

"INTEGRI RESTITUTIO COMPETIT AUT IN REM AUT IN PERSONAM"

Exégesis de PS 1.7.4.

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO

1. Introducción; 2. La interpretación de Ernst Levy sobre PS 1.7.4; 3. Relaciones entre la *in integrum restitutio propter metum* y la *actio quod metus causa*; 4. Conclusiones respecto del autor del texto analizado.

1. Es comúnmente aceptado por la doctrina que el régimen clásico de la *in integrum restitutio*¹ constaba de dos etapas: en la primera el pretor realizaba una *causae cognitio* para resolver, mediante un *decretum*,² si protegía al solicitante concediéndole una *actio rescissoria* o una *exceptio*; la segunda era un verdadero *iudicium*, llamado *rescissorium*, en cuya fórmula iba incluida una *fictio* que indicaba al juez que juzgara como si no hubiera ocurrido el acto impugnado, tendiente a hacer efectivas las consecuencias prácticas de la rescisión.

Había varias causas por las que el pretor concedía la i.i.r.; una de ellas era el *metus*. Inicialmente, quien había realizado un negocio jurídico a causa de intimidación sólo contaba con este recurso; pero luego apareció una nueva acción que también protegía al intimidado, la *actio quod metus causa*,³ dirigida a obtener una *condemnatio* por el cuádruplo del negocio realizado con intimidación, en favor de quien había sufrido el *metus*.⁴ Como la fórmula de esta acción contenía una cláusula arbitraria, por la que el demandado evitaba la condena por el cuádruplo si restituía lo que hubiera obtenido por medio de la intimidación, llegó a convertirse en un expediente rescisorio y a quitar campo de aplicación a

¹ En lo sucesivo se abreviará *in integrum restitutio* con las siglas i.i.r.

² Actualmente se discute si el *decretum* del pretor era necesario en todos los casos. LAURIA, *Studi Bonfante* 2, pp. 514 y ss., y CERVENCA, *Novissimo Digesto Italiano*, v. *restitutio*, consideran que ordinariamente el pretor concedía la acción rescisorio sin pronunciar el *decretum* y que éste sólo era necesario en casos especiales, p. c. cuando se concedía una i.i.r. a fin de dar una *facultas abstinendi* o una *bonorum possessio*.

³ En lo sucesivo se designará la *actio quod metus causa* con las siglas a.q.m.c.

⁴ Respecto del tiempo en que aparecen una y otra, vid PAULYS-WISSOWA, *Realencyclopädie*..., v. *restitutio*.

la i.i.r. *propter metum*. Así, la a.q.m.c. llegó a figurar en el edicto perpetuo, según la reconstrucción de Lenel, en el título X, que llevaba la rúbrica "*De in integrum restitutionibus*", junto al edicto que concedía la i.i.r. *propter metum*.

Estos dos dispositivos procesales llegaron a quedar completamente confundidos al ser absorbida la i.i.r. por la a.q.m.c. Esto ya es patente en documentos posteriores a Dioclesiano,⁵ y fue resultado de la extinción del procedimiento ordinario de las fórmulas.⁶ Sin embargo, parece fundada la afirmación de que esa confusión ya ocurría en la última época clásica en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*,⁷ y que ya se manifestaba en rescriptos de Diocleciano.⁸

En este artículo haré una exégesis de un pasaje de las *Pauli Sententiae*, en el que aparentemente se presentan confundidos esos dos recursos, con el objeto de hallar algún elemento que ayude a explicar la relación en la i.i.r. *propter metum* y la a.q.m.c., y de fijar la posible época de redacción del texto. El fragmento a comentar (PS 1.7.4) textualmente dice:

*Integri restitutio competit aut in rem aut in personam. In rem actio competit ut res ipsa qua de agitur revocetur; in personam aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest.**

El texto llama la atención por varios motivos: a) por la mención de que la i.i.r. puede proceder *in rem* o *in personam*, ya que la i.i.r. clásica daba lugar sólo a una *actio rescissoria* con ficción o a una *exceptio*; b) porque habla de la i.i.r. como una *in rem actio*; c) porque señala como efecto de la i.i.r. una pena del cuádruplo y éste era el efecto propio de la a.q.m.c., y d) por la expresión *integri restitutio* en vez de la clásica *in integrum restitutio*.

2. Ernst Levy, quien ha sido el único autor que ha pretendido hacer un examen crítico general de PS, examinó el texto que nos ocupa en su trabajo titulado "*Zur nachklassischen in integrum restitutio*",⁹ cuyas conclusiones han sido generalmente aceptadas por la romanística contemporánea.¹⁰

Según este autor, la mencionada *sententia* se explica por que la i.i.r.

⁵ Vid. LEVY, ZS 86, 1951, pp. 381 y ss.

⁶ Así lo ha demostrado SCHULTZ, ZS 43, 1922, pp. 228 y ss.

⁷ CERVENKA, *op. cit.* n. 2, pp. 741 y ss.; LAURIA, *op. cit.* n. 2, pp. 519 y ss.

⁸ D'ORS, AHDE, 1971, pp. 827 y ss.

* La restitución del entero procede *in rem* o *in personam*. Procede *in rem* para que la cosa misma de que se trata se revoque; puede pedirse *in personam* la pena del cuádruplo [si la acción se ejercita] dentro del año o la pena simple [si la acción se ejercita] después del año.

⁹ Publicado en ZS 86, 1951, pp. 360 y ss.

¹⁰ KASER, *Römischen Privatrecht* II, pp. 61 y ss., cit. por D'ORS, AHDE, 1971, p. 827.

llegó a ser, para la doctrina vulgar de occidente, una *actio* igual a todas las demás acciones.¹¹ El criterio que determinó la distinción entre una *actio* (= *restitutio*) *in rem* y una *actio* (= *restitutio*) *in personam* fue el de la finalidad de la demanda: si se pedía la cosa misma, se intentaba la *actio in rem*, si se pedía una cantidad de dinero, la *actio in personam*.¹² El texto, continúa Levy, pone de manifiesto la confusión en que incurrió la doctrina jurídica vulgar de occidente respecto de la i.i.r.: la confunde con la a.q.m.c. al decir que aquélla implica una responsabilidad por el cuádruplo.¹³

Por consiguiente, PS 1.7.4 debió ser redactado, no por el autor original de PS, quien reflejaría el derecho vigente en la época de Diocleciano, sino por un autor que estuviera en contacto con el derecho vulgar de los visigodos y que escribiera entre los años 400 y 450, o por uno de los compiladores de la *Lex Romana Visigothorum* del año 506.¹⁴ La *sententia*, afirma Levy, tiene el espíritu de la *Interpretatio* visigótica de PS.¹⁵

Pero esta tesis de Levy no parece sostenible si se tiene a la vista D. 4.2.9.4, que textualmente dice:

*Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.**

Este fragmento del Digesto ha sido criticado por Beseler, quien considera que en su totalidad es obra de los compiladores.¹⁶ El objetivo que éstos tenían en mente era dar a quien, intimidado, remitió una deuda, una vía directa para la rescisión, además de la a.q.m.c. Suponiendo que efectivamente todo el texto fuera invención justiniana, sería necesario, sin embargo, explicar la semejanza con PS 1.7.4. Si ésta, como opina Levy, fue obra de los visigodos, sería muy extraño que los compiladores, formados en las escuelas clasicistas de oriente, se inspiraran en un texto redactado por hombres poco conocedores del derecho. Por el contrario, si el texto del Digesto, adversamente a lo que piensa Beseler, no es obra justiniana, entonces tampoco puede explicarse su coincidencia con el texto de PS, si es que éste, como quiere Levy, fue obra visigótica.

Parece más verosímil, a rasgos generales, suponer que tanto PS 1.7.4 como D. 4.2.9.4 reflejan una situación jurídica que prevaleció tanto en

¹¹ LEVY, *op. cit.*, n. 9, p. 382.

¹² *Ibidem*, pp. 394 y 395.

¹³ *Ibidem*, pp. 395 y 396.

¹⁴ Es decir, de acuerdo al método que utilizó LEVY en su *Pauli Sententiae. A palin-genesia...*, New York, Cornell U. P., 1945, el autor de esta PS sería C o quizá V.

¹⁵ LEVY, *op. cit.*, n. 9, p. 382.

* Pues se concede al que lo desea tanto la acción real como la personal, una vez rescindida la acceptilación u otro medio de liberación.

¹⁶ BESELER, I, 73; cit. por SCHULTZ, ZS 43, 1922, pp. 217 y ss.

oriente como en occidente, antes del *Breviario* de Alarico y de la codificación justiniana.

3. En época clásica, quien había celebrado un acto jurídico por causa de intimidación tenía, hacia fines de la República,¹⁷ dos recursos para recuperar lo que hubiese perdido: la i.i.r. *propter metum* o la a.q.m.c. Lo más probable es que la i.i.r. fuera el recurso más antiguo y que la a.q.m.c. fuera un recurso más perfecto.¹⁸

A partir de entonces fue necesario escoger el recurso con que el intimidado sería protegido.¹⁹ *D* 4.2.21.6 y 14.2 plantean claramente la alternativa.

Hubieron algunas razones prácticas para que, en general, la a.q.m.c. fuera quitando terreno a la i.i.r.: 1) el que la primera tuviera una fórmula con cláusula arbitraria la hacía apta para servir como acción rescisoria;²⁰ o sea que el juez, de resultar fundada la pretensión del demandante, condenaría al intimidante a pagar el cuádruplo de lo que la cosa valiere, a no ser que restituyere la cosa, cancelare la estipulación, reconociere como válida una obligación, etc.; 2) por principio de economía procesal era más conveniente intentar la a.q.m.c., cuyo ejercicio llevaba directamente al examen de la cuestión, y no la i.i.r. que requería un examen para decidir si se concedía o no la protección, y luego ejercitar la correspondiente acción rescisoria, y 3) la interpretación que hizo la jurisprudencia, particularmente Juliano, del alcance que tenía la restitución que debía hacer el demandado si no quería ser condenado al cuádruplo: en *D* 4.2.9.7 se dice que Juliano opinaba (4 *Dig.*) que la restitución de la obligación que había sido cancelada por intimidación, debía hacerse de suerte que si el deudor (y demandado) no la pagaba, o si, una vez restablecida la obligación, éste no aceptare el juicio correspondiente, debía ser condenado al cuádruplo; la novedad que introdujo Juliano consistió en exigir que la aceptación del juicio sobre la obligación restituida fuera necesaria para evitar la

¹⁷ SCHULTZ, *ZS* 43, pp. 217 y ss. sostiene que la a.q.m.c., cuya fórmula, llamada "octaviana", fue diseñada por el pretor Octavio hacia el año 80 a. C. con fines preponderantemente penales, llegó a convertirse en una acción para rescindir negocios civiles hacia fines de la República; y que la i.i.r. *propter metum* aparece citada por primera vez con alcance general por Séneca el Viejo (54 a. C.—39 d. C.).

¹⁸ PAULYS-WISSOWA, *Realencyclopädie...*, v. *restitutio*, p. 679.

¹⁹ Parece probable que en la mayoría de los casos la elección del recurso la hiciera el demandante. Así lo hacen pensar *D*. 4.2.9.4, 5; 21.6; en *D*. 4.2.9.6 Juliano dice que al escogerse una vía se extingue la otra. Pero cuando el demandante intentaba la a.q.m.c. después del año útil, el pretor tenía que hacer una *causae cognitio* para examinar si no era procedente otra acción y, en este caso, si era prudente conceder la acción pedida, o bien conceder otra acción; así *D* 4.2.14.2. Quizá también sucediera que cuando se solicitaba una i.i.r. *propter metum* al pretor, éste, cuando decidiera proteger al solicitante, le diera la a.q.m.c. en función rescisoria; esto pudo ocurrir cuando todavía no se delimitaba claramente el campo de aplicación de uno y otro recurso.

²⁰ *Vid.* D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 3a. ed., 1977, par. 380, n. 12.

condena al cuádruplo. Esto no era posible con la protección que en un caso similar concedería la i.i.r.: una acción con ficción, cuyo juicio podía ser o no aceptado, sin que la negativa de aceptación conllevara más consecuencias que las ordinarias.

Sin embargo, hubo supuestos en que la i.i.r. era un mejor remedio que la a.q.m.c.: 1) cuando alguien aceptaba o repudiaba una herencia, y 2) cuando los efectos de la rescisión afectaban a terceros.²¹

Se ha aceptado que la a.q.m.c. clásica era una *actio in rem scripta*, y que por la redacción objetiva de su fórmula podía ser dirigida contra terceros, ya que no era necesario nombrar a quien había causado la intimidación, sino sólo probar que se había actuado por intimidación. Pero incluso Lenel duda que la a.q.m.c. fuera una *actio in rem scripta*,²² y antes que él Schultz había probado, a mi juicio, que tal concepción no era clásica.²³ Hay textos que demuestran que en época clásica los juristas discutían en qué casos y hasta qué grado podían ser perjudicados los terceros por el ejercicio de una a.q.m.c., y esta discusión es la que hace comprensible las palabras de *PS* 1.7.4: *competit aut in rem aut in personam*.

En *D* 4.2.14.5 se dice que algunos juristas pensaban que el comprador de buena fe, lo mismo que el legatario o el donatario, que adquirían de quien intimidó no podían ser demandados por la a.q.m.c.; pero que la opinión de Pedio y Viviano en el sentido de admitir la acción contra terceros adquirentes de buena fe, fue la que prevaleció. Los casos que aquí se planteaban como objeto de la discusión eran: la cosa que llegó a manos de un tercero adquirente ha perecido sin dolo de éste, y el esclavo adquirido de buena fe se ha fugado.²⁴

D 4.2.11 (Paulo, *notae ad Jul. 4 dig*) señala un caso en que la a.q.m.c. no procede contra terceros: cuando alguien, sin conocimiento del fiador, hace violencia para que se libere al fiador, éste no quedaba obligado.

También a propósito de *fideiussio*, refiere *D* 4.2.9.8 que Juliano opinaba que cuando un *fideiussor* actuaba con violencia para que se le liberara, no podía proceder la a.q.m.c. contra el deudor principal, sino que la acción debía enderezarse contra el mismo *fideiussor* para condenarle al cuádruplo, a no ser que restituyera la acción contra el deudor principal; pero el texto añade que Juliano fue criticado certeramente por Marcelo, quien

²¹ MARGADANT, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, v. *restitutio*, p. 984.

²² LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3a. ed., p. 113.

²³ SCHULTZ, *SZ* 43, 1922, pp. 240 y ss.

²⁴ SCHULTZ, *Op. cit.*, p. 250 y ss. juzga que este texto fue manipulado: en su primera parte, donde se proponen los casos objeto de la discusión, se nota, dice Schultz, un estilo completamente justiniano, por lo que concluye que todo este trozo del texto es obra de los compiladores. No obstante, el mismo autor está de acuerdo en que los clásicos discutieron sobre el alcance de la a.q.m.c., y los casos propuestos en el texto se repiten en *D* 4.2.14.11, por lo que no me parece que sea aceptable la afirmación de que fueron inventados por los compiladores.

afirmaba que la *a.q.m.c.* si procedía contra el deudor principal, porque se trataba de una *actio in rem scripta*.

En un rescripto del emperador Gordiano, del año 238, se niega la *a.q.m.c.* al heredero del intimidado que quería ejercitarla contra un tercero adquirente de buena fe, y en cambio se le permite ejercitar una *actio in rem*.²⁵

Como en términos generales, la *a.q.m.c.* pareció mejor defensa, se fueron haciendo interpretaciones para ampliar sus efectos contra terceros adquirentes de buena fe. Es muy probable que tal acción fuera en sus orígenes, por razón de su carácter penal, pasivamente intransmisible, pero poco a poco sus efectos se fueron extendiendo contra el heredero del intimidante por la medida de su enriquecimiento (*D* 4.2.19) y aun contra el heredero del heredero del intimidante (*D* 4.2.17). Juliano, quien parece haber intervenido decisivamente en favor del desarrollo de la *a.q.m.c.* (ver, además del texto citado a continuación, *D* 4.2.9.6.7 y 8), afirmaba (*D* 4.2.18) que la acción procedía contra cualquier tercero adquirente de buena fe por la medida de su enriquecimiento.

Estas interpretaciones debieron ocurrir en época clásica, cuando todavía se distingue la *i.i.r. propter metum* de la *a.q.m.c.* Pero cuando el proceso formulario fue sustituido por el proceso cognitorio, la diferencia entre una acción real con ficción en funciones de rescisoria, derivada de una *i.i.r. propter metum*, y una acción simplemente rescisoria (la *a.q.m.c.*) dejó de tener importancia. Para el juez del procedimiento cognitorio, lo mismo que para las partes, lo que interesa es definir si hay lugar o no a la rescisión.²⁶ En este sentido es ilustrativo el hecho de que todos los rescriptos y constituciones imperiales conservados en el título "*De his quae vi metusve causa gesta sunt*" del *Codex* justineano, que fueron emitidos por Diocleciano o sus sucesores (o sea posteriores al año 284) se ocuparon en definir si hubo o no *metus* en los casos propuestos, es decir si hay lugar o no a la rescisión, pero ninguno señaló como habría de hacerse la restitución, si por vía de *i.i.r.* o de *a.q.m.c.*

La extensión que fue recibiendo el campo de aplicación de la *a.q.m.c.* hizo que, en general, desapareciera la *i.i.r. propter metum* ya que el siglo cuarto.²⁷ Y para proteger aquellos casos de *metus* en que era más adecuado el auxilio de una acción real, se fue haciendo la interpretación de que la *a.q.m.c.* era una *actio in rem scripta*.

²⁵ SCHULTZ, *Op. cit.*, pp. 253 y 254 dice que el texto es clásico en todo, excepto en las palabras *in rem actionem*, que según él debieron ser el sustituto de *in integrum restitutionem*. Esto lo afirma porque piensa que la *i.i.r.* y la *a.q.m.c.* estaban completamente diferenciadas en época clásica; pero el texto bien puede ser un indicio de que la confusión entre ambos recursos ya se perfilaba en tiempos clásicos.

²⁶ Vid. SCHULTZ, *Op. cit.*, p. 230. D'ORS, *Op. cit.*, n. 8, p. 309.

²⁷ LEVY, *ZS* 86, 1951, p. 398 y ss. afirma que no existió en época postclásica otra *i.i.r.*, que no fuera la que protegía a los menores de edad; pero que luego Justiniano trata de revivir, sin lograrlo cabalmente la *i.i.r.* clásica.

En el ya citado texto (*D* 4.214.5) se dice que Pedio opinaba que la *a.q.m.c.* debía proceder contra quien infundió miedo, aunque la cosa estuviera en poder de otro, o contra quien tenía la cosa en su poder, aunque la intimidación la hubiera causado otro. Según esta interpretación, la acción procedería contra cualquier tercero adquirente de buena fe, o cuando la cosa hubiere perecido, contra quien causó la intimidación. En *D* 4.2.9.8 se define, por única vez, que la *a.q.m.c.* es una *actio in rem scripta*.

Schultz²⁸ ha demostrado, a mi parecer que esta concepción de la *a.q.m.c.* no era clásica, ya que los textos que la definen fueron manipulados por los compiladores. Su argumento principal es, en pocas palabras, que los textos que aparecen en el *Digesto* en sede de la *a.q.m.c.* y que la definen como *in rem scripta* fueron textos que originalmente se escribieron a propósito de la *i.i.r. in rem*. Por esta razón, Schultz propuso que se revisara el texto de la fórmula de la *a.q.m.c.*, en el sentido de incluir en ella la mención de quien causó el *metus*, de suerte que fuera una acción personal, como la *actio doli*. Lenel recogió esta sugerencia en su tercera edición del EP y, sin modificar la reconstrucción que había hecho de la fórmula, la presenta como una posibilidad.

4. Regresando al texto de *PS* que nos ocupa, después de las consideraciones que se han hecho arriba respecto de la *a.q.m.c.*, se puede concluir que el texto refleja una situación en que quien había realizado un negocio a causa de intimidación, podía optar por uno de dos caminos: o ejercer una *i.i.r.* para alcanzar una *actio in rem* con ficción, o ejercitar directamente la *actio in personam*, es decir la *a.q.m.c.* Esta situación seguramente fue conocida por Paulo, quien bien pudo haber escrito sobre casos en que era preferible una vía u otra. Dos rescriptos del emperador Gordiano (*C* 2.19 (20). 3 y 4), de los años 226 y 239 ya reflejaban esa alternativa.

Pero *PS* 1.7.4 está redactada en una forma general que confunde los dos recursos procesales en una sola figura: la "*integri restitutio*". De aquí se infiere que la versión que tenemos de *PS* 1.7.4 debió redactarse cuando fueron confundidas la *i.i.r.* y la *a.q.m.c.* Con esto concuerda el que *PS* 1.7.1. defina la *i.i.r.* como *actio*. Hay indicios, a mi entender, claros de que la confusión entre ambos recursos se fue realizando en el procedimiento cognitorio de época clásica: algunos textos hablan de *contestatio* para indicar el acto inicial de un procedimiento; otros exigen la presencia de los adversarios para dictar la *restitutio*; en otros se dice que el procedimiento de *i.i.r.* era una *lis* o *causa*, o que se concluía por una *sententia*.²⁹ Es posible, pues, que la confusión ya fuera corriente en tiempos de Diocleciano, cuando fue generalizado el procedimiento cognitorio.

²⁸ SCHULTZ, *Ops cit.*, p. 240 y ss.

²⁹ Vid. CERVENCA, *Op. cit.*, n. 2, pp. 741 y ss.

Por consiguiente, PS 1.7.4 pudo ser redactada por el autor original de la obra,³⁰ quien por su interés de sintetizar y presentar una obra para el gran público, probablemente abrevió y unió varios textos de Paulo, similares a los rescriptos arriba citados, en que se hablaba de la procedencia de una y otra vía procesal. El hecho de que la *Interpretatio* visigótica de PS, en el fragmento correspondiente, también hable de *aut in rem aut in personam agendum est*, puede interpretarse como una paráfrasis de su modelo, pues en realidad el fragmento de la *Interpretatio* no aporta nada nuevo.

La expresión "*integri restitutio*", sin embargo, no puede ser atribuida al mismo autor. Esta terminología, en lugar de la clásica *in integrum restitutio*, es propia del siglo IV e indica un cambio de fondo: la concepción clásica de restitución en una situación es sustituida por la concepción de que una persona es restituida de algo.³¹

La nueva locución aparece frecuentemente en el Código Teodosiano, e incluso la reproduce su rúbrica 2.16, "*De integri restitutione*"³² En PS aparece encabezando el título 7 del Libro Primero, en los fragmentos 1, 2, 3 y 4 del mismo, y en 1.9.4b; sin embargo la expresión clásica *in integrum restitutio* aparece en 1.9.2, 3, 4, 5, 5a, 7, 8 y en 1.9a, por lo cual cabe suponer que la versión original de PS usaba la expresión clásica, que se conservó principalmente en la rúbrica 1.9 que se refiere a la i.i.r. de los menores, o sea a la especie de i.i.r. que guardó durante más tiempo sus caracteres clásicos. Entonces, el nuevo giro debió ser introducido en una edición del siglo IV,³³ cuando ya carecía de sentido hablar de una *integrum restitutio propter metum* y lo que importaba era alcanzar la restitución total, la *integri restitutio*, de la cosa perdida.

³⁰ O sea por A, según el método de LEVY. Vid *supra* n. 14.

³¹ LEVY, *Op. cit.*, n. 27, pp. 396 y 397.

³² La expresión aparece por vez primera en un rescripto del año 286, que conocemos a través de FV 282 i. f.; pero esto no es prueba suficiente de que esa locución se usara en tiempos de Dioclesiano, pues nuestra versión de FV fue escrita en el siglo IV o V, y los textos que nos trasmite se consideran, en general, fuertemente interpolados. Vid. SCHULTZ, *History of Roman Legal Science*, 2a. ed., Oxford U. P., 1967.

³³ Es decir por B según el método empleado por LEVY; vid *supra* n. 14.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

La tradición jurídica de Occidente. Antología de los apuntes del profesor Javier de Cervantes. Preparada por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández. Con un prólogo de los mismos compiladores y una semblanza del autor escrita por José Arce y Cervantes. México, UNAM, 1978, pp. 202.

Por JORGE ADAME GODDARD

Con este título se han publicado los apuntes que redactó Javier de Cervantes para su clase de Historia General del Derecho, que se cursa en el cuarto año de los estudios de licenciatura en Derecho en la ELD, adicionados con los apuntes que el mismo autor escribió acerca del derecho medieval español y que eran materia del curso que él mismo daba de Historia del Derecho Patrio.

La publicación está destinada a los estudiantes, aunque también es útil a los profesores de la materia.

La versión de los "apuntes" de Javier de Cervantes que sirvió de base a esta publicación fue proporcionada por José Arce y Cervantes, quien, cuando cursó la materia en 1938, la recibió de manos del propio autor. Esto hace pensar que se trata de una versión confiable, que refleja claramente el pensamiento del autor y que no fue mutilada o adicionada por los estudiantes o a través de sucesivas ediciones. Sin embargo, es conveniente aclarar que los "apuntes" que se publican son los que utilizó el autor durante el cuarto año que profesó la cátedra, y que sus enseñanzas sobre la materia continuaron veinte años más, o sea que los "apuntes" editados reflejan cuáles fueron los puntos de partida del autor y no sus conclusiones ni reflexiones propias sobre la materia.

La obra comprende el estudio de la historia del derecho en la Antigüedad, Edad Media y Epoca Moderna, pero la mayor parte del texto se concentra en la Edad Media (70 páginas, capítulos 4, 5 y 6) y en la Antigüedad (65 páginas, de las cuales 43 corresponden a Roma). De la Epoca Moderna, el autor sólo trata dos temas en 32 páginas: el constitucionalismo moderno (en el que hace referencias a la constitución de los EU y a la Revolución Francesa), y la codificación (concretamente, la historia de la promulgación del *Code Civil*).

El método de exposición que sigue el autor es el siguiente: inicia el tema con una exposición de las circunstancias sociales, políticas o económicas que repercutieron en el desarrollo del derecho; luego hace una exposición de las fuentes del derecho, principalmente de la legislación, y concluye haciendo algunas referencias a las instituciones de derecho público y de derecho privado definidas por ellas. El uso de este método puede apreciarse claramente en el cap. 4, titulado "Los Bárbaros", pp. 81 a 100; en las pp. 81 a 87 el autor trata de las invasiones y la organización social de los pueblos germanos; en las páginas 87 a 92 trata de las distintas leyes promulgadas por estos pueblos, y expone cuáles fueron las instituciones jurídicas del pueblo franco (las que considera las más representativas de los pueblos germánicos y las de mayor trascendencia histórica) en las pp. 92 a 100.

Pero la aplicación de este método no es regular. En la mayor parte de los temas tratados el autor se ocupa principalmente de las fuentes jurídicas, especialmente de la legislación, y de las instituciones jurídicas públicas; en cambio las referencias al derecho privado son, en general, escasas y en algunos temas se omiten por completo.

Esta atención primordial a la legislación y al derecho público hace que la obra sea, en buena parte, una historia política en que el desarrollo del derecho aparece supeditado a la suerte de los gobiernos.¹ El autor, al hacer la introducción a su estudio de la historia del derecho romano, reconoce expresamente esa postura metódica: "...es la historia del derecho la que debe supeditarse a la historia general", por lo que al estudiar la historia del derecho romano "tendremos que seguir la división que de la historia de este pueblo se hace, en virtud de los grandes acontecimientos políticos que modificaron su aspecto como nación y como gobierno", y por lo tanto divide la historia del derecho romano en tres períodos: la Monarquía, la República y el Imperio.

Este método implica una renuncia a hacer una historia del derecho en que la evolución de éste sea el tema central. Si consideramos que las transformaciones sociales, políticas o económicas condicionan de manera determinante el desarrollo del derecho, entonces la historia del derecho no viene a ser más que un capítulo de la historia política, de la historia económica o de la historia social. El autor no llega, evidentemente, a este extremo, pues en la mayor parte de su obra se ocupa precisamente del derecho, pero como encuadra las transformaciones jurídicas dentro de los marcos definidos por la evolución política, su historia carece de unidad: en los temas tratados se dice cuál fue el derecho vigente en determinados pueblos y períodos, pero muy poco se dice acerca de cómo el derecho de

¹ Este parece ser el modo ordinario de concebir la evolución del derecho por el jurista de nuestros días: acostumbrado a identificar el derecho con las leyes, le parece lo más natural que el derecho dependa fundamentalmente del estado, y que aquél cambie cuando los gobiernos o gobernantes cambien.

un período o pueblo devino en un derecho distinto vigente en otro período. Esto lo advierte fácilmente denominado "El derecho medieval en particular" y se enfrenta con un nuevo capítulo titulado "El Constitucionalismo moderno", en el que encontrará datos sobre cómo se constituyeron las trece colonias norteamericanas en una república federal, sin haber podido leer acerca de cuáles habían sido las causas y desarrollos que hicieron que surgiera la idea moderna de constitución, ni cuáles habían sido las transformaciones que había sufrido el derecho a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Por eso, cuando el autor comienza su estudio del constitucionalismo moderno, pretende ligar el tema con los anteriormente tratados, diciendo que estudiará las constituciones modernas porque "Entre los diversos cuerpos de leyes que existen desde fines del siglo XVIII, [ellas] ocupan un puesto de capital importancia..."

Aunque la división por capítulos que presenta la obra no es original del autor, como se explicará más abajo, me parece que la falta de unidad es un defecto de la obra misma, muy explicable si se tiene en cuenta que se trata de unos "apuntes" que servían de guía a las explicaciones del profesor y en los que no era necesario expresar con detalles todos los temas, que los "apuntes" fueron redactados cuando el autor iniciaba sus cátedras sobre la materia, y si se entiende la dificultad intrínseca de encontrar la unidad del desenvolvimiento general del derecho en Occidente.²

No obstante, cada uno de los distintos temas tocados en la obra, y en especial los de la Edad Media, es tratado de forma amena, erudita e inteligente, lo cual hace que la obra, en general, amerite ser leída por estudiantes, profesores de la materia y abogados interesados en la historia de su especialidad.

² Mi postura personal al respecto es de que el derecho, como una realidad que se da en la conciencia humana como conciencia de lo justo, aunque evidentemente se manifieste en las instituciones jurídicas vigentes en un momento dado, no agota su ser en ellas. El derecho es primordialmente un saber, un saber práctico, o sea un saber obrar y, concretamente, un saber obrar lo justo; como sabiduría o como ciencia, lo jurídico es algo universal que se da en la conciencia humana y se manifiesta en la vida social: por eso la evolución del derecho tiene un ritmo propio, distinto del que obra en la vida social. Esto explica que en algunos momentos la evolución del derecho marche a contrapunto de la evolución social, como en el s. III cuando la sociedad y el estado romano son abatidos por una profunda crisis y, sin embargo, todavía hay juristas y derecho clásico; o cuando en la Baja Edad Media existe un derecho común aplicable en todos los pueblos de la cristiandad, mientras que lo predominante en cuanto a instituciones sociales y políticas es la fragmentación. Por consiguiente, la historia del derecho, y más su historia "general" o "universal", ha de ser una historia del saber o de la ciencia jurídica. Con este enfoque son particularmente interesantes: WIEACKER, F. *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, trad. por Francisco Fernández Jordón, Madrid, Aguilar, 1957, y SCHULTZ, F. *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967. En la biblioteca de la ELD hay unos apuntes de Javier de Cervantes titulados "Historia del Pensamiento Jurídico Mexicano".

Para terminar quiero hacer dos observaciones y un reconocimiento a los editores: El título que escogieron para publicar "los apuntes de Don Javier" es bello, pero no refleja el contenido de la obra: promete más de lo que hay. Los "apuntes" que ofrecen al lector son todavía "muy apuntes"; contienen, como se reconoce en el prólogo, repeticiones, omisiones y demás defectos propios de una obra no acabada; quizá hubiera sido mejor un título más modesto como "Introducción a..." o "Apuntes de..." Segunda observación: la división por capítulos que hicieron de la obra, para sustituir la división original por temas, no parece indicar con claridad cuál es el contenido de la materia tratada: por ejemplo, el título del capítulo 4, "Los Bárbaros", no da idea de que tratará el derecho germánico en general y en particular el de los francos; o el capítulo 8, titulado "La Codificación", así, en general, cuando en realidad sólo se ocupa de la historia de la promulgación del *Código Napoleón*. Con los incisos de los capítulos sucede lo mismo. Quizá hubiera sido más conforme con el pensamiento del autor, quien quería que la historia del derecho quedara supeeditada a la historia general, respetar la división original por temas, pero distribuyéndolos en tres grandes divisiones correspondientes a las épocas a que se refieren: Antigüedad, Edad Media y Epoca Moderna. Y el reconocimiento: como profesor de la materia y egresado de la Escuela Libre de Derecho, manifiesto mi agradecimiento a quienes han hecho posible la difusión de una obra que abrió camino en México al estudio de la historia del derecho y que, además, nos da, a quienes estudiamos en esta Escuela, la oportunidad de acercarnos al pensamiento de uno de nuestros maestros insignes.