

Reflexiones romanísticas sobre dos resoluciones del Parlamento Europeo¹

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ
Universidad Pablo de Olavide

Los tiempos actuales han cambiado en cierta medida los roles de quienes nos dedicamos a la investigación histórico-jurídica. Nuestro ámbito de estudio sigue siendo el mismo, sus límites se restringen a los que marcan las fuentes de conocimiento, pero no sucede lo mismo con nuestro ámbito de reflexión. Si hace sólo unos años se combinaba la investigación con la encendida defensa en nuestro país de los estudios jurídicos de carácter histórico, con especial referencia al Derecho romano², hoy nuestra mirada se posa a menudo en la nueva realidad jurídica que se construye en la vieja Europa³.

Excusa para lo que sigue son dos resoluciones del Parlamento europeo que tratan de incidir en la progresiva unificación del Derecho privado en la nueva Europa unida.

La primera, de 26 de mayo de 1989, insta a los Estados miembros de la entonces Comunidad Europea a la armonización del Derecho privado e incluso a la redacción de un "Código europeo común de Derecho privado"⁴, lo que ha encontrado numerosos obstáculos hasta hoy dentro y fuera de los distintos gobiernos nacionales, a pesar de que se han realizado importantes esfuerzos en el ámbito científico. Así en 1990 la ciudad italiana de Pavía acogió un Congreso, auspiciado por el Prof. Gandolfi,

donde se planteó la posibilidad de redactar un "Código europeo de los contratos", sobre la base del libro IV del Código civil italiano de 1942, uno de los textos legales de Europa donde se hace más patente la influencia del Derecho romano. En esta línea, también gracias al trabajo de otro universitario, el británico Harvey McGregor, se ha elaborado un "Código de contratos" cuyo principal mérito es haber logrado la armonización de la tradición anglosajona y la continental, pues su estudio tuvo como destino el Reino Unido, donde el Derecho escocés destaca por su impronta romana.

La segunda Resolución, de 6 de mayo de 1994, sigue la línea marcada por la anterior pero además refrenda los llamados "Principios de Derecho contractual europeo", elaborados por la llamada "Comisión Lando"⁵. Dicha Comisión, que comenzó a funcionar en 1980, está formada por juristas, en su mayoría de formación romanista, de cada Estado miembro de la entonces denominada Comunidad Europea. Esta "*Commission on European Contract Law*" sigue trabajando en dichos principios, publicados de nuevo en 1996 con algunas modificaciones, que han servido de base de los trabajos de UNIDROIT, organismo dependiente de las Naciones Unidas para promover la unificación del Derecho privado.

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación «Del Derecho común europeo al Derecho civil» (SEJ 302).

² El Derecho romano no fue la única materia amenazada con salir de la enseñanza obligatoria en los Planes de Estudio. Como es sabido, disciplinas como Historia del Derecho, Filosofía del Derecho o Derecho canónico fueron puestas en entredicho por distintas razones a las que se antepone la necesidad de un mayor pragmatismo de los estudios jurídicos. Afortunadamente, queda ya lejos esa polémica planteada a raíz de la discutida "Propuesta de directrices generales propias de la Diplomatura y la Licenciatura en Derecho" elaborada a fines de los años 80 para la reforma de los estudios jurídicos y ampliamente contestada desde ámbitos jurídicos romanistas y no romanistas, pues se aconsejaba que el Derecho romano quedara reducido a una asignatura propia de cada Universidad que podía elegir por considerarla "obligatoria" en su ámbito o por incluirla entre las materias "optativas". Sobre la abundante literatura que mereció este debate vide R. LÓPEZ ROSA, *Derecho romano y formación jurídica al amparo de la legislación reformista española*, en R. HERRERA

³ Vide *infra* n. 61.

⁴ DOCE 26 de junio de 1989, núm. C. 158/400.

⁵ DOCE 25 de julio 1994, núm. C. 205/518.

⁶ Sobre todos estos aspectos véase el interesante trabajo de S. CÁMARA LAPUENTE, *Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?*, en *LA LEY. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (5 de marzo de 1999) pp. 1 y ss.

⁷ Hoy se suele acudir al Derecho romano como argumento cuando se agotan el resto de razones para fundamentar una opinión jurídica, véase al respecto la polémica abierta entre Fco. Javier Tirado Andrés y Felipe Real Chicote, sobre Derecho de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, a través de la Revista en soporte informático "Noticias Jurídicas" números de enero de 1997 -*El peatón siempre es inocente*- y septiembre de 1998 -*El peatón no siempre es inocente*-. En este ámbito, los dos autores citados esgrimen argumentos romanísticos como corolario de sus opiniones.

⁸ Vide *ID.*, *Los romanistas ante la crisis de la ley*, en *Estudios varios sobre el Derecho en crisis* (Roma-Madrid 1973) p. 18.

⁹ *ID.*, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. a cargo de J. Santa Cruz de la Cruz, *Estudios Jurídicos* (Madrid 1955). Sobre la crisis del Derecho romano en Francia y Alemania en el s. XIX, que se prolonga en el s. XX dando lugar a obras como la de Koschaker vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón* (Roma-Madrid 1970).

En cualquier caso, la uniformización del Derecho privado europeo se está llevando a cabo hoy día a través de Directivas y Reglamentos que inciden en la regulación de las materias afectadas en los ordenamientos nacionales, superando de esta manera los escollos con que se encuentra la idea de un Código común. Esta armonización -de arriba abajo- ha tenido lugar principalmente en sede de Derecho de los consumidores, de propiedad intelectual, de algunos contratos mercantiles como los de agencia y seguro y en materia de Derecho de sociedades⁶.

1

Mucho se ha hablado acerca de la presencia del Derecho romano en el Derecho europeo, casi siempre en términos ampulosos y grandilocuentes; normalmente, tales expresiones tienen una de estas dos finalidades: o bien se persigue dotar a un precepto o a una opinión jurídica actual de cierta justificación histórica⁷, o bien se ofrecen por esta vía razones para justificar el estudio del Derecho romano.

En el primer caso el esfuerzo es innecesario, pues la obligatoriedad del Derecho positivo en los países democráticos no reside en la tradición sino la soberanía popular que es, desde luego, argumento sobrado para justificar la legitimidad del Derecho vigente, independientemente de la oportunidad de que éste atienda a sus antecedentes históricos. Por otra parte, tras la Revolución Francesa el Derecho no identificó con la ley, dejando a un lado la tradición de origen doctrinal y jurisprudencial, en aras de una mayor seguridad jurídica. Estas ideas, que toman cuerpo a través de las Constituciones del XIX y de las codificaciones, calan en la gran mayoría de los países europeos.

En el segundo caso, cuando se alude a la conexión Derecho romano-Derecho moderno para defender el cultivo de aquél, las reacciones pueden ser muy distintas. Como ejemplo, veamos las

opiniones al respecto de tres romanistas de indiscutible peso en la historia reciente de nuestra Ciencia.

Para Álvaro d'Ors, una de las primeras figuras de la romanística española de nuestro siglo, el Derecho romano se justifica por sí solo, pues su altura técnica y su originalidad son razones más que suficientes para seguir estudiándolo. Decía este autor en 1973: "el valor fundamental del Derecho romano no está en la tradición europea del mismo, sino en ofrecernos una lección universal, siempre fecunda, siempre renovada, de cómo la vida del Derecho es obra de la prudencia jurídica"⁸.

Un poco antes Koschaker, en 1947, defendía que, sin volver la vista al valor intrínseco del Derecho romano, se debe llevar a cabo una "actualización" de su estudio, poniéndolo en conexión con el Derecho vigente, del que sería aclaración y complemento. Para este autor la "Aktualisierung", la clarificación de las conexiones entre el Derecho clásico y el Derecho actual, es el medio adecuado para salvar los vicios del romanismo y superar su crisis⁹.

Pero la opinión más sorprendente de las que vamos a comentar, acerca del valor del Derecho romano en relación con la tradición jurídica europea, fue la expresada por Mommsen (1837-1903) en un famoso discurso pronunciado en Zurich en 1852; este gran historiador y jurista realizó entonces algunas afirmaciones que merecen una explicación para que sean correctamente entendidas y que tienen que ver con la técnica y el lugar en que estas opiniones fueron proferidas¹⁰. Declaraba Mommsen, en la Suiza más cercana a Alemania a mediados del s. XIX, que justificar el estudio del Derecho romano aludiendo a que es el más perfecto ordenamiento jurídico de cuantos han existido jamás es banal, pero útil si no se conoce otra razón que pueda sustentar nuestra disciplina; el Derecho romano no es perfecto -continúa Mommsen- para lo cual es suficiente estudiar el Derecho criminal o el Derecho hipotecario romano, en lo que, desde luego, no

le faltaba razón. Pero hay más, este eminente autor afirma que los juristas romanos no fueron superiores a los juristas alemanes de su época, asegurando que la grandeza del Derecho de Roma está en la combinación de su origen nacional y su posterior desarrollo universal.

La explicación para estas llamativas afirmaciones que, por un lado, desmitifican absolutamente la importancia intrínseca del Derecho romano, desplazando la atención hacia su proyección ulterior, y, por otro, relativizan la labor de la jurisprudencia clásica, debe buscarse en el contexto histórico y político en el que fueron expresadas. Sobre la primera cuestión hay que aclarar que, a mediados del s. XIX, Alemania es una nación nueva que crece con fuerza y lo que pretende Mommsen es allanar el camino hacia la construcción de un Derecho patrimonial común, de base romana, para todos los pueblos de lengua alemana. En segundo lugar, la comparación entre la Jurisprudencia romana y los juristas alemanes del XIX, que ostentaban entonces el máximo prestigio de la ciencia del Derecho privado frente a franceses e italianos, es desde luego muestra del orgullo de la clase jurídica alemana. Motivos tenían.

Hoy día el estudio de la tradición jurídica europea es parte importante de nuestro trabajo, al menos desde el punto de vista docente, como resulta tras la configuración de nuestra asignatura troncal a raíz de la última reforma de los Planes de Estudio: "El Derecho en Roma y su recepción en Europa"¹¹, por lo que estamos obligados a reflexionar sobre ella¹².

Sin entrar en profundidades acerca del si el Derecho romano tiene suficiente valor propio o si éste depende de la incidencia de aquél en el Derecho europeo contemporáneo —dejamos la cuestión para ámbitos estrictamente romanísticos—, se puede partir de la siguiente reflexión: el Derecho romano —en una famosa expresión de d'Ors¹³— son las humanidades del jurista y en la hora presente, dominada por el pragmatismo, todos los apoyos

son pocos para la defensa de los estudios humanísticos. Si además la legislación sobre Planes de Estudio da especial relevancia a la recepción europea del Derecho romano, parece claro que no debemos volver la cara a esa parte de nuestra realidad histórica que, si no es la piedra angular, es uno de los pilares que sustentan nuestra supervivencia.

2

Podría decirse que las relaciones entre el Derecho romano y los ordenamientos jurídicos de los pueblos de Europa arrancan de la dominación romana, pero cuando se habla de recepción del Derecho romano en Europa se hace referencia, como es sabido, al desarrollo del llamado *ius commune*. Éste fue un Derecho de base romano-canónica, surgido del estudio científico del *Corpus Iuris Civilis* en la Alta Edad Media, que ejerció una notable incidencia en la formación de los distintos ordenamientos nacionales¹⁴, sin que llegara a romperse la diversidad jurídica de la época¹⁵. Ésta y no otra es la razón por la que los distintos Derechos europeos comparten hoy día en buena medida los mismos recursos técnicos, sobre todo en la regulación de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial¹⁶.

El Derecho común, acláremoslo desde el principio, no es promulgado en bloque por poder político alguno, sino que se trata de un Derecho de origen doctrinal cuya influencia se basa en la labor de los juristas de distintas procedencias nacionales formados en las primeras Universidades europeas, los cuales son a menudo asesores de los jueces o integrantes de los órganos superiores de apelación en sus respectivos países.

3

Según Koschaker¹⁷, el nacimiento de Europa puede situarse el día de Navidad del año 800 con la Coronación del Emperador Carlomagno. Como es sabido, en torno a esta figura se fragua la idea del Imperio Carolingio que preten-

¹⁰ El discurso al que aludimos está recogido en ID., *Die Bedeutung des römischen Rechts*, en *Gesammelte Schriften* III, 3.ª ed. (Zurich 1994) pp. 591 y ss.

¹¹ Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establecen el Título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los Planes de Estudio conducentes a la obtención de aquél (BOE de 20 de noviembre de 1990).

¹² Muestra de ello es la celebración, desde 1993, de Congresos organizados por la Asociación iberoamericana de Derecho romano en los que la recepción tiene un protagonismo evidente.

¹³ Á. d'ORS, *Jus Europaeum?*, en *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker* (Milano 1954) pp. 467 y s.

¹⁴ Para A. IGLESIA FERREIRÓS, *La difusión del Derecho Común en Cataluña*, en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del I.º Simposi Internacional* (Barcelona 1991) p. 96, el Derecho común incluye un apéndice de Derecho feudal. Sobre la idea de "recepción" vide ID., *Ibid.*, pp. 102 y ss.

¹⁵ M. BELLOMO, *La Europa del Derecho común*, trad. esp. N. Poloni y J. A. de Prado, revis. Por E. Montanos (Roma 1996) pp. xxxiii y ss.

¹⁶ Para una visión completa y general de las aportaciones del Derecho Común y su evolución en los diversos campos del Derecho privado vide H. COING, *Derecho privado europeo*, trad. esp. A. Pérez Martín de la ed. München 1985, 2 vols. (Madrid 1996). Insustituible es, igualmente, la visión que del Derecho en la Edad Media ofrece P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, trad. esp. F. Tomás y Valiente y Clara Álvarez (Madrid 1995).

¹⁷ ID., *Europa y el Derecho romano* cit., p. 27.

¹⁸ En la identificación de Europa con la Iglesia romana, que lleva incluso a que aquella se denomine *res publica christiana* y *universitas christiana*, destacan dos procesos históricos: la incorporación gradual al Cristianismo de los pueblos germánicos y el cisma bizantino, consumado en el año 1054.

¹⁹ La expresión *Corpus omnis Romani iuris* fue empleada por primera vez por Tito Livio en *Ab urbe condita*, 3,34,6 en referencia a las XII Tablas, pero la compilación justinianea no recibe esa denominación hasta los inicios de la Edad Moderna, en torno al año 1500, contrastando con el otro gran cuerpo jurídico de la época: el *Corpus Iuris Canonici*, que es como se identificó al conjunto del Derecho de la Iglesia desde 1580.

²⁰ Se conocían en Italia las Instituciones, el Código, el Epítome de Juliano y una colección privada de Novelas de Justiniano del s. VI. Además en España y en el sur de Francia había calado la vigencia del Breviario de Alarico o *Lex romana Visigothorum*, una de las principales muestras del Derecho romano vulgar. En el s. XI en torno al reino de Lombardia, con capital en Pavia, se estudió el Derecho romano como base del local dando lugar al *Liber Papiensis*.

²¹ La *littera Bononiensis* o *Vulgata* no es más que una recomposición filológica del Digesto para facilitar su comprensión. Las principales figuras de esta época son Azón, autor de la *Summa codicis* y Acurio, que en 1230 compone la *Glossa ordinaria* o *Magna glossa*, cuya gran difusión lleva a acuñar el aforismo "*quidquid non adgnoscat, non adgnoscat curia*".

²² R. PANERO, *Derecho romano: realidad histórica-realidad actual* cit., p. 975.

²³ Destacan entre los comentaristas Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), Baldo de Ubaldo (1327-1400) y Juan de Andrés (1270-1348). La influencia de Bártolo fue tan enorme que llegó a decirse "*Nemo juris*

de reproducir la grandeza de la civilización romana y su unidad política, aunque la unidad jurídica fuese más un deseo que una realidad, dada la pervivencia de entidades nacionales y Derechos locales de carácter consuetudinario, cuyo contenido se pone a menudo por escrito a través de leyes pactadas para asegurar su vigencia.

Independientemente de esta fecha simbólica, la conciencia colectiva de los pueblos de Europa se asentaba sobre la cristiandad y los vínculos de las distintas entidades políticas con el poder papal, que se convertía así en elemento aglutinador de una identidad a la que se oponía el Islam¹⁸.

La situación jurídica de Europa en aquellos tiempos está marcada por la existencia de ordenamientos jurídicos de carácter consuetudinario, con un escaso nivel técnico, que habían crecido sobre las cenizas de Roma -sobre el Derecho romano vulgar- y particularmente influidos por el creciente peso del Derecho germánico, cuya altura científica no es comparable ni de lejos con la que había alcanzado el Derecho romano.

Antes del descubrimiento académico del *Corpus Iuris Civilis*¹⁹, que tiene lugar a fines del s. XI en torno al Estudio General de Bolonia, el conocimiento del Derecho romano era fragmentario y disperso, y difícilmente podríamos identificarlo con el conocimiento científico²⁰. Pero en la Universidad de Bolonia, y gracias a la iniciativa del gramático Irnerio, se produce otro cambio importante en el año 1113: el Derecho es estudiado de acuerdo con el modelo bizantino, es decir, de forma autónoma y alejado del *Trivium* -gramática, dialéctica y retórica- que había sido su anterior emplazamiento. A partir de entonces, la formación de los juristas va unida a la Universidad.

contraron ante sí un Derecho muy superior desde el punto de vista técnico al conocido hasta entonces y orientaban su esfuerzo a facilitar la aplicación práctica del monumento jurídico que tenían ante sus ojos a través de anotaciones -glosas- y comentarios, dirigidos principalmente a aclarar el contenido de la obra de Justiniano. Esta forma de proceder es el llamado *mos italicus* y no es exagerado decir que los primeros estudios jurídicos modernos tuvieron un carácter eminentemente filológico²¹.

Los glosadores, primeros intérpretes del Derecho romano tal y como aparecía en la compilación justinianea, identificaron lo allí recogido con un objeto de culto, asimilándolo a la verdad revelada, en consonancia con el espíritu medieval tan devoto hacia lo metafísico y lo trascendental²². La glosa es sobre todo una muestra de reverencia, de respeto hacia lo que se considera un objeto a venerar pero que, por su superioridad técnica, no se entiende.

A partir del s. XIV cambia en cierta manera la técnica de estudio del Derecho romano justinianeo, pues los comentaristas o postglosadores, también boloñeses y escolásticos, aspiran a armonizar el análisis de las fuentes bizantinas con los distintos conjuntos normativos de la época como los Derechos locales o el Derecho canónico, dando lugar así a instituciones jurídicas nuevas y adecuando el Derecho a la realidad social en la que muchos de ellos actuaban como consultores²³. Empleando una conocida expresión de Ihering fueron más allá del Derecho romano a través del Derecho romano, lo que podría aplicarse también a los glosadores²⁴.

Además los glosadores y comentaristas pretendían la aplicación práctica en Italia de este Derecho, lo que chocaba con la autonomía jurídica de las distintas entidades políticas, que era una de las bases del Imperio romano-germánico, y con la ausencia de una instancia jurisdiccional central que pudiera armonizar la aplicación de este Derecho en las diferentes jurisdicciones territoriales.

En cualquier caso, el estudio separado del Derecho, junto con la secularización de las Instituciones universitarias y la extensión de los estudios superiores a la nueva burguesía medieval, provocaron una extraordinaria divulgación de los estudios jurídicos de base romana a lo largo de la Edad Media y parece probable que la Escuela de Bolonia superó con frecuencia el millar de estudiantes de Derecho.

La labor que se desarrolla a través de esta actividad científica influye decisivamente en la configuración del *ius commune*, cuya incidencia en la formación de los grandes sistemas jurídicos europeos comentaremos más adelante.

5

Pero el Derecho común europeo tiene dos grandes componentes, el romano y el canónico²⁵, que forman un conjunto jurídico con influencias mutuas, lo que se representa a través de la expresión *utrumque ius*²⁶.

El Derecho de la Iglesia, cuyo desarrollo medieval es decisivo para su propia evolución posterior, recibe un fuerte impulso a partir de la promulgación hacia el año 1140 del Decreto de Graciano²⁷, y su evolución se nutre también de las fuentes jurídicas romanas y del modo de proceder de los glosadores frente al Derecho romano justinianeo. Por esta razón, las estructuras eclesásticas, que se extienden por toda Europa con sus propios tribunales de justicia y sus Universidades, son uno de los vehículos para la difusión del *ius commune*.

En los tribunales eclesásticos se desarrolla además una nueva e importante normatividad procesal dando lugar al proceso romano-canónico. En estas sedes judiciales no se tratan sólo cuestiones internas de organización de la Iglesia, sino que materias como el matrimonio y las cuestiones civiles o penales en las que intervengan clérigos son asumidas por esta jurisdicción con carácter exclusivo; por otra parte, en las Univer-

sidades eclesásticas el Derecho canónico es estudiado junto al romano-justinianeo.

6

Pero este panorama en el que nace el *ius commune* es modificado desde nuevas ideas filosóficas que afectan también a la forma de entender el Derecho.

En torno al s. XV comienza a sentirse la necesidad de renovar el pensamiento jurídico, lo que se expresa a través del movimiento humanista, de tendencia secularizadora y crítica sobre todos los aspectos del saber. En nuestro ámbito, las ideas humanistas, desarrolladas sobre todo en Francia y Holanda, desembocan en el estudio crítico de las fuentes, de las que se pretende extraer la verdad histórica y no tanto un Derecho de vigencia universal, cuya puesta en práctica se hace depender de su aplicabilidad a una realidad social concreta²⁸.

A ello se une el efecto del cisma protestante que, en el s. XVI, rompe la unidad religiosa europea, por lo que el Derecho común, formado por Derecho romano, pero también por Derecho canónico, va a perder buena parte del terreno conquistado y llega a ser incluso combatido desde las incipientes entidades nacionales, que desean afirmar sus diferencias a través de la construcción de sistemas jurídicos propios.

El iusnaturalismo es una corriente de pensamiento jurídico que arranca del s. XVI y que parte de la consideración de la persona como punto central; su influencia en el estudio romanístico se traduce en la formulación de principios generales extraídos de las fuentes romanas, tomadas como muestra escrita de la razón²⁹.

En el XVII, Descartes (1596-1650) ejerce una notable influencia sobre la Ciencia jurídica en Europa. Desde el llamado iusnaturalismo racionalista se

*ta nisi barolista*³⁰ y su obra llegó a tener la consideración de fuente del Derecho en Portugal.

²⁴ Sobre las aportaciones dogmáticas en los más diversos campos del Derecho privado que se deben a los glosadores y a los comentaristas véase G. WESENER-G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, 4.ª ed. (Wien-Köln-Graz 1985), trad. esp. de J. J. de los Mozos Touya (Valadolid 1998) pp. 79 y ss.

²⁵ Sobre la influencia del Derecho canónico en el secular, véase F. WIEACKER, *A history of private Law in Europe*, trad. ingl. a cargo de T. Weir de la 2.ª ed. Göttingen 1967 (Oxford 1995) pp. 47 y ss. La obra de Wieacker es un punto de referencia fundamental para la historia del Derecho en Europa, sobre su importancia véase el prólogo de R. Zimmerman a la traducción citada.

²⁶ *Acerca del sentido de esta expresión véase G. ERMINI, Corso di diritto commune I*, 3.ª ed. (Milano 1989) pp. 143 y ss.; B. CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho: Derecho común* (Sevilla 1979) pp. 17 y ss.

²⁷ También llamado *Concordia discordantium canonum*, supone la ordenación de las fuentes del Derecho canónico. A esta colección de fuentes con fines docentes se unen otras de carácter oficial: en 1234 la compilación de decretales de Gregorio IX—*Liber extra*—obra de San Raimundo de Peñafort, el *Liber sextus* (1298) y las *Clementinas* (1314-1317).

²⁸ Las primeras figuras en este movimiento fueron Lorenzo Valla (1406-1457) y Angelo Poliziano (1454-1495), pero el principal jurista de la época es Andrea Alciato (1492-1550), que aplica al estudio jurídico un método histórico y filológico, dando lugar al *mos gallicus* que convive en los ámbitos universitarios europeos con el *mos italicus*. El nuevo modo de enfrentarse a las fuentes tuvo grandes cultivadores como Jacobo Cuyacio

(1522-1590), Dionisio Godofredo (1549-1622), editor del *Corpus Iuris Civilis*, y su hijo Jacobo Godofredo (1587-1652). En España destaca Antonio Agustín (1517-1568).

²⁹ Entre sus precursores hay que destacar a Hugo Donello (1527-1591).

³⁰ Desde el ius racionalismo nacen las primeras doctrinas contra el absolutismo monárquico y a favor de la soberanía popular, como las de Althusio (1557-1638), pero también se fundamenta el poder personal del rey, como lleva a cabo Hobbes (1588-1679). En el plano estrictamente jurídico destaca Hugo Grocio (1538-1645), padre del moderno Derecho internacional al plantear un orden ético de validez general.

³¹ La primera codificación civil europea se realiza en Prusia en 1787, pero se mantienen vigentes los Derechos locales y el Derecho consuetudinario alemán. Acerca de la consideración del Derecho romano como sistema vide F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y Derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander 1998).

³² Acerca del *modus operandi* de los juristas romanos, vide J. IGLESIAS-REDONDO, *La técnica de los juristas romanos* (Madrid 1987), sobre la influencia romana en cuestiones de sistemática vide R. HERRERA BRAVO, *Orígenes romanos de la sistemática del Derecho civil contemporáneo*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1 (1979) pp. 11 y ss.

³³ Para Á, d'ORS, *Jus Europaeum?* cit., pp. 460 y s.: "Un paralelismo entre la Biblia y el *Corpus Iuris* resultaba así inevitable, y el mismo método y la misma actitud escolástica se impuso a la vez a teólogos y legistas, respectivamente."

³⁴ Sobre las obras que sirvieron de base a la labor de los codificadores vide A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris 1969)

plantea que el valor del Derecho positivo está en su adecuación a una serie de principios universales y atemporales que parten de la naturaleza racional y social del hombre³⁰. Esta es la base de los planteamientos jurídicos de la Ilustración que ve en el Derecho romano un sistema de vigencia universal, abstracto y ejemplo de progreso, pero alejado de su origen casuístico, poniendo así las bases para las codificaciones civiles como expresión de la ley³¹.

A pesar de estos cambios en los planteamientos metodológicos, que relativizan en cierto modo la importancia del Derecho romano según la perspectiva científica que se adopte, la huella del Derecho común queda grabada profundamente en los principales sistemas europeos de Derecho privado, tanto en aspectos de contenido, como en las estructuras técnicas del razonamiento jurídico y en la sistematización de la materia³²; no sin razón se ha defendido hoy que nuestra forma de pensar, por lo que toca a la estructura interna del Derecho privado, sigue siendo romana.

7

De la obra de Justiniano se ha llegado a decir que es la segunda en influencia en el desarrollo de la Humanidad, después de la Biblia³³. No en vano, su estudio y difusión es la razón del resurgimiento jurídico europeo y llega a inspirar los Códigos civiles de buena parte del mundo, que al seguir al Código francés de 1804 se nutren también de Derecho romano a través de la obra de Pothier (1699-1772), autor de las *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae* y del *Traité des obligations*, base para los codificadores franceses de la época³⁴.

En Francia, el Derecho romano justinianeo había penetrado a través de las primeras Universidades seculares y eclesiásticas³⁵, pero es decisiva también la influencia de profesionales del Derecho formados en el estudio del *Corpus Iuris Civilis*. Estos juristas fueron deci-

sivos, por otra parte, para la homogeneización jurídica del territorio francés, dividido en la Alta Edad Media en dos grandes zonas: la meridional, de tradición consuetudinaria romano vulgar (*droit écrit*), y la septentrional, de influencia germánica y muy dividida a su vez por causa de los regímenes feudales (*droit coutumier*).

En el siglo XIII se establece la jurisdicción central en el Parlamento de París, a imitación de la cual se crean durante la centuria siguiente otras instancias judiciales de ámbito regional. Estos tribunales, autónomos de la Corona, están integrados por juristas profesionales, lo que contribuye a la formación por la vía de la práctica de un Derecho francés unitario de base romana. El Tribunal parisino, muy influyente sobre el resto, elabora además un Derecho propio (*droit commun coutumier*) que mezcla *ius commune* y Derecho consuetudinario, lo que cuenta naturalmente con el beneplácito de la Monarquía que ve en este nuevo ordenamiento jurídico un elemento de unificación nacional, si bien esta tendencia parte de la redacción en 1510 de la *Coutume de Paris* y llega hasta el reinado de Luis XIV, con las reformas del procedimiento civil (1667), del penal (1670), del mercantil (1673) y del marítimo (1681).

El mismo rey reforma en 1679 los estudios en los que el Derecho romano, considerado *ratio scripta* en el ámbito de la práctica, proporciona los elementos técnicos para la sistematización de un Derecho nacional, que la Revolución de 1789 se encargara de instaurar como Derecho único tras la derogación de los ordenamientos y las jurisdicciones territoriales y que prepara las condiciones para las distintas codificaciones³⁶.

En Alemania, la promulgación del Código civil (BGB) se retrasó hasta el año 1900; la principal razón para esta dilación estuvo en la oposición de "Historische Schule", liderada por Savigny (1779-1861)³⁷. Desde el siglo XVI se había impuesto en Alemania el llamado *usus modernus pandectarum*,

que consistía en la elaboración jurídica sobre la base del Digesto de Justiniano, del que se depuraban los aspectos puramente históricos y cuyas soluciones se adaptan a las nuevas circunstancias.

Cuando al fin triunfa la tendencia codificadora, lo hace sobre la base de la obra de Bernardo Windscheid (1817-1892) *Lehrbuch der Pandekten*, síntesis de la ciencia jurídica alemana del XIX, por lo que el sabor romano del BGB, la codificación civil europea más influyente junto con la francesa, es indiscutible aunque en él convivan elementos propios del Derecho germánico.

Éste es el final de un camino que empezó mucho antes, en el s. XII, con la influencia de juristas de formación universitaria y la extensión de la Iglesia y sus estructuras judiciales. La recepción del Derecho romano en Alemania, antes de imponerse en la práctica del foro, deriva de una legendaria disposición de Lotario III, fechada en el año 1135, que dio valor de Derecho vigente al *Corpus iuris* como Derecho del Imperio³⁸. En 1495 tuvo lugar un hecho decisivo para la definitiva influencia del Derecho romano en los territorios alemanes: la reforma del Tribunal cameral imperial (*Reichskammergericht*), a partir de entonces el Derecho romano justinianeo de elaboración italiana es asumido como Derecho común y su aplicación práctica desterró a los tradicionales ordenamientos consuetudinarios de carácter local, cuya vigencia debía ser probada antes de solicitar su aplicación.

La práctica judicial y los juristas³⁹, en éste y en otros tribunales, fueron el caldo de cultivo de un Derecho común alemán de base romana pero adaptado a los nuevos tiempos que crece bajo la influencia del iusnaturalismo. El nuevo sistema jurídico se convierte así en elemento decisivo para la progresiva afirmación de una identidad nacional tras la descomposición del Imperio, lo que había dado lugar a la formación de ordenamientos jurídicos territoriales de

considerable solidez y de una normatividad procesal con caracteres propios. El Tribunal Cameral desarrolla su actividad hasta la abdicación de Francisco II en 1806, por lo que a partir de entonces la tradición jurídica tiene un componente eminentemente doctrinal a la sombra de la Escuela Histórica, que se basó en la tradición romanística como señal de identidad de la nación alemana de la que el Derecho se consideraba una manifestación cultural más⁴⁰.

No queremos dejar de exponer que el Derecho romano fue duramente combatido por el régimen nazi, como expresión del Derecho de occidente y armazón de los sistemas económicos de la Europa libre, lo cual se reforzó con las ideas de que era un Derecho judaizado y de que la recepción del Derecho romano atentaba directamente contra la identidad jurídica patria, lo que muestra un exacerbado nacionalismo ya presente en Alemania desde el s. XIX⁴¹. Como consecuencia de todo ello, el programa del partido nacional-socialista, de 24 de febrero de 1920, recogía lo siguiente en su punto 19º: "Exigimos que el Derecho romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un Derecho común alemán", lo que se dirigía contra el Código civil de 1899, a ojos del nacional-socialismo, fuertemente romanizado.

Particular interés despierta el caso del Derecho romano en Inglaterra, pues éste es lugar de origen de la otra gran tradición jurídica europea, con elementos, que aún se mantienen, muy distintos a los del sistema continental puesto que derivan de un Derecho propio de carácter consuetudinario y de la práctica aislada de la del continente.

Tras la conquista normanda en el año 1066, se organiza una administración de justicia dependiente de la Corona y promovida por la misma frente a las instancias locales; ésta es una administración de justicia centralizada, de carácter técnico, pero los tribunales del *Common Law* tienen de hecho un funcionamiento autónomo y aplican un

³⁵ Principalmente Montpellier y Toulouse, en el siglo XII, y Orleans y París en el s. XIII.

³⁶ Además de la codificación civil (1804), el proyecto napoleónico reflejado en la Constitución de 1791 dio lugar a otras codificaciones: Procedimiento Civil (1806), Comercio (1807), Instrucción Criminal (1808) y Penal (1810). A diferencia de otras codificaciones europeas anteriores, estos cuerpos normativos contienen una disposición derogatoria por la que se priva de vigencia a todo el Derecho anterior. El sistema así deja a un lado su componente jurisprudencial y se convierte en un sistema basado casi exclusivamente en la ley, al acabar con la incidencia de la doctrina y las sentencias judiciales en la creación jurídica. Sobre la incidencia de la codificación en los estudios de Derecho romano y el panorama científico de la época en Francia vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho romano* cit.

³⁷ Ya en 1815 F. C. von Savigny había publicado su obra fundamental en contra de la codificación del Derecho alemán, *De la vocación de nuestro tiempo por la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Sobre esta figura decisiva para la historia de la ciencia jurídica europea vide G. WESENBERG-G. WESENER, *Historia del Derecho privado* cit., pp. 269 y ss.

³⁸ Sobre la historia jurídica alemana en la Edad Moderna vide G. WESENBERG-G. WESENER, *Historia del Derecho privado* cit., pp. 135 y ss., quienes cuestionan la validez de la distinción entre recepción teórica y recepción práctica. "Sobre la leyenda que acompaña a esta disposición imperial vide ID., *Ibid.*, p. 136.

³⁹ El más importante de todos, U. Zasius (1461-1535).

⁴⁰ Puchta (1797-1846), una de las grandes figuras de la Escuela Histórica junto con Savigny, promovió la elaboración dogmática del Dere-

cho privado, sobre la base del Derecho romano recogido en el Digesto. Esta tendencia dio lugar al pandectismo, que conecta la tradición alemana (el *usus modernus pandectarum*) y el Código civil.

⁴¹ Vide al respecto, P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* cit., esp. pp. 224 y ss., 441 y ss.

⁴² Sirva como ejemplo el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni angliae*, inspirado en Azón y publicado en el año 1178 por Glanvill. El cultivo del Derecho romano llegó a ser expresamente prohibido en Inglaterra. En 1151 una disposición real ordena cerrar la escuela de Vacario y en 1234 Enrique III, temeroso de la influencia del Derecho romano-germánico, prohíbe la enseñanza del Derecho romano.

⁴³ También se aplicaba Derecho romano-cánónico en los *Ecclesiastical Courts*, que conocían de las cuestiones matrimoniales y hereditarias, y en la *Court of Admiralty*, con competencias en navegación y comercio marítimo.

⁴⁴ Las similitudes entre la forma de producción jurídica del *Common Law* y la del Derecho romano de origen pretorio son evidentes, baste aludir al aforismo "remedies precedes rights", válido para resumir una y otra. La tradición jurídica anglosajona se proyecta modernamente en los territorios que pertenecieron a la Corona Británica y, con especial claridad, en los Estados Unidos de América.

⁴⁵ Una visión general puede verse en E. GACTO-J. A. ALEJANDRE-J. M.º GARCÍA MARÍN, *El Derecho histórico de los pueblos de España* (Madrid 1988) pp. 291 y ss.

conjunto normativo consuetudinario de base anglosajona e influencias normandas y romano-canónicas. En este ámbito, el juez tiene una función particularmente creativa y no se limita a recibir el Derecho surgido de la actividad de los juristas o de la ley, como sucede en los sistemas continentales.

La formación de juristas tiene también tintes particulares en Inglaterra, pues no se vincula inicialmente al mundo universitario, sino a los propios tribunales de justicia, lo que arranca de una disposición de Eduardo I fechada en 1292. A pesar de ello, un siglo antes, el italiano Vacario creó en Oxford una escuela de Derecho romano (1139) a la que imitan otras instituciones de estudios superiores dando lugar a una literatura jurídica de corte romanístico⁴²; todo ello pese a la oposición política de la nobleza y de los juristas de *Common Law* que acuñaron en 1236 la conocida expresión "*Nolumus leges Angliae mutare*".

En el siglo XIV comienzan a apuntarse tendencias absolutistas y se crea una nueva jurisdicción compuesta inicialmente por eclesiásticos, el Tribunal del Canciller real (*Court of Chancery*) o *equity*, que tiene al Derecho romano justinianeo y al Derecho canónico como referencia tanto en los aspectos de contenido, como en las cuestiones de organización y procedimiento. La nueva instancia judicial no desplaza al *Common Law*, sino que ambas jurisdicciones se complementan, ahora bien, los profesionales de la *equity* recibían una formación universitaria, no corporativa, de ahí la influencia romano-canónica que provoca no pocas tensiones en el ambiente cultural y político de la época.

Por tanto el Derecho romano justinianeo es recibido en Inglaterra como consecuencia de las nuevas ideas absolutistas y centralistas, aunque la tendencia cultural de origen continental y, sobre todo, los estudios en las Universidades hicieron que el *ius commune* tuviera una permanente influencia indirecta en la formación y desarrollo del Derecho anglosajón⁴³.

En la Edad Moderna y como consecuencia la revolución de 1688, el *Common law* se impone sobre la *Equity*, pero la influencia mutua de ambos sistemas se había consumado ya por lo que respecta al contenido; junto con otros factores de tipo político y cultural, como la lucha contra el absolutismo monárquico; por todo ello, se desarrolla en Inglaterra un sistema jurídico civil particular, de corte jurisprudencial, en el que no llegará a cuajar la codificación⁴⁴.

En la España altomedieval conviven como es sabido varios reinos cristianos y, si bien el panorama inicial de la época se caracteriza por la diversidad de Derechos locales de base romano vulgar y germánica, resto de la dominación visigótica, cada una de las entidades políticas que surge de la lucha contra el Islam tiende a uniformizar la situación jurídica de sus territorios desde mediados del s. XII. En este proceso el *ius commune* tiene una especial relevancia, aunque su influencia se produce de forma distinta en cada caso⁴⁵.

Como veremos, cada ordenamiento territorial es diferente de los demás, existiendo tres vías principales para la recepción del Derecho romano: la doctrina, la práctica negocial y judicial y la ley.

En Castilla y en León, la vía de entrada del Derecho boloñés es la presencia de juristas en la Corte, que se extiende y se potencia a mediados del s. XIII en ámbitos legislativos, judiciales y universitarios, a raíz de la iniciativa de Alfonso X, como muestran las *Siete Partidas* (año 1265) expresión del Derecho castellano en clave romano-canónica. Las *Partidas*, en cuya composición había primado sobre todo la idea de mostrar el panorama del Derecho de la época con carácter enciclopédico, no fueron promulgadas como Derecho vigente, y con carácter subsidiario, hasta 1348, fecha del *Ordenamiento de Alcalá*.

Antes, el *Fuero Real* y el *Espéculo* (año 1255) habían sido los vehículos para la recepción del Derecho romano, mezclando Derecho castellano y Dere-

cho común para su aplicación práctica. En el ámbito procesal, tiene especial importancia la creación a mediados del s. XIV de un órgano judicial central vinculado al rey, la Audiencia Real, donde los profesionales del Derecho encargados del mismo aplican el proceso romano-canónico.

Por otra parte, es de destacar que, si bien el Ordenamiento de Alcalá establece un orden de prelación de fuentes en el que no se contempla el Derecho común, la práctica generalizada de alegar en juicio las opiniones de los autores del *ius commune* obliga a Juan II, en 1427, a prohibir que se acuda a las obras de juristas posteriores a Juan de Andrés y Bártolo. Incluso los Reyes Católicos se ven obligados a admitir la vigencia práctica de la doctrina del *ius commune* y, en 1499, autorizan que se acuda en materia canónica a las opiniones de Juan de Andrés y, de forma subsidiaria, a las del Abad Panormitano; en materia civil se permite la alusión a Bártolo y, en su defecto, a Baldo.

La posición geográfica de Cataluña es decisiva para la entrada de las nuevas ideas jurídicas al mismo tiempo que en el resto de naciones europeas del Mediterráneo. La vía de penetración es la habitual, los juristas, que primero a través de obras doctrinales y después por su influencia en la práctica negocial y judicial, son transmisores de la modernidad jurídica de la época. En 1409, el Derecho común es declarado subsidiario del Derecho general de Cataluña, tras un largo proceso en el que se llegó a prohibir por las Cortes de Barcelona en 1251 la alusión a las leyes romanas y canónicas en el proceso, consecuencia del recelo que provocaba en la nobleza el creciente ascenso de la nueva burguesía mercantil⁴⁶. Por otra parte, la decisión de Martín el Humano de aludir al Derecho común entre las fuentes del Derecho catalán puede entenderse como un precedente de su inclusión en el definitivo orden de prelación establecido en 1599 por las Cortes de Barcelona.

A diferencia del caso catalán y del

mallorquín, donde los juristas tienen un papel fundamental en la recepción, en Valencia ésta tiene lugar a través de la ley, pues, en 1240, Jaime I crea un cuerpo legislativo profundamente romanizado ante la ausencia de una tradición territorial propia y la necesidad de dotar al territorio de un Derecho común.

El mismo monarca es el impulsor de un Derecho general para Aragón, el Código de Huesca o Fueros de Aragón (1247), donde se recoge un Derecho tradicional de base popular y consuetudinaria de base germánica. El Derecho romano justinianeo se introduce en este territorio por su aplicación en los tribunales de justicia dependientes del rey en virtud de la integración de lagunas a través del *naturalis sensu vel aequitas*.

En Navarra se había recogido el Derecho tradicional en una compilación privada del s. XIV, el *Fuero General de Navarra*, por lo que la recepción del Derecho común tiene lugar a través de los tribunales.

En la Edad Moderna, el panorama jurídico español gira ya en torno a Castilla que, a través de cuerpos legislativos como el *Ordenamiento de Montalvo* (1484) y la *Nueva Recopilación* (1567), trata de acabar con la heterogeneidad jurídica de Castilla como reflejo de la nueva situación política surgida tras la definitiva cristianización del territorio. En 1707 este proceso alcanza su momento culminante con los *Decretos de Nueva Planta*, a través de los que Felipe V priva a la Corona de Aragón de su carácter jurídico propio.

Pero nuestra historia jurídica reciente tiene en 1812 un momento decisivo, en ese año las Cortes de Cádiz ponen las bases para la codificación jurídica en los ámbitos civil, mercantil y penal⁴⁷. Tras un largo y complejo proceso, el Código civil entra en vigor en 1889, mostrando una clara influencia francesa y, por tanto, romana, lo que no es extraño a la tradición jurídica española⁴⁸.

Tras este muestreo apresurado sobre

⁴⁶ Ejemplo de la influencia del Derecho romano-justinianeo en la Cataluña bajomedieval son las *Costums de Tortosa*, de 1251.

⁴⁷ Cfr. Art. 258 de la Constitución de Cádiz.

⁴⁸ A través de la codificación civil española, de su Proyecto de 1851 y del Código Civil italiano (1865) se influye en las codificaciones iberoamericanas, a las que se traslada la tradición romanística europea.

⁴⁹ G. ERMINI, *Corso* cit., pp. 57 y ss., examina la difusión del Derecho común en las distintas naciones europeas. Una visión general, no extensa, del panorama jurídico medieval puede encontrarse en R. C. VAN CAENEGEM, *Legal History. A European Perspective* (London-Rio Grande 1991) pp. 115 y ss.

⁵⁰ Law, en J. H. Burns (ed.), *The Cambridge history of political thought, 1450-1700* (Cambridge 1991) p. 92.

⁵¹ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana* (Granada 1998). Interesantes aportaciones sobre el tema pueden verse en L. MOCCIA (ed.), *I giuristi e l'Europa* (Roma-Bari 1997) pp. 21 y ss.

⁵² J. PARICIO-A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 2.^a ed. (Madrid 1997) p. 23.

⁵³ Sobre la jurisprudencia europea puede consultarse, entre otras, las obras de C. A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne* (Torino 1989), de la que existe traducción española de L. Gutiérrez-Masson (Madrid 1996); la influencia de los juristas es una constante en la historia del pensamiento jurídico occidental como puede comprobarse en la obra de J. M. KELLY, *A short History of Western Legal Theory* (Oxford 1992)

⁵⁴ V. SOBRINO PORTO, *O advogado em Roma*, en *VERBUM* X.2 (1953) pp. 143 y ss.

⁵⁵ Sobre este concepto vide R. DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* (Pamplona 1987)

⁵⁶ J. PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma* (Granada 1999), con abundante bibliografía.

algunas de las principales tradiciones jurídicas europeas⁴⁹, no es exagerada la afirmación de D. R. Kelley⁵⁰ en el sentido de que "however closely or remotely connected with civil and canon law, all of the indigenous national traditions drew upon and compared themselves with the Roman model and, what is more, frequently returned to it, whether through the judgements and interpretations of learned men or through a more official "reception", a modern adaptation of Roman law (the *usus modernus Pandectarum*), or even construction of a Romanoid code."

8

Últimamente, se ha puesto de manifiesto que la presencia de juristas en la sociedad de corte occidental desde la Edad Media hasta la hora presente, entendidos éstos como técnicos en Derecho que orientan la aplicación de las normas en la práctica judicial y negocial, es también herencia de Roma⁵¹.

La existencia de profesionales del Derecho no es esencial para la sociedad, por ejemplo, la antigua Grecia, de la que hemos heredado—como la propia Roma—la "configuración de la vida comunitaria en forma de sociedad civil basada en un orden jurídico socialmente legitimado"⁵² y la consideración del individuo como ciudadano, carecía de juristas. El desarrollo de esta clase intelectual, más que profesional, es el resultado de un proceso que arranca en la Roma republicana y que llega hasta nuestro tiempo⁵³.

El Derecho se reserva a la gestión de un determinado grupo profesional que tiene conciencia de su labor y de su ámbito de actuación. En Roma, por partir de la base, los juristas no son los abogados, éstos son normalmente oradores, expertos retóricos que cuentan con el asesoramiento de un jurista⁵⁴; tampoco son funcionarios o magistrados, sino que se trata más bien de intelectuales que influyen de forma mediata en la creación jurídica sobre la base de su prestigio social, de su *auctoritas*⁵⁵.

La labor de los juristas romanos se plasmó en la creación de un nuevo aparato terminológico propio y de una metodología específica, por lo que desde entonces el conocimiento del Derecho se sustrae a la sociedad en general y requiere una formación técnica previa, como cualquier otra de las altas manifestaciones de la cultura. Por ello, los juristas, además de dar lugar a sus propios géneros literarios, desarrollan una función de intermediarios entre el Derecho y su aplicación en la comunidad ciudadana, de la que a su vez parten para influir en la creación jurídica.

Dentro de la complejidad que supone resumir en unas pocas palabras las fuentes de producción jurídica del Derecho clásico, se puede decir que el *ius edicendi* del pretor tiene un protagonismo singular, pues hacía referencia a la ordenación de la actividad procesal, abriendo vías para la defensa de nuevas pretensiones de los particulares que, una vez acogidas en el edicto, se convertían en derechos subjetivos. No se olvide que en el proceso civil romano ni el pretor, magistrado con funciones jurisdiccionales, ni el juez, que es quien finalmente dicta sentencia, tienen que ser peritos en Derecho. De ahí que la importancia del jurista sea crucial y particularmente creativa en la labor de asesoramiento a magistrados, jueces y particulares.

En la época de Adriano, los juristas desempeñan un nuevo papel, alejado en cierta manera de su labor de asesoramiento a particulares, magistrados u oradores, pues se encargan de la gestión de la administración civil, ocupando así un nuevo espacio como intermediarios entre el ciudadano y el poder político, en el que los técnicos en Derecho tienen una función cada vez más destacada a costa, eso sí, de la pérdida de su libertad anterior, en lo que influye especialmente la concesión a algunos juristas del llamado *ius respondendi ex auctoritate principis*, práctica que arranca en los inicios mismos del Principado⁵⁶.

Otro terreno para los juristas, el de enseñanza reglada del Derecho, se aña-

de en el s. V a las conquistas anteriores, lo que tenía su antecedente en las escuelas de retórica de la propia Roma⁵⁷. El modelo de formación de juristas que hoy conocemos, surge en la parte oriental del imperio romano, en Bizancio, donde se desarrollan las escuelas de Derecho en torno a un plan de estudio.

En Europa, entre los siglos IV y XII, desaparece la figura del jurista, que vuelve a presentarse en escena a raíz de la recepción del Derecho romano⁵⁸. En esa época los juristas están en las Universidades, donde se estudia el Derecho romano del *Corpus Iuris* y el Derecho canónico. A partir de entonces, empieza a difundirse una cultura jurídica europea común que tiene en los técnicos formados en las escuelas de Derecho de la época los principales vehículos de transmisión de las nuevas ideas jurídicas⁵⁹.

La formación de los Derechos nacionales, como hemos visto, cuenta con los juristas de forma constante y decisiva, ya sea como creadores de doctrina, ya como jueces, si bien las codificaciones del s. XIX restan fuerza creadora a la jurisprudencia como fuente del Derecho en su afán por convertir a la ley en principio y fin de la producción jurídica.

Hoy día, la jurisprudencia y la doctrina parecen haber recobrado parte de su antiguo papel de intérpretes del Derecho y vínculos de conexión entre éste, entendido como ley, y la realidad social. Los Códigos civiles, símbolos de una época, han quedado desbordados por la necesidad de que el Derecho se ocupe de otros sectores de la realidad, de ahí la proliferación de leyes especiales por razón de la materia que complementan la regulación codificada. Se habla hoy incluso de la descodificación del ordenamiento jurídico ante tal situación⁶⁰.

9

Por lo que respecta a los sistemas jurídicos de los antiguos países socialistas del Este de Europa, cuyo Derecho estuvo influenciado siempre por la tra-

dicción jurídica rusa, antes y después de la Revolución de 1917, se puede decir que hoy viven una nueva recepción del Derecho romano. Este proceso tiene su base en los ámbitos universitarios, como sucedió en la Edad Media, y es visto con agrado como un medio para la europeización de sus ordenamientos jurídicos⁶¹. Por otro lado, es un hecho constatable que el Derecho romano había provocado un considerable recelo en una parte de los pensadores marxistas (no precisamente en Marx, Engels o Lenin, buenos conocedores de la cultura clásica), que lo veían como la estructura interna de la economía occidental. Tras la segunda guerra mundial, comienza el auge del culto romanístico en los países de corte socialista, motivado por el interés de su utilidad práctica para sus propios ordenamientos nacionales, lo cual queda reforzado en la actualidad a raíz de los profundos cambios operados en esos países en los que se destacan ahora los elementos de la tradición romanística latentes en los ordenamientos civiles socialistas⁶².

10

Una vez expuesto, muy sucintamente, lo referido al Derecho romano y su tradición en Europa, hemos de preguntarnos cuál es, o debería ser, su incidencia en el Derecho europeo de hoy, el que trata de construirse como un componente más de la Unión Europea. A él dedicaremos el epílogo de este trabajo y veremos qué tiene que ver el Derecho romano en el nuevo mapa jurídico supranacional que se pretende construir⁶³.

Del Tratado de Roma de 1957 al Tratado de Maastrich de 1992 se viene hablando del "proceso de construcción europea", un proceso que comenzó por crear un mercado único, sin barreras, y unas instituciones de carácter político, e incluso judicial, de ámbito supranacional. El mercado y los intercambios patrimoniales encuentran aún hoy serios obstáculos para su desarrollo en las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo que se siente la

⁵⁷ Prueba de ello es la creación de una literatura jurídica destinada a la docencia, de la cual es muestra la *Instituta de Gayo*, que tuvo una gran difusión en el mundo antiguo.

⁵⁸ Esta época, como sabemos, coincide con una decadencia generalizada por lo que al Derecho respecta, sobre todo si atendemos a la calidad técnica de que había gozado hasta entonces, vide al respecto M. BELLOMO, *La Europa del Derecho común* cit., pp. 39 y ss.

⁵⁹ En este sentido, D. R. KELLEY, *Law* cit., p. 71, dice: "One of the conditions of the massive expansion of jurisprudence in early modern Europe was that one historian has called «the triumph of the professionals», a phenomenon itself arising from the shift from customary to «written law», and specifically to Romano-canonical procedures."

⁶⁰ M. BELLOMO, *La Europa del Derecho común* cit., pp. 31 y ss.

⁶¹ Vide E. PÓLAY, *L'insegnamento del Diritto romano nei paesi socialisti* en *Index* 1 (1970) pp. 131 y s.; W. WOŁODKIEWICZ, *The Continuity of Roman Law in the Systems of the Civil Law in Socialist Countries*, en *Estudios Iglestias II* (Madrid 1988) pp. 1091 y ss.

⁶² Sobre estos elementos de origen romano, entre los que se encuentran la idea básica de propiedad, la sucesión por causa de muerte o la concepción del contrato como manifestación de la voluntad individual vide K. REBRO, *Società socialista e cultura giuridica romana*, en *Index* 12 (1983-84) pp. 36 y ss.

⁶³ Al respecto vide, por ejemplo, C. A. CANNATA, *Usus modernus pandectarum e diritto europeo*, *SDHI*, 52 (1986) pp. 435 y ss.; ID., *Usus modernus pandectarum. Common Law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, en *SDHI*, 57 (1991) pp. 383 y ss.; F. CASSAVOLA, *Diritto romano e europeo*, en *Labeo* 40 (1994) pp. 161

y ss.; T. GIARO, *Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa*, en *Ius Commune* 21 (1994) pp. 1 y ss.; M. VALENTINO, *Romanistica e codice civile, spunti per l'analisi di uno storico connubium*, en *Laboe* 41 (1995); A. WACKE, *Die Rezeption römischen Rechte in Europa. Ein einführender Überblick*, en *Orbis Iuris Romani* 1 (1995) pp. 143 y ss.; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano e unità giuridica europea*, en *Studi di storia del diritto* I (Milano 1996) pp. 3 y ss.

⁶⁴ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Revitalización de la idea de un derecho común europeo*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso 1989-1990 pp. 171 y ss.

⁶⁵ Un repaso a la trascendencia y la importancia de la propiedad puede encontrarse en A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *El derecho de propiedad*. Una selectio (Sevilla 1999)

⁶⁶ ID., *Jus Europaeum?* cit., p. 472. Los primeros intentos de unificación jurídica mundial afectaron al Derecho cambiario y arrancan de la Conferencia de la Haya de 1910, en 1930, en Ginebra, se acuerda una regulación mundial en este terreno, que tuvo efectos sobre todo en los países con ordenamientos de corte continental. También en La Haya, en 1964, se alcanzaron Acuerdos sobre compraventa internacional.

⁶⁷ Sobre estos principios publicados en 1995, vide D. MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del Comercio Internacional* (Pamplona 1998)

⁶⁸ ID., *La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: plan de trabajo*, en *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de la Rioja* 5 (Agosto 1999, suplemento) pp. 6 y ss.

necesidad de acudir a un *ius commune* renovado, también para el Derecho privado, que sustituya a los Derechos nacionales y borre las diferencias más formales que sustanciales que separan a los ordenamientos de los distintos Estados de la Unión Europea.

Estos principios ya se vienen configurando y, como sucedió en la Baja Edad media, influyen en los Derechos particulares dando lugar a una nueva cultura jurídica europea, en la que de nuevo aparece la jurisprudencia como factor determinante⁶⁴ y en la que aflora de nuevo la tradición romana.

Yendo un poco más lejos, podemos decir que, como hemos visto, tanto las codificaciones civiles que representan un sistema jurídico de corte legislativo, como el sistema jurídico anglosajón de factura jurisprudencial, muestran en su devenir histórico la impronta del pasado jurídico romano. Este sustrato común se refleja en la misma idea de Derecho que se distingue de la religión, la moral o las ideologías-, en las instituciones de Derecho privado, en la asunción de los mismos esquemas lógico-jurídicos y en la ya comentada presencia de juristas en la sociedad occidental.

El Derecho romano es, por consiguiente, el elemento que conecta, desde dentro, los distintos sistemas de Derecho privado vigentes en Europa, por lo que parece razonable pensar que, de existir algún día un Derecho privado europeo de carácter común, éste volverá la vista, de forma consciente o inconsciente, a Roma y en vista de esto, no tanto como modelo de unas instituciones concretas -sería absurdo, por ejemplo, resucitar instituciones como la propiedad quiritaria, absoluta e immune fiscalmente y exclusiva de una parte de la población⁶⁵-, como por lo que toca a sus esquemas y a sus reglas.

Esta vieja idea de un Derecho europeo de base romana ha sido incluso tildada de "separatista" respecto a otros pueblos del mundo que son también Europa desde el punto de vista cultural.

Ya en 1954 hablaba d'Ors de un "nuevo *ius gentium privatum*" jurisprudencial, fundado sobre la formación común de los juristas en los fundamentos técnicos del Derecho romano y no en la resurrección del *Corpus Justiniano* como Derecho vigente⁶⁶.

Hoy día no es tan utópico como entonces hablar en esos términos, pues a pesar de los importantes problemas del mundo actual, se hacen esfuerzos en torno al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) por lograr la consolidación de principios uniformes de aplicación universal, sobre todo en el ámbito del comercio internacional, si bien la aplicación efectiva de esta normatividad depende de la voluntad de los particulares o de las empresas y de su fuerza ante un hipotético conflicto posterior, ya que, si no se ha acordado someterse a un arbitraje, la eficacia de los principios dependerá de su respeto al Derecho nacional que afronte la solución de la controversia⁶⁷.

En torno a la Unión Europea y sobre una hipotética unificación del Derecho privado, traemos aquí las conclusiones de un recentísimo artículo de un mercantilista español, Jesús Alfaro⁶⁸, cuya opinión, a nuestro juicio muy realista, puede resumirse en los siguientes términos: la unificación internacional del Derecho privado no es un bien en sí mismo y, de llevarse a cabo, la legislación no es el mejor medio de lograrla, sobre todo cuando todos los ordenamientos nacionales europeos tienen un mismo punto de partida: el respeto a la propiedad privada y a la libertad contractual. Este autor parte de estas dos premisas, poniendo sobre el papel las ventajas y desventajas de la unificación, entre estas últimas estaría que los ordenamientos nacionales dejarían de esforzarse por resultar más atractivos que el resto para los operadores económicos y, en esa pérdida de competencia, se perdería también calidad, por lo que la uniformización jurídica debería restringirse a las normas imperativas y no afectar a las dispositivas, de las que

el legislador nacional es un oferente más que compite con otros legisladores o con organizaciones internacionales.

De cualquier modo y por lo que toca al ámbito europeo tanto en cuestiones de grandes negocios, como en las que afectan a la vida diaria de los ciudadanos, aspiremos a que la Europa de Maastrich diseñe si llega el caso un sistema jurídico-privado, desde el Derecho

y no desde la economía. Ese Derecho privado europeo uniforme debe ser sencillo, como lo fue el Derecho romano, y si quiere prosperar, convirtiéndose en un nuevo *ius commune*, habrá de evitar el choque con la tradición jurídica de los ordenamientos nacionales. Quedan atrás los tiempos en que se mantuvo la vigencia del Derecho romano *ratione imperii*, pero se abren nuevas vías para su renacimiento *imperio rationis*⁶⁹.

⁶⁹ Esta idea final es la que preside el artículo de R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994) pp. 244 y ss.; existe versión francesa del mismo de A. Nitsch y J. P. Coriat: *L'unité du droit en Europe et le droit romain*, en *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique* 19 (1998) pp. 125 y ss.; este autor analiza la presencia de soluciones romanas comunes en las distintas legislaciones europeas, el empleo de máximas de interpretación y reglas jurídicas en la propia elaboración de la jurisprudencia europea y la utilidad del conocimiento del Derecho romano para la comprensión del Derecho en vigor. En la misma línea y del mismo autor pueden consultarse: *Derecho romano y codificación del Derecho civil*, en *RD 6* (1995) pp. 65 y ss., y *Derecho romano y ius commune frente a las Cortes de la Unión Europea*, en *Roma-América. Diritto romano commune* I (1996) pp. 40 y ss.

I. INTRODUCCIÓN

Por el día de hoy, cuando se habla de Derecho romano, se suele pensar en un conjunto de normas jurídicas que pertenecen al pasado, y que ya no tienen vigencia alguna. Sin embargo, el Derecho romano ha sido y sigue siendo una fuente de inspiración para el Derecho moderno, y su estudio es esencial para comprender el origen y el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana. En este artículo se pretende analizar el papel del Derecho romano en el Derecho moderno, y su influencia en el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana.

Desde los tiempos más antiguos, el hombre ha buscado formas de organización social que le permitan vivir en armonía y cooperar entre sí. Estas formas de organización social han dado lugar a diferentes sistemas jurídicos, que han ido evolucionando a lo largo de la historia. El Derecho romano, que surgió en la antigua Roma, fue uno de los más importantes y duraderos. Su influencia se hizo sentir en todos los países de Europa, y en gran medida en América Latina. El Derecho romano ha sido y sigue siendo una fuente de inspiración para el Derecho moderno, y su estudio es esencial para comprender el origen y el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana.

El Derecho romano ha sido y sigue siendo una fuente de inspiración para el Derecho moderno, y su estudio es esencial para comprender el origen y el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana.

El Derecho romano ha sido y sigue siendo una fuente de inspiración para el Derecho moderno, y su estudio es esencial para comprender el origen y el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana. En este artículo se pretende analizar el papel del Derecho romano en el Derecho moderno, y su influencia en el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana. Desde los tiempos más antiguos, el hombre ha buscado formas de organización social que le permitan vivir en armonía y cooperar entre sí. Estas formas de organización social han dado lugar a diferentes sistemas jurídicos, que han ido evolucionando a lo largo de la historia. El Derecho romano, que surgió en la antigua Roma, fue uno de los más importantes y duraderos. Su influencia se hizo sentir en todos los países de Europa, y en gran medida en América Latina. El Derecho romano ha sido y sigue siendo una fuente de inspiración para el Derecho moderno, y su estudio es esencial para comprender el origen y el desarrollo de las instituciones jurídicas que hoy rigen nuestra vida cotidiana.