



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Peláez, Manuel J.

Las oposiciones a cátedras de Derecho Romano de 1943 (Álvaro D'ors Pérez-Peix, Faustino
Gutiérrez Alviz y Francisco Hernández Tejero (1^a parte)

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXX, 2008, pp. 505-537
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173819211018>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
 [Sección Materiales]
 XXX (Valparaíso, Chile, 2008)
 [pp. 505 - 537]

LAS OPOSICIONES A CÁTEDRAS DE DERECHO ROMANO DE 1943
 (ÁLVARO D'ORS PÉREZ-PEIX, FAUSTINO GUTIÉRREZ ALVIZ
 Y FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO) (1^a PARTE)

[The Opositions to Roman Law Professorships of 1943 (Álvaro D'ors Pérez-peix, Faustino Gutiérrez Alviz and Francisco Hernández Tejero) (1st Part)]

MANUEL J. PELÁEZ*
 Universidad de Málaga

RESUMEN

Se presenta un estudio sobre las oposiciones a las cátedras de Derecho Romano celebradas en Madrid en 1943 y en las que para dos plazas concurrieron tres candidatos: Francisco Hernández Tejero, Faustino Gutiérrez Alviz y Álvaro d'Ors. Se editan los originales inéditos de los ejercicios escritos 5º y 6º de la oposición, este último con dos partes. Transcurridos sesenta y cinco años desde entonces, con visión de perspectiva, y habiendo fallecido ya los ocho juristas implicados en aquella oposición, la contribución al estudio del Derecho romano y la proyección internacional de Álvaro d'Ors se constata como superior a la de sus dos contrincantes y al conjunto de los cinco miembros que fueron jueces de este tribunal, en parte por la especialización y publicaciones de varios de ellos en materias ajenas al Derecho romano, como el Derecho procesal, el Derecho germánico, el Derecho altomedieval español, el Derecho civil y el Derecho canónico. Las oposiciones de 1943 fueron el bautismo de un romanista original y genial. El estudio

ABSTRACT

A study is presented about the oppositions to professorships of Roman Law held in Madrid in 1943 and in which, in two areas, three candidates appeared: Francisco Hernández Tejero, Faustino Gutiérrez Alviz y Álvaro d'Ors. The inedit originals of the written 5th and 6th exercises of the opposition are edited, the latter in two sections. Sixty five years later, with a perspective vision, and 8 of the lawyers involved in said opposition having died, the contribution to the study of Roman Law and the international reknownment of Álvaro d'Ors is stated as superior to the other two rivals and to the group of 5 members that were judges of this Court, in part because of the specialisation and publications of various of them in subjects different to Roman Law, as Procedural Law, Germanic Law, Spanish High Middle Ages Law, Civil Law and Canonic Law. 1943 oppositions were the christening of an original and brilliant Romanist. The study is based on the inedit

* Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga. Dirección postal: Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, boulevard Louis Pasteur, 24. 29071 Málaga, España. Correo electrónico: mjpelaez@uma.es

se construye a partir de las actas inéditas de dicha oposición conservadas en el Archivo General de la Administración, del Estado español.

PALABRAS CLAVE: Derecho Romano – Cátedras de Universidad – Álvaro d'Ors – Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario – Francisco Hernández-Tejero Jorge - Patrística – Propiedad bonitaria – Propiedad quiritaria.

El gran romanista universal Álvaro d'Ors Pérez-Peix (1915-2004) ha hablado en no pocas ocasiones de sus oposiciones a cátedra de Universidad de 1943, pero ha dejado escritas muy escasas alusiones a las mismas. No obstante, seguía siendo hasta ahora un paisaje poco conocido con la totalidad de sus perfiles y de las flores del jardín de la ciencia que constituyó aquel evento, que no fue un encuentro violento y tensionado, sino que, a la vista de las actas de dicho concurso-oposición y hecha la salvedad de la concurrencia de tan sólo tres opositores, debió de caracterizarse por ser una oposición en la que no faltó el rigor y la seriedad, en buena medida porque los tres candidatos fueron romanistas de reconocido prestigio a lo largo de su trayectoria investigadora posterior, aunque sin duda el que más, Álvaro d'Ors¹,

minutes of said opposition that are kept in the General Archive of the Spanish State Administration.

KEY WORDS: Roman Law – University Professorships – Álvaro d'Ors – Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario – Francisco Hernández-Tejero Jorge - Patristics – Dominium in bonis – Dominium ex iure quiritium.

¹ De lo mucho que se ha escrito sobre Alvaro d'Ors Pérez-Peix ha hecho DOMINGO, Rafael, en *Alvaro d'Ors. Una aproximación a su obra* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005) relación de lo aparecido hasta la publicación de su obra, pp. 125-128, que contiene 30 referencias bibliográficas sobre d'Ors. Vamos pues a señalar las que él no ha citado (la mayor parte son las aparecidas entre 2005 y 2008), pues las otras treinta ya están ahí y no hace falta referenciarlas. Así, el propio Domingo no indica que lo que constituye el núcleo central de este pequeño libro, prácticamente sin cambio alguno, lo ha publicado como artículo también en el *Boletim da Faculdade de Direito* 80 (Universidade de Coimbra, 2004), pp. 271-302 y en *Nuestro Tiempo* 615 (septiembre 2005), pp. 16-43, con una diferencia consistente en que en esta versión de *Nuestro Tiempo* se acompaña de fotografías significativas, alguna de ellas desnaturalizada como la de p. 26, señalando en texto “con Alfonso Otero y Ángel López Amo en el verano de 1960”. Sólo milagrosamente hubiera logrado reunirse y fotografiarse con Ángel López-Amo Marín en el verano de 1960, ya que éste falleció en un accidente de circulación en Warfordsburg el 20 de diciembre de 1956. Resulta extraña esta metedura de pata, ya que en la p. 27 de este artículo se indica que “en el curso 1953-1954 impartió Historia del Derecho en Santiago de Compostela, en substitución de su querido [colega] Ángel López Amo (1917-1956)” [sobre la vida y obra de López Amo informaron SÁNCHEZ BELLA, Ismael, en *Ángel López Amo y Marín (1917-1956)*, en AHDE. 26 (1956), pp. 901-905; PELÁEZ, Manuel J., *Josep Maria Font i Rius y Ángel López-Amo y Marín. Alfonso García-Gallo y de Diego en la trastienda*, en *Infrahistorias e Inrahistorias del Derecho español del siglo XX: Un paisaje jurídico con treinta figuras* (Barcelona, 1995), pp. 289-331; y BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, *Ángel López Amo: un monárquico liberista*, en *Empresas Políticas* 4 (2005) 6, pp. 123-126]. Hemos de decir alguna cosa más sobre el libro de R. Domingo, que ha sido recensionado por GÓMEZ BLANES, Pablo, en *SDHI*. 73 (2007), pp. 590-593, donde leemos: “el profesor Domingo cierra el libro con una treintena de libros sobre la figura de este eminente jurista universal” (p. 593). Afirmación rotunda, pero engañosa. No se han escrito treinta libros sobre d'Ors, lo que lo hubiera convertido en un jurista verdaderamente excepcional, sino recuerdos, semblanzas, necrológias, publicación de sus cartas, discursos de actos de concesión de premios o doctorados, un libro de semblanzas en su homenaje, artículos donde se debaten sus ideas, una tesis

que recoge parte de sus teorías sobre la *auctoritas*, un artículo largo sobre su teoría del *creditum* y la tesis de GÁNDARA sobre *El concepto de Derecho en Álvaro d'Ors*. Consideraciones al margen de los recensionadores extraños que se busca Rafael Domingo, como es el caso de este iniciático civilista y de Martín Santiváñez Vivanco, este libro *Álvaro d'Ors. Aproximación a su obra* es una pequeña joya, ya que es un instrumento de referencia utilísimo y el listado bibliográfico de pp. 53-123 es modélico en su género (si los de otros juristas de relieve se hubieran elaborado así, nos ahorraríamos muchísimo trabajo los investigadores). En ese sentido no puedo menos que compartir, aunque sea solo parcialmente, la opinión del citado Gómez Blanes: "En definitiva, se trata de un libro breve y riguroso, punto de partida para el estudio de la aportación científica de uno de los juristas españoles y europeos más eminentes y prolíficos del siglo XX" (p. 593). Véase: lo no indicado por Domingo, por razones de fecha de publicación o por no haberlo visto, en concreto: PEIRÓ MARTÍN, Ignacio - PASAMAR ALZURIA, Gonzalo, *Álvaro d'Ors Pérez-Peix*, en *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)* (Madrid, 2002), pp. 453-554; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Álvaro d'Ors Pérez-Peix (1915-2004)*, en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)* [también de Texas, Luisiana, Nuevo México, California y Florida en los períodos de dominación española, francesa, mexicana o de independencia, según cada uno de estos estados, antes de incorporarse a la Unión] (Zaragoza-Barcelona, 2006, vol. II, tomo 1º), pp. 213-222, Nº 711; GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, *Álvaro d'Ors*, en *REHJ* 27 (2005), pp. 641-653; MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo, *In Memoriam. Don Álvaro d'Ors*, en *Ius Publicum* 13 (2004), pp. 159-160; GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, *Álvaro d'Ors (14. 4. 1915-31. 1. 2004)*, en *ZSS. rom. Abt.* 122 (2005), pp. 448-459 [en el mismo número de la *ZSS*, hay una recensión escrita por SCHULLER, Wolfgang (pp. 434-435) del libro de HERRERO, Montserrat, *Carl Schmitt und Álvaro d'Ors. Briefwechsel* (Berlín, 2004, 352 pp.) que recoge el epistolario intercambiado entre el que había sido gran ideólogo político del nazismo y Álvaro d'Ors; con todos los respetos, los trabajos de Herrero sobre Schmitt no acaban de ser claros, no denuncian al nazi. Herrero no se convence del carácter intrínsecamente perverso del Derecho nazi, en parte porque Herrero no es jurista, carece de la carrera de Derecho, procede de una Facultad de Filosofía y Letras. Viendo obras como la de GROSS, Raphael, *Carl Schmitt et les Juifs* (París, 2005), con el "Prólogo" de Denis Trierweiler, donde se observa una obsesión permanente de Schmitt contra el judaísmo y contra los judíos, se comprende el infinito peligro que supuso este jurista totalitario y que se calificaba a sí mismo como católico, aunque estuvo durante muchos años apartado de la Iglesia y de los sacramentos como consecuencia de su divorcio y de que volviera a contraer matrimonio. También se ha dejar claro de antemano que en 1936 Schmitt no fue censurado y perseguido por el régimen nazi, sino que mantuvo sus numerosos privilegios y sentó las bases, precisamente a partir de ese momento, de la expansión europea de los alemanes y de la defensa de la acumulación de poderes por el Führer (esto ya lo había hecho en 1933 y 1934). Schmitt fue detenido por los rusos en abril de 1945 y sometido a un interrogatorio. Seis meses más tarde fue el alto mando norteamericano quien lo detuvo e internó en un campo de concentración, sometiéndolo al servicio de inteligencia del ejército norteamericano a un interrogatorio. Los días 3, 21 y 29 de abril de 1947 volvió a ser interrogado por Robert Kempner, tras haber sido incriminado por el Tribunal de Nuremberg por su responsabilidad ideológica de defensa del sistema nazi. Se le preguntó por su implicación directa o indirecta en el planteamiento general de la guerra de agresión alemana, de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Schmitt negó la paternidad de la fundamentación ideológica de dichos crímenes. En el interrogatorio Schmitt se esforzó por tratar de dejar claro que, a partir de 1936, no había tenido nada que véase: con el sistema y que su colaboración había sido desde 1934 a 1936 y a señalar que "el mito del Dr. Carl Schmitt era un puro mito". Sin embargo, la adhesión de Schmitt a la ley de 24 de marzo de 1933 de tan nefastos resultados antidemocráticos, fue fervorosa y quien niegue lo contrario que se lea su colaboración al

y en segundo término Francisco Hernández Tejero (1915-1995)², precisamente quien no fue promovido en esta oportunidad, ya que Faustino Gutiérrez Alviz (†2006)³ permutó su cátedra de Derecho romano por la de Derecho procesal de la Universidad Hispalense en 1946, es decir abandonó formalmente la docencia del Derecho romano, aunque siguió publicando algunas cosas o reeditando las que tenía escritas⁴. Un hijo suyo, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, es catedrático de Derecho procesal de la Universidad Hispalense y ha sido miembro del Consejo General del Poder Judicial. Dígase, ya de buen comienzo y en favor de los tres opositores, que superaron los seis ejercicios de la oposición por unanimidad. Otra característica que se observa es que no debió de haber muchas divisiones entre los miembros de la comisión, pues el acuerdo en la votación para la dotación de las dos cátedras es casi unánime (más adelante explicaremos ese “casi”) y, en segundo lugar, los informes sobre la obra escrita y publicada o inédita presentada por los opositores se reducen a un solo texto que abarca a los tres concursantes y firman todos los componentes del citado Tribunal.

respecto en *Deutsche Juristen-Zeitung*, año 38, Nº 7 (1 de abril de 1933), pp. 455-458. Schmitt fue sancionado con la pérdida de su cátedra en Berlín y la imposibilidad de volver a ser profesor en su país. El catedrático de la Universidad de París I-Sorbona Jean-François Keervegan anima a leer los escritos de Schmitt para darse cuenta de que fue un nazi y un antisemita, en particular desde 1933 hasta 1938, pero al mismo tiempo resalta que existe una “distorsión monstruosa” entre teoría y práctica, entre escritos y hechos, entre ciencia jurídica y política y la realidad de la desaparición de infinidad de seres humanos]; PÉREZ PARDO DE VERA, Ángel, *Álvaro d'Ors (1915-2004)*, en *Grandes Juristas de la Historia Universal*, en www.uria.com [de momento reducidos esos grandes juristas tan sólo a 13, cuyas semblanzas escriben David Murphy y el citado Ángel Pérez Pardo; estos juristas son, por el orden con que allí han aparecido: Thurgood Marshall (1908-1993), Nobushige Hozumi (1855-1926), Alfred Thompson Denning (1899-1999), Álvaro d'Ors (1915-2004), Oliver Wendell Holmes, jr. (1841-1935), Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), Robert Schuman (1886-1963), Nanibhai Palkhivala (1920-2002), Theodor Mommsen (1817-1903), Owen Dixon (1886-1972), Bartolo da Sassoferrato (1313-1357), Rodrigo Uriá González (1906-2001) y Leon Petrazycki (1867-1931)] (consulta hecha el 31.V.2008).

² A Hernández Tejero se le dedicaron dos volúmenes de *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero* (Universidad Complutense, Madrid, 1994). Véase: también PARICIO, Javier, *Francisco Hernández-Tejero*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Suplemento 1994-1995* (Madrid, 1996), pp. 9-11, donde Paricio señala: “Don Francisco era un hombre bueno, sencillo, pacífico, discreto, agradecido; controlaba muy bien sus sentimientos en público, pero en privado yo le he visto emocionarse más de una vez”; y DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther, *Francisco Hernández-Tejero Jorge (1915-1995)*, en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos* (Zaragoza-Barcelona, 2005), I, p. 413, Nº 408.

³ Sobre Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario véase: MERCÓN ÁLVAREZ, Antonio, *Doctores iuris de la Real Fábrica de Tabacos. Una aproximación a la cultura jurídica hispalense de la segunda mitad del siglo XX* (Sevilla, 2002), pp. 91-92, 171, 174, 176, 179, 182-184, 186 y 192, donde ofrece retazos sobre su labor como romanista y amplia información sobre su actividad como procesalista, particularmente centrada en la dirección de tesis doctorales de Derecho procesal.

⁴ Fundamentalmente su *Diccionario de Derecho Romano*, publicado por la editorial Reus de Madrid, que alcanzó varias ediciones, 1948, 1976, 1982 y 1995. Evidentemente es mucho más conseguido que el reciente *Léxique de droit romain* (Bruselas, 2006) de DUNAND, Jean-Philippe y PICHONNAZ, Pascal.

Hubo en los años cuarenta en España oposiciones a cátedras de Universidad mucho más movidas y con enorme tensión, trincas científicas que acentuaban diferencias entre los coautores que no se olvidaban durante lustros. La historia de las oposiciones a cátedras de Universidad por lo que a Facultades de Derecho se refiere desde 1931 hasta 1960, en aplicación del Reglamento de oposiciones de 5 de junio de 1931, aprobado por la República a iniciativa de entonces Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes Marcelino Domingo Sanjuán y mantenido durante la II^a Dictadura por considerarlo bueno, está todavía por hacer y restan varias asignaturas de Derecho en las que se carecen de estudios que analicen alguna concreta oposición o varias. Es conveniente tener en cuenta que el primer franquismo mantuvo vigentes numerosas disposiciones aprobadas durante la Segunda República, es decir no derogó y modificó de golpe todo el conjunto normativo precedente creado en el periodo de 1931 a 1936. Nos hemos ocupado⁵ de estudiar algunas oposiciones a cátedras de Derecho Administrativo, Derecho Procesal⁶, Historia del Derecho y de las disciplinas de doctorado en Leyes de la Universidad Central, luego de Madrid, y otras de similar contenido en la nueva Facultad de Ciencias Políticas y Económicas⁷, pero también han conseguido óptimos resultados (mejores que los nuestros, aunque no en todos los casos) en sus pesquisas investigadoras diversos profesores⁸ de las Universidades Carlos III,

⁵ PELÁEZ, Manuel J., *La Cátedra de doctorado de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América en 1944. Un opositor distinguido Alfonso García-Gallo y de Diego*, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación* 18 (Barcelona, abril-1995), pp. 4881-4900; *La enseñanza de la Historia de la Iglesia en las Facultades de Derecho*, en *Qué es la Historia de la Iglesia. XVI^o Simposium Internacional de Teología* (Pamplona, abril-1995) (Pamplona, 1996), pp. 485-501; *Infrahistorias e Intrahistorias del Derecho español del siglo XX*, pp. 28-41 (oposiciones de Derecho administrativo de 1943-1944), pp. 151-194 (oposiciones de Historia general del Derecho español de 1933), pp. 266-288 (concurso de Historia de la Iglesia y del Derecho canónico de 1942 y oposiciones a dicha cátedra de 1950-1952), pp. 289-331 (oposiciones de Historia del Derecho español de 1944) y pp. 331-347 (oposiciones de Historia del Derecho de 1949); *José Orlandis Rovira y la Historia del Derecho Español*, en *AHDE*. 70 (2000), pp. 449-470 (oposiciones de Historia del Derecho español de 1942); *La Cátedra de Derecho político de la Universidad de Sevilla (1900-1942) (I^a Parte)*, en *Empresas políticas* 2 (Murcia, 2003), pp. 61-67; *El profesorado y las enseñanzas de Derecho administrativo en las Facultades de Derecho españolas desde 1883 a 1945*, en *Libro homenaje a Eduardo Soto Kloss* (Universidad de Los Andes, Santiago, de Chile, 2008), en prensa.

⁶ SERRANO ALCAIDE, Concepción - PELÁEZ, Manuel J., *Jaime Guasp Delgado vs Leonardo Prieto Castro. La Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Central (1943-1944)*, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación* 18 (abril-1995), pp. 4769-4810 y 19-20 (diciembre-1996) [sed 1997], pp. 5441-5490.

⁷ PELAEZ, Manuel J., *Infrahistorias e Intrahistorias del Derecho español del siglo XX*, pp. 63-138 (oposiciones de Sociología de 1953, convocadas previamente como de Teoría de la Sociedad y de la Política) y *La Cátedra de Historia de las ideas y de las formas políticas de la Universidad de Madrid: las oposiciones de 1947 (I^a Parte)*, en *Empresas políticas*, año II, N^o 3 (2003), pp. 113-120 y la (II^a Parte), año IV, N^o 6 (2005), pp. 99-102.

⁸ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las oposiciones a cátedra de don Alfonso García-Gallo*, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo* (Madrid, 1996), I, pp. 107-163; MEDINA PLANA, Raquel, *Maneras de entender o entender la manera. Las primeras Memorias de oposición a cátedras de Historia del Derecho*, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 6 (1999), pp. 19-142; MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, *Hacia la madurez de una disciplina. Las oposiciones a cátedra de Historia del*

Complutense de Madrid y Literaria de Valencia, y no lo digo exclusivamente por razones de proximidad geográfica a los archivos, que también influyen, en el caso de los que viven en Madrid, ventajas de las que carecemos los que somos profesores de Universidades de provincias.

Se ha de poner de relieve que las oposiciones de Derecho romano no da la impresión de que hayan entretenido el tiempo de los profesionales de este área de conocimiento (hecha la salvedad de Justo García Sánchez, que es más un historiador del Derecho y de las Universidades y un canonista, que un romanista propiamente dicho, aunque sea catedrático de esta materia y discípulo de Pablo Fuenteseca), fundamentalmente por el tipo de trabajos que escriben los romanistas españoles, antes y ahora con el giro copernicano que ha dado a algunos de ellos Antonio Fernández de Buján. Interesados por estos problemas de las cátedras de Derecho romano sí que parecen estarlo y mucho, pero la investigación de archivo es ajena a la romanística española hechas algunas excepciones gloriosas.

El nombramiento del tribunal llamado a juzgar las cátedras de Derecho romano vacantes fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 7 de junio de 1943⁹, y estaba formado por Manuel Torres López¹⁰, Francisco de Pelsmaeker e

Derecho español entre 1898 y 1936, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad* 5 (2002), pp. 331-458; MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, *Los catedráticos de la postguerra. Las oposiciones a cátedra de Historia del derecho español en el primer franquismo*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad* 6 (2003), pp. 135-219; MOLINA CANO, Jerónimo, *El jurista político Luis del Valle y la sociología*, en *Empresas Políticas*, año II, Nº 3 (2003), pp. 2-51; MARÍA E IZQUIERDO, María José, *Contexto doctrinal de las primeras cátedras de Derecho del trabajo en España*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, Madrid 7 (2004), pp. 91-116; BLASCO GIL, Yolanda y CORREA, Jorge, *Francisco Javier Conde García, una cátedra de derecho político en una España sin constitución*, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978* (Valencia, 2005), pp. 67-89; BLASCO GIL, Yolanda, *Primeras oposiciones a cátedra de Derecho administrativo en la postguerra*, en *Derecho, historia y universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset* (Universidad de Valencia, Valencia, 2007, vol. I), pp. 243-252; MARÍA E IZQUIERDO, María José, *Las primeras cátedras de Derecho laboral en la Universidad española*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad* 10 (2007), pp. 251-267.

⁹ Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares, Educación y Ciencia, sig. 31/1473.

¹⁰ Sobre Manuel Torres López, véase: PORRAS ARBOLEDAS, Pedro A., *Manuel Torres López*, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación* 6-7 (diciembre 1987) [sed 1988], pp. 1135-1137; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *†Manuel Torres López (1900-1987)*, en *AHDE*. 65 (1987), pp. 1112-1127; MORÁN MARTÍN, Remedios, *Don Manuel Torres López: Salamanca (1926) - Madrid (1949). La coherencia de una trayectoria*, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 6 (1999), pp. 143-207; PEIRÓ MARTÍN, Ignacio - PASAMAR ALZURIA, Gonzalo, *Manuel Torres López*, en *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, pp. 628-629; GARRIDO ARREDONDO, José, *Manuel Torres López (1900-1987)*, en *Diccionario crítico de juristas*, II, 1, pp. 600-604, Nº 1.139. A Manuel Torres se le dedicaron dos tomos, agrupados en el vol. II de la *Revista de Historia del Derecho* (transitoria publicación periódica de la Facultad de Derecho de Granada, que nada tiene que véase: con la del mismo título de Buenos Aires), *Volumen Homenaje al profesor M. Torres López*, II, 1 (1977-1978) y II, 2 (1978-1981). Allí, en el tomo primero se recogen datos biográficos de Torres, en particular en el artículo de MESA SEGURA, José Antonio, *Don Manuel Torres López visto desde Granada*, II, 1 (1977-1978), pp. 461-468.

Iváñez¹¹, Ursicino Álvarez Suárez¹², Isidoro Martín Martínez¹³ y Antonio Reverte Moreno¹⁴. Vemos que hay tres catedráticos de Derecho romano, aunque uno de ellos Isidoro Martín Martínez pasaría luego a Derecho canónico, un catedrático de Historia general del Derecho español, Torres López, que ocupaba la presidencia, quien precisamente desde 1942-1943 había pasado a desempeñar otra cátedra en la Universidad de Madrid, la de doctorado de Historia de la literatura jurídica. El secretario era Antonio Reverte Moreno, catedrático por oposición de Derecho civil de la Universidad de Granada desde 1942, pero que con anterioridad había sido docente de Derecho romano en la Universidad de Murcia y a partir de 1939 también en el Centro de Estudios Universitarios de Madrid.

Quedó establecido por el Tribunal el 26 de noviembre de 1943 y comunicado a los opositores que el sexto ejercicio versaría sobre la “contestación por escrito a un tema durante cuatro horas” de sendos cuestionarios que denominó el Tribunal como A y B, y naturalmente estableciendo que los opositores en su encierro no podrían consultar texto alguno. No obstante, ambos temarios se les comunicaba

¹¹ Véase: MERCCHÁN ÁLVAREZ, Antonio, *Doctores iuris*, pp. 42-45 y 173; y LÓPEZ ROSA, Ramón, *Francisco de Pelsmaeker Iváñez (1901-1973)*, en *Diccionario crítico de juristas*, II, 1, pp. 275-276, № 761. De Pelsmaeker se dijeron muchas cosas en Sevilla durante más de cuarenta años, pero no parece que sus estudiosos se apercibieran de alguna de ellas. Sabido es que cuando tuvo lugar la temprana depuración universitaria en la Hispalense el informe de agosto-septiembre de 1936 decía de él: “Persona de derechas con actividades políticas, de buena conducta moral y religiosa y cumplidor con exceso de sus obligaciones académicas” (Archivo-Biblioteca Universitaria de Sevilla, Legajo 1992-A, depuraciones). Tuvo acumulada la cátedra de Derecho civil, pero le fue denegada la acumulación. Recurrió y llegó al Tribunal Supremo. Sin embargo, Pelsmaeker da la impresión de que en 1936 está tomando de nuevo parte en un concurso a la Hispalense, tras ser declarado en excedencia forzosa en su cátedra de Derecho romano en aplicación de Sentencia del Tribunal Supremo, convocado en la *Gaceta de Madrid* el 6 de mayo de 1936, que publicaba una Orden del 24 de abril de 1936. Como estalló la guerra civil el asunto todavía coleaba en 1940, aunque desde 1936 Pelsmaeker estaba autorizado a continuar prestando servicios en su puesto en Sevilla en Derecho romano.

¹² Consultar: d'ORS, Álvaro, *Ursicino Álvarez Suárez (1907-1980)*, en *AHDE*, 51 (1981), pp. 824-825; y *Ursicino Álvarez Suárez (1907-1980)*, en *Diccionario crítico de juristas*, I, pp. 94-95, № 57.

¹³ Véase: PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Proles Aegidiana*, IV: *Los colegiales desde 1801 a 1977. Elenco de supuestos colegiales porcionistas. Rectores y otros cargos (1368-1978). Addenda et corrigenda* (Bolonia, 1979), pp. 1925-1928, № 1.511; IBÁN, Iván C., *Catedráticos de Derecho Canónico de la Universidad Complutense (1929-1996)*, en *Ius canonicum* 37 (1997) 73, pp. 199-204; y LIÑÁN GARCÍA, María Ángeles, *Isidoro Martín Martínez (1909-1990)*, en *Diccionario crítico de juristas*, II, 1, pp. 74-75, № 550. Simplemente es conveniente hacer la precisión a Antonio Pérez Martín de que la tesis doctoral de Isidoro Martín fue defendida en la Universidad de Bolonia el 9 de julio de 1935 y que el título es exactamente *La delegazione del Codice Civile italiano secondo la dogmatica della delegatio romana*, que varía ligeramente en tres palabras respecto al título precisado por A. Pérez en p. 1925, nota 2.

¹⁴ Sobre Antonio Reverte Moreno (1906-1981) véase: PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Proles Aegidiana*, IV, p. 1904, № 1481, con la advertencia de que su tesis doctoral no llevaba por título *Legislación sobre la prensa, sino Idee sulla legislazione della stampa in Italia ed Ispagna*, y fue defendida el 5 de julio de 1929. Un hijo suyo, Antonio Reverte Navarro también se doctoró en Derecho en la Universidad de Bolonia y, como lo fue su padre, él es catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.

con una cierta antelación para que pudieran prepararlos y memorizar convenientemente lo que considerasen oportuno. En concreto los temas del primer grupo eran: 1. La distinción entre Derecho público y privado en las fuentes y en la vida pública romana. 2. Crítica de la distinción entre Derecho civil, de gentes y natural. 3. El problema de la protección jurídica de los contratos innominados. 4. La propiedad de las *res nec mancipi* en el Derecho romano primitivo. 5. La anticrítica de interpolaciones. 6. La cuestión del Predigesto en relación con las redacciones jurídicas postclásicas. 7. La influencia griega en el Derecho romano clásico. 8. El Derecho provincial de occidente en sus relaciones con el Derecho de la metrópoli. 9. Influencia de la Patrística en el Derecho romano. 10. El Derecho romano de Occidente desde la *Lex romana visigothorum* hasta Irnerio. Respecto al temario del grupo B, también compuesto por un total de diez lecciones, quedó fijado su contenido con la siguiente composición: 1. El *populus* como factor político de la constitución monárquica. 2. La dote. 3. Instituciones cuasi familiares: la tutela. 4. El procedimiento extraordinario. 5. Protección interdictal. 6. El *nexum*. 7. La propiedad. 8. La institución de heredero. 9. La aceptación de la herencia. 10. Los fideicomisos.

El 27 de noviembre de 1943 tuvo lugar la comparecencia de los opositores, que hicieron la preceptiva entrega al tribunal de las "Memorias sobre el concepto, método y fuentes del Derecho romano", y de los trabajos publicados e inéditos. En esa misma fecha se comunicó a los opositores los acuerdos a que había llegado el tribunal y los temas seleccionados para el 6º ejercicio, siendo convocados para el 10 de diciembre de 1943, fecha en la que Francisco Hernández Tejero realizó el primer ejercicio, sin que por parte de los otros dos opositores se hiciera la correspondiente trinca, que técnicamente se denominaba objeciones al disertante. El día 11 de diciembre a las 16,15 de la tarde le tocó intervenir a Álvaro d'Ors y a las 19,15 h. fue Faustino Gutiérrez Alviz quien expuso la labor científica, académica y profesional que había desarrollado hasta entonces. No hubo objeciones a ninguno de estos dos opositores. A las nueve de la noche se les comunicó que habían superado el primer ejercicio los tres opositores por unanimidad, siendo convocados para el día siguiente a las 9,30 h. Por la mañana intervinieron Hernández Tejero y Álvaro d'Ors, y por la tarde de ese mismo día Gutiérrez Alviz, exponiendo su concepto de Derecho romano, el método, las fuentes y el programa de la asignatura. No hubo tampoco objeciones a las disertaciones y los tres opositores pasaron al tercer ejercicio por acuerdo del tribunal de ese mismo día. Se adelantó el tercer ejercicio, en cuanto a la hora del inicio, siendo convocados los opositores a las 8,30 h. del día 13 de diciembre, aunque Hernández Tejero no dio inicio a su disertación hasta pasadas las nueve horas de la mañana. La lección magistral versó sobre el *Status libertatis*. A las 12,00 h. le tocaba intervenir a d'Ors, que lo hizo bastante pasada esa hora, sobre *La enfiteusis*, que se correspondía con el tema nº 58 de su programa. Por la tarde expuso Gutiérrez Alviz su lección magistral, que era el tema 27 del programa y versaba sobre *La simulación en el negocio jurídico*. Pasaron también el tercer ejercicio y se abría la expectativa de cuarto, considerado la tumba del opositor, que consistía en que se sorteaban diez lecciones del programa presentado por el opositor, y el tribunal elegía una,

tras deliberar al respecto. Los temas seleccionados, de entre los sorteados, fueron para Hernández Tejero *Los modos de extinción de las obligaciones*, para d'Ors *La transmisión de las obligaciones* y en el caso de Gutiérrez Alviz *Los derechos reales de garantía*. El encierro para la preparación del tema era de cinco horas. A partir de las 19,30 h. intervinieron los tres opositores, por el orden establecido, en el que no debieron completar los sesenta minutos máximos otorgados a cada opositor, ya que el Tribunal (deducimos que tras la preceptiva pausa) volvía a reunirse, ya entrada la noche (a las 21,30 h.) de lo que suponemos un frío día de diciembre madrileño y acordaba, siguiendo la tónica de los anteriores ejercicios, que los opositores podían pasar a los prácticos, convocándoles para la mañana siguiente, día 15 de diciembre, a las 8,30 h. Transcurrida la media hora acostumbrada del "retraso técnico" habitual (ya que no había segunda convocatoria, como se acostumbra a hacer en nuestros días), a los opositores se les presentó un texto del Digesto, en concreto 7, 1, 36, 1, que fue sacado en suerte de veinte fragmentos propuestos por los miembros del tribunal. Los concursantes debían traducir el fragmento seleccionado y comentarlo. Para llevarlo a cabo disponían de cuatro horas. Se han conservado los textos de las traducciones y los comentarios sobre los que nos pronunciaremos en la segunda parte de este trabajo. Por la tarde, los sobres que contenían los ejercicios y que habían quedado introducidos "en una urna que fue lacrada y sellada"¹⁵ fueron abiertos tras deslacrarse la urna, y su contenido fue leído al tribunal. A las siete de la tarde de ese mismo día, tras el preceptivo cambio de impresiones, el tribunal acordó que pasaban los tres opositores, quedando convocados para el 16 de diciembre a las 8,30 h. a fin de realizar el sexto ejercicio, consistente en dos temas extraídos por sorteo. Recayó la suerte sobre dos temáticas bien dispares, la primera, la *Influencia de la Patrística en el Derecho Romano* y la segunda *La propiedad bonitaria frente a la propiedad quiritaria*. El tiempo de que disponían para escribir era de cuatro horas y habían de llevarlo a cabo sin disponer de ningún instrumento de trabajo o de consulta. Al término de su redacción, con la misma operativa llevada a cabo en el quinto ejercicio, se introdujeron en los sobres "los cuales fueron lacrados y encerrados en una urna"¹⁶. Por la tarde, "deslacrada la urna y entregados los sobres cerrados a sus respectivos opositores"¹⁷, se procedió a la lectura de los ejercicios. Manuel Torres López comunicó a los opositores que al día siguiente, a las 13,00 h., tendría lugar la votación para la dotación de las cátedras. Ese mismo día el tribunal se reunía a las 20,15 h. y emitía el informe común sobre los trabajos presentados por los concursantes. El 17 se produjo la discusión y votaciones proponiéndose por unanimidad para el primer lugar a Álvaro d'Ors, y, respecto a la segunda cátedra, Gutiérrez Alviz recibía los votos de todo el tribunal, salvo el de Isidoro Martín Martínez que se lo otorgaba a Hernández Tejero. Al día siguiente fueron

¹⁵ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, acta del 15 de diciembre de 1943.

¹⁶ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, primera acta del 16 de diciembre de 1943.

¹⁷ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, segunda acta del 16 de diciembre de 1943.

convocados los dos opositores propuestos para la elección de cátedras. D'Ors eligió Granada y Gutiérrez Alviz La Laguna. La estancia de ambos en esas plazas sería fugaz, ya que d'Ors pasó a Santiago y Gutiérrez Alviz a Granada. En 1946 este segundo era ya catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla.

En el expediente de la oposición consta que los trabajos presentados por Álvaro d'Ors fueron su tesis *Estudios sobre la Constitutio Antoniniana*, presentada en el texto mecanografiado, la traducción de las *Instituciones* de Gayo¹⁸, las dos traducciones con notas o estudio introductorio de Cicerón¹⁹, algunos artículos²⁰, en especial uno muy meritorio *Divvus Imperator*²¹ (terminado de escribir en ju-

¹⁸ D'ORS, Álvaro, traducción y notas de GAYO, *Instituciones* (Madrid, 1943), 446 pp.

¹⁹ D'ORS, Álvaro, traducción y notas de CICERÓN, *Defensa del poeta Arquatas* (Madrid, 1940), 59 pp. y versión latina con introducción de CICERÓN, *Defensa de Aulo Cecina* (Madrid, 1943), 152 pp.

²⁰ En total se recogen en el listado del Tribunal 27 publicaciones o trabajos (alguno no impreso) de d'Ors. Sin embargo, en la relación de Rafael Domingo aparecen 56 publicaciones correspondientes al período 1939 a 1943. Si se suprinen las 10 necrologías se reducen a 46, además de las cuales son 21 las recensiones. Teniendo en cuenta que la oposición se celebró en el mes de diciembre de 1943 podemos dar por integrado buena parte de lo correspondiente a ese año, aunque no todo. Veamos los trabajos, que no son en sí mismos considerados o no lo son aparentemente comentarios bibliográficos (dejando al margen las traducciones y el indicado a continuación en la nota siguiente (*Divvus Imperator*): *Sobre la "Tabula patronatus" de Badalona*, en *Emérita* 7 (1939) 1-2, pp. 156-168 [Nº 16 del listado del tribunal]; *Sub condicione*, en *Emérita* 8 (1940), pp. 73-78 [Nº 11; en ese listado del tribunal indica equivocadamente el mecanógrafo vol. 73, en vez de p. 73]; *Una inscripción romana sobre la corporación obligatoria del siglo IV. d. C.*, en *Emérita*, tomo 8 (1940), pp. 134-139 [Nº 12]; no se recoge en el listado del Tribunal *Pequeñas rectificaciones sobre CIL II sup. 5812*, en *Emérita*, tomo 8 (1940), pp. 139-140; *Una observación sobre la naturaleza del depósito no gratuito en Derecho romano*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 6-7 (julio-diciembre de 1941), pp. 129-138 [Nº 5]; *Los bronces de El Rubio*, en *Emérita* 9 (1941) 1-2, pp. 138-154 [sobre lo que volvió a insistir en un trabajo ulterior, *Lex Usonensis, cap. 107-123 (De nuevo sobre los bronces de El Rubio)*, en *Emérita* 14 (1946), pp. 219-236; en el listado de la oposición se escribe *Los bronces del Rubio*, Nº 14]; *Postliminium in pace*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 8-11 (1942), pp. 200-209 [Nº 6 del listado]; *Sobre los orígenes el culto al emperador en la España romana*, en *Emérita* 10 (1942) 2, pp. 197-227 [Nº 15 del listado]; no se recoge en el listado la *Nota suplementaria sobre los orígenes del culto al emperador en la España romana*, en *Emérita* 10 (1942), pp. 354-359; *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*. Lo aparecido en el tomo XI de *Emérita* de 1943 que son su trabajo *Estudios sobre la "Constitutio Antoniniana". Estado de la cuestión*, XI (1943), pp. 297-337 y las recensiones del número último de 1943 no están recogidas en el listado del tribunal porque no debían de haberse publicado en noviembre de 1943 cuando se hizo el depósito de los trabajos [de hecho d'Ors en sus ejercicios escritos hace algunas referencias a sus trabajos pendientes de publicación y anuncia lo que allí, según él, ha descubierto]. Sin embargo, el original de la tesis doctoral *Estudios sobre la Constitutio Antoniniana* sí fue presentado. Se conserva en el Archivo Histórico de la Universidad Complutense, dándolo incomprensible como inédito, cuando d'Ors exprimó al máximo ese trabajo suyo en sus publicaciones. Dudo que haya una sola coma de texto manuscrito de su tesis que no esté publicada, como puede deducirse clarísimamente del listado de Rafael Domingo.

²¹ D'ORS, Álvaro, "Divvus Imperator" (*Problemas de cronología y transmisión de las obras de los jurisconsultos romanos*), en *AHDE*. 14 (1943), pp. 33-79. En este artículo concluye d'Ors: "El presente estudio quizá puede aportar un dato más, si bien limitado, para revelar la importancia de las alteraciones prejustinianas. Las citas imperiales irregulares, es decir, las infracciones de

nio de 1943), aunque realmente algunos merecen tal consideración de trabajos y otros son encubiertos cuando en realidad se trata de comentarios de libros o valoraciones de algún aspecto, pero sobre todo abundan las recensiones. No vemos sin embargo indicados en la relación de que disponía el tribunal el conjunto de mininecrológias²² que d'Ors publicó de varios romanistas o estudiosos de la latinidad en el *AHDE*. 13 (1936-1941) y en *Emérita*²³ 10 (1942), que pueden verse en el inicio del primer tomo de los *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors* (Pamplona 1987)²⁴ y en la cuidadísima y supercompleta relación de sus publicaciones que ha hecho Rafael Domingo²⁵. La valoración del conjunto de los trabajos presentados por Álvaro d'Ors que hace el tribunal no puede ser

la regla *diuus-imperator* se deben a la mano de un glosador post-clásico, que bien ha añadido algo que no estaba en el texto, o ha resumido una referencia, o ha extractado una cita textual. En un reducidísimo número, estas anomalías obedecen a errores de copistas./ Pero al mismo tiempo se obtiene con esto un criterio bastante seguro para la crítica de la crítica: el glosador post-clásico no emplea la expresión *diuus*" (pp. 78-79).

²² Estas notas necrológicas realmente son muy reducidas en extensión y en la valoración del tribunal ni siquiera son citadas, ignoramos si porque d'Ors no las presentó o el tribunal que recoge escrupulosamente hasta las recensiones ha querido ex profeso omitirlas por no valorarlas. El tribunal no se hace eco tampoco de las que aparecieron en la revista *Emérita* 10 (1942), en concreto las de *Wilhelm Lundström* (p. 390), *Martin Lindsay Wallace* (p. 390) y *Louis Laurand* (pp. 390-391), pero vayamos a las del *AHDE*. 13 (1936-1941), ninguna de las cuales tiene una extensión impresa superior a una página, en concreto *Carlo Longo* (pp. 500-501, con una extensión de 26 líneas), *Moriz Wlassak* (pp. 501-502, 39 líneas), *Paul Collinet* (p. 502, 24 líneas), *Bernhard Klüber* (pp. 502-503, 23 líneas), *Henrich Erman* (p. 503, tan sólo un párrafo de 10 líneas) y *Otakar Sommer* (p. 503, 8 líneas). La verdad sea dicha del iushistoriador y romanista austriaco Moriz Wlassak (nacido en Brünn el 20 de agosto de 1854 y fallecido en Viena el 24 de abril de 1939), bien poco dice también la *Deutsche Biographische Enzyklopädie* (Múnich, 1999), X, p. 554. De Heinrich Erman (nacido en Berlín el 15 de enero de 1857 y fallecido en Münster el 10 de mayo de 1940), igualmente poco añade a lo escrito por d'Ors esa misma enciclopedia alemana, en su vol. II, 1996, p. 155. Sin embargo, a Carlo Longo, Leopold WENGER le dedicó una especial atención en *In memoriam Carlo Longo*, en *ZSS*. Eom. Abt. 59 (1939), pp. 732-734. Pero es M. F. CURSI quien en *Longo, Carlo*, en el monumental *Dizionario biografico degli italiani* [Roma, 2005], LXV [Levis-Lorenzetti]], pp. 705-707, más datos con diferencia proporciona sobre este romanista italiano fallecido en Milán el 18 de abril de 1938 e introducido en la materia nada menos que por Vittorio Scialoja.

²³ En relación a las colaboraciones de d'Ors, muy abundantes a lo largo de los años en la publicación periódica *Emérita. Revista de Lingüística y Filología Clásica*, dejó escrita una necrológia el académico de la Lengua y de la Historia RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, *Álvaro d'Ors*, en 72 (2004) 1, pp. 155-156, en la que precisó que d'Ors "es un nombre de máximo significado en las Ciencias Humanísticas en España y, más concretamente, en esta revista. En ella ha escrito sin interrupción, hasta los últimos tiempos; a partir del número 7, de 1939, cuando la publicación de la revista, que estaba en riesgo tras la guerra civil, fue reanudada, muy principalmente gracias al esfuerzo y las gestiones de d'Ors y de Antonio Tovar" (p. 155). Además sobre su personalidad Rodríguez Adrados consideraba que d'Ors "era un hombre de vocación, entusiasmo, trabajo y honestidad intelectual, respetado y admirado por todos" (p.155).

²⁴ Véase: *Relación de publicaciones de Álvaro d'Ors*, pp. 35-86, que agrupan las publicaciones numeradas desde la 1 a la 562.

²⁵ DOMINGO, Rafael, *Álvaro d'Ors, una aproximación a su obra*, pp. 53-123, que recoge la *Relación cronológica de publicaciones de Álvaro d'Ors*.

más positiva como cabe deducirse de las líneas que van a continuación: “*Como los propios títulos recogidos expresan, la actividad científica del Sr. d'Ors se caracteriza por una marcada orientación crítica. En este aspecto sorprende en verdad la firmeza de sus análisis lingüísticos y filológicos, en contraste con los datos históricos escrupulosamente manejados y sus aportaciones en el campo de la epigrafía jurídica. De especial relevancia es el nuevo planteamiento de carácter histórico que da a las cuestiones de reconstrucción suscitadas por la constitutio Antoniniana, que revelan un espíritu analítico y realista en contraposición a la dominante obcecación paleográfica en torno al papiro Giessen. Sus traducciones de clásicos latinos, y los estudios que preceden a las dos Ciceronianas merecen la mejor opinión así como la objetividad y sereno juicio que reflejan sus numerosas reseñas bibliográficas*”²⁶.

La escasa producción científica con que contaba Hernández Tejero en 1943 no fue minusvalorada por el conjunto del tribunal que la vio con buenos ojos: “*Dejando aparte la apreciación de la tesis doctoral²⁷ ya que por su contenido es ajena al Derecho romano, los demás trabajos relativos a esta disciplina permiten observar en el opositor una meritoria honradez profesional y esfuerzo continuado y constante en el estudio. Así ha llegado a recoger datos estimables en los temas que aborda, sin llegar, sin embargo, a formular conclusiones personales que permitieran apreciar el germen de una cierta originalidad científica. Por lo demás los trabajos son breves y compendiosos, si bien animados del mejor propósito, por desgracia, no logrado. Su traducción de los “Tituli” de Ulpiano se caracteriza por las dotes personales, que hemos apuntado en el opositor: honradez y fidelidad*”²⁸.

La valoración de lo escrito y publicado por Faustino Gutiérrez Alviz y Armario está ajustada igualmente a que iba a ser promovido para la segunda plaza, como puede observarse de la consideración positiva del conjunto del informe: “*Revelan los trabajos de este opositor un reposado manejo de los fundamentales conceptos de la dogmática jurídica, aplicados con buen espíritu investigador a los temas que elige, lo que le permite enfoques y planteamientos originales, y conclusiones personales lógicamente construidas. Estas dotes se revelan no ya sólo en los trabajos típicamente románticos, entre los que debe destacarse el que versa sobre “Laesio enormis”²⁹, sino*

²⁶ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, *Juicio crítico redactado por el Tribunal respecto de los trabajos de investigación presentados por los opositores a las Cátedras de Derecho Romano de las Universidades de Granada y La Laguna* [firmado por Manuel Torres López, Francisco de Pelsmaeker, Ursicino Álvarez Suárez, Isidoro Martín Martínez y Antonio Reverte Moreno], Madrid, 16 de diciembre de 1943, fol. 2.

²⁷ Su tesis doctoral llevaba por título *La liturgia hispano-visigótica o mozárabe* y fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, cuyo texto mecanografiado de 252 hojas se conserva en el Archivo Histórico de la Universidad Complutense sig.T-894. El título que se indica en el *Juicio crítico del Tribunal* sin embargo es otro, que no tiene mucho sentido, *La liturgia hispano-visigótica mediárabe*.

²⁸ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, *Juicio crítico redactado por el Tribunal respecto de los trabajos de investigación presentados por los opositores a las Cátedras de Derecho Romano de las Universidades de Granada y La Laguna*, fol. 1.

²⁹ De hecho en su *Diccionario de Derecho Romano*, GUTIÉRREZ ALVIZ, define la *laesio enormis* del siguiente modo: “Perjuicio o lesión sufrida por el vendedor de un inmueble que ha vendido éste a un precio inferior a la mitad de su valor. En la compilación justiniana tal lesión de otra mitad constituye un caso de rescisión del contrato de compraventa en favor del

incluso en su tesis doctoral³⁰, que aun elaborada sobre tema ajeno a nuestra disciplina, asienta su construcción hasta cierto punto sobre conceptos básicos del Derecho romano. Esta preocupación y aun conformación de su personalidad le ha impulsado a iniciar la formación de un Vocabulario elemental de Derecho romano del que ha presentado en la oposición un avance, que autoriza ya a calificar en el sentido más favorable al resultado final³¹. Adviértase como las publicaciones que no son de Derecho romano de Gutiérrez Alviz son asumidas como positivas en su valoración y que lo que afirma el tribunal de su tesis, ajena al Derecho romano, ofrece diferencias de matiz respecto a lo que dice sobre la tesis doctoral de Hernández Tejero.

Una valoración general que sí quisieramos poner de relieve es que ninguno de los tres opositores que concurrieron en 1943 había publicado absolutamente nada fuera de España, es decir todo en territorio nacional, y en el caso de d'Ors además casi exclusivamente en las mismas dos publicaciones periódicas: *AHDE*.³²

referido vendedor, siendo probable que no se admitiese una rescisión semejante en favor del comprador. El vendedor podía solicitar la rescisión o pedir que le fuese completado el precio por la diferencia hasta su precio justo" (Madrid, ed. 1976, p. 348, s. v. *Laesio enormis*). Por otro lado, en una obra de síntesis, d'Ors, Álvaro, al escribir sobre la compraventa, es donde se ocupa de la *laesio enormis*, advirtiendo que "el precio se determina libremente, pues el derecho clásico no conoce la rescisión por precio excesivamente bajo, como ocurre con Justiniano para el caso de la venta de inmuebles cuando el precio resulta inferior a la mitad del valor real (*laesio enormis*)". Véase: *Elementos de Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1960), p. 357, § 295.

³⁰ El título de la tesis era *Los bienes de difuntos en el Derecho indiano* (Universidad de Madrid, 1941), texto mecanografiado de 150 hojas e impresa en Sevilla, 1942, 121 pp.

³¹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, sig. 31/1473, *Juicio crítico redactado por el Tribunal respecto de los trabajos de investigación presentados por los opositores a las Cátedras de Derecho Romano de las Universidades de Granada y La Laguna*, fol. 1.

³² Se ha de señalar que desde 1939 a 1984 fue el *AHDE*, la revista española en que más trabajos de Derecho Romano se publicaron en España. En ese momento, 1984, se produjo la defenestración de Álvaro d'Ors, como en su momento se había llevado a cabo la defenestración de Xénius, su padre, de las instituciones culturales catalanas, dando lugar a que sobre ese tema se hayan escrito varios artículos y un libro. Conocida hasta en su letra pequeña la de su padre, sería bueno que se escribiera la que, de los romanistas y en particular de don Álvaro, articuló el tristemente desaparecido Francisco Tomás y Valiente (1932-1996). Desde 1987 a 1997 fueron los desaparecidos *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación* la publicación periódica española en que se recogieron más artículos y colaboraciones de Derecho romano en España (el mérito fue del catedrático de Derecho romano de la Universidad hispalense Fernando Betancourt Serna), lo que resta sin ser muy conocido; véámoslo en concreto (excluimos las recensiones, que fueron muy numerosas y desde 1986): ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Las ferae bestiae en el Derecho romano, en el Código civil y en la ley de caza de 1970*, 4-5 (1987), pp. 483-498; BETANCOURT, Fernando, *Edicto perpetuo: "De Stipulationibus (Praetorii?)"*, 8 (noviembre-1988), pp. 1463-1498; BETANCOURT, Fernando, *XLIème Session de la Société Internationale "Fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (San Sebastián y Vitoria, 21 al 24 de septiembre de 1987)*, 8 (1988), pp. 1831-1839; BETANCOURT, Fernando, *Reunión de la Sociedad Española de Derecho Romano*, 8 (1988), pp. 1839-1842; BETANCOURT, Fernando, *Curso de Investigación y Docencia del Derecho Romano (Cuenca, 6 al 8 de septiembre de 1988)*, 8 (1988), pp. 1842-1844; d'Ors, Álvaro, *En torno al trabajo de la doctora García-Hervás sobre la Teoría del "Creditum"*, 9-10 (enero-1989), pp. 1883-1885; GARCÍA-HERVÁS, Dolores, *Teoría del "Creditum"*, 9-10 (1989), pp. 1887-2038; PADOA SCHIOPPA, Antonio, VISMARA, Giulio, RENZO VILLATA, G. di, EVANS-JONES, Robin, CARDINALE, Marco, SUEUR, Philippe, ANKUM, Hans, GISLAIN, Geoffroy de, VAN TASSEL,

y *Emérita*. No se pueden aplicar baremos de nuestros días, donde se valora, con

Emily F., OLDHAM, James C., ROULAND, Norbert, MANGRUM, Richard Collin, SOFFIETTI, Isidoro, SIEGEL, Stephen A., MESTRE, Jean-Louis, GAUDEMEL, Jean, BARDACH, Juliusz, PENE VIDARI, Gian Savino, GROSSI, Paolo, TULLIO, Leopoldo, CAMPOS, Diogo Leite do, KRYNEN, Jacques, ŁOPUSKI, Jan, SOETERMEER, Franz P. W., COSTA, Mário Júlio de Almeida, MAISEL, Witold, CORTESE, Ennio, BELLOMO, Manlio y CARBASSE, Jean-Marie, *Defensa de las Disciplinas Histórico-Jurídicas en los Estudios de Derecho. Posicionamiento de Profesores Extranjeros*, 9-10 (1989), pp. 2243-2268; BETANCOURT, Fernando, *En defensa del Derecho Romano*, 9-10 (1989), pp. 2269-2274; d'ORS, Álvaro y BETANCOURT, Fernando, *El problema del usufructo sobre fundos provinciales (I. Aspectos sustantivos)*, 11 (enero-1990), pp. 2485-2497; JORDANO BAREA, Juan, *Sobre la teoría del "Creditum"*, 11 (1990), pp. 2499-2501; BETANCOURT, Fernando, *La tradición manuscrita del Digesto*, 11 (1990), pp. 2503-2509; BETANCOURT, Fernando, *En torno a la teoría del "officium" de un tal Ilgnacio Cremades*, 11 (1990), pp. 2511-2520; THOMAS, Ph. J., *Roman Law and Legal History at the University of Pretoria*, 11 (1990), pp. 2591-2592; BETANCOURT, Fernando, *Investigación y Docencia del Derecho Romano. Contenidos*, 11 (1990), pp. 2639-2643; CALVO GONZÁLEZ, José, *Convegno Internazionale dell'Accademia Romanistica costantiniana (Spello, Perugia, Norcia, 16-19 octubre 1985)*, 11 (1990), pp. 2643-2645; BETANCOURT, Fernando, *El Problema de la pena criminal entre la Filosofía Griega y el Derecho Romano*, 11 (1990), pp. 2645-2649; BETANCOURT, Fernando, *Provisiones de plazas de Catedráticos y Profesores titulares de Derecho romano*, 11 (1990), pp. 2649-2650; BETANCOURT, Fernando, *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, 11 (1990), pp. 2650-26522; BETANCOURT, Fernando, *Trabajos de Derecho Procesal Romano en los Estudios en homenaje a Juan Iglesias, Álvaro d'Ors y Juan B. Vallet de Goytisolo*, 11 (1990), pp. 2652-2654; PELÁEZ, Manuel J. y BETANCOURT, Fernando, *Encuesta europea sobre las enseñanzas romanistas e histórico-jurídicas en las Facultades de Derecho* [encuesta a Jean GAUDEMEL, Alfons BÜRGE, Heinz HÜBNER, András FÖLDI, Alain WIJFFELDS, Cristoforo CONSENTINI, Bernardo ALBANESE, Peter STEIN, Pietro CERAMI, Giovanni DE BONFILS, Paolo FREZZA, Hans ANKUM, Gian Gualberto ARCHI, Eberhard KLINGENBERG, Fritz RABER, Georg THIELMANN, Francesco M. DE ROBERTIS, Fernando BORGES ARAÚJO, Karlheinz MISERA, Paul NÈVE, Renzo LAMBERTINI, Mario BRETONE, Daniele CAPANELLI, Arnold KRÄNZLEIN, Aldo CENDERELLI, Dimitri C. GOFAS, Geoffrey MACCORMACK, Robin EVANS-JONES, Marianne MÉNHART, Joseph MENNER, Georg KLINGENBERG, Marco BALZARINI, Aldo PETRUCCI, Giuliano CRIFO, Jan KODRESBSKI, Jacques KRYNEN, Alessandro CORBINO, Luigi LABRUNA, Francesco MUSUMECI, António dos Santos JUSTO, Enzo NARDI, Jacek DMOWSKI, Gennaro FRANCIOSI, Marco CARDINALE, W. M. GORDON, María Rosa DA PASCALE, Fausto GORIA, M. LAFOURCADE, Marcel MORABITO, Annik PORTEBU-BITKER, Albert RIGAUDIERE, Filippo LIOTTA y Marek WASOWIZ], 12-13 (1990), pp. 3049-3116; GIONEA, Vasile, *L'organisation et la réglementation du travail sur le territoire de la Dacie*, 14 (junio-1992), pp. 3281-3298; KURYLOWICZ, Marek, *La legislación romana penal*, 14 (1992), pp. 3301-3309; d'ORS, Álvaro, *La experiencia histórica del arbitraje jurídico*, 15-16 (febrero-1993), pp. 3639-3656; LÓPEZ ROSA, Ramón, *Estudios de Derecho y formación de juristas. Un apunte a propósito de la reforma de los planes de Estudio*, 15-16 (1993), pp. 3791-3799; VALIÑO, Emilio, *Textos sobre Stipulationes*, 15-16 (1993), pp. 4061-4091 [en concreto sobre DE MARTINO, Francesco, *Le garanzie personali dell'obbligazione* (Roma, 1940, vol. I); BIONDI, Biondo, *Contratto e Stipulatio. Corso* (Milán, 1963) y RICCOPONO, Salvatore, *Corso di Diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta* (Milán, 1935)]; LÓPEZ ROSA, Ramón, *El Derecho Romano y la formación del jurista. Bases para un Derecho Común Europeo*, 15-16 (1993), pp. 4093-4104; VALIÑO, Emilio, *Índices de fuentes de libros romanísticos*, 15-16 (1993), pp. 4105-4134 [sobre *Studi di Diritto romano, di Diritto moderno e di storia del Diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento* (Milán, 1905, 2 vols.); *Symbolae Van Oyen* (1946) (= *Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis pertinentis Julio Christiano van Oyen dedicatae*, Leiden, 1946, siendo eds. DAVID, M., VAN GRONINGEN, B. A. y MEIJERS, E. M.); SOLAZZI, Siro, *Diritto ereditario romano* (Nápoles, 1932-1933); VOCI, Pasquale, *Le obbligazio-*

notable frecuencia, infinitamente más lo que se publica fuera de España que lo aparecido en este país. Sin embargo, resulta extraño que se haya escrito que d'Ors amplió estudios en Londres y en Roma, como méritos relevantes aportados a la oposición de 1943, y antes de 1943 no publicó absolutamente nada en Roma, ni en Londres. Además, ¿para qué se insiste tanto en sus semblanzas de que verdaderamente fue Emilio Albertario³³ el que le formó en Roma? ¿Qué revistas italianas le abrió Albertario, antes de 1943, para que publicara? A mayor abundamiento, otra cuestión importante es que Álvaro d'Ors escribe prácticamente todo en castellano. Si uno examina la relación de sus publicaciones que ha editado Rafael Domingo, ha de llegar hasta la que hace el número 80, para encontrar una publicada en el extranjero, en concreto en 1945 en el *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, y la primera en lengua no española no llega hasta el año 1951 en italiano, siendo la primera en francés de 1953, y en alemán en 1957. Evidentemente Hernández Tejero y Gutiérrez Alviz no tenían como d'Ors ninguna proyección internacional en 1943, pero es que Gutiérrez ni siquiera llegó a tenerla nunca, cosa que sí adquirió con el tiempo Hernández Tejero y de forma muy meritoria Álvaro d'Ors en Italia, Francia, Chile, Austria y Alemania.

La conclusión a la que se llega tras leer los ejercicios prácticos realizados por los tres opositores y que se recogen manuscritos en el expediente de la oposición

ni romane, 1.1 (Milán, 1969); SANFILIPPO, C., *Condicione indebiti, I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (Milán, 1943)]; HERRERA BRAVO, Ramón, *El contrato de depósito en la tradición jurídica romano-germánica (Ejemplo de una lección sobre el Derecho Romano y su recepción en Europa)*, 17 (septiembre-1994), pp. 4259-4277; VALINO, Emilio, *Ayudando a los romanistas*, 17 (1994), pp. 4279-4324 [en concreto haciendo una relación de las fuentes jurídicas romanas de los *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* (Milán, 1947-1949, 4 vols.); *Studi in memoria di Umberto Ratti* (Milán, 1934); *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano. Roma 1933* (Pavía, 1934, 2 vols.) y *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano. Bologna 1933* (Pavía, 1934, 2 vols.)]; GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *Rafael Gibert vs Teresa Luso Soares*, 17 (1994), pp. 4493-4494; GÓMEZ ROYO, Enrique, *Synallagma en la teoría filosófica y en la dogmática bizantina*, 18 (abril-1995), pp. 4555-4586; CASTRO CAMERO, Rocío de, *In dubio mitius*, 18 (1995), pp. 4587-4606; BETANCOURT, Fernando, *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Oviedo, 22 de abril de 1994)*, 18 (1995), pp. 4987-4988; BETANCOURT, Fernando, *I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Granada, 16, 17 y 18 de febrero de 1995)*, 18 (1995), pp. 4989-4992; CAPANELLI, Daniele, *Appunti su economia iberica e strategia romana (I sec. a. Cr.- III sec. d. Cr.)*, 19-20 (diciembre-1996) [1997], pp. 5279-5307; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *La venta de cosa ajena en Derecho Romano y en Derecho Medieval español*, 19-20 (1996), pp. 5309-5325; KLEIN, Maximilian, *Die Rekuperatorische Funktion des Interdiktums "uti possidetis"*, 19-20 (1996), pp. 5327-5337; CHAVES-BEARDO, Rafael, *Introducción a la problemática del senadoconsulto de Gneo Pisone Patre*, 19-20 (1996), pp. 5339-5347; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther, *Commodare et utendum dare en las comedias de Plauto*, 19-20 (1996), pp. 5339-5347; MALAVÉ OSUNA, Belén, *C. Th. 15, 1 y la interdicción de obra nueva, respecto a los edificios públicos*, 19-20 (1996), pp. 5361-5395 y DENOYEZ, Joseph, *El Senadoconsulto Juvenciano*, 19-20 (1996), pp. 5397-5438.

³³ d'Ors dedicó a Albertario una semblanza con ocasión de su óbito acaecido el 28 de noviembre de 1948. No obstante, la información más completa la podemos encontrar en DE FRANCISCI, Pietro, *Emilio Albertario*, en *SDHI*, 15 (1949), pp. 355-379. La voz *Emilio Albertario*, escrita por VOLTERRA, Edoardo, para el *Dizionario biografico degli italiani* [Roma, 1960], I (*Aaron-Albertucci*]), p. 671, es de contenido e información modestas.

es que la diferencia entre los tres opositores es abismal. D'Ors no sólo es con diferencia el que mejor los hace, sino que no tiene nada que ver con los de sus dos compañeros de oposición. El lector podrá comprobarlo, particularmente en la segunda parte de este trabajo. Otra idea que también con el paso del tiempo se puede ya afirmar y a la vista de que han fallecido los cinco miembros del tribunal y los tres opositores, es que la aportación escrita de d'Ors ha sido con el paso del tiempo superior a la de sus cinco jueces y a la de sus dos coautores, pero entendiéndose tal no en el sentido individualizado sino en su conjunto. La romanística española e internacional le debe más a Álvaro d'Ors que a la suma de las publicaciones científicas romanísticas de Manuel Torres López († 1987), Ursicino Álvarez Suárez († 4.XI.1980), Francisco de Pelsmaeker († 22.XI.1973), Isidoro Martín Martínez († 2.VIII.1990), Antonio Reverte Moreno († 1981), Francisco Hernández Tejero Jorge († 9.II.1995) y Faustino Gutiérrez Alviz y Armario († 2006). No se trata de una afirmación atrevida, sino de una valoración hecha con medición estrictamente cualitativa y cuantitativa en el número de las publicaciones, no en cuanto al número de páginas publicadas ya que allí evidentemente suman muchas más estos siete juristas que las que vieron la luz de Álvaro d'Ors, que fue autor y escritor, sobre todo, de pequeño artículo, de recensión, de crónica, de miscelánea, de comentario agudo pero breve (hay también obras más extensas importantísimas y no me refiero solo a su manualística, tanto a *Elementos de Derecho privado romano* como a *Derecho privado romano*, sino a *El Código de Eurico*³⁴) y de mucha cosa que se publicaba, republicaba y volvía a publicarse a veces sin cambiar ni una coma. Y aquí es obligado hacer también tres salvedades: la primera que Torres López publica tangencialmente de Derecho romano y se le considera por sus aportaciones al Derecho visigodo que son muy importantes y sobre el Derecho germánico en general, y la segunda, que Isidoro Martín Martínez, al pasar a una cátedra de Derecho Canónico el 21 de abril de 1948, contaría con publicaciones sobre todo de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado. Isidoro Martín fue -es conveniente decirlo- autor de miles de páginas impresas. En tercer lugar, ocupan un capítulo aparte las traducciones romanísticas, aunque se pueda argumentar que eso es obra ajena³⁵.

Recogemos en esta primera parte de nuestro trabajo, los ejercicios prácticos 5º y 6º (sólo parcialmente) de Hernández Tejero, es decir, la traducción del texto del Digesto, el comentario del mismo, y el tema desarrollado sobre la *Influencia de la Patrística en el Derecho Romano*. De d'Ors publicamos la traducción de D. 7, 1, 36, 1, el comentario que hace al mismo y el ejercicio sobre la Patrística. En la segunda parte de este artículo aparecerá el dedicado a la propiedad bonitaria y quirítmica

³⁴ D'ORS, Álvaro, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices* (Roma-Madrid, 1960).

³⁵ En este sentido Isidoro Martín y Antonio Reverte habían traducido al castellano el *Manual de Derecho Romano* (Valladolid, 1942) de PACCHIONI, Giovanni. El *Manuale di diritto romano* (Turín, 1935) era la 3ª ed. simplificada y corregida de su *Corso di diritto romano*. La traducción se hizo bajo el patrocinio de la "Asociación Cardenal Albornoz" en dos tomos de 469 y 397 pp. Por su parte Pelsmaeker tradujo a SCIALOJA, Vittorio, *Negocios jurídicos* (Sevilla, 1942) y a ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Historia del Derecho Romano* (Madrid, 1943).

de d'Ors y de Hernández Tejero y todos los ejercicios prácticos realizados por Faustino Gutiérrez Alviz. Además en dicha segunda parte haremos una valoración de aquellos aspectos en los que no hayamos incidido en la presente entrega. Se ha de señalar que las notas de los Apéndices que van entre [] son nuestras y las que no se introducen con corchete corresponden a los autores (d'Ors, Gutiérrez Alviz y Hernández Tejero). Es obvio resaltar, pero lo hacemos, que estos originales que manejamos están manuscritos y particularmente los de d'Ors llenos de enmiendas y tachaduras, y evidentemente de agudezas y genialidades.

APÉNDICE Iº A Y B

TRADUCCIÓN DE D. 7,1,36,1 [DE ÁLVARO D'ORS]

“He estipulado con Ticio que éste me entregue el fundo Corneliano deducido el usufructo; Ticio murió, y se pregunta qué es lo que me debe dar su heredero. Respondió (Africano) que había que tenerse en cuenta con qué intención se dedujo el usufructo, pues si se hizo con la intención de que se constituyese el usufructo a favor de cualquier persona, el heredero deberá entregar la nuda propiedad; en cambio, si se hizo con la intención de que únicamente fuera el usufructo para el promitente, el heredero deberá entregar la plena propiedad. Esto mismo resulta más evidente en materia de legados; en efecto: si el heredero al que se gravó con un legado de propiedad deducido el usufructo, muriese ante de ser entablada la acción derivada del testamento, de ningún modo se puede dudar que deberá entregar la plena propiedad. Lo mismo se aplica al caso de un legado condicional en los mismos términos, cuando el heredero murió antes de cumplirse la condición”.

COMENTARIO DE D. 7,1,36,1 [DE ÁLVARO D'ORS]³⁶

La cuestión dogmática que presenta este texto no ofrece dudas: se trata de la constitución de un derecho real de usufructo por deducción del mismo en una transmisión de propiedad. En primer lugar se presenta una estipulación de entregar un fundo corneliano con deducción del usufructo; en segundo lugar un legado con deducción del usufructo; en tercer lugar, un legado condicional con la misma deducción de usufructo.

En el primer caso se dice que si el promitente murió antes de entregar el fundo Corneliano hay que ver con qué intención se dedujo el usufructo; es decir: si el promitente lo reservó exclusivamente para sí, y en este caso el heredero debía entregar la plena propiedad o si lo reservó de una manera genérica sin intención de que fuera para él exclusivamente y, en este caso, el heredero debería entregar exclusivamente la nuda propiedad, esto es, reservándose el usufructo en propio provecho.

³⁶ [Se ha de señalar que el comentario de Álvaro d'Ors está lleno de tachaduras, de las que difícilmente podemos hacernos eco, ya que tachaba a conciencia lo que escribía, es decir, no hay posibilidad de identificación].

En el segundo supuesto, se dice que se aplica la misma regla para el legado *deducto usufructu*, de suerte que si el heredero muere antes de que el legatario haya ejercitado la *actio ex testamento*, el heredero del legatario debe la plena propiedad. Obsérvese ya la incongruencia: se dice que se aplica aquí la misma regla que en el caso anterior y sin embargo no se distingue como en el caso anterior las dos hipótesis de intención, sino que se resuelve simplemente como si la intención del testador hubiese sido indiscutiblemente la de constituir un usufructo exclusivamente en favor del heredero, y no de una manera genérica que pudiese beneficiar también a los herederos de los herederos.

Por último se trae a colación el caso de legado condicional en el supuesto de muerte del heredero antes de cumplir la condición. La deducción del usufructo no puede aprovechar al heredero del heredero³⁷.

Quiere esto decir que si el heredero a cuyo favor se había constituido la deducción de usufructo no puede beneficiarse ya de la deducción, sino que debe entregar la plena propiedad al legatario, naturalmente una vez que se haya cumplido la condición y viva el legatario, pues si no fuese así, el legado sería ineficaz y el heredero del heredero no tendría que pagar el legado. Tampoco aquí se distingue para nada la intención del testador; de si quería que el usufructo fuese para su heredero exclusivamente o no.

Hay por lo tanto una incongruencia entre el supuesto de la estipulación y los dos supuestos de los legados: Las soluciones son distintas a pesar del *hoc ita se habere manifestius in causa legatorum apparere*, y del *idemque et si sub condicione*, que puede enlazar con el supuesto inmediatamente anterior del legado, pero no con el primer supuesto de la estipulación.

Tal incongruencia nos debe hacer pensar que aquí hay huellas de una alteración en el texto de Africano, y es sabido que las *quaestiones* de ese jurisconsulto están bastante alteradas por los post-clásicos. Efectivamente sospecho que no se trata aquí de una alteración justiniana, sino prejustiniana. Aquí no serían responsables los compiladores de la masa Sabiniana a que pertenece el fragmento, sino un reelaborador postclásico de la obra de Africano. Es más, en este tipo de obras que se titulan *quaestiones* uno puede siempre dudar hasta qué punto se trata de una colección de casos recogidos por los alumnos inmediatos del supuesto autor, quizás incluso por el mismo autor, o de una colección más tardía. En las *Quaestiones* de Papiniano las alteraciones son todavía más evidentes que en las de Africano, en las de Cervidio Escévola, en cambio, se presenta un tenor que parece más genuino.

Ante este fragmento, por lo tanto, se impone como siempre una necesidad crítica. Pero, como es natural, resulta hacer aquí tal labor sin el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*³⁸, sin los repertorios de Guarneri Citati³⁹, sin, por último, el índice de interpolaciones y la literatura de referencia más otras obras y

³⁷ [Va seguido de una serie de tachaduras a pluma de d'Ors].

³⁸ [Alude d'Ors al *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae [auspiciis Instituti Savignani inchoatum, ex auctoritate Academiae scientiarum Borussicae compositum]* (Berlín, varios vols. y años de aparición)].

³⁹ [Andrea Guarneri Citati (n. 1894), probablemente hijo del senador Andrea Guarneri

artículos posteriores que puedan tratar sobre este texto con posterioridad, ya que el tomo I y el Suplemento, que llega hasta el libro XII, son de 1929 y es seguro que con posterioridad este texto ha sido objeto de crítica.

Únicamente puedo encontrar en esta misma edición del Digesto, el repertorio escaso de interpolaciones que incluyó Krüger al final. Allí leo que de Medio⁴⁰ en *Archivio giuridico* vol. 68 pg. 223 cree con duda que hay interpolación desde *referre* hasta el final. Krüger se remite también a Pampaloni⁴¹ en *Mélanges Girard* II pg. 338⁴². Probablemente éste dirá que el texto no es clásico sin hacer más precisiones.

No se puede juzgar sobre la crítica de de Medio sin conocer su artículo, pero el incluir desde *referre* que es casi al principio del texto hasta el final me parece excesivo.

Por mi parte, me aventuro a una explicación improvisada como tiene que ser la de un texto que no se ha estudiado con lentitud y pleno conocimiento de la literatura pertinente. Hablo aquí, por lo tanto, en pura hipótesis.

Observo algunos giros ligeramente sospechosos, que indican, además de la incongruencia de fondo, que aquí no todo es de Africano: *plena proprietas... hoc ita se habere... manifestius... minus dubitandum*. No quiero decir que estas expresiones no puedan ser de Africano, sino que para la crítica del texto empezaría por estudiar estos giros. Ello me serviría para entrever la extensión de la zona alterada.

Pero volvamos al fondo: existía una incongruencia. En el caso de estipulación se distinguía la intención y en el legado no. Ahora bien, esto parece contradecir todo lo que sabemos de cierto sobre la interpretación de los clásicos. Sabemos que en materia de legados es precisamente donde los clásicos se atrevieron a

(1826-1914). Debe referirse d'Ors a su *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici* (Milán, 1927).

⁴⁰ [Alfredo De Medio, autor de obras más importantes de Derecho romano, que ese artículo al que d'Ors hace referencia, en concreto nos referimos a *Il contractus aestimatorius* (Messina, 1920), 120 pp. e *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano* (Modena, 1902), 140 pp.

⁴¹ [Muzio Pampaloni (1855-1929), romanista que cuenta con abundante producción, aparte de esta colaboración en el homenaje a Girard, en concreto por orden cronológico: *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno. Contributo alla teoria delle "res communes omnium"*, en *BIDR.* 4 (1891), pp. 197-246; *Sul calcolo della competentia nel così detto beneficium competentiae del diritto romano*, en *Studi senesi* 15 (1898), 10 pp. de la separata; *Personae in causa mancipii nel diritto romano Giustinianeo*, en *BIDR.* 17 (1905), pp. 123-138; *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, en *BIDR.* 19 (1907), pp. 85-131; *L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza; contributo alla determinazione dei rapporti tra il mandato e la gestione d'affari*, en *BIDR.* 20 (1908), pp. 210-229; *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, en *BIDR.* 21 (1909), pp. 180-204; *Studi sopra il delitto di furto*, en *BIDR.* 21 (1909), pp. 205-221; *Rapporti giuridici condizionali e legge falcidia*, en *BIDR.* 21 (1910), pp. 180-204; *Il concetto classico dell'usufrutto*, en *BIDR.* 22 (1910), pp. 109-154; *Appunti sull'Confusione e sulla Commistione*, en *BIDR.* 37, N° 1-3 (1929) 1-3, pp. 33-52; y *Scritti giuridici* (Pisa, 1941). Hemos, no obstante, de hacer la precisión que Andrea Guarneri Citati, Alfredo De Medio y Muzio Pampaloni no fueron en su momento romanistas de primera fila. Hubo contemporáneos suyos italianos de mucho mayor relieve].

⁴² [PAMPALONI, Muzio, *La nuda proprietà nella dottrina dei legisti*, en *Mélanges P. F. Girard* (París, 1912), II, pp. 331-353].

desprenderse más del rigor formalista y a indagar la voluntad del testador; en materia de estipulaciones, en cambio, es donde el carácter de contratos *stricti sunt* se mantuvo con más pertinacia. Es decir, se daría aquí el caso peregrino de que la *quaestio voluntatis* se plantearía allí donde nunca se planteaba y, en cambio, no se plantearía donde parecía más natural que se planteara.

Habría que eliminar por lo tanto la *quaestio voluntatis* del supuesto de la estipulación. Quien, imbuido de este criterio, no penetrara más en el fondo de las cosas acudiría quizás a la conocida solución de mantener para este primer supuesto la misma solución que existe en los otros dos para los legados, con los cuales aparecen equiparados íntimamente. Es decir tacharía desde *referre qua mente hasta recipere*, y haría decir a Africano: (*respondit*) [-] *plenam proprietatem heredem eius debiturum*. O sea: que el heredero del promitente no puede reservarse el usufructo.

Tal crítica me parece falsa. Hay que tener en cuenta que se trata de un contrato formal, por el cual el promitente queda deudor de *fundum Cornelianum dare deducto usufructu*. Muerto el promitente, Ticio, el estipulante dispone contra el heredero de Ticio de una acción, de la *condictio certae rei*, acción abstracta. Ahora bien, si el estipulante al demandar al heredero de Ticio dice en su *intentio*: “*si paret Nm Nm Aº Aº fundum Cornelianum dare oportere*”, el juez absolverá al heredero de Ticio: el demandante incurrá ahí en una *plus petitio*, porque era acreedor únicamente del *fundum Cornelianum deducto usufructu* y eso es lo que debería haber puesto en la *intentio* de su fórmula. Así lo exige el formalismo de la estipulación y el mecanismo procesal en el procedimiento formulario.

Por lo tanto admitiendo que hay que eliminar la *quaestio voluntatis*, excusa que la solución que daba Africano al caso de la estipulación es precisamente la otra, la de que en todo caso el heredero del promitente puede reservarse el usufructo. En este sentido se podría tachar desde *referre hasta constitueretur*, y luego desde *sin autem hasta debiturum*. Pero tal censura tampoco me parece exacta. Hay que pensar que los compiladores justinianos procedieron sí por este sistema de cortar un texto, introducir una frase, cortar luego la continuación, introducir otra, etc., es decir por un procedimiento de embutido, pero los prejustinianos -recuerdo lo que he dicho anteriormente de que sospecho aquí una intervención pre-justiniana- no siempre alteraron los textos por este procedimiento de embutido, sino que en muchos casos alteraron el tenor del escritor clásico mediante una reelaboración, bien en forma de paráfrasis, bien en forma de epítome, bien en forma de colación de *ius y leges*. De este modo resulta muchas veces difícil de determinar con precisión el texto, porque lo clásico de lo espúreo no está separado por una división, sino que lo espúreo se ha superpuesto sobre lo clásico, de modo que podemos ver a través de aquel el fondo genuino, pero no podemos precisar los límites exactos. Así ocurre en el presente caso. Creo, siempre en hipótesis, que Africano dejaba el usufructo al heredero del promitente, pero no puedo reconstruir las palabras de Africano, es más creo que el *solum proprietatem* no le pertenece. Se trata de un texto reelaborado, no de un texto interpolado.

Ahora bien, al dar esta solución que creemos clásica la equiparación con los otros supuestos de legado en que se da la solución contraria sigue siendo absurda.

Efectivamente, creo que la equiparación es aquí obra del mismo reelaborador post-clásico. Es precisamente el *hoc ita se habere manifestius* el que más sospechoso me parece de todos aquellos giros que señalábamos más arriba. Este puente de enlace entre dos soluciones distintas no es clásico. En cambio, el *idemque* que une el segundo supuesto con el tercero puede ser auténtico, puesto que no hace más que equiparar estos dos supuestos y no tiene nada que ver con el primero, cuyo enlace con el segundo hemos considerado inexistente.

Africano, probablemente, no equiparaba tres supuestos, sino que oponía un supuesto de estipulación a dos supuestos de legado.

Si queremos comprobar este resultado me parece que llegaremos a la conclusión de que es bastante verosímil. En el legado se interpreta la voluntad del testador en el sentido de que la deducción del usufructo va en favor de su heredero, o en contra del legatario objetivamente. De ahí que si el heredero muere, el heredero del heredero no puede reservarse aquella gratificación. Y ello es así porque el testador no podrá conocer quien iba a ser el heredero. En la estipulación, en cambio, tal interpretación no era posible por el carácter de *ius strictum* que tenía aquel negocio jurídico. Además el beneficiado era allí el heredero del promitente, por lo tanto una persona a la que evidentemente el promitente quería beneficiar de un modo general, no una persona desconocida como el heredero del heredero.

Así pues, el clásico daba una interpretación equitativa -entendiendo *aequitas* en sentido clásico- al legado y una interpretación exacta a la estipulación.

Esta interpretación estricta de la estipulación es la que chocaba a los post-clásicos y justinianos. Como es sabido, en el siglo III la estipulación decae y deja de ser un contrato formal para convertirse en un simple acuerdo de voluntades. De ahí que pierda eficacia y se logra cada vez más el que conste documentalmente.

Al dejar de ser la estipulación negocio formal ya no había razón para excluir la interpretación de la voluntad. Pero ahora, en la época postclásica, ya no se hace la interpretación al modo clásico, es decir, en atención a la naturaleza de las cosas, al carácter del negocio en cuestión, sino que estos mediocres hombres de leyes que andan en los libros de jurisprudencia, influidos por la retórica se dedican a la más desenfrenada interpretación de la intención íntima, de la voluntad subjetiva y psicológica de las partes, y por doquier introducen ellos su *quaestio voluntatis*. Pero en su reelaboración con sus nuevos criterios de las obras antiguas no proceden con coherencia, sino de una manera un poco mecánica. Ellos saben que allí donde se trataba de estipulación y los clásicos daban consecuentemente una solución estricta ellos deben introducir su famosa *quaestio voluntatis*. En cambio, en materia de disposiciones testamentarias, como ya los clásicos indagaban algo la intención del testador, aunque siempre dentro de unos límites de objetividad, los post-clásicos ya no tienen aquel prurito. De ahí que en este texto de Africano la *quaestio voluntatis* se haya introducido en el primer supuesto y no en los otros dos supuestos de legado. Pero dentro de la mentalidad del post-clásico su reforma en materia de estipulación no hacía más que equiparar aquel negocio formal a los no formales, y por eso en este texto se ha construido de una manera tan arbitraria la equiparación *hoc ita se habere manifestius*.

Llegados a este punto, dos métodos de comprobación deben realizarse:

1º revisar todos los textos referentes a la materia.

2º revisar las *Quaestiones* de Papiniano. (Sobre esto me remito a lo tratado en la *Memoria pedagógica*).

Pero sin otras obras auxiliares no se puede emprender seriamente ninguno de los dos caminos.

Únicamente a título de curiosidad miro el índice de obras que se incluye al final de esta edición del Digesto y repaso los otros textos del libro V de las *Quaestiones* que se encuentran esparcidos por todo el Digesto.

Veo, por ejemplo, que en 7, 2, 2 se recoge un texto que probablemente aparecerá en la *Palingenesia* de Lenel⁴³ a continuación del que comentamos. Dice: “así pues perdida la parte del usufructo para el legatario y a la vez propietario”. No se trata más que de una explicación, probablemente espúrea (el *ideoque* es sospechoso, aunque no aceptemos la posición radical de Beseler), de lo que pasa en el supuesto de legado *deducto usufructu* cuando muere el heredero: que se incorpora a la propiedad legada.

En Dig. 30, 108 se recoge otro texto del mismo libro de Africano, también relacionado con los legados. También aquí se han visto interpretaciones, que, naturalmente, se han estimado justinianas, como se indica en la nota a pie de página 467, pero que probablemente son pre-justinianas, pues no parecen tener carácter legislativo, sino más bien explicativo, y precisamente en la misma tendencia de dar relevancia a la intención, a la voluntad, tendencia que he indicado en el post-clásico que altera nuestro texto. Se dice por ejemplo (§ 1): “si lo que me debes por testamento se lo regalara cualquier otra persona a mi esclavo, seguiré teniendo la acción derivada del testamento” y aquí viene la glosa: “sobre todo si ignoro que se hizo mía”. Ya tenemos aquí la huella del que persigue de una manera universal la intención, la *quaestio voluntatis*, por más que aquí no sirve para llegar al fondo, sino para reforzar una solución que el clásico deducía de otros principios reales. Pero, a pesar de lo que se ha sospechado como espúreo es únicamente esa coletilla anodina, quizás la glosa se extiende más hasta el final del párrafo, y no porque se introduzca una alteración substancial, sino por motivos puramente estilísticos: *alioquin consequens erit... nullo modo recipiendum est*. Tal tipo de críticas sin embargo sólo se pueden hacer *cum grano salis*. Una ojeada rápida sobre este mismo texto nos hace entrever otras alteraciones, pero no tenemos ni medios ni tiempo para hacerlo.

En Dig. 35, 2, 88, otra vez otro texto del Vº libro de las *quaestiones*, y otra vez la mano del glosador. El *dignum centum aureis* del principio, es una glosa, según Eisele (así se indica al pie de la página)⁴⁴, pero nos encontramos también con un *sub hac condicione legavit si*. Aunque yo no me he atrevido a formularlo en mi

⁴³ [Es el prestigioso romanista Otto Lenel, sobre el que al margen de lo recogido en *Juristas Universales*, véase: WALK, Joseph, *Prof. Otto Lenel* (Mannheim, 1849-Freiburg, 1935), en *Kurzbiographien zur Geschichte der Juden 1918-1945* (Múnich-Nueva York-Londres-París, 1988), p. 221; KILLY, Walther - VIERHAUS, Rudolph (eds.), *Otto Lenel*, en *Deutsche Biographische Enzyklopädie* (Múnich, 1997), VI, pp. 319b-320a].

⁴⁴ [En la nota 20 de la p. 559b de la ed. de Krüger, que es la que tenía a mano a la hora de redactar su ejercicio práctico Álvaro d'Ors].

artículo *sub condicione*⁴⁵, ya insinúo allí que los post-clásicos decían allí *sub hac condicione si o ut*, donde el clásico decía *hac condicione si o ut*. Pero en el mismo principio nos encontramos con otras pruebas: la referencia a la dialéctica griega: “dije que esta cuestión es de las perplejas como tratado se llama de engaño entre los dialécticos”. Estamos en plena época post-clásica.

Bastan estas ligerísimas observaciones para indicar como en este libro V, como en todas las *quaestiones* de Africano, nos encontramos con la mano del glosador del siglo IV ó V, quizás incluso de fines del siglo III.

Con todo esto no quiero decir que nuestra hipótesis improvisada para este texto sea cierta. Muchas veces ocurre en este tipo de hipótesis, que todos los datos parecen conspirar para confirmarla y demostrarla como cierta, y sin embargo la hipótesis puede ser falsa. Es este un terreno en el que no debemos olvidar el precepto platónico de distinguir siempre *lo que parece de lo que es*⁴⁶.

APÉNDICE Iº C Y D

TRADUCCIÓN DE D. 7,1,36,1 [DE FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO]

“He estipulado de Ticio el fundo Corneliano, haciendo deducción del usufructo: Ticio murió, se pregunta ¿qué me habrá de entregar su heredero? Respondí que ha de tenerse en cuenta con qué intención fue exceptuado el usufructo: pues ciertamente si se quiso que se constituyese el usufructo en la persona de cualquiera, el heredero deberá solo la propiedad: mas si se quiso que el usufructo correspondiese solamente a la persona del que promete (o sea Ticio), el heredero deberá la plena propiedad. Esto se muestra más claramente en la causa de los legados: porque si el heredero del cual se lega la propiedad, con deducción del usufructo, muriese antes de que se actuase con arreglo al testamento, menos se ha de dudar, que el heredero suyo, es deudor de la plena propiedad y lo mismo también si del mismo modo se ha legado bajo condición y hubiese muerto el heredero cuando la condición todavía no se ha cumplido”.

COMENTARIO DE D. 7,1,36,1 [DE FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO]

Este texto está tomado del libro 5º de las cuestiones del jurista Africano⁴⁷ que contiene como su mismo nombre indica una serie de casos prácticos que eran propuestos a los jurisconsultos romanos y en cuyo enlace y entronque con las

⁴⁵ [Se refiere Álvaro d'Ors a su artículo *Sub condicione*, en *Emérita* 8 (1940), pp. 73-78].

⁴⁶ [La firma y el nombre de d'Ors no aparecen al final del texto, sino al principio del cuadernillo que recoge este ejercicio con las indicaciones siguientes “Dig. 7, 1, 36, 1. 5º ejercicio de las oposiciones de Derecho Romano. Diciembre 1943. Álvaro d'Ors (*firmado y rubricado*)”].

⁴⁷ [Sexto Cecilio Africano. Véase: RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Sexto Cecilio Africano (Sextus Caecilius Africinus) (ca. 120 d. C. – ca. 175 d. C.)*, en *Juristas Universales* (Madrid, 2004), I, pp. 176-179, con amplia información bibliográfica].

stationes ius publice docentium aut respondentium ha sido estudiado principalmente por Krüger⁴⁸.

Se trata aquí del caso de una estipulación según la cual Ticio debe entregar el fundo corneliano verificando la deducción del usufructo, lo cual no supone como es sabido una merma jurídica en el derecho de propiedad sino simplemente la privación de un derecho de disfrute y uso, como se desprende del texto de Paulo D. 7, 1, 1 que habla de derecho sobre cosas ajenas *ius alienis rebus*⁴⁹.

Sobre la posibilidad del negocio jurídico no hay la menor duda. La cuestión surge, *quaesitum est*, de qué muere Ticio después de verificada la estipulación y se pregunta si el heredero de Ticio en cuya persona se continúan las obligaciones transmisibles del difunto, tendrá que entregar la plena propiedad o si por el contrario bastará con que entregue la nuda propiedad, *sola proprietas* dice el texto. (No nos podemos detener en la cuestión terminológica). El jurista Africano resuelve el problema en el sentido de que habrá que atenerse a cuál fue la instancia con que se verificó la deducción, así se quiso que se constituyese el usufructo en una persona cualquiera, el heredero cumple entregando la nuda propiedad, ya que se ha constituido perfectamente su legítimo usufructo sobre el fundo cuya propiedad ha de entregar. Los textos del Digesto, D. 7, 1, 3 y D. 7, 1, 6 nos muestran (entre otros que se pudiera citar la posibilidad de constituir de este modo el usufructo)⁵⁰. Ahora bien si el usufructo se dedujo para que correspondiese únicamente a la persona del que prometió en la stipulatio, esto es, de Ticio, el usufructo al morir éste no puede pasar a ninguna otra persona⁵¹ y entonces el usufructo habrá de corresponder al estipulante, que en la exposición del jurisconsulto se personaliza y por consecuencia el heredero tendrá que entregar la plena propiedad.

El jurista Africano pasa inmediatamente a tratar de los legados en los que estima que los principios jurídicos se manifiestan más claramente en este punto. Recuérdese que el modo principal de constituirse el usufructo parece haber sido el utilizar el legado, como se desprende de la redacción del texto de Gayo 7, 1, 3 pr.: [...] *et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*.

En el caso de que el heredero del cual se lega la propiedad deducido el usufructo muera antes de haberse cumplido la voluntad del testador, su heredero, aquí está más claro, no va a retener el usufructo, sino que va a retener la plena propiedad porque el usufructo correspondía aquí en este caso al primer heredero no al segundo, lo mismo que en el primer caso expuesto por Africano y en su segunda hipótesis correspondía solamente al que prometía. Pero todavía insiste Africano más, lo mismo ocurre en el caso en que el primer heredero haya muerto *pendente conditione*, lo que plantea interesantes problemas de transmisibilidad que

⁴⁸ [Paul Krüger (1840-1926)].

⁴⁹ [Hernández Tejero incluye la siguiente nota a ese texto: "Acerca de la expresión *pars domini* que figura en el texto D. 7, 1, 4, Cfr. Bonfante, *Scritti giuridici*, sobre propiedad"].

⁵⁰ [El comentario de Hernández Tejero no está terminado de redactar].

⁵¹ [Texto tachado de Hernández Tejero con el siguiente contenido: "Recuérdese a propósito del carácter vitalicio del usufructo la ficción de los cien años establecida en el caso de personas rurales titulares de un usufructo"].

no podemos desarrollar por falta de tiempo, tampoco aquí el segundo heredero puede reservarse el usufructo, ha de entregar la plena propiedad.

Francisco Hernández Tejero (*firmado y rubricado*)

APÉNDICE IIº A

INFLUENCIA DE LA PATRÍSTICA EN EL DERECHO ROMANO [DE ÁLVARO D'ORS]

En estos últimos tiempos la investigación romanística ha tratado con bastante predilección el tema de la influencia del Cristianismo en el Derecho Romano. No hay más que ver publicaciones como las Actas el Congreso de Roma o la del Congressus Iuridicus Internationalis para ver tal tendencia. Y es que hoy resulta evidente la idea de que el Cristianismo es uno de los factores que confluyen en la formación del Derecho Romano Postclásico. Se ha querido ver tal influencia incluso en época clásica, p. ej., en Papiniano, pero tales hipótesis parecen carecer de fundamento.

Ahora bien, la dificultad al estudiar los posibles influjos del Cristianismo está en saber distinguir con precisión esa causa de otras que pudiesen operar en el mismo sentido, concretamente de la posible influencia estoica. Como es sabido entre las ideas estoicas y algunas ideas cristianas hay cierta indiscutible afinidad. La dificultad está por lo tanto en distinguir una causa de influencia de otra. Sin embargo, la determinación cronológica del hecho en el que queremos investigar la influencia nos da ya mucho en este sentido. En efecto, la influencia cristiana no empieza a ser eficaz hasta el siglo IV. En los tres primeros siglos, en cambio, la influencia estoica es más intensa. Lo que pasa es que también esta corriente estoica influye a su vez en el Cristianismo, no en las ideas mismas, pues éstas brotan del Evangelio y de la inspiración de los primeros apóstoles, sino en su formulación. Quiere esto decir que muchas ideas cristianas adoptan para circular por el mundo la forma de un pensamiento estoico. Fuera del campo del Derecho, aunque en cierta relación con él nos encontramos con un fenómeno de este tipo: la actas de los mártires. Los mártires son auténticos mártires cristianos y no piensan en el estoicismo para nada, pero cuando sus contemporáneos redactan el acta de su martirio toman por modelo un curioso género literario que, aunque de origen más remoto, se hace muy popular en el siglo III: las Actas de las llamadas Actas de los mártires paganos de Alejandría, que conocemos por algunos trozos de papiro, el último publicado en 1941 en el último volumen de los Papiros de Oxinírico. Ahora bien estas actas de la lucha antisemita y antiromana de los alejandrinos están hondamente impregnados de ideas estoicas. Tenemos ahí, por lo tanto, un ejemplo de transmisión de un hecho cristiano en una forma estoica popular. Fenómenos de este tipo hubieran de ser corrientes y de ahí que muchas veces se tome por estoico lo que es propiamente cristiano. Quiere esto decir que las influencias que observamos en el derecho y pueden atribuirse igualmente a una tendencia estoica

que a una cristiana, deben ser atribuidas a la primera si se trata de los tres primeros siglos del Cristianismo y a la segunda si se trata de época posterior?

Ahora bien: ¿por qué medios influyó el cristianismo en el Derecho Romano? Propiamente estos medios fueron tres: las decisiones de los Concilios, la práctica ética de la comunidad cristiana y, por último, la doctrina de los Santos Padres, que estaba en íntima relación con aquellos dos conductos anteriores. De este último medio, de la Patrística, es de lo que debemos tratar ahora.

La influencia de la Patrística hubo de ser eficaz, porque en esa época de decadencia de Roma, el pensamiento de los Padres de la Iglesia, a pesar de algunas divergencias, p. ej., a propósito de la indisolubilidad del matrimonio, representaba un pensamiento magníficamente uniforme, puesto que estaba conformado por unas directrices cívicas y unos sentimientos comunes en las varias regiones del Imperio. Así, pues, no es sólo la novedad regenerada, sino la uniformidad lo que contribuía a reforzar la influencia de la Patrística. Si a esto se une que en esa misma época de decadencia la justicia pagana había caído en un gran desorden de iniquidad y torpeza, mientras se imponía cada vez como más popular y práctica la audiencia episcopal, comprenderemos que la doctrina de la Patrística tuvo a la fuerza que influir en el Derecho romano.

La literatura sobre esta influencia es también abundante. Ya en los *Mélanges Fadda*⁵², Evaristo Carazi adelanta algo sobre los métodos de trabajo, completando los primeros intentos de Ferrini⁵³, y luego siguen los trabajos de Rotondi⁵⁴, de Beck, de Riccobono⁵⁵, de Albertario a propósito de *affectio maritalis* y *animus possidendi*, de Roberti⁵⁶ en su estudio sobre Cristianismo y colecciones justinianas en el volumen que la Universidad del Sacro Cuore publicó con el título de Cristianismo y Derecho Romano⁵⁷, del Príncipe de Hohenlohe⁵⁸ en un libro sobre la Influencia del Cristianismo y de otros autores que han estudiado principalmente la influencia ejercida en materia matrimonial, así Insadowski⁵⁹ en las *Acta* del mencionado *Congressus* y Ercole⁶⁰ en uno de los últimos tomos de

⁵² [Carlo Fadda (1853-1931). Véase: sobre este romanista, DE FRANCISCI, Pietro, *Sull'opera e sugli studi di Fadda* (Nápoles, 1906)].

⁵³ [Se refiere d'Ors al beato Contardo Ferrini (1859-1902), acerca del cual véase la abundante información en: CAMPONESCHI, P., *Ferrini, Contardo*, en *Dizionario biografico degli italiani* (Roma, 1997), XLVII (Ferrero-Filonardi), pp. 187-191].

⁵⁴ [Giovanni Rotondi].

⁵⁵ [Salvatore Riccobono, Sr. (1864-1958). No confundirlo con Salvatore Riccobono, jr. Hay un artículo muy significativo al respecto *Cristianesimo e diritto privato*, en *Rivista di Diritto Civile* 1 (1911), pp. 38-70].

⁵⁶ [Melchiorre Roberti].

⁵⁷ [*Cristianesimo e diritto romano* (Milán, 1935)].

⁵⁸ [HOHENLOHE, C., *Einfluss des Christentum auf das Corpus Iuris Civilis, eine Rechtshistorische Studie zum Verständnisse der sozialen Frage* (Viena, 1937)].

⁵⁹ [Henryk Insadowski (1888-1946), romanista polaco].

⁶⁰ [Debe referirse Álvaro d'Ors a Francesco Ercole (1884-1945), que más que por sus aportaciones al Derecho romano medieval es conocido como uno de los más grandes teóricos del fascismo, un fascista quintaesencial e ideológico, siendo autor de obras tan importantes como *Dal nazionalismo al fascismo*, publicada en Roma en 1928, y de *Storia del fascismo* (Milán, 1938, 2 vols.). Fiel hasta el último momento al fascismo y a la República de Salò, falleció

Studia et Documenta. Una amplia bibliografía sobre toda esta cuestión ha sido recogida recientemente entre nosotros por el profesor Álvarez⁶¹ en la *Revista de Derecho Privado*, donde se señalan también las direcciones que hay que seguir y las precauciones necesarias para ello.

Como ya se ha dicho repetidas veces para estudiar este influjo de la Patrística conviene partir más que de las instituciones mismas de las obras de los Santos Padres, sobre todo de Tertuliano, de San Clemente de Alejandría en sus *Stromata*, de San Juan Crisóstomo, de Lactancio, de San Ambrosio, de San Jerónimo y de San Agustín, San Gregorio y San Eusebio. Esta última tuvo una gran influencia en el emperador Justiniano, cuyo carácter de príncipe católico ha sido puesto de relieve principalmente por Biondi. Justiniano encuentra en San Eusebio precisamente la tendencia que él busca de fusión entre la Iglesia y el Estado, en contra del anti-estatismo recalcitrante de un Orígenes. Lactancio, por su lado, había influido poderosamente con sus Instituciones en Constantino. Y tal influencia repercutió hondamente en el campo del Derecho, pues es Lactancio en realidad el creador de términos tan frecuentes en el pensamiento jurídico post-clásico como *Pietas* y *Benignitas*.

La influencia de la Patrística se extiende pues por todos los ámbitos del Derecho. Es en materia de esclavitud el principio de la *aequitas* que si no llega a suprimir aquella antigua institución, sí la suaviza humanitariamente; es en materia de propiedad el principio del uso racional de los bienes, es decir la idea de que el propietario cumple en cierto modo una función de la Comunidad al disfrutar y disponer de su patrimonio; es en materia de posesión la nueva configuración del *possessor legitimus* y la introducción del *animus dominantis*, o sea la nueva concepción de la posesión como manifestación de la propiedad; es en materia contractual la teoría del justo precio, que ha estudiado en uno de sus trabajos nuestro compañero Sr. Gutiérrez Alviz; es en materia de legítima defensa el principio de la adecuación de la reacción turbida, por más que aquí hay que admitir que el principio, si bien aparece interpolado en las fuentes, existía desde antiguo en la misma naturaleza de las cosas; es, en fin, toda una serie de tendencias humanitarias, la idea de la defensa del pupilo mediante la tutela y la prohibición de la exposición de hijos que resuena en Lactancio o la indignación de San Ambrosio ante los acreedores que impiden el entierro de su deudor.

Pero donde tal influencia se hace más evidente es en materia matrimonial. En efecto la influencia Patrística se puede atribuir la introducción del requisito anímico de la *affectio maritalis* para la existencia del matrimonio legítimo. Como ha demostrado Albertario, el matrimonio *sine manu* de la época clásica era una simple relación de hecho semejante a la posesión y que se distinguía de cualquier convivencia no matrimonial exclusivamente por el aspecto social de la unión, por el *honor mariti*. Los textos que no hablan de *affectio maritalis* serían no genuinos, serían una manifestación más de la inquisición anónima tan practicada en la decadencia. Sin embargo, no debemos ignorar que esta concepción crítica

en mayo de 1945. Véase: LO BIANCO, Luca, *Ercole, Francesco*, en *Dizionario biografico degli italiani* (Roma, 1993), XLIII (Enzo-Fabrizi), pp. 132-134].

⁶¹ [El miembro del tribunal Ursicino Álvarez Suárez].

está todavía sometida a revisión. Últimamente comentando dos papiros matrimoniales en la Academia Prusiana, Leopoldo Wenger ha vuelto a la carga contra esta crítica y fundándose precisamente en que en ese papiro Michigan del siglo II nos encontramos con que el padre casó a su hija y *collocavit eram*, es decir, como matrona, como legítima esposa. Con todo esto no parece un argumento decisivo, en primer lugar porque tal disposición no implica propiamente una intención psicológica por parte del marido, sino simplemente una consideración social, un *honor mariti*; en segundo lugar porque la fotografía del papiro hace pensar que no se trata de *eram*, sino del pronombre *eam*, *eam collocavit*, como ya leyó el primer editor de este documento. (Este trabajo de Wenger será objeto de una reseña bibliográfica en el próximo número de Emérita)⁶². Así, pues, aunque la cuestión de la *affectio maritalis* no esté cerrada, podemos decir con Albertario, que tal término, así como el pensamiento a que corresponde son propiamente producto de una influencia Patrística. En efecto, toda la obra de los Santos Padres está llena de invocaciones a la necesidad de la *voluntas*, del pacto marital, de la *affectio maritalis*, como opuestas al simple *coitus*, al *concubitus*, etc. De ahí también la posición de la Patrística ante el concubinato, problema éste que ha estudiado en 1940 Carlos Rehn en una monografía que hemos reseñado en la Revista de la Universidad. La posición de los autores cristianos en este momento es clara. Toda relación matrimonial que cumpla con las condiciones esenciales del matrimonio cristiano, sea matrimonio legítimo, sea contubernio⁶³, sea concubinato, es para ellos un verdadero matrimonio; si tales condiciones esenciales faltan, aunque la ley civil vea un matrimonio perfecto, no hay más que una unión matrimonial. Así, pues, la tendencia práctica en este punto es la de ir convirtiendo el concubinato monogámico en matrimonio. A partir de Justiniano, sin embargo, se observa una reacción de hostilidad contra el concubinato a la par que una mayor facilidad para legitimar los hijos ilegítimos.

Por otro lado, influye también el cristianismo en materia de matrimonio simulado: es una consecuencia del principio del requisito de la *affectio maritalis*.

También, el Cristianismo tenía que influir naturalmente en la supresión de las leyes caducarias, puesto que el celibato no sólo no es regulado, sino que hasta es ensalzado y ponderado cuando corresponde a una auténtica castidad. Esto significaba una revolución de raíz dentro de la mentalidad ética de los romanos. Y del mismo modo en la tendencia contra las segundas nupcias.

Respecto al *tempus lugendi*, el Cristianismo supone también una transformación, el antiguo criterio de la *turbatio sanguinis* es substituido por el del *luctus religionem*, y se amplía el plazo fisiológico de los diez meses al plazo sentimental el año.

Extensa también había de ser la repercusión de la doctrina patrística en materia

⁶² [Se está refiriendo d'Ors a la reseña que hizo de WENGER, Leopold, *Canon in den römischen Rechtsquellen und in den papyri. Eine Worstudie*, 1942, en Emérita 12 (1944), pp. 399-401].

⁶³ [Sobre la unión marital de los esclavos el Papa Julio I había precisado que “*si autem omnes unam legem habent, ergo sicut ingenuus dimitti non potest, sic nec servus semel coniugio copulatus ulterius dimitti poterit*”].

de impedimentos matrimoniales. En este sentido se crean nuevos impedimentos: el de orden sagrado y el de voto solemne de castidad y el de cognación espiritual entre padrinos de bautismo, pero se amplían también otras ya existentes: se prohíbe el matrimonio entre primos y con las cuñadas.

Así también la posición de la mujer casada queda notablemente mejorada. Se estima el adulterio del marido -clama sobre esto San Juan Crisóstomo!- como causa de divorcio; se aumentan los derechos sucesorios de la mujer respecto a los hijos, se concede la tutela a la madre sobre sus hijos, etc., etc.

Por último, aunque aquí hay algunas ligeras divergencias, la doctrina de los padres mantiene como base de la disciplina matrimonial el principio de la indisolubilidad del vínculo⁶⁴. Sin embargo, en este punto sólo por breve tiempo los criterios antiguos pudieron ser olvidados: la concepción del matrimonio como contrato era tan pertinaz que hasta la misma doctrina católica se dejó influir. Efectivamente, el principio de la indisolubilidad es incompatible lógicamente con la del contrato, porque el contrato surge por acuerdo de voluntades y es lógico que pueda rescindirse por obra de aquellas mismas voluntades. Indudablemente, si la doctrina católica no hubiese tenido que asentarse sobre un mundo que tenía ya sus ideas hechas, la doctrina de los Santos Padres hubiera conducido lógicamente a una concepción institucionalista del matrimonio, como defienden muchos autores, y no contractualista.

La doctrina de los Santos Padres influyó, por lo tanto, de manera bastante decisiva desde Constantino hasta Justiniano. Sin embargo, las repercusiones en el Derecho fueron siempre más tenues que en las costumbres, en el ámbito social. Y si miramos las cosas con precisión, es decir, aislando exactamente lo que puede atribuirse a una influencia puramente cristiana, y no a una evolución natural de las cosas, veremos que tal influencia existe, pero no en grandes proporciones. En el campo de la moral social, en cambio, el Cristianismo se había mostrado avasallador desde los primeros siglos. Ya en el siglo II gritaba Tertuliano con un olímpico desprecio por los paganos: "Hemos invadido vuestras casas, vuestros mercados, vuestras oficinas públicas y vuestros talleres y no os hemos dejado más que unos cuantos templos en ruinas". En el Derecho no ocurrió lo mismo, porque el derecho además de moral es técnica, y la técnica jurídica romana de los buenos siglos resistía cualquier cambio de contenido moral.

⁶⁴ [En materia de divorcio, la carta *Consulenti tibi* del Pontífice Inocencio I al Obispo de Toulouse, de 20 de febrero del 405, es bien precisa al respecto: "De his etiam requisivit dilectio tua qui, interveniente repudio, alii se matrimonio copularunt. Quos in utraque parte adulteros esse manifestum est. Qui vero vel uxore vivente, quamvis dissociatum videtur esse coniugium, ad aliam copulam festinaverunt, neque possunt adulteri non videri, in tantum ut etiam hae personae quibus tales coniunctae sunt, etiam ipsae adulterium commisisse videantur... Et ideo tales omnes, a communione fidelium abstinent. De parentibus autem aut de propinquis eorum nihil tale statui potest, nisi incentiores inliciti consortii fuisse detegatur" (MIGNE, J. P., *Patrologiae Cursus Completus*, XX, 500-501)].

APÉNDICE IIº C

INFLUENCIA DE LA PATRÍSTICA EN EL DERECHO ROMANO
[DE FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO]

La cuestión de la influencia de la patrística en el Derecho romano ha de ser analizada con un criterio histórico. El de referir sus posibilidades en orden al influjo que pudo ejercer el Derecho romano distinguiendo dos grandes épocas, antes del reconocimiento oficial de la Iglesia cristiana o sea en los 3 primeros siglos de nuestra Era y a partir de este momento hasta el fin de las compilaciones de Justiniano.

En los 3 primeros siglos de nuestra Era, para poder apreciar el influjo que tuvo la patrística es preciso ver la relación en que se hallaba la sociedad cristiana con la sociedad civil romana.

Prescindiendo de ofrecer una amplia visión histórica, sobradamente conocida por lo demás, de las relaciones de los cristianos, con los órganos oficiales de la Roma pagana, que no encontraría aquí su lugar más apropiado y que por otra parte contribuiría inútilmente a alargar con exceso el tema, señalaremos, como Tertuliano da cuenta de una disposición de Nerón que colocaba a los cristianos fuera de la ley. Lactancio nos dice que se crearon derechos contra los cristianos, *jura impia condiderunt contra piros*. El mártir Apolonio da cuenta de un Senadoconsulto contra los cristianos. Tertuliano frecuentemente al hablar de los romanos y referirse a sus instituciones nos muestra cómo eran consideradas como algo extraño a la sociedad cristiana, etc. Todo esto sirve para mostrarnos dos cosas: 1º Que los cristianos no desconocían el Derecho romano. 2º Que a pesar de conocerlo se mantenían como en un mundo aparte, respecto de él.

Un problema importante que se plantea en este punto es si al hablar de Patrística podemos afirmar que existe un sistema de Derecho o sólo una serie de normas éticas y morales. Besta.

Roberti estima que para poder apreciar debidamente la índole de las normas que regían las primitivas sociedades de cristianos se ha de tener en cuenta el carácter de estas sociedades o comunidades. Eran agrupaciones basadas en vínculos de caridad, recuérdese lo frecuentemente que eran invocadas por los padres de la Iglesia las diversas exhortaciones al amor de los semejantes. Por consiguiente si pretendemos encontrar en las primitivas comunidades reglas jurídicas apoyadas en una posible coacción por parte de funcionarios públicos que constituya sino la nota esencial, sí la característica de las mismas, forzosamente habremos de reconocer que en general el sistema de normas contenido en la patrística tenía el carácter que le asignó Besta en general.

Sin embargo, tampoco faltaban medidas de castigo que dadas las características ya apuntadas de las primitivas comunidades cristianas, eran extremadamente dolorosas como la excomunión⁶⁵.

Tenemos por consiguiente ya establecido a) Que los cristianos e incluimos a

⁶⁵ La severidad fue a veces en aumento al extremo de venir mitigada en un texto del libro I del Código de Justiniano.

todos los cristianos sin distinción de nacionalidad, ya que son frecuentísimas las expresiones recogidas en los escritos de los Padres de la Iglesia que nos muestran como los cristianos tienen frente a los paganos otra patria, tenían e iban desarrollando en sus primitivas comunidades una serie de normas, b) que por su aislamiento espiritual estas normas tenían que ir fijando con el tiempo todo un sistema.

Ahora bien en punto a caracterizar estas normas se ha pretendido por algunos como Renan que existe una separación o un divorcio entre las palabras y los principios contenidos en el Evangelio y las normas de la Patrística.

No creemos que sea preciso insistir en cómo la doctrina social y jurídica de la Iglesia no difiere de los principios de la moral, pues la constatación es fácil leyendo la obra de los Padres de la Iglesia, San Pablo, Clemente e Ignacio de Antioquía, Bernabé, Policarpo, los autores desconocidos de la doctrina del Pastor de Hermias y de la carta a Diogeneto, San Justino, San Ireneo, Tertuliano, Anastasio, etc. Despues del reconocimiento de la Iglesia cristiana, el influjo de los principios cristianos entra en una nueva fase que no hemos de detallar porque seguirla paso a paso a través de todas las instituciones de Derecho privado sería interminable.

Lo que sí queremos hacer constar es nuestra opinión en algunos puntos concretos referentes al influjo de la patrística en el Derecho romano.

En primer lugar con el hallazgo de papiros de interés jurídico que se intensifica desde el siglo XVII y que Brugi califica de segundo renacimiento de la antigüedad por el vasto horizonte de posibilidades y perspectivas que ofrece a los estudiosos, si bien muchas de estas fuentes se hayan malogrado como en el famoso suceso por la costumbre de los árabes de quemarlos para percibir su aroma; se ha producido una trascendental desviación de la atención de los investigadores hacia el Derecho provincial, concretamente de la región egipcia y en general el próximo oriente. Pues bien, se plantea la duda si muchas influencias que de este origen se han podido apreciar en el Derecho romano, tienen o no un fondo cristiano⁶⁶. Para poder juzgar sobre este punto habrá que examinar en cada caso si los que intervienen en la relación jurídica son cristianos o no, y también si el influjo se aprecia de un modo generalizado en distintas regiones. Sobre este punto es ya interesante la indicación de Levy⁶⁷ que se encuentra recogida en su trabajo sobre Desenvolvimiento en Oriente y en Occidente del Derecho romano, en orden al común influjo de los principios cristianos, que no cabe duda que contribuirá a explicar influjos y recepciones que desde un punto de vista de influencia escolástica son difícilmente defendibles⁶⁸.

El influjo de la Patrística se opera por dos hechos importantes de modo principal. 1º Por la extensión de la Audiencia episcopal que comenzó siendo un medio de substraerse los cristianos a la aplicación del Derecho pagano y que terminó siendo obligatoria. 2º Por la difusión del cristianismo entre los pueblos

⁶⁶ [Se precisa en la nota: "En el sentido de su producción. Modernamente puesto de relieve por el prof. Álvarez Suárez en la Revista de Derecho privado, año 40, cito de memoria"].

⁶⁷ [Ernest Levy (1881-1965)].

⁶⁸ [Hay un texto tachado por Hernández Tejero que dice: "Por consiguiente creemos que en la integración del Derecho romano vulgar ha de admitirse un importante de..."].

de diversas razas, lo que motivó las disposiciones de Valentiniano I facilitando su aplicación a los germanos.

No hemos de entrar en la cuestión del influjo general del cristianismo en el Derecho romano, a propósito de instituciones jurídicas como el matrimonio, recuérdese el testimonio de Tertuliano contra el repudio, arras matrimoniales, comisión de bienes entre los cónyuges, ejercicio de la tutela por la madre al faltar la patria potestad, causas de liberación de la esclavitud, atenuación de la condición de los esclavos que plantea la cuestión de la valoración del influjo estoico al lado del cristiano que ha sido destacada por el propio Troplong y a la que Riccobono dedica también especial mención al ocuparse de los factores que han influido en la evolución del Derecho romano clásico, la pretendida prohibición que se ha querido encontrar en la Patrística de las segundas nupcias⁶⁹, lo cual como ha demostrado Knecht⁷⁰, en una obra sobre el Derecho matrimonial católico, entre otros, y basándose, entre las muchas fuentes posibles, en escritos de Tertuliano, es inexacto, ya que los Padres de la Iglesia se limitaron a recoger la corriente de opinión pública y sentimientos sociales que en Roma arrancaba desde bastante antiguo, recuérdese el aprecio en que era tenida la mujer romana que sólo se había casado una vez, pero sin prohibir en modo alguno la posibilidad de contraer segundas nupcias y aquí tenemos otra prueba de como no es verdadera la ley de que la doctrina social y jurídica de los Padres de la Iglesia se divorciase en modo alguno de los principios de la moral cristiana, etc.

Solamente queremos destacar la tesis de Roberti, que arrancando del influjo de la Patrística en el Derecho romano llega a afirmar la existencia de un Digesto cristiano cuya importancia destaca en relación con la obscuridad o mejor dicho obscurecimiento del Derecho justiniano en los siglos inmediatamente posteriores a la compilación, oponiéndola a las tesis de Savigny, Conrat, Chiapelli, etc., así como la moderna importancia que se está dando al influjo de la Patrística en el Derecho romano, y a cuyo frente figura Roberti (cuyo artículo de 1931 en la Revista de filosofía neoescolástica⁷¹ no hemos podido consultar por no encontrarse la publicación en Madrid, sobre el influjo de las Sentencias de San Ambrosio y San Agustín es destacable el artículo de Martroye⁷² en la Revue historique de Droit, año 1929, y citamos finalmente el trabajo inédito de nuestro compañero Don Faustino Gutiérrez Alviz sobre el influjo de la Patrística en el Derecho romano a

⁶⁹ [Sobre el tema de las segundas nupcias se pronunció el Papa San Dámaso, recogiendo el sentido expresado en el Concilio de Laodicea, y a ello hace expresa referencia: “*De his qui secundum ecclesiasticam regulam libere ac legitime secundis iuncti sunt nuptiis nec occulte furtum copulae perpetrarunt, oportet, ut parvo tempore transacto vacent orationibus et ieuniis huiusmodi, quibus etiam iuxta indulgentiam communionem reddi decrevimus*” (*Iuris Canonici Orientalis Fontes*, Roma, 1930, vol. I, p. 130)].

⁷⁰ [Se refiere a KNECHT, A., *Derecho matrimonial católico* (trad. de A. Gómez Piñán, Madrid, 1932), 644 pp.].

⁷¹ [La *Rivista di filosofia neo-scolastica* fue fundada por Agostino Gemelli en 1909].

⁷² [MATROYE, F., *Une sentence arbitrale de Saint-Ambroise*, en *RHDDE*. 4^a Serie, año 8 (1929), pp. 300-311].

propósito de la “laesio enormis” frente a las tesis entre otros de Cailemer (*sic*)⁷³ que la hace derivar del derecho ático).

[Recibido el 24 de junio y aceptado el 18 de julio de 2008].

⁷³ [Es sin duda Exupère Cailemer (1837-1913). Véase: sus *Études sur les antiquités juridiques* (reed. anastática, Nueva York, 1979), Parts I-X].

