NOTAS BIBLIOGRAFICAS

Tullio Ascarelli: *Antigone e Porzia,* en *Problemi giuridici,* t.I, Milano, Casa Editrice Dott A. Giuffrè - Publicazioni della Facolta di Giurisprudenza dell' Universitá di Roma 9, 1959, p. 3-15.

Acaban de llegar a mis manos los dos elegantes tomos de *Problemi giuridici* de Ascarelli. Han salido de las prensas unos días después de su lamentada muerte, precedidos por una página de melancólico recuerdo, escrita por el decano de Roma, Francesco Calasso.

El maestro desaparecido incluyó, a la cabeza de esta recopilación de sus escritos recientes, la magnífica conferencia que le escuchamos en el salón de honor de la Universidad de Chile, en 1955, cuando fue invitado por nuestra Facultad para recibirlo como su miembro honorario .

El tema de ese estudio es el aprovechamiento, como fuente de conocimiento histórico jurídico, de *Antígona,* la tragedia de Sófocles, y de *The merchant of Venice* de Shakespeare. En esta oportunidad los textos literarios han servido como vehículo de expresión de derecho ideal. En la tragedia griega el sacrificio de Antígona marca en forma tajante la afirmación de la existencia de normas ideales por encima de la ley humana, aunque ésta, como en el caso, sea totalmente ajustada a los requisitos de validez. En la exposición de Ascarelli, el diálogo entre Antígona y Creonte cobra una significación nueva. Una incursión sobre la modernizada *Antígona* de Anouhil cierra esta primera parte.

La figura de Porzia, disfrazada de doctor de Padua, y que constituye el *deus ex machina* del drama shakesperiano, nos muestra otra vez, tantos siglos más tarde, aunque en otra tónica, el choque de ideales de justicia frente a la norma positiva injusta. Pero ahora no es la afirmación del derecho ideal sellada con la muerte, sino que ella aparece revestida con los atuendos del arte forense, de la ciencia de la interpretación de la norma. El disfraz de Porzia, de doctor patavino, trae el hálito del nuevo derecho de juristas, el derecho común, que se extenderá por Europa como un reguero de pólvora salido de todas las universidades.

La expresión diáfana y eficaz de Ascarelli, renueva en la lectura de su escrito el encanto con que escuchamos su palabra en 1955.

ALAMIRO DE AVILA MARTEL

*

Alvaro D'Ors: *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, índices.* Roma - Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Delegación de Roma - Cuadernos del Instituto Jurídico Español núm. 12 - Estudios Visigóticos II, 1960. 4º, X + dos + 318 + dos p.

A principios de este siglo parecía haberse llegado a un punto definitivo en el conocimiento del derecho visigodo. Había mucho ignorado pero no se podía avanzar. Los estudios de contenido de los textos, notoriamente romanizados como obedeciendo a una política de los reyes, obligaban a suponer la existencia de un derecho de raiz germánica que se habría mantenido en el plano de una costumbre contra ley revolucionaria, para venir a manifestarse ampliamente en la época de la reconquista con las libres concreciones jurídicas de los fueros municipales. La secuencia de las fuentes legales visigodas, partiendo desde Savigny del concepto de la personalidad del derecho, que se habría territorializado con Recesvinto, o

lo antes con Leovigildo (Ureña), mostraría un romanismo cada vez más acentuado, desde las ignotas leyes teodoricianas y el escasamente conocido Código de Eurico, que habrían contenido derecho predominantemente germánico.

Pero un fuerte remezón, seguido a distancia de varios otros, ha cambiado el panorama de los estudios del derecho visigodo. Un madurísimo trabajo de Alfonso García Gallo (*Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda,* en *Anuario de historia del derecho español,* t.XIII, Madrid, 1936-1941) afirmaba su territorialidad desde sus primeros textos. Tan novedoso resultado recibió sin embargo una crítica imperfecta, que no logró afectar sino algunos ápices de la maciza construcción erudita del profesor de Madrid. Los más de los especialistas guardaron silencio y sólo unos pocos adherimos con entusiasmo a la novedad. Una contribución importante a esa posición fue obra de Alvaro D'Ors (*La territorialidad del derecho de los visigodos,* en *Estudios visigóticos I,* Roma, 1956), quien introdujo una variación al esquema de García Gallo, que tenía la virtud de hacer desaparecer el que a su juicio era el punto menos convincente: el de la derogación del Código de Eurico por el Breviario de Alarico. D'Ors afirmó la vigencia territorial conjunta de ambos cuerpos, asignándole al Breviario el caracter de recopilación oficial del derecho romano que estaba vigente.

Desde dos ángulos se han producido en la última década nuevos aportes al conocimiento del derecho visigodo: el de los romanistas que han aclarado muchas cosas sobre el derecho romano vulgar occidental (principalmente Ernst Levy: *West Roman Vulgar Law. The Law of Property,* Philadelphia, 1951; y *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht,* Weimar, 1956, y D'Ors) y el de nuevos estudios sobre las fuentes mismas, con insospechadas conclusiones (la atribución visigoda al Edicto de Teodorico, considerado antes base de la legislación ostrogoda: trabajos de Rasi y principalmente de Vismara) que han obligado a revisar varias posiciones que parecían adquiridas.

El Código de Eurico nos ha sido transmitido directamente sólo en fragmentos de cuatro títulos, conservados en el palimpsesto parisiense (codex rescriptus latinus Nº 12161 de la Bibliothèque Nationale), cuya edición usual es la de Zeumer (*Monumenta Germaniae Histórica. Leges I,* Hannover-Leipzig, 1902), pero es posible abundar en el conocimiento de su texto a través de las *antiquae* del *Liber Iudicum,* provenientes del Código de Leovigildo, y de la recepción de disposiciones suyas en algunos códigos de pueblos germánicos, el principal la *Lex Baiuvariorum.* El trabajo de cotejo para establecer el orígen euriciano permitió a Ureña (1905) señalarlo para 115 *antiquae* y a Stroeker (1937) para 121.

Alvaro D'Ors, a quien debemos tantos y tan importantes trabajos histórico jurídicos, nos da ahora una obra capital. Su aproximación al Código de Eurico la ha realizado con método nuevo y sus resultados son extraordinarios.

El libro comprende tres partes: una nueva edición crítica del palimpsesto parisiense (p. 21-43), que significa un progreso sobre la de Zeumer. Se ha valido, a más del examen directo del manuscrito, de la fotografía infrarojo y ha logrado algunas correcciones y principalmente llenar ciertas lagunas en el dificilísimo título *De successionibus.* La segunda parte, la más extensa de la obra (p. 56-281) es un minucioso ensayo de palingenesia, pero de contenido y generalmente no textual por las no-

torias incertidumbres e imposibilidades que se presentan para ello. Su resultado ha sido el establecimiento de la estructura del código, dividido en treinta y un títulos, y la identificación de la gran mayoría de sus disposiciones, que habrían estado concretadas en alrededor de trescientas cincuenta leyes. La tercera parte son los índices, tres de ellos importantísimos como herramientas de crítica: I "Vocabulario euriciano", II "Ejemplos de estilo legislativo del rey Leovigildo", y III "Indicios de estilo leovigildiano (o no-euriciano)".

Pero esto no es todo: tres escritos más: el prefacio general y las introducciones a la primera y a la segunda parte nos informan de los problemas de método a que se abocó el autor y nos plantean resultados e hipótesis graves que puede formular después de tan profundo estudio.

Los anteriores trabajos de identificación de normas euricianas (Ureña y Stroeker) partían de la afirmación tradicional de que la legislación visigoda habría ido perdiendo germanismo, de modo que los rastros de germanismo en las *antiquae* serían el índice revelador de ese origen. Alvaro D'Ors llega, después de haber probado frente a cada disposición varias hipótesis de trabajo, a una conclusión general opuesta y que significa una caracterización nueva de la legislación visigoda. Los reyes de Tolosa no habrían hecho otra cosa que actuar legislativamente dentro de la tradición romana, romana vulgar naturalmente; los rasgos de germanismo jurídico del *Liber* no son precisamente euricianos, sino que obra posterior, principalmente de Leovigildo y de Kindasvinto. De modo que se trastrueca el esquema habitual. Llega el autor incluso a plantear la posibilidad de que el germanismo tardío en el derecho visigodo sea de influencia franca (lo que es una curiosa vuelta a afirmaciones muy antiguas sobre el origen del derecho de los fueros municipales, que fueron combatidas por Muñoz y Romero).

Al Código de Eurico lo caracteriza el autor como un *edictum* que viene a reemplazar, con mayor autoridad por provenir de un rey, al *edictum* del prefecto del pretorio de las Galias, desaparecido con la desaparición del imperio romano de occidente. La fecha sería ese mismo año de 476 y no significaría una variación jurídica intensa ya que todo el derecho romano del Bajo Imperio seguiría vigente. Ni un sólo rasgo que permita afirmar la personalidad del código encuentra D'Ors, con lo cual contribuye de nuevo a afianzar los planteamientos de García Gallo.

Otras dos hipótesis avanza el autor y se refieren a la inteligencia del *Edictum Theodorici* y a los *Fragmenta Gaudenziana*. Respecto al primero, partiendo de los estudios de Rasi y Vismara, lo cree un *edictum* del prefecto del pretorio de las Galias de tiempos de Teodorico II, anterior por lo tanto al Código de Eurico y suplantado por éste al desaparecer ese magistrado. En cuanto a los *Fragmenta* los cree también resto de un *edictum* posterior, de aquel prefecto del pretorio de las Gañias Petrus Marcellinus Felix Liberius, que hacia 510 es puesto en ese cargo, en nombre del emperador de Oriente, por Teodorico el Grande, rey de los ostrogodos, y que continúa en él por un cuarto de siglo.

Como puede advertirse de esta noticia, pocos trabajos histórico jurídicos se han dado a luz con más denso y variado contenido que esta obra que debemos agradecer al infatigable esfuerzo del ilustre profesor de Compostela.

ALAMIRO DE AVILA MARTEL

*

Frederick B. Pike: *The Cabildo and Colonial Loyalty to Hapsburg rulers*, en *Journal of Inter-American Studies*. Gainesville, University of Florida, School of Inter-American Studies, 1960, vol. III, Nº 4, p. 405-420.

El autor, que en estos últimos años ha publicado varios artículos interesantes sobre temas institucionales indianos, se plantea ahora el problema de la diferencia de actitud que él encuentra entre el cabildo y la corona bajo los Austrias, de total lealismo, y el distanciamiento, que llega a ser subversivo, bajo los Borbones. Un examen minucioso de las actas capitulares de los siglos XVI y XVIII le sirve de base documental.

Advierte dos grupos de factores, uno negativo y otro positivo, en las relaciones entre cabildo y monarquía y explica como influyen en el lealismo a que alude. Elemento negativo parecería ser la indiferencia y apatía que encuentra en los cabildos frente a los negocios públicos, y que se traduce en un contínuo ausentismo de los regidores de las sesiones y en la escasez de éstas. Esto frente al lealismo lo interpreta como una satisfacción de los capitulares frente a una autoridad suprema que los deja tranquilos en sus cosas, sin cargarlos de obligaciones, lo que habría sido un ideal para individuos caracterizados "by complete absence of a sense of citizenship". Otro elemento negativo sería la perenne crisis económica de las arcas municipales, con escasas ayudas de la corona. Vinculado con esto encuentra un factor positivo en la relativa libertad que la monarquía dejaba a los capitulares en la administración de sus rentas, que éstos realizaban en modo extraño: considerando como gastos de primera necesidad las abundantes fiestas y recepciones de autoridades, en que a veces se gastaba en una los ingresos de un año y se quedaban endeudados, y una notable incuria frente a las obras públicas. Esto se explica por una necesidad sicológica de decoro y demostraciones grandiosas que afianzaban el prestigio de los cabildos, como encargados de todo lo que era espectáculo y diversión en esos años indianos.

Bajo los Borbones el control sobre los cabildos, principalmente a través del régimen de intendencias, y la política económica del iluminismo, significan un trastrueque que va, en último término, a socavar lentamente el lealismo durante una centuria y crear en estos cuerpos el deseo de llegar a aplicar los nuevos conceptos en propio interés y no en beneficio de la corona.

Me parece que las conclusiones del autor, aunque interesantes y documentadas en las actas, pecan de simplistas al pretender elevar factores que son parciales, a la consideración de bases de interpretación general de la historia indiana, de la diferenciación del período de los Austrias del de los Borbones y aun de los orígenes de la emancipación. Se echa de menos toda referencia (salvo una levísima en p. 419) a la estructura política y a la ideología política indianas y al papel que en ellas ocupa el cabildo. El tema debe ser planteado sobre más completa documentación, no bastan las actas, sin perder de vista la circunstancia histórica. Ha sido la pretensión de sacar conclusiones importantes lo que ha restado calidad a este artículo del profesor asistente de la Universidad de Notre Dame.

ALAMIRO DE AVILA MARTEL

Misión Alvarez de Jonte 1810-1811. Buenos Aires, República Argentina - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto - Colección de documentos históricos de su archivo y de otros nacionales y extranjeros, vol. I, Diplomacia de la Revolución, Chile I, 1958. 4º, 270+dos p. + trece láminas fuera de texto.

Por iniciativa del ex ministro de relaciones de Argentina don Alfonso de Laferrere y con la colaboración de la Academia Nacional de la Historia, se ha constituído una comisión honoraria, presidida por D. Roberto Levillier e integrada por el doctor Raúl A. Molina como asesor designado por la Academia y por los funcionarios D. César Ruiz Moreno, D. Carlos A. Quesada Zapiola, D. Enrique B. Pichetto y D. José María Pico, cuyo cometido es formar series de documentos históricos del archivo de la cancillería argentina y de otros repositorios, para el período que va de 1810 a 1870. El libro del epígrafe es el primer fruto de esa laudable iniciativa. El comprende los documentos de la misión de Alvarez Jonte en Chile, la primera enviada por la Junta de Mayo ante las autoridades santiaguinas y que tuvo una importancia relevante en el curso de la revolución chilena.

Comprende la colección ciento treinta y seis documentos, obtenidos de archivos argentinos y chilenos y de algunas publicaciones. Van desde la nota circular reservada de 28 de mayo de 1810 en que la junta de Buenos Aires comunica su instalación, hasta un oficio del gobierno argentino a Alvarez Jonte de 15 de octubre de 1811, ya terminada su investidura oficial en Santiago.

La gran mayoría de estos documentos eran conocidos por los historiadores, poder disponer de ellos en un cuerpo único y ordenado, en un volumen de óptima impresión como el que comento, era un urgente deseo de los que nos ocupamos de los temas de la revolución de la independencia y debemos aplaudir sin reserva su aparición.

Quizás si la obra hubiese quedado más completa con el agregado de dos o tres documentos del final de la misión, referentes a los honores que fueron discernidos por el Congreso de Chile a Alvarez Jonte, y que están publicados en el t. I de las *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile* (Santiago, 1887).

El libro va precedido de un eficaz estudio (p. 17-36) debido a la pluma del Dr. Raúl A. Molina, y que en términos parecidos, pero con distinto desarrollo, conocíamos a través de su galana conferencia, dictada en la Academia Nacional de la Historia el 21 de octubre de 1958 (*La revolución de mayo y la primera misión diplomática a Chile,* en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia,* Nº XXIX, p. 368-391). La primera parte de este escrito está destinada a llamar la atención sobre la importancia del primer documento que se publica, la nota circular antes aludida, que en el ejemplar dirigido al marqués de Casa Irujo fue dada a conocer en 1920 por Julián María Rubio y en el destinado a lord Stranford, por don Enrique Ruiz Guiñazú en 1937; pero el descubrimiento del borrador que demuestra precisamente que era una nota circular, y que es el documento ahora publicado, se debe a Manuel González Puebla, un entusiasta joven argentino que hizo su memoria de licenciado en derecho en nuestro Seminario de Derecho Público, trabajo que versó sobre *Las relaciones chileno-argentinas* y fue publicado en 1948. Ya antes, en 1945, había dado a

conocer la nota circular en el *Boletín de la Academia Chilena de la Historia.* La segunda parte del estudio de Raúl A. Molina es un relato sintético de la misión y de sus resultados.

Una pequeña rectificación cabe hacer a la bibliografía que está al final del libro (p. 247): la atribución a D. Domingo Amunátegui Solar de *Los precursores de la independencia de Chile,* que es obra de su padre, D. Miguel Luis Amunátegui.

La comisión honoraria, editora intelectual de este volumen, anuncia como de próxima aparición el II, que traerá los documentos de la misión Vera y Pintado en Santiago y que esperamos con enorme interés.

ALAMIRO DE AVILA MARTEL

*

Mario Góngora: *Origen de los "inquilinos" de Chile Central.* Santiago, Universidad de Chile, Seminario de Historia Colonial de la Facultad de Filosofía y Educación, 1960. 8º, 168 + cuatro p.

Parece increíble que una institución tan característica de la vida agrícola chilena, como el inquilinaje, no hubiese tenido hasta la fecha un estudio científico sobre sus orígenes. La aseveración lanzada por Claudio Gay de que los inquilinos eran el rezago de los indios que quedaron en las haciendas al abolirse las encomiendas, fue acogida sin mayor exámen por la mayoría de los historiadores y popularizada en textos y manuales de enseñanza. El mérito de este estudio de Góngora estriba precisamente en retomar el problema y a la luz de una investigación prolija en los archivos de la Capitanía General, Real Audiencia, Jesuítas y Escribanos, fundar un planteamiento y una conclusión revestidos de verdadera autoridad científica.

Comienza el autor por hacer un estudio de las pequeñas tenencias de los indígenas en las estancias y chacras de los españoles durante los siglos XVII y XVIII. Se trata de "yanaconas", esto es de aborígenes sueltos, que no están ligados a una comunidad indígena, y que prestan sus servicios a los españoles en sus haciendas de campo. Estos les proporcionan un terreno, bueyes y arado, y les pagan salario en ropa, previo descuento del tributo. "El tenedor —resume Góngora— es fundamentalmente un trabajador rural carente de plena libertad de movimiento, sujeto a servicio personal o a tributo, y objeto, por tanto, de un régimen compulsivo o tutelar; la tenencia aparece como un mero apéndice de la obligación de trabajar". Nada hay en ella que pueda semejarla al inquilinaje.

Continuando en sus búsquedas, el autor establece el nacimiento hacia mediados del siglo XVII de una nueva institución agraria, el "préstamo". Españoles empobrecidos, mestizos y hasta negros o mulatos libres, faltos de medios para ser propietarios, consiguen tierras en préstamo dentro de una estancia, sea por "limosna", es decir, de manera gratuita, sea en "arriendo", mediante el pago de una renta simbólica, que no tiene más objeto que reconocer el dominio del dueño. Los grandes propietarios, que disponen de enormes extensiones, utilizan estos "préstamos" como medio de asegurar su posesión en los sitios apartados o fronterizos de la estancia, instalando allí hombres de confianza. Hay aquí una íntima relación personal entre el tenedor en préstamo y el dueño: suele el primero ser hijo o hermano natural del otro, o estar ligados ambos por compadrazgo, o ser el beneficiario marido de alguna criada o protegida del propietario. "Esencialmen-

te ligado al escaso valor del suelo —observa Góngora —el préstamo es una institución que sigue a la época de las mercedes de tierra, y que antecede al proceso de valorización del cultivo. Las mercedes, propias del momento inicial de ocupación y apropiación, instituciones "de conquista", disminuyen netamente en el Centro hacia mediados del siglo XVII. El cultivo cerealista adquirirá ímpetu desde comienzos del siglo siguiente y progresará a lo largo de él y del XIX. El préstamo es un testimonio del momento intermedio".

El siglo XVIII trae consigo algunas transformaciones de importancia en la vida chilena. Crece la población blanca y la mestiza, y pierden los indios su carácter de estamento o casta separada. El indio cada vez abandona más sus formas propias de existencia y se va confundiendo con los mestizos para librarse del pago del tributo. Mientras en el siglo XVII la tierra es trabajada por indios que sirven en la propiedad del encomendero o en la de otro que se encarga de pagar a éste el tributo, en el siglo XVIII el indio se contrata como trabajador libre, sirviendo de peón estable o de temporada. El propietario prefiere emplear este trabajador libre al indio encomendado, pues los gravámenes que la condición de tal hacían caer sobre el encomendero por las ordenanzas reales, tornaban su mano de obra mucho más cara. De esta manera, al yanacona o indio de estancia sujeto a trabajo permanente, ha sucedido el peón que tiene plena libertad de movimiento. "El arrendatario, en cambio, —advierte el autor— no es sucesor del indio de estancia, pues no está sujeto a trabajo permanente, sino a ciertas faenas convenidas, y el gravamen principal sobre su tenencia es el pago del canon".

En el siglo XVIII va él también a experimentar una transformación. Contribuye a ello el cambio que se opera en la explotación de las haciendas entre Aconcagua y Colchagua, que evolucionan de la ganadería al cultivo del trigo, en gran escala exportado al Perú. La tierra adquiere mayor valor y aumentan asimismo los tipos de los trabajadores en ella. Es posible hallar allí tres formas básicas de dependencia: el esclavo, el peón y el arrendatario. En la mitad del siglo éste comienza a denominarse "inquilino" y a sentir que pesan sobre él mayores gravámenes; aumentan los cánones, que a veces se conmutan en trabajos personales; debe concurrir a los rodeos de animales, como lo hacía ya en el siglo pasado, pero además ha de proporcionar un peón para las faenas de la hacienda y contribuir, a veces, a la conducción de productos a las ciudades. Su dependencia del dueño de la hacienda se va acentuando cada vez más.

Al término de su enjundiosa exposición, que se complementa con un apéndice documental, Góngora sintetiza con estas frases el resultado de sus búsquedas: "En suma, las tenencias rurales, desde el préstamo al inquilinaje, nada tienen que ver con la encomienda ni con instituciones de la conquista. Proceden del segundo momento de la historia colonial, en que se estratifican, hacia arriba, los terratenientes; hacia abajo, los españoles pobres y los diversos tipos de mestizajes y castas. Los tenedores de tierras son hombres sueltos, libres de tributo y de toda fijación local. La estratificación se marca crecientemente en los siglos XVIII y XIX y en la misma proporción se agravan los deberes de los inquilinos. El tránsito de la ocupación pastoril del suelo a la agricultura cerealista, coincide con el

mismo proceso y lo origina en parte. Así, las instituciones tenenciales reflejan la historia agraria y social de todo un territorio".

Valioso aporte el de este libro, que ilumina una zona desamparada de nuestra historia social y logra seguir, con acopio documental extraordinario, los pasos seculares de una típica institución chilena.

JAIME EYZAGUIRRE

*

Ricardo Zorraquín Becú: *La organización política argentina en el período indiano*. Buenos Aires, Emecé editores, 1959. 4º, 408 + ocho págs.

"Este libro pretende describir —dice el autor—, tanto en sus líneas generales como en sus detalles, el régimen político administrativo que imperó en el territorio argentino durante la dominación hispánica". Justamente en esto radica la importancia y la originalidad de este libro: las instituciones no se estudian en él sólo desde el punto de vista puramente legislativo, que va indicando la creación de los funcionarios administrativos, sino que además, con la base de una cumplida erudición histórica los funcionarios cobran vida, aparecen con el nombre que realmente tuvieron y se proporciona al lector, de este modo, el conocimiento de la evolución que en la práctica sufrieron las atribuciones de cada cargo en particular. El campo histórico y el jurídico son escarmenados cuidadosa y acertadamente para lograr una visión de conjunto de la compleja administración establecida por España dentro de los límites de lo que hoy es la República Argentina.

Las primeras páginas de esta obra muestran en forma general el sistema político indiano. Sin embargo, como es de suponer, esta introducción no aduce nada nuevo al especialista y más bien está destinada a aquellos que no están mayormente interiorizados en la historia del derecho indiano.

Pero es en el capítulo segundo, titulado *Epoca de la Organización* (1534-1593), donde se empieza a notar la mano del investigador que es Zorraquín Becú. En él se aborda el problema de la integración del territorio argentino desde todos los ángulos. Destaca en interés en este capítulo, por lo menos para nosotros, el párrafo dedicado a los adelantados, que abre nuevas posibilidades a la manera de afrontar el estudio de las atribuciones de los diversos funcionarios indianos: "el derecho público de la época manejaba títulos de oficios y no categorías políticas o administrativas. No se indicaba el contenido funcional del cargo, sino que se daba éste para ser ejercido en la forma y con las facultades que habían tenido sus anteriores titulares. Sólo mediante el transcurso del tiempo y sancionando normas distintas se iba precisando paulatinamente el status de un funcionario" (p. 76). La sola ley no es suficiente para determinar las atribuciones de un funcionario, es preciso también conocer qué funciones ejercía en la práctica para completar el cuadro. Se analiza además, en esta parte, la conquista del Tucumán, la incorporación del territorio argentino al virreinato del Perú, la formación de los distritos y la orientación de la conquista en el siglo XVI, dándose noticias acerca del nacimiento de algunos pueblos, dependientes del Tucumán o de Chile, y las dificultades habidas con los bandeirantes brasileros.

El tema del capítulo tercero es el estudio de la época de los gobernadores (1593-1776). Se ocupa aquí el autor del oficio de gobernador, sus po-

deres y sus limitaciones y, sobre todo, su actuación, ya sea en el Tucumán o en el Río de la Plata. También se analizan las funciones de los corregidores y tenientes.

Materia del capítulo cuarto es el período del virreinato (1776-1810) con todas las variaciones que en el sistema administrativo se introducen con la creación de las intendencias. Con las intendencias se llega al predominio del criterio burocrático y hacendístico por sobre el espíritu misional que imperó en los primeros tiempos y por sobre, también, la inspiración que en materias de gobierno ejercían los juristas desde el Consejo de Indias. "Perdido el sentido misional que había inspirado la acción colonizadora, y opuesta a las ideologías revolucionarias de los Estados Unidos y Francia, la metrópoli no podía ya infundir ningún misticismo ni espiritualidad alguna que orientara la evolución social del nuevo mundo y lo identificara con el resto del imperio. Pero equivocando las soluciones que el momento histórico exigía, ese exagerado estatismo quiso ahogar por medio de disposiciones administrativas el surgimiento de nuevas tendencias en el escenario americano, en vez de procurar a sus habitantes una expansión normal mediante su participación en el gobierno y el fomento de los intereses locales" (p. 250-251). "El eje alrededor del cual giró esta nueva organización —continúa el autor— centralizada y estatista fué el régimen intendencial" (p. 251). Los intendentes dependían de la Junta Superior de la Real Hacienda y ésta del Secretario del Despacho; en cambio, los gobernadores dependían de funcionarios que ejercían sus funciones en América, como el Virrey o la Audiencia.

Si los funcionarios fueron el nexo entre el rey y los habitantes de las Indias, los cabildos —cuyo estudio se hace en el capítulo quinto del libro que reseño— vinculaban a los habitantes con la tierra y con sus intereses materiales. Destaca Zorraquín la innegable importancia de las ciudades en Indias y, sobre todo, la que en el transcurso del tiempo adquirió la ciudad de Buenos Aires en relación con el territorio argentino. Las ciudades constituyeron "los núcleos expansivos de un sistema colonizador de carácter eminentemente urbano, porque sirvieron a la vez de defensa contra el indígena, de centro político, social o económico y de escala en las comunicaciones. La ciudad fué simultáneamente fortaleza y mercado, sede gubernativa y centro cultural y núcleo de donde partía la expansión militar, religiosa y económica" (p. 309). Analiza el autor la organización de los diversos cabildos que funcionaron en la Argentina, las atribuciones que ejercieron y, después de una fértil revisión histórica, saca conclusiones interesantes acerca del espíritu que movía a la institución y concluye que el cabildo careció durante todo el período indiano de ese espíritu "que hoy llamaríamos democrático" (p. 361). "Compuestos (los cabildos) —continúa— por una clase dirigente e identificados con ella, trataron siempre de mantener las jerarquías sociales que existían en la América hispana, aunque sin olvidar por ello la protección de las clases inferiores. Como tenaces defensores de la producción y del comercio, contribuyeron positivamente a elevar el nivel de vida de toda la población, cuyo progreso dependía, precisamente del aumento de la riqueza" (p. 361-2). Ni fueron democráticos los cabildos ni tampoco los hombres públicos que gobernaron después de la revolución de mayo, los que

—sólo por raras excepciones— provenían de esa institución.

Termina el libro con una cronología de los gobernantes argentinos en el período hispánico.

En suma, la obra del profesor Zorraquín, que dispone de una bibliografía abundantísima y cita infinidad de documentos, es un jalón en la investigación de las instituciones indianas de indispensable consulta para los que nos dedicamos al estudio del derecho indiano en proyección histórica.

MANUEL SALVAT MONGUILLOT

*

Eduardo Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno,* Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, 4º. 618 págs.

Por lo general, los exégetas de las diversas ramas del derecho positivo sobrepasan los límites que les impone su ciencia y se lanzan a otros campos para ellos casi totalmente desconocidos. Siempre se sienten tentados, por ejemplo, a dedicar algunas líneas al desarrollo histórico del derecho con resultados las más de las veces muy poco felices, entre otras cosas, porque la historia del derecho tiene diferentes métodos de investigación que el exegético.

Esta consideración es la que mueve a hacer un pequeño comentario de la parte histórica de este *Curso* que, por lo demás, es excelente y significa un aporte notable al conocimiento del derecho penal en nuestro país.

Si se tiene en cuenta que el Código Penal de Chile tiene como antecedente principal el Código español de 1848, reformado el año 1850, la historia del derecho penal chileno ha de referirse a la del derecho penal español; en consecuencia, sobran en la mención histórica a que dedica el profesor Novoa las páginas 62 a 73 y 100 a 103, los siguientes párrafos:

a) el 38 titulado *Tiempos primitivos,* que es totalmente inútil por cuanto, como el mismo autor sostiene, se basa en "estudios etnológicos practicados a base de las costumbres de algunas agrupaciones salvajes actuales" (pág. 62);

b) el 39 dedicado a *Las prácticas penales,* en el que, partiendo de una premisa antihistórica, se concluye que "las costumbres antiguas de numerosos pueblos de civilización primaria" tienen formas semejantes de reacción contra hechos antisociales y que permite agrupar estas formas o prácticas penales en a) la venganza colectiva, b) la expulsión de la paz, c) la composición, y d) el talión (pág. 63);

c) el 70 dedicado al *Derecho penal aborigen* que, como es lógico, llega a conclusiones parecidas a los párrafos signados a) y b) (pág. 100);

d) el 46 dedicado al *Antiguo Oriente,* con sus menciones al Código del rey Hamurabi, al Código de Manú y a la Biblia, que nada tiene que ver con el desarrollo histórico de nuestro derecho; como tampoco el 41 sobre Grecia antigua (págs. 64 y 65).

Por otra parte, son convenientes las menciones al sistema penal romano pero en forma menos sumaria y, del mismo modo, las hechas al *Derecho Penal germánico,* relacionándolo este último con el derecho contenido en los fueros de la reconquista y todo basado en buenas fuentes de información, que las hay y sobradas. De haberse usado estos medios (como el libro de Brunner y von Schwerin, *Historia del derecho germánico,* Barcelona, Labor, 1936, o los artículos especializados de José Orlandis, publicados en el Anuario de Historia del Derecho español, t. xvi, 1945 y xviii, 1947, titulados *Sobre el concepto del*

delito en la alta edad media), el autor habría podido explicar en forma más inteligible el interesante sistema penal basado en el mantenimiento de la paz, con todas sus consecuencias tan connotadas. De ahí, del análisis del sistema foral, no tan abigarrado ni falto de uniformidad como se afirma en la página 72, pudo perfectamente pasarse al estudio del derecho penal en las *Partidas*, que fué el que rigió hasta la dictación de nuestro Código, haciéndose mención del derecho penal en Chile durante la dominación española que, aunque basado en las *Partidas*, tenía características propias que son, afortunadamente, señaladas por el penalista (pág. 103). Todo esto, claro está, con sistema y, aunque en forma breve, con alguna profundidad y usando una bibliografía especializada.

Debe reconocerse, no obstante, que tanto el profesor Novoa como los penalistas Soler y Jiménez de Asúa —que incluyen introducciones históricas en sus tratados de derecho penal— no pretenden hacer la historia de este derecho, sino solamente mostrar a sus lectores sistemas penales de características diversas al actual, ya sea en relación con la mayor o menor intervención de la autoridad en el castigo de los delitos, o bien, con la forma de aplicar las penas y la naturaleza de éstas. Ello pone de manifiesto que es indispensable la realización de investigaciones, con criterio histórico jurídico, sobre la evolución y desarrollo de las diversas ramas del derecho positivo.

MANUEL SALVAT MONGUILLOT

*

Jaime Lluis y Navas-Brusi: *Los conceptos generales sobre la represión del delito de falsificación de moneda en el derecho romano*, en *Numisma*, Nº 30, Madrid, Sociedad Iberoamericana de Estudios Numismáticos, 1958, pág. 71-97; *La sistematización de los delitos monetarios en el derecho romano*, en *Numisma*, Nº 31, Madrid, 1958, pág. 61-85; y *Las penas y castigos de los falsarios en el derecho romano*, en *Numisma* Nº 32, Madrid, 1958, pág. 35 a 58.

El diligente autor, que ha publicado en estos últimos años numerosos estudios sobre la historia legislativa de la falsificación de monedas, nos da ahora estos tres artículos que forman un trabajo de conjunto sobre el derecho penal monetario en el sistema romano y que abarcan setenta y seis de las grandes páginas de la revista *Numisma*.

Los temas centrales son las fuentes del derecho y los problemas que presenta su trasmisión e inteligencia, la tipificación de los delitos y las penas y medidas de prevención penal.

La legislación parte de un edicto del pretor Mario Graditiano de tiempo de Mario y se concreta luego en la *lex Cornelia de Falsis* de Sila, alguna disposición del alto imperio, importantísimos fragmentos del *Digesto*, varias constituciones imperiales que aparecen en los códigos de Teodosio II, de Justiniano y en las *Novelas*. La tipificación delictual suele ser casuista y las penas adaptadas a las circunstancias políticas, sociales y económicas del tiempo en que se establecen: así las del bajo imperio hacen cuidadosa distinción de clases sociales y se agravan como característica consecuencia de la política absolutista del dominado. Las medidas de prevención penal presentan una curiosa y nutrida gama.

Este es el contenido del trabajo, pero si bien no cabe aparentemente hacerle reparos, pues los puntos expuestos son los propios del tema, si que los merece

si consideramos que el autor ha desarrollado un asunto importante de derecho romano sin las exigencias elementales que la ciencia romanística actual impone, lo que ha malogrado su esfuerzo. Las observaciones de más bulto que se pueden hacer son las siguientes: ausencia de una clara distinción de épocas del derecho romano y de las vicisitudes políticas y económicas de la historia de Roma, de la distinción entre delito público y privado, ausencia de conocimiento sobre las características de las fuentes del derecho romano y sobre su valor relativo; ninguna labor crítica sobre los textos, ni siquiera tendiente a una clara inteligencia verbal para la que no escasean excelentes subsidios técnicos: ante las dificultades se contenta con anotar que el punto es oscuro y que puede ser esto o esto otro; falta de aprovechamiento de la bibliografía romanista: el *Derecho penal* de Mommsen, el manual de *Instituciones* de Eusebio Díaz y el reciente ensayo de Grirson, son las únicas obras utilizadas aunque no suficientemente y finalmente en vez del rigor que se habría deseado en la exposición, ella aparece complementada con largas disquisiciones a veces de más de una página como es el caso que aparece al hablar de la sanción a los monederos en la cual se hacen valoraciones filosóficas y sicológicas interminables, en que el autor se constituye en juez de las normas romanas, aprobando o reprobando su justicia, lo que contribuye a hacer fatigosa la lectura.

Los temas de derecho romano no se los puede comprender sin una preparación especializada, ya que respecto a ellos no caben maneras particulares ni aproximaciones y todo lo que se escribe sale a la vergüenza pública mundial.

BRACEY WILSON VOLOCHINSKY

*

Adolf Berger: *Some Remarks on Caracalla's Rescript C. I, 1, 9, 1, and its "Universitas Iudaeorum"*, en *IVRA. Revista Internazionale di diritto romano e antico*, VIII, Napoli, Jovene, 1957, p. 75-86.

El propósito de este escrito de Adolf Berger es tratar de llegar a una conclusión más definitiva sobre un rescripto de Caracalla que se encuentra en el Código de Justiniano 1, 9, 1, el cual, a pesar de haber sido objeto de una abundante literatura, todavía presenta puntos contradictorios que no han sido resueltos.

Es conveniente ante todo, transcribir el texto del rescripto. Está inserto en el Código bajo el título *De Iudaeis et Caelicolis* (De los Judíos y Celícolas) y dice así: *Imp. Antoninus A. Claudio Tryphonino. Quod Cornelia Salvia universitati Iudaeorum, qui in Antiochensium civitate constituti sunt, legavit, peti non potest. a. 213.* (El Emperador Antonino, Augusto, a Claudio Trifonino. No puede reclamarse lo que Cornelia Salvia legó a la universalidad de los judíos que se hayan establecido en la ciudad de Antioquía. Año 213.).

De esta lacónica disposición, como es de suponer, son incógnitas para nosotros las razones que indujeron al emperador a dictar esta resolución, como también el texto del testamento y el objeto y la forma del legado; asimismo desconocemos mayores antecedentes acerca de la testadora, en el sentido de saber si era o no judía y sobre la identidad precisa del destinatario.

En consecuencia, nuestro problema se concreta en tres puntos: 1) Saber si la designación *universitas Iudaeorum*, que parece ser la clave del asunto, fue o no usada en el texto original; 2) Si aceptamos el hecho de que este término fue usado en el texto original, corresponde

investigar la explicación de esta decisión negativa del emperador, teniendo en vista las leyes de la época; y 3) Indagar el significado que tiene el rescripto en la codificación justinianea.

Para comenzar nuestro examen del asunto, conviene situar el problema que nos ocupa en la época a que pertenece y que es aquélla que va marcando el cierre del alto imperio y pone fin al brillante período del derecho clásico. Es el año que sigue a la dictación de la *Constitutio Antoniniana* que declaró ciudadanos romanos a todos los hombres libres del Imperio.

Entrando de lleno al análisis de los puntos mencionados más arriba, debemos comenzar por la expresión *universitas Iudaeorum,* pero es de notar que la palabra *universitas,* en esta época, no tiene un significado preciso, pero podría decirse que se acerca a la idea de colectividad, todos juntos, en oposición a la de singularidad, todos separados, no existiendo una palabra técnica con la cual designar a una comunidad de judíos (Basile Eliachevitch. *La personalité juridique en droit privé romain*: París, Librairie du Recueil Sirey, p. 13). En cambio, en la época de Justiniano, el término *universitas* se concretiza, manteniendo esa idea, y pasa a ser, en cierta medida, una palabra técnica, como lo expresa Schnorr von Carosfeld. *(Geschichte der juristischen Person.* I, p. 136).

Según Berger, la expresión *universitas Iudaeorum* se usó en el texto original no siendo una interpolación de una palabra técnica griega como sostiene alguna opinión respetable (Schnorr von Carosfeld). El autor dice que Cornelia Salvia probablemente era judía y, como vivía en Antioquía, hizo su testamento en griego. Continuando con esta idea, el autor sostiene que Claudio Trifonino, la persona a quien se le dirigió el rescripto, no era un protector de los judíos, ni un abogado del heredero obligado a pagar el legado, sino el conocido jurisconsulto romano que estaría desempeñando un cargo oficial en Siria, quien en defensa de los judíos, se dirigió al emperador y en su petición hecha en latín, transcribió del testamento la frase original escrita en griego. Esta frase probablemente designaba a los judíos con una expresión aún más vaga y, en consecuencia, se tradujo al latín al darse la respuesta.

Es así como resolvemos el primer interrogante concluyendo que las palabras *universitas Iudaeorum* se usaron en el rescripto original.

En seguida, nos llama la atención el hecho de que en el rescripto dice que "no puede reclamarse" por los judíos el pago del legado. Esta frase nos da a entender que no se hace objeción alguna al testamento ni al legado en sí mismos, de lo que se desprende que tanto el uno como el otro eran perfectamente válidos. A raíz de estas premisas, no podemos más que concluir que la clave de la solución como lo dijimos en un principio, está en la palabra *universitas.* No sabemos si la intención de la testadora era dejar un legado a los miles de judíos de Antioquía, a un número que variaba cada día o a determinados grupos u organismos específicos. Si esta suposición es acertada, podemos explicar esta decisión desfavorable basándonos en que los legatarios eran "incertae personae" pues sabemos que éstas no pueden ser sujetos de un legado y todos concuerdan en que es difícil encontrar personas más inciertas que las designadas bajo la expresión de judíos de Antioquía.

De este modo tendríamos contestada nuestra segunda interrogante, ya que las

personas inciertas no pueden ser sujetos de un legado.

Ahora bien, según Adolf Berger, este rescripto estaba destinado solamente a este caso particular y no se refería a una incapacidad general de los judíos para reclamar el pago de legados como parece desprenderse del título *De Iudaeis et Caelicolis* bajo el cual encontramos, en el Código, el texto que transcribimos al principio, al no indicar los antecedentes ni las razones de la decisión imperial. Esta tesis se confirma por el hecho de que Justiniano no tenía una actitud precisamente amistosa hacia los judíos y porque si hubiera tenido la intención de limitar la incapacidad de los judíos en ciertas circunstancias y para determinados objetos, le hubiera bastado adaptar el rescripto en la forma correspondiente. La brevedad del mismo, en realidad, permitía introducirlo bajo la forma de una regla general.

Para poder aceptar la diversa significación del rescripto en la codificación justinianea de la que tenía originariamente, lo que contestaría la tercera interrogante, debemos analizar cuidadosamente las disposiciones legales pertinentes de la época.

Es así como vemos que el rescripto de Caracalla no contradice al senado consulto de Marco Aurelio al que hace referencia Paulo en *Dig.* 34.5.20 y que es la ley vigente en esta materia. Este pasaje dice así: *Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet ciore legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur, non valerit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum* (Habiendo permitido el senado en tiempo del divino Marco legar a los colegios, no hay duda alguna que si se hubiera hecho un legado a una corporación, a la cual sea lícito asociarse, se deberá. Mas si se legara a la que no es lícito asociarse, no será válido a menos que se legue a cada uno, porque éstos serán admitidos al legado, no como colegio, sino como hombres ciertos).

Es de observar que Paulo usa aquí indistintamente las expresiones *corpus* y *collegium* en circunstancia de que los compiladores pusieron las asociaciones en el Digesto bajo el título *De Colegiis et Corporibus* (De los colegios y corporaciones) lo que podría dar a entender que son cosas distintas. Basile Eliachevitch (p. 203) dice que para los jurisconsultos clásicos la palabra *corpus* tenía aparentemente un sentido más amplio y abarcaba a los *collegia*. Se usaba esta última expresión porque se designaba así a las asociaciones más usuales bajo el Imperio. Finalmente, en el siglo IV, según el mismo autor, el término *corpus* eliminó al de *collegium*, por lo menos, así lo demuestra el *Código Teodosiano*.

En seguida, debemos analizar lo que se entiende por corporación *cui ciore licet* y *cui ciore non licet*. En este punto las opiniones se dividen: para unos la expresión *cui ciore non licet* denota una asociación ilícita en el sentido de ser peligrosa o ir en contra del orden público y para otros, esta expresión significa que la respectiva asociación carece de reconocimiento del estado, es decir, de personalidad jurídica. Partidario de la segunda opinión, que me parece la más acertada es Eliachevitch (p. 255 a 261) quien la fundamenta en que este reconocimiento era dado a las asociaciones útiles al estado, como lo fueron desde un principio los colegios profesionales y como lo eran las asociaciones privadas religiosas hasta que aparte del culto se transformaron en instituciones funeraticias.

Sentado que Paulo usa como sinónimos las palabras *corpus* y *collegium* nos corresponde averiguar si la comunidad de judíos era o no una corporación ilícita. Para Adolf Berger, esta comunidad era perfectamente lícita y para hacer esta afirmación se basa en un texto de Marciano que se encuentra en *Dig.* 47, 22, 1, 1, bajo el título *De Collegiis et Corporibus* que dice: *Sed religionis causa ciore non prohibentur, dumtamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur.* (Mas no se prohiben reunirse por causa de religión, con tal de que de este modo no se obre contra el senado consulto en que se prohiben los colegios ilícitos). El senado consulto a que se hace referencia es uno dictado en tiempo de Séptimo Severo prohibiendo las asociaciones ilícitas tanto dentro como fuera de Italia.

Me parece que este texto se refiere a las asociaciones ilícitas en el sentido de ser contrarias al orden público, que es una de las opiniones, como hemos visto, sobre la expresión *cui ciore non licet,* corriente a la cual adhiere presumiblemente Berger pues, desde este punto de vista, la comunidad de judíos era perfectamente lícita. Eliachevitch, (p. 287) por el contrario, sostiene que esta comunidad judía era una corporación *cui ciore non licet* en el sentido de carecer de reconocimiento del estado y, en consecuencia, careciendo de personalidad jurídica no podía reclamar el legado por el cual se la había favorecido.

Pero si continuamos con la tesis de Berger y en base al hecho de ser la comunidad judía una asociación ilícita, se nos presenta el problema de saber si el senado consulto de Marco Aurelio puede o no aplicarse a las asociaciones provinciales. Este es un punto delicado y dudoso, ya que más tarde se dictó el senado consulto de Séptimo Severo, que, como se dijo, subrayó el hecho de tratarse de asociaciones tanto dentro como fuera de Italia, por lo que nos es imposible dar una respuesta definitiva.

Otro autor, Juster, afirmaba, aunque con reserva, la idea de que la decisión negativa de Caracalla se debió a que los judíos no podrían ser sujetos de un legado hecho por un no judío incluyendo a Cornelia Salvia entre estos últimos. Esta opinión cuyo fundamento no encontramos en las fuentes, la basa Juster en la afirmación del esfuerzo de la ley romana por apartar a los elementos no judíos de las comunidades judías.

Berger termina diciendo como resumen que este rescripto era una disposición especial que no contradecía al senado consulto de Marco Aurelio y que, sin embargo, tiene un significado distinto en la codificación justinianea, pues en ella parece establecer una incapacidad general de las comunidades judías para reclamar el pago de los legados.

Personalmente, creo que la decisión negativa se debió a que los legatarios eran *personae incertae,* situación a la cual debe agregarse el hecho de no ser la comunidad judía una corporación reconocida por el estado, sin perjuicio de ser ésta lícita desde el otro punto de vista que ya hemos indicado.

EDITH ZAHLER MAYANZ

*

Artur Steinwenter: *Solazzi's Lehre von der "Desuetudo",* en *Labeo, rassegna di diritto romano,* Napoli, Jovene, 4 (1958), 2, p. 131-134.

El problema en torno a la *desuetudo,* o desuso de la ley en el derecho romano, aparece planteado entre nosotros por el hecho de no haber consenso entre los exégetas, acerca del pasaje, que bajo el nombre de Juliano, aparece en

Dig. 1.3.32, *receptum est, ut leges etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (se acepta que, en efecto, las leyes son abrogadas por el desuso, dado el consentimiento tácito de todos).

Autores contemporáneos como Kübler, de Francisci, Beseler, y aún recientemente, Riccobono y Schönbauer, aceptan este fragmento como limpio de interpolaciones. En cambio, Lombardi, Gaudemet y von Lübtow, desechan de plano su autenticidad.

La opinión corriente sostiene que en derecho romano, la *desuetudo,* como institución jurídica, aparece sólo a fines de la República, ya que con anterioridad la costumbre es precisamente la única fuente de derecho, siendo las XII Tablas tan sólo la promulgación oficial de esos *mores maiorum.* Luego adquiere gran valor durante el alto imperio (derecho clásico) época en la que florecen los sistemas de derecho romano vulgar, en todos aquellos lugares en que las costumbres locales, de contenido opuesto a la ley, tienen la fuerza de modificarla. En el bajo imperio, pierde totalmente su efectividad a causa del régimen jurídico autocrático de los emperadores.

La teoría de Solazzi sobre el tema es totalmente diversa. Considera la *desuetudo* en los períodos clásico y justinianeo y efectúa una cuidadosa crítica del texto (expuesta en el número 102 de *Archivio Giuridico* 1929). Como resultado de su examen del fragmento de Juliano, reconoce claramente en él la superposición de tres capas: 1)* el verdadero Juliano, quien en esta parte del Digesto, se habría referido a la *Lex Papia Poppaea* y, no teniendo, por lo tanto, ningún motivo para exponer precisamente aquí una teoría general acerca de la costumbre; 2)* los puntos de vista de un retórico acerca de la costumbre como fuente de derecho; y 3)* el trabajo de la comisión de Triboniano.

A la luz de estos antecedentes llega a formular Solazzi las siguientes hipótesis para cada uno de los períodos: a) una conclusión *cierta* para el derecho clásico; b) un *no se aplica (non liquet)* para el derecho justinianeo.

Así sostiene, que en el derecho clásico, la costumbre no habría tenido la cualidad, bajo ninguna circunstancia, de quitar fuerza a una ley por el no uso de ella. Los trozos que parecen indicar lo contrario se encontrarían o interpolados, o bien, deberían interpretarse en sentido diverso, en apoyo de su tesis.

Por el contrario, la compilación de Justiniano contendría fragmentos que indicarían la posibilidad de que la existencia de una *consuetudo* o costumbre contra la ley, dejara a ésta sin ningún efecto de derecho.

Los puntos de apoyo de Solazzi en la formulación de estas conclusiones respecto a la *desuetudo,* en el derecho clásico, consisten fundamentalmente en el intercambio epistolar entre el emperador Trajano y el historiador Plinio acerca de la aplicación de la *Lex Pompeja* para Bitinia. El emperador asevera en él con estrictez, que la *longa consuetudo usurpata contra legem* no constituiría impedimento para que *in futurum* la *Lex Pompeja observaretur.* O sea, que una costumbre establecida en un plazo considerable, pero ejercitada en contra de la ley (en este caso concreto de la *Lex Pompeja)* no es causal suficiente para derogarla y no obsta tampoco a su futura imposición y observancia (Plinio ep. 114 y 115). En mi opinión, es éste un caso de costumbre contra ley positiva y no de desuso, por lo que la anécdota no se puede aplicar como fundamento de una teoría acerca de este último.

El otro fundamento de sus observaciones lo constituye la anécdota recogida por Appiano acerca del intento del pretor Assellio de imponer nuevamente la prohibición de intereses establecida por la *Lex Genucia,* la cual había caído en desuso (Appian. bell. civ. I.54).

Hasta aquí la exposición de Solazzi se ha ceñido, en lo fundamental, a Pernice. Este autor enseñaba con anterioridad, que no era posible señalar la existencia de la derogación jurídica de la ley por el simple no uso de ella durante la época clásica, esto, desde luego, siempre que se tenga por no clásico el fragmento *Dig.* 1.3.32 antes expuesto. Consecuencialmente, todas las fuentes jurídicas que se refieran a leyes derogadas por el desuso, deben ser interpretadas en el sentido de que aunque nadie haga uso de un precepto determinado no por eso pierde éste su fuerza. Esto excluye el valor derogatorio de la *desuetudo* respecto de la ley.

El autor del escrito que comento por el contrario, rebate las tesis anteriores adoptando un posición completamente diferente. Manifiesta, que aún aceptando en sus líneas fundamentales la exégesis y crítica de Solazzi sobre el Digesto y otros textos no es posible hacer una diferenciación dogmática general, ya que esta resulta ser demasiado sutil y formalista para un historiador. En su concepto el problema debatido, respecto a las leyes no aplicadas y a las no aplicables excede en mucho al derecho romano; por lo mismo, no es posible establecer soluciones teóricas generales ya que sus formulaciones son diversas según sea la naturaleza del precepto legal al cual se trata de aplicar (Steinwenter ya lo había expuesto en *Studi Bonfante.* 2,421, 1930).

De todo lo cual se desprende que preceptos de índole prohibitiva pura, como por ejemplo la disposición de la *Lex Genucia,* aunque no hayan sido observados durante mucho tiempo, pueden ser puestos nuevamente en vigor por un magistrado siempre que éste decida hacerlo.

La situación es totalmente diversa frente al tipo de preceptos permisivos de los cuales ya nadie más hace uso, por ejemplo: el *trinoctium* de las XII Tablas; las diversas formas de aplicación de la *mancipatio,* o bien, aquellos preceptos cuya base institucional ha dejado de hecho de subsistir: el testamento *calatis comitii* una vez desaparecidos los comicios (siglo I bajo el gobierno de Tiberio). En ambos casos, de desuso respecto a este tipo de preceptos, nos encontramos no ya frente a derecho viviente sino derecho petrificado.

El fundamento de estas afirmaciones de Steinwenter lo constituyen precisamente los resultados en el campo de las investigaciones sobre el derecho romano vulgar y la papirología jurídica. De la propia legislación justinianea, puede decirse que en gran parte simplemente no fue obedecida en las provincias. Así, cuando el propio emperador, en la *Novela* 89.15. se refiere a tales fracasos de la legislación con una expresión equivalente a *sin conocimiento,* se está inclinando ante el verdadero derecho vigente.

La posición de Steinwenter representa sin duda alguna, un avance respecto a las opiniones de Solazzi y otros autores anteriores, producto en gran parte de los nuevos antecedentes aportados por la moderna investigación romanista.

En mi concepto, la suya es una de las interpretaciones más acertadas que puedan formularse sobre el trozo 1.3.32. ya que toda la teoría acerca de la costumbre en los diversos períodos del derecho romano y la reconstrucción del verdadero Juliano así lo apoyan.

ELVIRA EGGERS MONTECINOS