecho y su relación con los otros estratos del ordenamiento jurídico romano postclásico, especialmente con el derecho imperial[48].

En el Derecho de obligaciones mantiene, como explica en el prólogo, la misma forma de exposición, la sistemática, que, si bien podría objetarse, no puede apoyarse precisamente en la característica falta de elaborada sistematización, que es algo propio del derecho vulgar, no obstante considera Levy posible adoptar para su presentación, habida cuenta de que las tendencias básicas y las transformaciones del desarrollo vulgar se desprenden de las fuentes, a menudo y precisamente en puntos decisivos, con incisiva elocuencia, mostrando en qué se apartan y en qué guardan algún contacto con las concepciones clásicas, germánicas y justinianeas. No obstante, hace notar que no sigue completamente la secuencia del primer tomo –exposición del derecho vulgar, posición justinianea, reinos romano-germánicos–, sino una más flexible, por resultar posible en razón de la materia, las obligaciones, y por servir mejor a la exposición de las particularidades presentes en las diversas instituciones.

---

[48] También, desde el punto de vista de la historia del derecho, la publicación de este segundo tomo suscitó, por ejemplo, la publicación de las interesantes observaciones de Bruno Paradisi sobre «derecho vulgar», y también sobre la utilidad de la categoría estilística de «vulgarismo», véase, «Quelques observations sur un thème célèbre», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit*, XXVII, 1959, págs. 75-98. Un examen de la categoría «Vulgarismus», en D. Simon, «Marginalien zur Vulgarismusdiskussion», en *Festschrift Wieacker*, Gotinga, 1978, págs. 154-174, y también una delimitación en su aplicación, M. Talamanca, «L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo», en *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichià*, Roma, 1985, págs. 27-80.

Como puede apreciarse, con estas palabras del prólogo está aludiendo ya a algunas de las reacciones, y saliendo al paso de ellas, que la aparición del tomo dedicado al derecho de bienes había provocado en la comunidad científica. Pero es en la Introducción a este tomo sobre las obligaciones donde, como es natural, se pronunció más explícitamente sobre algunas de ellas y, con mayor atención sobre una de rango especial, como Levy mismo la consideró, y con la que muestra su conformidad, la de F. Wieacker *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*[49], de 1955[50].

IV. El título de este estudio de Wieacker –un ensayo ya clásico– es del todo revelador. No se habla en él de Derecho romano vulgar, sino de Vulgarismo; no de Derecho romano clásico, sino de Clasicismo. Y de ambas realidades en relación con el derecho de la antigüedad tardía. Pero, con todo, tan poco como puede haber clasicismo sin una norma clásica, tanto menos puede haber vulgarismo sin ella.

La expresión derecho romano vulgar[51], sugerida por la de latín vulgar, había sido acuñada en 1880[52] por Brunner, historiador del derecho y germanista, familiarizado como tal con las formas precientíficas de manifestación de la cultura jurídica propias de la alta Edad Media. Brunner comprendía bajo este derecho el aplicado en la práctica provincial romana del período postclásico y lo caracterizaba como un ulterior desarrollo del genuino derecho romano, bien que desarrollado en sentido degenerativo y en oposición a las fuentes oficiales, escritas. Tenidos en cuenta muy pronto término y concepto de Brunner por los historiadores italianos del derecho – práctica postclásica de las provincias: derecho no oficial, derivado de la práctica, de origen popular, de época tardía –, permanecieron en cambio prácticamente desatendidos en Alemania. No obstante, ya Mitteis, en su *Reichsrecht und Volksrecht* (1891), al comprobar en el seno de los derechos de la antigüedad

---

[49] Publicado en Heidelberg, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften,* 1955, 3. Abhandlung. Lo citaré *Vulgarismus.*

[50] Las complicadas preguntas sobre las relaciones entre derecho vulgar y legislación imperial y acerca de la influencia de las concepciones jurídico vulgares en el desarrollo jurídico del oriente siguieron ocupando a Levy tras la aparición del derecho de bienes y del derecho de obligaciones. Estos estudios, cuya publicación alcanza hasta el año 1962, todavía pudieron ser acogidos en sus *Gesammelten Schriften* (I 264-304). Sus últimos trabajos, «Verkauf und Übereignung» (*IVRA* 14 1963) y «Rehabilitierung einiger Paulussentenzen» (*Studia et Documentae Historiae Iuris, SDHI* 1965), en polémica con los estudios de otros autores, son una muestra, junto con otros pequeños trabajos y recensiones que aparecieron hasta el año 1965, de que Levy, hasta la extinción de su capacidad creadora, siguió con fuerza crítica y atención precisa el desarrollo de su ciencia. Levy murió en Davis, en su (segunda) patria americana, y la de sus hijos y nietos, que allí permanecieron, el 14 de Septiembre de 1968, tres meses antes de su 87 cumpleaños.

[51] Sobre el derecho vulgar véase la voz *Vulgarrecht*, contenida en la *Pauly-Wissowa*, Tomo IX A,2, debida a M. Kaser y que he tenido muy en cuenta. Las referencias a Kaser que se hacen el texto se refieren a *Das Römische Privatrecht* II, Múnich 1975, citado como Kaser II, que es junto a la obra de Levy, y el citado ensayo de Wieacker, fundamental en nuestro tema. Diversas opiniones pueden consultarse en la encuesta sobre «El vulgarismo y el derecho postclásico» que llevó a cabo la revista *Labeo,* a partir de 1960, entre los estudiosos. Un examen de la categoría

[52] *Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde* (1880) págs. 113 y 139.

abigarradas realidades jurídicas no procedentes de legislador alguno, no oficiales, no disciplinadas intelectualmente, quizá mezcla de deficientes interpretaciones y de la influencia de concepciones jurídicas provinciales, se había preocupado de distinguir entre las normas de los derecho locales, claramente imputables a un sustrato etnológicamente determinable, manifestación de la resistencia de las provincias al derecho romano, y ese común derecho vulgar, que no era el objeto de su estudio, de origen romano ciertamente, pero «derecho romano degenerado», como lo llamó, en las primeras páginas, haciéndose eco de las palabras de Brunner[53]. Hubo que esperar a Levy para que el llamado derecho romano vulgar fuera por primera vez dotado de un contenido material comprehensivo y para que pasara a obtener una posición central en la historia del derecho tardo-romano. Pero si Levy, como el lector de este tomo se percatará, se concentra en el estudio de las reglas e instituciones *introducidas* por el derecho vulgar, Wieacker, que, como reconoce, se basa en el material, imprescindible para su empeño, aportado y elaborado por Levy, se ocupa en ese estudio de la raíz misma del derecho vulgar, en realidad de todo derecho vulgar. Wieacker, apoyándose en el material jurídico expuesto por Levy y llevado de una fructífera asociación de ideas, partiendo de elaboraciones ya maduras en otras ciencias culturales históricas para otras manifestaciones del espíritu humano, configura, para el derecho, una categoría estilística jurídico-cultural, de índole general, a la que denomina vulgarismo por oposición a la de clasicismo. Y entonces es derecho vulgar, hablando en general, todo derecho marcado por la nota estilística del vulgarismo; y éste es un estilo vulgar del pensamiento jurídico, vulgar en contraposición a un estilo clásico, que se ha dado en diferentes pueblos y en diferentes épocas.

Hasta entonces, el par de opuestos venía constituido no por el de derecho romano clásico/derecho romano vulgar, sino más bien por el de derecho romano oficial/derecho romano de la práctica, siendo este último, el derecho romano vulgar. Y así, haciendo en gran medida caso omiso, por expresa decisión metodológica, de las cuestiones relativas a la determinación etnográfica de las novedades, dice Levy, desde la perspectiva de aquella oposición, que el derecho vulgar se revela como un derecho crecido con desmesura (esto es, incorrecta interpretación de las viejas fuentes, apartándose del derecho oficial de las *constitutiones*) en la práctica judicial, notarial, profesional, popular del derecho; dice también, desde aquella perspectiva, que su existencia, como Levy demuestra, pudo llegar a ser tenida en cuenta por la ley general a la hora de proveer, con prudencia o reaccionando contra él,

[53] Brunner, Mitteis, Wieacker (en 1954, no ya luego, *Studi Betti*, 4, Nochmals über Vulgarismus) utilizaban el término «vulgar» en la forma alemana *vulgär.* Levy, en el derecho de bienes, publicado en inglés, utiliza el término inglés *vulgar.* Pero en el tomo de obligaciones, publicado en alemán, introduce el término *vulgar* y así también Kaser en su manual. Ya Kaser en *ZSS* 73, 1956, pág. 441, nota 5 se refirió a este asunto: «Vulgarrecht» o «Vulgärrecht». En alemán, señala, la palabra *vulgär* es despreciativa, peyorativa (como en español *vulgar* o en inglés, francés, italiano las correspondientes: *vulgar, vulgaire, volgare*) y cuadraría al descenso estilístico que manifiesta una decadente manera de pensar jurídicamente, pero no haría justicia a los progresos sustanciales que aporta el derecho vulgar; por eso sería mejor al escribir en alemán, concluye, utilizar de los dos términos posibles el término «vulgar» y no «vulgär» para indicar el fenómeno.

llegando incluso a ser adoptado por ella; y añade también, desde esa perspectiva, que entonces, en este último caso, deja ya de ser propiamente derecho vulgar, pero pudiendo constituir precisamente esa ley que lo adopta la base para desarrollos de nuevo derecho vulgar. Mas no escapaba a Levy que, esto no obstante, el par de opuestos derecho oficial/derecho de la práctica presuponía un patrón clásico: el constituido por el derecho romano del Principado. Porque el origen de ese derecho romano diferente, que es el derecho romano vulgar, derecho de la práctica, está en la aversión que tanto el hombre común, como el práctico del derecho con mediocre preparación experimentan frente a un sistema jurídico, como el que subyace en el derecho clásico: inteligente, sutil, intrincado, estricto en sus conceptos, artísticamente elaborado, con cuidadosa lógica interpretado. Y esta aversión, como hace notar Levy, no es sino la fuerza que alimenta las eternas aspiraciones de la gente común por una simplificación y popularización de Derecho, de modo que al servicio de estas mismas se ponen, porque no tienen más remedio que hacerlo, los juristas que, alejados de los centros de cultura oficial y en medio de una debilitación de la cultura jurídica, en ese tiempo escribían para uso de los prácticos del derecho o para la instrucción jurídica elemental. Y que por esta razón, en este período intermedio, existe otro par de opuestos: el de derecho vulgar/derecho clasicista, entendiendo por éste la obra de comentario jurídico de las grandes obras jurisprudenciales del pasado y de las *constitutiones* imperiales llevada a cabo en las escuelas de derecho, que se hacía ciertamente atendiendo también a las novedades introducidas por la legislación, pero con la vista puesta en el pasado, y no, desde luego en el derecho de la práctica; obra realizada además con ánimo de clasificar, ordenar y esclarecer un derecho, como el clásico, muy poco dado a la generalización y a la exposición sistemática expresa. Contraste, pues, este, entre derecho vulgar y derecho clasicista, que, en opinión de Levy, parece haber sido mayor en consecuencias que ningún otro antagonismo en las evoluciones del período intermedio; clasicismo este, especialmente importante en Berito y Constantinopla, que culminó en el renacimiento justinianeo del derecho clásico.

Pero es precisamente el juego recíproco de estos pares de opuestos, testimoniado por las fuentes, el que permite formular a Wieacker la existencia de otra oposición más general, la de vulgarismo/clasicismo; oposición que a su vez le permite afirmar que el vulgarismo, como actitud intelectual que vulgariza el derecho, tiene sus manifestaciones tanto en el derecho de la práctica como en el oficial.

De esta forma, el rasgo distintivo del Derecho vulgar consiste en ser un derecho marcado por el rasgo estilístico del vulgarismo [54], desplome de un nivel estilístico superior, lo que presupone la existencia previa o concomitante de un derecho de elevado estilo, un derecho clásico, respecto del cual acaba destacándose el vulgar. Es así como el derecho vulgar se relaciona con el derecho clásico al modo como el latín vulgar lo hace con la lengua latina clásica o, mejor, la lengua hablada con la lengua literaria. Y por ello, así como no tiene sentido decir que la lengua hablada

[54] Wieacker, *Vulgarismus*, pág. 12 y ss.

es «inferior» a la literaria, síguese de ser el derecho vulgar un orden determinado empeñado en salir al paso de las necesidades que plantea la realidad de la vida, el que, a pesar de su pérdida de estilo, junto a torpes degradaciones del derecho clásico, haya realizado también distintos progresos con ocasión de su irse acomodando a la mudanza de los tiempos. Este fenómeno estilístico histórico-cultural llamado vulgarismo estaría «determinado por la ausencia de las notas estilísticas propias de una diferenciada y especializada cultura», determinado por lo tanto por un «naturalismo», como el que déjase observar también en el habla y el arte vulgares: «perdida la disciplina intelectual, que había distinguido al derecho clásico, aflora la actitud psicológica cotidiana de un conjunto social, carente de vocación por una labor artesanal o intelectualmente apasionada, que se inclina por ello, de un lado, a percibir sensible e inmediatamente el derecho ya precedentemente establecido, y, de otro lado, hacia una realización más desinhibida de la función social de las relaciones jurídicas, procedente todo ello de una ingenua vitalidad y de una observación de la realidad dominada por los afectos como es propio de una agitada y vital realización de objetivos no gobernada en absoluto por la reflexión profesional o técnica»[55].

Si el rasgo distintivo del Derecho vulgar consiste en ser un derecho marcado por el rasgo estilístico del vulgarismo, existen además otros rasgos que, con contribución de Levy y también ya sin él, se han venido estableciendo como propios del derecho romano vulgar, aunque algunos no sean privativos de él.

Y así, la necesidad de percibir sensible e inmediatamente es común al Derecho romano vulgar y al «precientífico» Derecho romano arcaico. Coinciden de este modo muchas veces el primitivismo del Derecho vulgar, ligado a su carácter de derecho clásico degenerado, con el original del Derecho romano más antiguo. Esto es muy evidente en la concepción de la propiedad. Como señala Levy, si la propiedad a todos se nos hace «visible» como posesión, a la propiedad nadie la ve ni la ha visto nunca, y de ahí que la posesión pase a ser la manera natural de enfocar el derecho de propiedad; a lo mismo obedece, aunque también a falta de lógica, confundir la simple apariencia del derecho (p. ej., la posesión como poder de hecho sobre una cosa) con el derecho mismo (aquí: la propiedad), de manera que *possessio* y *dominium* en el Derecho vulgar (si bien no totalmente) confluyen (*cf.* Levy, *Law of Property,* págs. 71y s., 19 y ss.)[56], y también por esto, en gran medida, es típicamente jurídico vulgar la confusión del derecho con su prueba, como ello se expresa ante todo en la crecida fuerza de los documentos de reconocimiento de deuda; en el derecho clásico, por contra, la documentación, si acompañaba a la *stipulatio*, sólo servía como refuerzo de la prueba de su celebración (bien la promesa –pregunta y respuesta– se refiriera a lo contenido en un documento, o bien recogiera éste, como protocolo, las palabras –pregunta y respuesta– que se habían dicho).

No derivado en cambio directamente de la necesidad de percibir sensible e inmediatamente el derecho, pero sí conectado con ella, está también el rasgo típi-

[55] Wieacker, *Vulgarismus*, págs. 20, 21.
[56] Wieacker, *Vulgarismus,* pág. 31; Kaser II, págs. 177 y ss.

camente vulgar de amoldarse a las nuevas exigencias jurídicas, ante todo a las modificadas relaciones sociales y económicas de aquel período intermedio, con un ingenuo afanarse, de manera primitiva, atécnica y asistemática, por la consecución de fines, mediante la subordinación de las especulaciones teóricas a las inquietudes prácticas. Los principios básicos de la lógica jurídica que con esfuerzo los juristas preclásicos y clásicos habían sabido materializar en abstracciones cuidadosamente alcanzadas, fueron sacrificados, no sólo por causa de aquella simple inclinación por la percepción sensible, sino también por ese otro afán. Así, por ejemplo, una vez más, la separación entre posesión y propiedad, fundamentalmente de *factum* y *ius*; la diferenciación del *dominium* en tipos especiales, de acuerdo con su función social en diversos supuestos, con abandono del estilizado concepto clásico, y caída con esto de la relacionada antítesis entre *dominium* y *iura in re* (Levy, *Law of Property*, págs. 34 y ss.), la fusión de prescripción extintiva de la acción de reivindicación y la adquisitiva del dominio, o la alteración de la distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam*, que se traduce ahora en la de acciones por las que el deudor habrá de ser condenado al pago de una suma dineraria, que serían las personales, y las otras, que serían reales: la distinción de las acciones reales y personales por su causa se pierde (Levy, *Law of Property*, págs. 219 y ss.).

Pero también, la inclinación por las representaciones afectivas, como sucede correspondientemente con las expresiones de la lengua latina vulgar, se muestra en el derecho en la frecuente resolución de las cuestiones jurídicas mediante el recurso a una noción de justicia jurídicamente informe, la cual viene determinada no por principios lógicos sino por emociones no racionalmente explicables, ante todo por consideraciones morales que subordinan el valor de las distinciones técnicas, heredadas del derecho clásico y expresadas en sus diferenciaciones terminológicas. De esta concepción del derecho marcada por el sentimiento, es un típico ejemplo la introducción de *fraus* (malicia, intención malévola) y el popularmente bien mirado substituirse de este término, en materia de delitos, en el lugar ocupado por *dolus*, así como la diferenciación técnica, demasiado exigente para los prácticos del derecho y la interpretación vinculada a la práctica, entre dolo y culpa, propósito y falta de diligencia debida (Levy, *Obligationenrecht*, págs. 101 y ss.). No obstante, no todo esto provendría de un repudio de los tecnicismos vinculado a un cierto primitivismo popular, sino de las tendencias moralizantes de los retóricos, que transformaron desde la base la manera de expresarse, así como la de pensar, de los escritores jurídicos y cuyo «ideal estilístico, con su tópica, moralizadora y afectiva manera de pensar…es vulgar en el peor de los sentidos»[57]. Y si es verdad que en un plano más alto opera el Cristianismo como factor conformador en sentido ético de la vida social de ese tiempo y, con ello, del pensamiento jurídico –ha

[57] Wieacker, «*Vulgarismus*», pág. 46; véase, Kaser, en *Studi Emilio Betti*, II, Milán, 1962, «Zum Begriff des spätrömischen Vulgarrechts», donde no comparte la opinión de Paradisi en *Tijdschrift*, *cit.*, 1959, a favor de un planificado control imperial en el siglo cuarto, en preservación y defensa de las concepciones clásicas.

[58] *Cf.* Kaser II., págs. 8 y ss.

[59] Wieacker, «*Vulgarismus*», pág. 46.

de reconocerse en la cristianización un factor autónomo, que imprimió su sello en el derecho romano del período postclásico con muchísimo mayor alcance que la vulgarización[58]–, también lo es que mediante sus postulados morales favoreció la transformación vulgar[59].

Desde otra perspectiva, ha de hacerse especial mención del carácter consuetudinario del derecho vulgar. De acuerdo con Kaser, para que el material jurídico que Levy describe como vulgar haya podido constituirse en derecho, fue necesaria una convicción jurídica acerca de ser derecho una determinada proposición o una institución o una manera de pensar. Mientras no se ha formado esta convicción jurídica, no hay todavía derecho vulgar; tampoco, ciertamente, mientras el poder del Estado sofoque la práctica jurídica «vulgar», que siempre trata de abrirse paso, como ilegal. El surgimiento del derecho vulgar presupone, pues, que el Estado tolere la formación vulgar del derecho, no importando si es por no poder o no querer reprimirlo. En la Roma postclásica pueden haberse dado ambas circunstancias[60], dándose además su reconocimiento estatal como derecho cuando penetra en la legislación imperial, como sucedió desde el comienzo del reinado de Constantino, suplantando en adelante la substancia clásica conservada hasta entonces.

Con todo, el derecho vulgar, si es derecho consuetudinario por su origen en el *vulgus*, en la masa del pueblo privada de toda formación jurídica [61], es también derecho consuetudinario jurisprudencialmente asistido, moldeado por expertos jurídicos profesionales, desparramados a lo largo y ancho del imperio y que actuaron en conexión con la práctica. Por esto, este deformado derecho de juristas, que tiene en común con las concepciones legas la degradación cultural, puede incluirse en el Derecho vulgar, entendido este en el más amplio sentido[62].

Y es que, además, dada la pobreza de nuestra información directa acerca de la práctica, tanto para oriente, como muy especialmente para occidente (a pesar de los formularios y documentos del siglo VI), esta estrecha conexión entre jurispru-

---

[60] En ella se subordina la legislación imperial a la fuerza de los hechos formadores del derecho y, por tanto, al derecho vulgar así como a las costumbres locales y estatutos que, también con otras raíces, se habían formado en la parte oriental, especialmente bajo la influencia de los derechos locales helenísticos, *cf.* Kaser, *cit*., pág. 36, en especial Levy *Bull. Ist. dir. rom*. LXII (1959) págs. 1 y ss.; 6 y s.

[61] Wieacker, «*Vulgarismus*», pág 13; para actitud crítica frente a las categorías de *vulgus* y vulgarismo, véase «Vulgarismus e Textstufen» (A. Guarino, *Labeo*, 3, 1963), artículo en el que Guarino descalifica la categoría, bien que respondiendo a ciertas observaciones de Wieacker (*Studi Betti* 4, 1962, págs. 509 y ss.) sobre la recensión de Guarino al segundo tomo del *Römisches Privatrecht* (1960) de Kaser en Labeo, 1, 1960.

[62] *Cf.* para la época clásica, W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen,* 1952, págs. 346 y ss. 371 y ss; Levy *Bull. Ist. dir. rom*. LXII 1959, págs. 4 y s.;Wieacker, «Vulcit.», págs. 18 y s. La parte tenida por la práctica en este sentido en el desarrollo jurídico postclásico fue ya en su tiempo señalada por Riccobono *Atti Congr. Int. Roma* I 1935, págs. 317y ss., *cf.* también *Ann. Sem Giur. Palermo* XII 1928, págs. 527 y s., además Collinet *Rev. hist. droit* VII 1928, págs. 560 y ss., sin haber reconocido entonces, sin embargo, la especialidad del desarrollo histórico del derecho vulgar.

dencia y práctica en el ámbito del derecho vulgar ha sido particularmente importante para nuestro conocimiento del derecho vulgar, pues ella permitió a Levy justificar la búsqueda de su expresión en las obras doctrinales postclásicas no orientadas a la enseñanza elemental de derecho (como el Epítome de Gayo, a diferencia de la paráfrasis conocida como Gayo de Autun, que muestra la práctica jurídica de su tiempo, siglo V, y las, próximas al mismo, *Interpretationes* a los Códices Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y *Pauli Sententiae*), como también, para los siglo IV y V, en las constituciones imperiales (en la medida en que necesariamente guardan una relación dialéctica con la práctica del tiempo) y en las leyes bárbaras, que, como quedó dicho, por ser precisamente derecho romano vulgar, pudieron recibirlo, en la medida en que lo hicieron, y que reflejan también la práctica del siglo V. En cambio, frente a todo esto, el valor de la compilación justinianea es menor al respecto de su conocimiento, pues ciertos testimonios del derecho vulgar que hubiera sido esperable encontrar desaparecieron por el clasicismo oriental de las escuelas y el consiguiente de los compiladores.

V. Presuponiendo, como lo hace el derecho vulgar romano, la existencia del romano clásico, se sigue de esto, en primer lugar, que un derecho puede ser llamado propiamente romano vulgar en la medida en que se deja apreciar en él una cierta relación material con el derecho romano clásico y también cuando llega a veces a alterar los principios de éste en su exacto contrario. Con esto se estaría diciendo que, en segundo lugar, ese Derecho romano vulgar es un derecho que no debería su forma aparente, si se prescinde de la manera de ver de los legos en derecho, a ningún otro factor subyacente que no fuera el constituido por el derecho romano clásico. Y así delimitado, y es mérito de Wieacker el de haber ensayado, sobre el material aportado por Levy, ciertas distinciones, entonces no han de contarse en el Derecho romano vulgar en razón de su origen, por ejemplo, las concepciones e instituciones jurídicas no romanas, especialmente las procedentes de los derechos locales helenísticos, que se introdujeron en el Derecho imperial[63], o de los primitivos derechos germánicos en occidente, con los que ciertas concepciones vulgares guardan correspondencia y que en ocasiones no son fáciles de delimitar de las de aquéllos[64], como tampoco habría de contarse en él lo que no es sino derecho regional, esto es, reglas jurídicas (por ejemplo, en relación con el aprovechamiento del agua) condicionadas por la hidrografía u orografía locales. Pero más significativamente no serían derecho vulgar las instituciones y preceptos jurídicos que debieron su creación a una consciente planificación política-jurídica de los emperadores postclásicos, como las novedades de origen cristiano o introducidas para la consecución de los objetivos oficiales de prosperidad –en un marco de estatismo y fiscalidad que repercutía especialmente en la organización del trabajo y el régimen de la propiedad inmobiliaria–,

[63] «*Vulgarismus*», págs. 27 y ss.

[64] Así no parece rechazable la influencia germánica en la fusión en una forma única de *préstamo (res prestita*) del mutuo y el comodato; en el terreno ganado por la venganza privada o en los visibles principios del Wergeld, *cf.* Wieacker, «*Vulgarismus*», págs. 32-36

aunque para su establecimiento se hayan servido los legisladores de medios jurídicos típicamente vulgares. Esto podrá ser muestra de vulgarismo, pero no es derecho vulgar, pues no guarda conexión con el derecho clásico. Pero también al revés: tampoco son derecho vulgar las reformas que no son sino el cabal cumplimiento a través de un desarrollo orgánico (en la línea de lo planteado por Riccobono[65]) de una tendencia iniciada en época clásica que hubiera proseguido por encima de todas las catástrofes[66].

Esta relación con el derecho clásico se manifiesta también en que sus ideas e instituciones se refieren al núcleo mismo del interés de la jurisprudencia: el derecho privado. No obstante, siendo la modificación vulgar una que se opera desde dentro, la fuerza y originalidad de las instituciones vulgares dependió de la ausencia, cuanto mayor mejor, de la intervención legislativa imperial reformadora, motivada en objetivos de política jurídica. Y así se muestra con fuerza en materia de derechos reales, por la modificación vulgar del concepto clásico de propiedad, que vino de este modo a afectar a toda la constelación de los derechos reales que en aquel concepto clásico tenía su centro. De forma también importante se manifestó en el derecho de obligaciones. Pero, por la razón antedicha, no puede decirse lo mismo, ni mucho menos, de los ámbitos del derecho de sucesiones o del de las personas y la familia, y ni que decir tiene de los cubiertos por el derecho procesal civil, el derecho penal y el dilatado derecho público.

VI. Como se desprende de todo esto, constituiría un error presentar el derecho vulgar como un sistema cerrado o, asimismo, concebir un determinado período del derecho romano como simplemente de Derecho vulgar. Pero ello no impide que la contribución de Levy, basada ante todo en la investigación jurídica del amplio campo de la tradición tardo romana occidental, se mantenga firme y poderosa, tanto si lo aflorado por Levy –la «masa» o el «estrato«de instituciones y preceptos jurídicos, que junto con los otros estratos jurídicos de este tiempo completaría el ordenamiento jurídico– lo consideramos como un separado sistema jurídico de derecho vulgar o lo calificamos de otra manera. Para Levy, no aceptando, en la introducción del segundo tomo, la crítica de Pugliese de constituir su conceptuado derecho vulgar una injustificada abstracción[67], fue el derecho vulgar un estrato jurídico como, de forma parecida, en períodos más tempranos tanto el *ius honorarium* como el *ius gentium* fueron estratos jurídicos que junto con el *ius civile* con-

---

[65] Pero minimizado por Albertario; véase, Biscardi, «Il problema storico del diritto giustinianeo», *Atti del congresso intern. di diritto romano*, Verona, 1948, II, págs. 233-250.

[66] Wieacker, «*Vulgarismus*», págs. 40 y s., véase también Levy, *ZSS*, 76,1958, pág. 1; *Bullettino*., *cit*. en nota 52, pág. 7.

[67] En una pensada recensión al primer tomo del *West Roman Law* (*Archivio giuridicho* 141, de 1951, págs. 119 y ss., 122 y ss) y que Levy tiene en cuenta en la Introducción al segundo tomo, consideró que este continuo hablar de derecho vulgar no era sino incurrir en una mera abstracción que no dejábase individualizar; en realidad, para el romanista italiano no habría sino concepciones y factores vulgares, que convendría poner de manifiesto tanto como las concepciones y los factores de proveniencia clásica, de origen religioso o de naturaleza autocrática o feudal que habrían colaborado en la formación del derecho postclásico.

formaban el ordenamiento jurídico: «El *ius honorarium* venía caracterizado por su origen, el *ius gentium* por la concepción del mismo como de aplicación universal, el derecho vulgar por su forma de expresión y sustancia». Es cierto que esta yuxtaposición es endeble, pues el nombre mismo de derecho vulgar es producto de los historiadores, no habiendo hablado jamás los romanos de derecho vulgar como sí, en cambio, lo hicieron de *ius honorarium* y *ius gentium;* y estos nombres obedecieron a una respectiva especificidad, marcada por su relación con el *ius civile*, y basada en su ámbito de validez y su propia razón de obligar. Pero con todo, como señaló Grosso, a quien se deben las anteriores observaciones, frente a la imputación de constituir una mera abstracción «aparece como innegable la individualidad histórica de este filón representado por la vulgarización y del complejo jurídico que de ella resulta»[68]. También, en clara apreciación de la obra de Levy, y contra toda imputación de simplificación, se manifestó Kunkel en su necrológica, pues, señalaba, «casi cada página de su obra muestra abundantemente con qué cuidado son tenidos en cuenta los posibles factores del desarrollo institucional. Además, con la expresión «Derecho vulgar» «se refiere primordialmente a la estructura conceptual que se aparta del derecho clásico (y justinianeo), y ella no es entendida por Levy, o no primordialmente, como el producto de una vulgarización de los conceptos clásicos en tiempos postclásicos, sino como la culminación de concepciones vulgares que ya en el período clásico existían y ocupaban un amplio espacio en la práctica jurídica. Este carácter compuesto, complejo, de la vida jurídica clásica, añadía Kunkel, no se deja justificar de forma cabal; pero es digna de ser creída a partir de la limitada posibilidad de eficacia de la gran jurisprudencia y también de la práctica imperial de los rescriptos sobre la administración de justicia, en el amplio mundo imperial del tiempo del Principado. Quien esta presuposición no acepte, concluía Kunkel, sino que se mantenga firme en la representación de un derecho de juristas clásico limitado en su validez sólo a través de los derecho locales orientales, debe ciertamente poner en duda la teoría del derecho vulgar de Levy; pero a él mismo entonces habría que devolverle el reproche de simplificación»[69].

---

[68] G. Grosso, *Iura* VIII, 1957, pág. 488 y s., recensión al tomo de obligaciones.
[69] W. Kunkel, *ZSS*, 86, 1969, pág. XXXI.