

UN DERECHO SIN ESPACIOS: DERECHO ROMANO, *IUS COMMUNE* Y DERECHO COMÚN EUROPEO*.

Alejandro Fernández Barreiro

1. DIMENSIÓN CULTURAL DE LA RECEPCIÓN EUROPEA DEL DERECHO ROMANO

La expansión europea del derecho romano se encuentra genéticamente relacionada con su transformación en un referente de cultura jurídica de valor universal y, por tanto, capaz de informar los derechos con ámbitos espaciales concretos, tanto de carácter territorial como político o temporal. Esa desvinculación espacial se produce históricamente merced al esfuerzo intelectual de sucesivas generaciones de juristas europeos, superando planteamientos iniciales tendentes a vincular el conjunto normativo romano-justiniano al espacio político representado por el Sacro Imperio romano-germánico. Ello encuentra una comprensible explicación en el ambiente intelectual de la época y el medio cultural y geográfico en que se produce el reencuentro con el antiguo derecho romano, cuyos primeros cultivadores medievales se plantean desde muy pronto el problema de cómo introducirlo en la práctica como derecho vigente, para lo que resultaba ciertamente útil la ideología nacida al amparo del *Sacrum Imperium*.

Con el decisivo apoyo del Papado ¹, el Imperio carolingio aparece como organización política de dimensión europea, que pretende ser la representación de la unidad civil y religiosa de todos los pueblos de Occidente, integrando culturalmente los elementos de cristiandad, romanidad y germanismo. En el plano ideológico, el Sacro Imperio es una creación de los medios cultos, prevalentemente eclesiásticos, que propagan como aspiración cultural la configuración de un nuevo Imperio universal romano y cristiano².

El proyecto político creado en torno al Imperio carolingio fue objeto de mitificación en la cultura medieval y también por parte de las posteriores corrientes de pensamiento europeístas³. Sin embargo, desde la perspectiva histórica del proceso formati-

* Texto anotado de la intervención en el Seminario interdisciplinar sobre el Derecho y el espacio (año 2003) organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

1 P.KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, tr. It., Milano 1962, p. 3 ss, W. Ullmann, *A Short History of the Papacy in the Middle Ages*, London 1972.

2 C.G. MOR, *Il Sacro Romano Impero quale ordinamento giuridico europeo*, en *Storia e realizzazioni dell'unità europea*, Ferrara 1963; P. M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'Alto Medioevo*, Milano 1968.

3 R. FOLZ, *Le souvenir et la légende de Charlemagne dans l'Empire germanique médiéval*, Paris 1959; P. KOSCHAKER, *Europa*, cit., p. 3 ss.; CH. DAWSON, *La nascita dell'Europa*, tr. It., Torino 1969, F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, Bari 1974.

vo del sistema de valores y de los fundamentos del derecho público que inspiraron el movimiento que propició la moderna Unión Europea, resulta más acertado considerar al Imperio carolingio como un falso punto de partida⁴ y en contradicción con la corriente de la vida histórica posterior. Tras la muerte de Carlomagno (año 814) comienza una crisis política que conduce a la división territorial del Imperio en un área francesa y otra alemana; a mediados del siglo X se instaura con Otón I un Imperio alemán, frente al que se situarían países como Francia, Inglaterra y España, protagonistas frente a aquél de las transformaciones político-sociales de la Edad Moderna.

Quiebra también la originaria idea imperial romano-constantiniana y bizantina como referente común de identidad y el apoyo en la autoridad pontificia como instrumento de legitimación de la dignidad imperial; a partir de Federico I (1152-1189) el Sacro Imperio romano-germánico se presenta ya desde la imagen del Imperio de la época pagana, con el fin de liberarse políticamente del poder mediatizador del Papado, frente a la doctrina que formulaba el derecho del Pontífice romano a deponer al emperador, que recibía de aquél la corona imperial⁵.

La descomposición y progresivo alejamiento del Sacro Imperio de toda significación como referente unificador incluso en el área germánica prosigue en los siglos posteriores; con Maximiliano I (año 1468) fracasan los intentos de fortalecer la autoridad imperial e instaurar una administración centralizada; la fragmentación del Imperio se consuma definitivamente tras la revolución protestante y el fracaso de la política de Carlos V (1520-1558); en el siglo XVII, después de la guerra de los treinta años, nace de la paz de Westfalia (año 1648) la formación inicial de un Imperio alemán de signo prusiano, que vendrá a sustituir al antiguo Imperio germánico latino de la Casa de Austria; a partir de 1663 la Dieta imperial se transforma en un consejo de embajadores de los Estados miembros del Imperio, que cuentan con plena autonomía política y capacidad para concertar tratados internacionales; en la segunda mitad del siglo XVII, de los más de trescientos Estados independientes que componen Alemania se perfilan Prusia y Austria como aglutinantes de una nueva reordenación territorial, que continúa en forma políticamente separada la idea imperial germánica, con la prevalencia cultural de la burguesía luterana en Prusia y la católica en Austria. En conclusión, pues, resulta del todo evidente que la idea imperial romana resultó incompatible como posible elemento de identidad política para el conjunto de los pueblos europeos que desde el siglo IX comienzan, ciertamente, a formar la conciencia de una común identidad y a forjar una tradición occidental de naturaleza cultural.

Desde ese plano adquiere especial relevancia como concepto político el de *respublica christiana*, elaborado y difundido por los medios intelectuales eclesiásticos⁶. Esa idea implica la adhesión a un sistema de creencias religiosas y a una forma de interpretación de la existencia. Sirvió como aglutinante de la cultura latina y la germánica tras la incorporación de los pueblos germánicos a la Iglesia de Roma, y adquirió fuerza de cohesión en oposición al Islam, que se había expandido por las provincias mediterráneas del Imperio bizantino y penetrado en los reinos cristianos hasta su detención por los francos (año 732); como elemento de identidad diferenciadora de Occidente, el concepto de cristiandad resultaría después reforzado tras el cisma bizantino (año 1054) y la progresiva ocupación por el Islam del Imperio bizantino, al que sustituye, convirtiéndose en poder amenazante de la Cristiandad.

4 R. S. LOPEZ, *La nascita dell'Europa*. Secoli V-XIV, Torino 1966.

5 P.KOSCHAKER, *Europa*, cit., p. 44 ss.; 61 ss., 76 ss.

6 G. VISMARA, *Impium foedus. Le origini della "respublica christiana"*, Milano 1974.; P. ALPHANDEY, *La cristianità e l'idea di crociata*, tr. It., Bologna 1974.

La superioridad político-cultural del concepto de *respublica christiana* se manifiesta en su no identificación con el Sacro Imperio; trasciende las diferentes formas de organización política en coherencia con un sistema de creencias que opera como cauce transnacional de comunicación entre los diferentes pueblos, transformando sus componentes culturales propios mediante procesos de adaptación de los mismos a la doctrina común. Como idea cultural, el legado de la Antigüedad greco-romana tiene esa misma dimensión y funcionalidad, y sobre ella se configuran los fundamentos de la tradición intelectual de Occidente, que opera en comunicación con las enseñanzas y experiencias del pasado, pero con capacidad para generar ideas innovadoras, corrigiendo tanto modelos de pensamiento como de organización de la sociedad, reinterpretando los sistemas de valores y adaptando la cultura común a diferentes medios y a las transformaciones nacidas de la vida histórica.

El punto de partida históricamente significativo para la formación de la cultura jurídica europea, en continuidad con la concepción del derecho de origen romano-jurisprudencial, lo constituye el descubrimiento científico del Digesto justiniano y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho, a partir del modelo de formación jurídica iniciado en el Estudio General de Bolonia⁷. La difusión europea de la cultura jurídica vinculada al derecho jurisprudencial romano supuso, no sólo la recepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también, y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico y, con ello, de un método para la argumentación lógica, conducente a la formulación de las soluciones jurídicas. En el plano de la posición del jurista en la sociedad, y en su relación con el derecho, se recupera también su función mediadora como profesional técnicamente en condiciones de orientar la aplicación del derecho en la práctica judicial y negocial, y la formulación general del mismo, tanto en el campo doctrinal como en el de la legislación⁸.

La renovación jurídico-cultural que se produce desde el siglo XII no puede desvincularse de otras manifestaciones igualmente renovadoras en el campo del pensamiento, que aportan elementos prefiguradores de la sociedad de la Edad Moderna; así, la formulación por Santo Tomás de Aquino (1224-1274) de la primera doctrina europea del iusnaturalismo, a partir de la filosofía griega de la justicia de Aristóteles, el inicio con Marsilio de Padua (1270-1342) de la corriente intelectual que propugna la separación diferenciada entre el poder civil y religioso, formulando la doctrina de la fundamentación democrática de la ley y del poder político, el establecimiento de los primeros fundamentos de la ciencia experimental moderna, que aparece en el pensamiento de Duns Scotto (1266-1308) y Guillermo de Ockam (1300-1349).

Por otro lado, el renacimiento jurídico medieval forma parte de un conjunto de transformaciones que tienden a configurar la nueva estructura de la sociedad y el mundo de la cultura, en el marco de un proceso de sustitución evolutiva del orden de valores conforme a los cuales se entendían las relaciones de convivencia y se estructuraba la sociedad en el período altomedieval. La expansión económica que se produce desde mediados del siglo X y el desarrollo del comercio rompen las estructuras sociales y originan el nacimiento de la burguesía y de las ciudades, que se convierten en centros económicos y culturales a los que se traslada la vida política; estas transformaciones reper-

7 A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano 1982, con amplia bibliografía.

8 P. KOSCHAKER, *Europa*, cit., pone especialmente de relieve la importancia del componente jurisprudencial en la difusión de la cultura jurídica romanística; sobre esa misma cuestión, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*, en SDHI, LXI, 1995, P. 657 SS.

cuten en un cambio de orientación en la enseñanza, que deja de ser clerical y se seculariza. Los centros de estudios universitarios responden a ese movimiento, y suponen la apertura del acceso a la cultura para la burguesía, que encuentra por ese cauce una proyección en cuanto a su influencia social y política. La enseñanza se orienta hacia el ejercicio de profesiones y actividades seculares, entre las que alcanza una notable proyección la profesión jurídica. La Universidad⁹ es el centro en el que el profesional del derecho recibe una formación específica, dentro de un marco organizado de materias de estudio, que proporcionan el caudal de conocimientos precisos para la obtención de una titulación acreditativa de los mismos¹⁰.

Los juristas se encuentran, así, en el origen del nuevo derecho¹¹ y el problema que se plantean desde un primer momento es cómo introducirlo en la práctica. Ciertamente, favorecía ese objetivo la recuperación de la idea cultural de Roma, pero los juristas buscan, además, otras fundamentaciones legitimadoras en la ideología de su época; tal sentido hay que atribuir a la sacralización de los textos normativos romano-justinianos por parte de la escuela de los Glosadores¹², que utilizan también el soporte político del Sacro Imperio para legitimar la incorporación del derecho romano-justiniano como ordenamiento jurídico común a los diferentes territorios sobre los que el emperador germánico habría heredado una potestad legislativa general en cuanto sucesor de Justiniano¹³. Tal propuesta resultaba políticamente irrealizable y también la pretensión de situar en un primer plano a ese *ius commune* en la jerarquía de las fuentes, colocando en posición subordinada a la pluralidad de derechos locales y territoriales existentes¹⁴.

No puede desconocerse, desde luego, la relevancia que en la sociedad de la época desempeñó la fundamentación ideológica en sus diferentes aspectos para propiciar la incorporación del derecho romano-justiniano como normatividad aplicable en la práctica por parte de los juristas de formación universitaria, pero, sin duda, tuvo una mayor trascendencia el hecho de la adopción de la cultura jurídica romanista por parte de la Iglesia Católica Romana. Poco tiempo después del momento histórico-cultural en que se produce la comprensión y plena asimilación científica del derecho romano-justiniano, elabora Graciano, hacia 1140, también de Bolonia, una colección sistemáticamente ordenada de fuentes del derecho canónico con fines docentes (*Decretum Gratiani*). La obra de Graciano, a la que se añadió en 1234 una colección de decretales promulgadas por Gregorio IX, constituyó la base de la consideración autónoma del derecho canónico como disciplina jurídica, y fue introducida como tal en la enseñanza universitaria¹⁵. No sólo la idea del derecho, sino también buena parte de la terminología y el aparato conceptual romanístico es tomado por los canonistas en la construcción del nuevo derecho canónico, que en sus exposiciones utilizan las formas y géneros literarios empleados por los glosadores en el derecho civil¹⁶.

9 M. BELLOMO, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Catania 1979.

10 H. COING, *L'insegnamento del diritto nell'Europa de l'Ancien Régime*, en *Studi Senesi*, 82 (1970), p. 179 ss.; *Id. Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, 1973, p.39 ss.

11 L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 97.

12 Las leyes romanas son calificadas como *donum Dei* y de *sacratissimae leges*; se afirma de ellas que *sunt divinitus per ora Principum promulgatae*, y que en ellas *Spiritus Sanctum locutum fuisse credendum est*; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p. 186.

13 L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 97.

14 Sobre el pluralismo político y jurídico medieval, M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed età moderna*, Catania 1977; bibliografía general en A. CAVANNA, *Storia*, cit., p. 620 ss.

15 Bibliografía en *Studia Gratiana*, I-XX, Città di Castello 1953-Roma, 1976.

La incorporación de elementos culturales del derecho civil al canónico vino favorecida por la ampliación del fuero competencial de la Iglesia dentro de la organización jurídico-social. La atracción competencial se produce primero en el plano sustantivo, al recabar para sí la Iglesia el establecimiento de su propia normatividad en la regulación de los bienes de titularidad eclesiástica, pero, sobre todo, y con carácter exclusivo, en materia de matrimonio. La dirección expansiva del derecho de la Iglesia experimentó todavía una mayor dimensión a través de la posición privilegiada que obtiene la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, derivada del reconocimiento de su competencia cuando interviene como parte de un proceso alguien que tenga la condición de clérigo, aunque la materia sea de naturaleza secular, tanto civil como penal. Por otro lado, la mayor confianza social en esa jurisdicción determinó también la atracción a la misma del conocimiento de controversias de derecho civil, a iniciativa de las partes, lo que permitió a aquella jurisdicción y a la doctrina procesal canónica arbitrar diferentes mecanismos para ampliar su campo competencial¹⁷.

El proceso constructivo del derecho canónico, en un período histórico presidido por un código ético-social común, que la Iglesia de Roma representaba institucionalmente, determinó también un cambio interno en el derecho civil construido por los glosadores. Entre los elementos transformadores que el derecho canónico introduce en el civil se encuentra una nueva dimensión ética que éste recibe, por influencia de los conceptos morales que utiliza el derecho canónico y que pueden concretarse en el concepto medieval de la *aequitas* canónica como criterio interpretativo superador del formalismo jurídico¹⁸.

Durante el siglo XIII se produce en el pensamiento científico la armonización entre el derecho civil y el canónico, que se plasma en la expresión *utrumque ius* para designar el conjunto normativo constituido por ambos derechos, que representan la tradición jurídica romano-canónica, y que constituye en la Baja Edad Media el derecho común que se difunde como cultura jurídica fundamental en el conjunto de los pueblos europeos. La originaria separación entre ambos bloques normativos se resuelve ahora, tanto doctrinalmente como en la práctica, en la formulación del principio de subsidiariedad recíproca en las jurisdicciones eclesiástica y secular¹⁹.

Desde el punto de vista del derecho privado, los nuevos planteamientos teóricos que permiten establecer una síntesis armónica entre los derechos civil y canónico, así como la relación entre el derecho común y el derecho propio, fueron debidos a la doctrina de los Comentaristas²⁰, juristas vinculados también a la escuela de Bolonia, que desde principios del siglo XIV comienzan a utilizar en la enseñanza y en las exposiciones doctrinales de ella derivadas un género literario que sustituye al de los Glosadores, aunque supone un desarrollo de la metodología escolástica por ellos utilizada. Los

16 G. LE BRAS, *Naissance et croissance du droit privé de l'Église*, en *Études offertes à P.PETOT*, Paris 1950, p. 329 ss.; *Id.*, *L'Église médiévale au service du droit romain*, en RHD, 44, 1966, p. 193 ss.; P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1274)*, Paris 1964, J. GAUDEMET, *Droit canonique et droit romain*, en *Studia Gratiana IX*, 1966, p. 45 ss.; U. NICOLINI, *Diritto romano e diritto canonico elementi fondamentali della civiltà europea*, en *JUS*, XXV, 1978.

17 W. TRUSEN, *Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche*, en *Handbuch PRG*, I, p.467 ss.; VAN CAE-NEGEN, *History of European Civil Procedure*, Tübingen, 1973, p. 16 ss.

18 P.G.CARON, *I fondamenti romanistici del concetto di "aequitas" nella dottrina di Graciano e dei decretisti*, en *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano 1971, p. 1 ss.; *Id.* "Aequitas" romana, "Misericordia" patristica, "Epicheia" aristotelica nella dottrina dell'Aequitas canonica (delle origini al Rinascimento), Milano 1971.

19 G. DOLEZALEK, *Ius utrumque*, en HRG, II, 10, 1973, col. 502 ss.; G. CASANDRO, *Lezioni di diritto comune*, Napoli 1974, p. 254 ss.

20 P. KOSCHAKER, *Europa*, cit., p. 153 ss.; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli 1976, p. 43 ss.

Comentaristas parten inicialmente de los textos normativos romano-justinianeos, pero asumen la realidad jurídica en su conjunto, prestando atención a los demás derechos concurrentes, a los que aplican el tratamiento metodológico-interpretativo empleado en el *Corpus Iuris*; como resultado de la comprensión de conjunto del orden jurídico, esta corriente doctrinal lleva a cabo una amplia elaboración sistemática de materias jurídicas, integrando elementos procedentes de diferentes bloques normativos y construyendo por vía de interpretación nuevas instituciones jurídicas, en un proceso que toma como punto de referencia la práctica del derecho y los problemas presentes en la realidad social. Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) y su discípulo Baldo de Ubaldo (1327-1400) son dos de las figuras más representativas de esta corriente jurídico-doctrinal, que adoptan también los canonistas, entre quienes destaca Juan de Andrés (1270-1348).

Las obras de los Comentaristas, y en especial las de Bártolo, constituyen, juntamente con la Glosa de Acurcio, los cauces de penetración y difusión de la cultura jurídica de tradición romanística en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho. La nueva actitud metodológica de los Comentaristas y la estructura que éstos imprimen al orden jurídico, formado por el conjunto de elementos y bloques normativos presentes en la realidad social, responde a las exigencias de las transformaciones político-culturales que operan desde el siglo XIII. Ante todo, la consolidación política de la Iglesia de Roma frente al Imperio romano-germánico y las nacientes monarquías nacionales, situadas igualmente en antagonismo político con aquél; la crisis política del Imperio contribuía, por lo demás, a afianzar la soberanía de las entidades nacionales y territoriales que en él se mantenían, y favoreció la desvinculación de otras.

La cultura jurídica que genera el derecho común romano-canónico promueve también una renovación en diferentes aspectos de la ordenación jurídico-social. Especial relevancia tuvo la formación en este período del modelo de proceso romano-canónico²¹, que nace en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica y resulta después imitado por las jurisdicciones seculares. Este modelo de proceso se construye a partir de los elementos de ordenación procesal romano-justiniana, pero la legislación eclesiástica y la doctrina canónica introducen en el mismo importantes innovaciones. En el proceso romano-canónico prevalece la escritura frente a la oralidad del proceso germánico; por otra parte, la función judicial aparece vinculada rígidamente a las formas de los actos procesales y la materia probatoria se encuentra también sometida a la regulación legal. El procedimiento reviste un carácter técnico, y se presenta como una serie sucesiva de actos ordenados hacia la decisión judicial.

La tecnificación del derecho y de la administración de justicia convierte a la profesión jurídica en un grupo social de intermediación necesaria en la vida jurídica²², y al derecho en una parte de la ordenación social administrada autónomamente por los juristas. Este resultado se fortalece a medida que se profesionaliza también la función judicial, con la creación de órganos jurisdiccionales integrados por miembros cualificados por su formación jurídica, al mismo tiempo que se organiza la administración de justicia y se instauran tribunales superiores que pueden generar una jurisprudencia uniformadora del orden jurídico en un determinado espacio político-territorial. La progresiva profesionalización de la función judicial recibe un fuerte impulso a partir de la creación por Juan XXII, a principios del siglo XIV, del tribunal de la Rota Romana, integrado por juristas; ello generó un movimiento de imitación en los diferentes Estados europeos, al

21 SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano 1927; K.W.NÓR, *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, en Handbuch PRG, I, p.383 ss.

22 CH. LEFEBVRE, *Juges et savants en Europe (XIII-XVI siècle)*, I, 1966, p.77 ss.; M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 302 ss.

que no son ajenos los profesionales del derecho, que promueven igualmente reformas en el procedimiento judicial inspiradas en el proceso romano-canónico²³.

A la doctrina científica de los Comentaristas se debe igualmente el primer desarrollo del derecho comercial. Su nacimiento se encuentra relacionado con el carácter corporativo que asume la profesión mercantil, que se dota de una propia ordenación jurídica de la que resultan nuevas y específicas instituciones y un régimen contractual caracterizado por la libertad de formas. El cauce para el afianzamiento de este derecho (*ius mercatorium o lex mercatoria*) es una jurisdicción especial que funciona al amparo de las corporaciones de comerciantes; las dimensiones extraterritoriales propias de las relaciones mercantiles dotan a este derecho, vinculado a la tradición jurídica romanística, de una capacidad expansiva europea en los usos de comercio y en las jurisdicciones de los tribunales mercantiles²⁴.

La dimensión transnacional de la cultura jurídica del *ius commune* conduce a su adaptación diferenciada en los espacios político-territoriales en que opera. Desde el plano de su legitimación puramente cultural tuvo especial relevancia la superación por los juristas franceses de la vía política de legitimación como derecho del Imperio romano-germánico que había sido construida por la doctrina de los Glosadores.

La dirección científica de la escuela de Bolonia se había difundido tempranamente en los centros universitarios de Montpellier y Orleáns, y merced a la influencia de los *legum doctores* y *iurisperiti* se va produciendo el afianzamiento de la positividad del derecho romano en la práctica negocial y forense; ello ocurre con fluidez en los territorios meridionales, en donde se había conservado una tradición de derecho romano vulgar (*pays de droit écrit*), y con mayores dificultades en los septentrionales, de tradición sólo consuetudinaria (*pays de droit coutumier*), resultando decisivo en ese proceso expansivo la difusión de la enseñanza universitaria en la formación de los juristas prácticos²⁵. Sin embargo, ya desde este primer momento aparecen algunos factores culturales y políticos que imprimirán una particular orientación a la actitud con que en Francia se recibe la influencia romanística.

Desde el plano de la ciencia jurídica, cerca de mediados del siglo XII se perfila en Orleáns una orientación autónoma, que toma el derecho romano como punto de partida para construcciones jurídicas propias, distanciándose, por tanto, de la línea metódica de la Glosa y anticipando la dirección posteriormente desarrollada por la escuela de los Comentaristas italianos²⁶. Orleáns, situada en un territorio de *droit coutumier*, era un centro de estudios para el clero, y esa condición tenían también quienes allí enseñaban derecho romano y canónico. La posición de influencia que el sector eclesiástico docto ocupaba en la *Curia regis* había propiciado la introducción del proceso romano-canónico, tanto en la jurisdicción eclesiástica como en la civil, y es en este cauce jurisdiccional en donde comienza a formarse una cultura jurídica que toma en consideración el *droit coutumier* y los principios jurídicos del derecho romano.

23 S.MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*, Milano 1951; G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, Paris-Louvain, 1956-1970.

24 F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1976; K.O. SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, en *Handbuc PRG*, II, p. 797 ss.

25 C.G.MOR, *L' introduction du droit de Justinien en France*, en *Recueil Mémoires et Travaux Montpellier*, III, 1955, p.47 ss., A. GOURIN, *Enseignement du droit, légistes et canonistes dans le Midi de la France à la fin du XIII et au début du XIV siècle*, eod., V, 1966, p. 26 ss.

26 E.M.MEIJERS, *L' Université d'Orléans au XIII siècle*, en *Études d'Histoire du droit*, Leiden 1959, p. 3 ss.; B. PARADISI, *La scuola di Orleáns. Un'epoca nuova nel pensiero giuridico*, en *SDHI*, XXVI, 1960, p. 347 ss.; V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli 1979, p. 131 ss.

La introducción en Francia de la cultura jurídica romanística fue obra, por tanto, de canonistas y legistas, pertenecientes éstos en su mayor parte a la burguesía, y en alianza ambos sectores con la política de la Monarquía; como clase profesional despliegan su actividad en la abogacía y desplazan progresivamente a los no juristas en los tribunales de justicia, adquiriendo en tal sentido una especial relevancia ya en el siglo XIV el Parlamento de París; por su vinculación a la práctica, conocen también el *droit coutumier*, que se aplica preferentemente en los medios forenses²⁷.

La penetración del derecho romano en Francia planteó, sin embargo, un importante problema político a la Corona, que había comenzado a asumir tempranamente en el orden interno la representación institucionalizada de la soberanía nacional, situándose en su proyección externa frente al Imperio germánico, en alianza con el Papado. La aceptación formal como vigente de un derecho que procedía de ese ámbito comportaba el riesgo de ser interpretado el hecho como una subordinación política, pero un rechazo tampoco resultaba posible, puesto que a él eran favorables los juristas franceses. De ellos procede la fórmula²⁸ que permitió la resolución del problema, tanto en el plano de la potestad real (*rex imperator in regno suo*) como en la razón de la vigencia del derecho romano (*non ratione imperi sed imperio rationis*). La antigua diferenciación establecida entre *pays de droit écrit* y *pays de droit coutumier* tiende progresivamente a atenuarse; es verdad que en los primeros se reconoce al derecho romano-justiniano la condición de *ius commune* respecto al *droit coutumier* (*iura propria*), mientras que en los segundos tan sólo valor de *ratio scripta*, pero en la práctica judicial se acude de igual manera a los criterios normativos romanos, variando, naturalmente, su ámbito expansivo a tenor del grado de vigencia del *droit coutumier*, que, por lo demás, tiende a ser interpretado con el auxilio de las categorías jurídicas romanistas.

En el plano político, sin embargo, se afirma que el derecho vigente en el reino es de naturaleza consuetudinaria (*regnum nostrum consuetudine moribusque praecipue, non iure scripto regitur*), lo que también alcanza a los territorios meridionales, en donde el vigor del derecho romano se entiende permitido como costumbre local. El derecho romano enseñado en los centros universitarios se considera válido como aprendizaje de los principios racionales de justicia y de equidad, así como de las reglas de una refinada técnica jurídica; se admite que el conocimiento de esos principios prepara al jurista para una más recta comprensión de las costumbres en vigor y, a falta de apoyo normativo en éstas o en el derecho regio, pueden aquéllos utilizarse también en la práctica judicial.

Se trata, en definitiva, de la aceptación normativa del derecho romano como *ius commune*, en virtud de una legitimación cultural del mismo, que permite un distanciamiento político preventivo frente al carácter de ordenamiento jurídico común con que operaba en los territorios del Imperio germánico.

27 J.M.SHEMAN, *The Parliament of Paris*, Ithaca, N.J., 1968, J. FAVIER, *Les légistes et le gouvernement de Philippe le Bel*, en *Journal des Savants*, 1969.

28 A. BOSSUAT, *La formule "le roi est empereur en son royaume"*, *Son emploi au XV siècle devant le Parlement de Paris*, en *RH*, XXIX, 1961, p. 371 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta*, Frankfurt, 1981.

2. CONFIGURACIÓN ESPACIAL DEL ORDEN JURÍDICO POR EL NACIONALISMO POLÍTICO

La cultura jurídica del *ius commune* tiene carácter doctrinal y dimensión transnacional. Al utilizar como referente constructivo la normatividad contenida en el *Corpus Iuris*, la *interpretatio* realizada por los juristas tiene un carácter derivado y está destinada a facilitar a los jueces los criterios normativos para la fundamentación jurídica de las sentencias. Este factor original, juntamente con la organización tardía de jurisdicciones centralizadas por parte de las organizaciones políticas en el continente europeo, contribuyó a mantener la primacía de la doctrina científica y después de la legislación en la estructura de los ordenamientos jurídicos²⁹. Distintos factores históricos contribuyeron a generar un diferente modelo en Inglaterra, en donde nace y se afirma un derecho común de carácter nacional en oposición al *ius commune* de base romanística.

La preeminencia de la posición del juez en relación con el derecho en la tradición jurídica del *Common Law* tiene su origen en la política de la monarquía normanda, que trató de afianzar el poder real sobre las jurisdicciones locales y territoriales mediante la creación de una jurisdicción al amparo de la Corona³⁰. La jurisdicción real nace como parte de las funciones generales de administración de la *Curia regis* (*King's Council*), de la que se derivan después órganos jurisdiccionales especializados, que asumen progresivamente nuevas competencias, al mismo tiempo que se consolida la supremacía de los tribunales reales; el alcance de la jurisdicción real al conjunto del territorio se asegura primero mediante jueces itinerantes (*itinerants justices*), dotados de competencia y autoridad sobre las jurisdicciones territoriales y locales, hasta que se asientan completamente en Westminster las cortes de justicia, con jurisdicción en toda Inglaterra, a partir del siglo XIII, en tiempos de Enrique III (1216-1272).

El progresivo desplazamiento de las jurisdicciones locales y territoriales se produjo por el uso de la práctica de la nueva jurisdicción real de avocar el conocimiento de cualquier asunto que se encontrara pendiente ante aquellas jurisdicciones; la intervención de la jurisdicción real se produce por iniciativa de la parte interesada, tras haber planteado la controversia ante el tribunal competente por el territorio, al que se dirige la orden (*Writ*) de transferir la causa al tribunal de la Corona³¹.

El derecho inglés adquiere, así, desde sus orígenes, una naturaleza esencialmente procesal; la tutela de los derechos aparece como resultado de su cobertura por una fórmula procesal reconocida (*remedies precede rights*), de manera que el conjunto del orden jurídico se presenta como un sistema de acciones (*actions*), de modo similar al derecho romano clásico³². El progreso del *Common Law* se encuentra vinculado a la introducción de nuevos tipos de acciones procesales y a la ampliación del ámbito de aplicación de las ya reconocidas, por vía de interpretación de la jurisprudencia judicial.

Al apoyarse la intervención de la jurisdicción real en la iniciativa de los particulares, sustrayendo la causa a los tribunales ordinarios, esa jurisdicción se desarrolla con

29 A. CAVANNA, *Storia*, cit., p.116 ss. Y 168 ss.

30 A. HARDING, *The Law Courts of Medieval England*, New York 1973; G.W. KEETON, *English Law. The Judicial Contribution*, Newton Abbot 1974.

31 A.K. KIRALFY, *The Action on the Case. An historical Survey*, London 1951; R. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1973.

32 Sobre el paralelismo entre el derecho inglés y el derecho romano clásico, W.W. BUCKLAND-A.O. Mc NAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge 1952; P. STEIN, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. Inaugural Lecture*, Cambridge 1969

un apoyo social, que se acrecienta por la mayor efectividad de que aparece dotada la administración de justicia y por el carácter racional del sistema probatorio y el mayor grado de confianza que genera la objetividad derivada de una jurisdicción que opera con un sentido técnico de la aplicación del derecho.

El carácter técnico-procesal que adopta el derecho inglés que nace al amparo de la jurisdicción de los tribunales genera desde muy pronto la formación de la profesión jurídica (*legal profesión*), en la doble manifestación de la misma como función judicial y de asesoramiento y representación en el proceso; esta última actividad se encuentra ya introducida a fines del siglo XII, pero durante el siglo XIII se desarrollan como diferenciadas la figura del representante para la preparación y actuación en actos procesales (*attorney*) y el experto en derecho que presenta la causa ante el tribunal (*narrator*); en tiempos de Eduardo I (1272-1307) ambas profesiones se encuentran ya organizadas, y asumen también la preparación de los futuros profesionales; por otra parte, desde Enrique III (1216-1272) se inicia la práctica de la designación de los jueces de entre los pertenecientes al sector más prestigioso de la abogacía. La comunidad profesional entre el estamento judicial y el de la abogacía constituye uno de los factores fundamentales para la consolidación corporativa del *Common Law*, y en igual medida contribuyó a ello la exclusión de la Universidad como centro de formación de la profesión jurídica³³.

La tecnificación de la administración de justicia, la organización corporativa de la profesión jurídica, el común origen corporativo de jueces y abogados, así como el control también corporativo del acceso a aquella profesión fueron factores estructurales internos que hicieron posible la configuración del *Common Law* como un derecho judicial, de origen y desarrollo autónomo. Desde el punto de vista político contribuyó a ello el hecho de que, aunque los tribunales reales y la profesión jurídica hubiesen nacido al amparo de la Corona, pudieron consolidarse como una organización independiente, que administraba un derecho de origen consuetudinario y, por tanto, no formulado a través de la potestad legislativa del monarca, pero tampoco deducido a partir del desarrollo interpretativo de un cuerpo normativo como era el *Corpus Iuris* para el *ius commune*.

La fundamentación consuetudinaria del *Common Law* sitúa al juez en posición de necesario intérprete de esa normatividad, que resulta evidenciada por vía declarativa en la sentencia judicial que resuelve un caso concreto; en la medida en que con ello se establece el derecho objetivo, nace también en la práctica forense la tendencia a la utilización de los casos anteriormente resueltos como precedentes (*precedents*) para la decisión de otros que contengan los mismos elementos.

En contraposición al concepto de derecho común de tradición romanística, que se desarrolla en el continente europeo como derecho subsidiario, el *Common Law* se presenta con el significado político de derecho de aplicación general y con la pretensión de desplazar a los derechos locales, aunque su propia denominación presupone la existencia de éstos. Se trata, pues, de una temprana manifestación del fenómeno de formación de los derechos nacionales, que en el continente europeo nacen de la integración de los elementos del propio derecho con la cultura jurídica común representada por el derecho romano-canónico. Aunque en menor medida, esta cultura jurídica influye también en la formación del derecho inglés, si bien éste no llegó a vincularse estructuralmente a la misma.

Más que a la escasa romanización, fue debido a la influencia de la cristianización de las Islas Británicas el establecimiento de un cauce de comunicación con la cul-

33 P. Koschaker, *Europa*, cit., p. 296 ss y 366 ss.; G. W. KEETON, *English Law*, cit. p.88 ss.

tura latina³⁴; posteriormente, la conquista normanda³⁵ introdujo en Inglaterra elementos de cultura continental, entre ellos componentes de derecho romano-vulgar y, sobre todo, de derecho canónico. La influencia cultural del renacimiento jurídico iniciado en Bolonia se hace presente en torno al año 1139 con el italiano Vacario, que funda en Oxford una escuela de derecho romano; la favorable acogida de las enseñanzas de Vacario tropezó, sin embargo, con una fuerte oposición política, que no logró, pese a todo, el desplazamiento del estudio del derecho romano en los principales centros universitarios de Inglaterra.

Fruto de esta penetración intelectual fue su presencia en la producción literaria de los siglos XII y XIII, que ofrece un primer intento de ordenación del derecho judicial inglés utilizando la expresión técnica y conceptual romanista³⁶. Por todo ello, el cuerpo normativo que sirve de referencia originaria para la formación del *Common Law* puede considerarse constituido por un conjunto de elementos consuetudinarios anglosajones y normandos a los que se superponen otros tomados de la tradición jurídica romano-canónica; de este conjunto se extraen las *rationes decidendi* en las que se apoyan las sentencias judiciales en el marco procesal de las acciones utilizables ante los tribunales de la Corona. A través de la estructura procesal comenzarán a penetrar también en el derecho inglés un nuevo conjunto de principios y elementos normativos, vinculados a la tradición jurídica romano-canónica, al amparo de la jurisdicción del Tribunal del Canciller real (*Court of Chancery*), que se configura a lo largo del siglo XIV como instancia judicial correctora del formalismo de los tribunales del *Common Law*, y por la que discurre la renovación del derecho inglés en ese período³⁷.

Aunque la tradición jurídica romano-canónica opera como referente no expreso de la normatividad que sirve de guía a la formación del nuevo sistema, especialmente en su período originario, no se produce tampoco por esta vía una recepción conceptual del derecho romano-canónico; la influencia de éste opera en el plano de los principios que sirven de fundamento a las *rationes decidendi* de las decisiones judiciales, de acuerdo con la estructura general del derecho judicial inglés.

La relación de la *Equity* con los principios y doctrinas que inspiran la tradición jurídica romano-canónica determinó la aparición de un grupo de profesionales del derecho de formación distinta a los que actuaban ante los tribunales del *Common Law*; éstos recibían su formación en los *Inns of Court*, en tanto aquéllos la procuraban en la Universidad, en donde se enseñaba derecho romano y canónico. Distinto era también el procedimiento ante ambas jurisdicciones: la *Equity* incorpora, en efecto, el proceso canónico continental, de carácter escrito y secreto, frente a la oralidad y la publicidad del procedimiento del *Common Law*³⁸.

La rivalidad entre los sectores de la profesión jurídica relacionados con las dos jurisdicciones que nacen en el Medievo al amparo de la Corona constituirá uno de los elementos de la tensión político-cultural que precede a la forma que adoptará el dere-

34 CH. THOMAS, *Britain and Ireland in Early Christian Times, A.D. 400-800*, London 1971.

35 J.L. PATOUREL, *The Norman Colonization of Britain, en I normani e la loro espansione in Europa nell'alto Medioevo, Atti Settimane Studio Centro It. Studi sull'alto Medioevo*, XVI, Spoleto 1967, p. 299 ss.

36 P. KOSCHAKER, *Europa*, cit., p.364 ss.; S. E. THORNE, *Bracton on the Law and Customs of England*, I-II, Cambridge Mass. 1968; P. STEIN, *Vacarius and the Civil Law, en Church and Government in the Middle Ages. Essays presented to C. R. CHENEY*, Cambridge 1976, p. 119 ss.

37 H. POTTER, *Introduction to the History of Equity and its Courts*, London 1931.

38 S. E. THORNE, *Le droit canonique en Angleterre*, en *RHD*, XIII, 1934, P. 499 SS., H.COING, *English Equity and the Common Law*, en *LQR*, 71, 1955, P. 238 ss. ; R. VAN CAENEGEN, *L'histoire du droit et la chronologie. Réflexions sur la formation du Common Law et la procédure romano-canonique*, en *Études d'histoire de droit canoniques dédiées à G. LE BRAS*, II, Paris 1965, p. 1459 ss.

cho inglés en la Edad Moderna. En la asimilación de los elementos innovadores de la *Equity* en concordancia con el espíritu del *Common Law* se afirmará la continuidad histórica del derecho inglés, que mantuvo su estructura judicial frente a la tendencia continental a la adopción del modelo de ordenación jurídica codificada; tales diferentes resultados son también consecuencia de factores político-culturales que condicionan el desarrollo de la historia jurídica europea.

Aunque la expresión derecho común (*common law*) hacía referencia en el Medioevo en Inglaterra al derecho propio del reino y de aplicación general, sólo en la Edad Moderna adquiere aquel significante una dimensión espacial de carácter nacional. Ocurre ello con ocasión del conflicto jurisdiccional entre el *Common Law* y la *Equity*, y el desenlace de los acontecimientos políticos que concluyen con la victoria del Parlamento en la revolución de 1688, que sanciona la supremacía del *Common Law*, cuyos juristas se habían aliado con la causa del Parlamento en su lucha contra las tendencias absolutistas de la Corona.

El antagonismo entre los miembros de la profesión jurídica (*legal profesión*) vinculados a ambas jurisdicciones se agrava en el siglo XVI a causa del favor dispensado por la monarquía a la *Court of Chancery* y a la formación romanista de los juristas, que recibe un fuerte impulso con Enrique VIII (1509-1547); éste crea en las Universidades de Oxford y Cambridge un cuerpo de *regii professores* que enseñan derecho romano en la forma dada al mismo por los comentaristas italianos³⁹.

La crisis del sistema jurisdiccional se plantea en el siglo XVII en términos de enfrentamiento entre una concepción de la administración de justicia como dependiente del monarca y la tradicional configuración de la autonomía corporativa de los tribunales de la Corona; la primera está representada por la jurisdicción de la *Equity* en materias civiles y la *Star Chamber* en asuntos penales, mientras que la segunda lo está por la jurisdicción de los tribunales del *Common Law*.

La causa defendida por los juristas del *Common Law* se identificaba políticamente con la supremacía de la tradición jurídica nacional, de la que formaba parte la idea de la soberanía limitada del monarca, sujeto él mismo al derecho y necesitado del concurso del Parlamento para que aquél pudiera ser modificado por vía legislativa, de esa tradición jurídica, compartida en la cultura europea en el período bajo-medieval, formaba parte también la idea de que el derecho era una técnica de adaptación del orden jurídico general al caso concreto, lo que constituía una autónoma competencia de los juristas. Desde estos supuestos, y en el ambiente conflictivo entre el Parlamento y la Corona, se formula por parte de los juristas del *Common Law* la doctrina de la supremacía del derecho, que quedó incorporada al modelo constitucional nacido tras la revolución de 1688 como subordinación del Estado al derecho, si bien ese mismo acontecimiento político sanciona el principio de la soberanía del Parlamento en el ejercicio de la potestad legislativa, a la que el poder judicial se encuentra subordinado⁴⁰.

Desde el punto de vista de la relación del ciudadano con el derecho, el fortalecimiento del *Common Law* en pugna con el absolutismo imprimió al orden jurídico y a la organización judicial un sentido de baluarte defensivo del individuo frente a los abusos de los poderes públicos, contribuyendo así a reforzar la posición de poder autóno-

39 A. ALBERTI, *Scuole italiane e giuristi italiani nello sviluppo storico del diritto inglese. Contributo alla storia della penetrazione del diritto romano in Inghilterra*, Bologna 1937; G.R. ELTON, *The Tudor Revolution in Government. Administrative Changes in the Reign of Henry VIII*, Cambridge 1959; A.G.R. Smith, *The Government of Elizabeth an England*, London 1967.

40 CH. Mc ILWAIN, *The English Common Law, Barrier against Absolutism*, en *American Historical Review*, 49, 1943; J. W. ALLEN, *English Political Thought, 1603-1644*, Connecticut 1967; CH. HILL, *Le origini intellettuali della rivoluzione inglese*, tr. It., Bologna 1976.

mo de la magistratura, que se afianza con el reconocimiento de la inamovilidad de los jueces (año 1689). La consolidación política del *Common Law* determinó, por otra parte, una tendencia expansiva del mismo, de la que constituye una importante manifestación en la segunda mitad del siglo XVIII la absorción de la antigua jurisdicción mercantil, resultando así la unificación del derecho civil y mercantil en el sistema del *Common Law*.

La configuración espacial del orden jurídico y de la propia cultura jurídica que se produce en la vida histórica inglesa presenta inicialmente un marcado carácter de afirmación de la propia identidad nacional en el plano jurídico y, por ello, oposición a su posible absorción por la cultura jurídica vinculada al derecho común romano-canónico, del que, sin embargo, recibe y acoge influencias; sin embargo, la politización del conflicto jurisdiccional en torno a la consideración del derecho y de la organización judicial como autónomos vino a situar en un nuevo plano algunos valores que se afirman progresivamente como constitutivos del derecho público de la Edad Moderna, que tienden a suscitar una adopción imitativa en el curso del devenir histórico, que les tenía reservada una vocación universal y una posición fundamental como constitutivos de un *ius publicum commune*.

El proceso de estatalización espacial del orden jurídico se desarrolla tempranamente en Francia desde una subyacente ideología nacionalista que adopta una posición beligerante contra la penetración normativa de la cultura jurídica del *ius commune*.

En continuidad con la oficialización del *droit coutumier* como derecho nacional, la Corona impulsa desde comienzos del siglo XIII sus primeras consolidaciones, que reciben un fuerte impulso desde mediados del siglo XV con el inicio de la redacción escrita de las *coutumes*⁴¹. A pesar de la crisis social, política y religiosa del siglo XVI francés, se aceleran en esa época los trabajos de redacción del *droit coutumier*, que quedan prácticamente concluidos a fines de siglo, aunque todavía en el siguiente se acometen otras redacciones y la reforma de algunas de las anteriores⁴². Una serie de hechos con relevancia jurídico-cultural y política se producen en el curso del proceso de redacción del *droit coutumier*, que tienden a acentuar la dirección de los acontecimientos conducentes hacia la configuración del orden jurídico como unitario en el conjunto del territorio y a desplazar hacia la legalidad estatal la estructura normativa del mismo, en pugna con la primacía de la *interpretatio* judicial y doctrinal propia del *ius commune*.

El creciente malestar social por el desorden, confusión y multiplicidad de los componentes de la normatividad se exterioriza en diversas reuniones de la Asamblea de los Estados Generales, que postulan la elaboración de un texto único del conjunto del derecho del reino⁴³. El compromiso político-cultural de un amplio sector de los juristas franceses de formación romano-canónica con el derecho nacional se aprecia en la atención prestada al mismo por la doctrina científica⁴⁴, a la que se debe la creación intelectual de la idea de un *droit commun coutumier*. En un plano teórico-constructivo, se pre-

41 J.P. Dawson, *The Codification of the Customs*, en *Michigan Law Review*, 1940, p. 75 ss.; R. FILHOL, *La rédaction des coutumes en France au XV e XVI siècles*, en *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles 1962, p.62 ss.; P. CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia* (sec. XIII-XVI), Milano 1969.

42 R. FILHOL, *Le premier Président Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris 1937.

43 J. GAUDEMET, *Les tendances à l'unification du droit en France dans les dernières siècles de l'Ancien Régime* (XVI-XVIII), en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*. Firenze 1977, I, p. 265 ss.

44 E. MEYNIAL, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution*, en *Revue Générale du droit*, 27, 1903, p. 326 ss.

tende imprimir al orden jurídico una nueva orientación en cuanto al contenido, desplazando al derecho romano como *ius commune*; sin embargo, lo cierto era que el *droit coutumier* resultaba históricamente tributario de la normatividad romanística por varios motivos: ante todo, debido a la positivización producida en el período bajo-medieval, pero, además, a causa de la intensa romanización que experimentó el *droit coutumier* con ocasión de la redacción de las *coutumes*; por otro lado, éstas sólo parcialmente cubrían el campo de las relaciones de derecho privado, y en la *interpretatio* forense resultaba siempre necesario acudir al derecho romano⁴⁵.

La discusión que se plantea en el siglo XVI acerca de si debía considerarse derecho común de Francia el derecho romano o el denominado *droit commun coutumier* tiene, en realidad, una dimensión político-cultural⁴⁶. Quienes niegan al derecho romano la condición de *ius commune* le reconocen el valor de *ratio scripta* como justificación de su utilización en la práctica forense, sencillamente porque ésta no estaba en condiciones de poder prescindir del mismo. Ese era, sin embargo, el objetivo, que recibe un primer impulso intelectual desde los propios cultivadores del derecho romano que operan con la formación jurídico-cultural y la metodología bartolista; se trata, pues, de un cambio de posición entre los propios legistas, que en el período anterior habían propiciado la introducción en Francia de la cultura jurídica romanística; la exaltación del derecho nacional conducía a desplazar al derecho romano a un ámbito puramente cultural y científico, en un nuevo sentido de su valor como *ratio scripta*, y a dotar de plena autonomía a un emergente derecho nacional francés⁴⁷.

La politización con que nace el cultivo del *droit coutumier* en la doctrina científica, con el consiguiente anti-romanismo en el plano de la positividad, está influido también por el clima revolucionario que atraviesa la sociedad francesa en el siglo XVI. El derecho romano que se había introducido en Francia en el período bajo-medieval, y su posición de *ius commune* en conjunción con el derecho canónico, es percibido ahora por algunos sectores intelectuales como un símbolo del conservadurismo absolutista de la Corona y de su política centralizadora, así como soporte de los intereses políticos, religiosos y económicos que apoyaban a la Monarquía⁴⁸; frente a ello, el *droit coutumier* se presenta como un ideal de un ordenamiento jurídico-político de la sociedad francesa fundado en los principios autóctonos del Medievo. Tal planteamiento no se correspondía, en modo alguno, con la realidad, pues había sido precisamente la Corona la que había promovido el *droit coutumier* como elemento de identidad jurídica nacional, pero lo cierto es que durante el turbulento período histórico de las guerras de religión el derecho se convierte en objeto de controversia ideológica y los juristas de la época toman diferentes posiciones⁴⁹.

La exaltación político-intelectual del *droit coutumier* como expresión de la tradición jurídica nacional y el desplazamiento del derecho romano del ámbito de la posi-

45 V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962, p. 61 ss.

46 El carácter político de esta discusión se inicia, al menos con carácter público, con el debate entre LIZET y DE THOU, quienes ocuparon la Presidencia del Parlamento de París; el primero mantenía la posición tradicional, que asignaba al derecho romano en el sistema de fuentes la posición de *ius commune*, en tanto que el segundo, siguiendo los planteamientos de DUMOULIN, asignaba ese lugar al *droit commun coutumier*, atribuyendo, no obstante, al derecho romano valor como *ratio scripta*, vid. V.PIANO MORTARI, *Diritto romano*, cit., p. 61 ss.; V. GUIZZI, *I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1969, P. 4 SS.

47 P.PETOT, *Le droit commun de la France selon les Coutumes*, en *Revue historique de droit français et étranger*, XXXVIII, 1960, p. 412 ss.; V.PIANO MORTARI, *Diritto romano*, cit., p. 55 ss.

48 V. PIANO MORTARI, *Diritto romano*, cit., p. 55 ss.

49 V. DE CAPARARIIS, *Propaganda e pensiero político in Francia durante le guerre di religione*, Napoli 1959, P. 197 SS.

tividad se vio favorecida por influencia del humanismo jurídico, que tuvo un especial florecimiento en los medios romanísticos franceses⁵⁰. El humanismo jurídico, en efecto, no puede ser analizado en Francia desde una simple perspectiva científica y metodológica en relación con el estudio del derecho romano. Es verdad que no llegó a desplazar por completo en el ámbito universitario al *mos italicus*, que cuenta con una serie de figuras importantes, pero no cabe duda de que en el plano de la repercusión pública del pensamiento, el humanismo jurídico domina plenamente el siglo XVI francés frente a la escuela romanística tradicional. Influye en ello el carácter combativo y polémico con que se afirma al definirse como *mos gallicus iura docendique iura*, en lo que es perceptible el propósito de nacionalizar una corriente científica que había nacido, después de todo, en Italia y que contaba con seguidores significados también en el área germánica.

En realidad, el humanismo jurídico francés se nutre de las ideas en relación con el derecho enunciadas en los medios intelectuales del Renacimiento italiano; la singularidad francesa se encuentra, ante todo, en la sensibilidad que suscitó el humanismo jurídico en los ambientes oficiales de los altos funcionarios de la administración real y, al menos en un primer momento, en el sector profesional de los juristas prácticos⁵¹; esto encuentra su motivación, no sólo en la adhesión al espíritu cultural de élite propio del Humanismo, sino también en la relevancia que el humanismo jurídico venía a otorgar, directa o indirectamente, al *droit coutumier*.

Una serie de componentes de la realidad política y cultural de la sociedad francesa del siglo XVI condicionan el desarrollo del humanismo jurídico, desbordando los márgenes de un movimiento que, en principio, tiene un carácter tan sólo científico, con repercusiones en el plano de la docencia del derecho romano; pero el carácter revolucionario de la cultura renacentista⁵² encuentra en los medios jurídico-intelectuales franceses el ambiente para que las nuevas ideas adquieran una dimensión política.

La doctrina que surge en torno al *droit coutumier*, representada por juristas de formación romano-canónica, no podía ni deseaba prescindir de la cultura jurídica romanista, pero comienza a tratar de liberarse de una concepción del derecho romano coincidente con la que operaba en el ámbito del Imperio germánico con valor de derecho positivo, y respecto al cual continuaba viva la memoria histórica de distanciamiento procedente del Medievo. Es evidente que al tratar el derecho romano como un producto histórico se le situaba en un plano distinto y despolitizado; podía ser aceptado, desde luego, como *ratio scripta*, pero resultaba desplazado del sistema de fuentes como *ius commune*, lo que tenía, ciertamente, una concreta expresión en las corrientes de pensamiento jurídico que propugnaban la formación de un *droit commun coutumier* en sustitución del derecho romano como *ius commune*; en el contexto político-cultural europeo tal problemática se plantea en estos momentos exclusivamente en Francia, y en ello toman posición algunos de los más significados cultivadores del humanismo jurídico, afectando inevitablemente al conjunto del movimiento.

La dimensión política de la relación entre el derecho romano y el derecho nacional en el plano de la positividad se proyecta en una hostilidad hacia la doctrina jurídica del período bajo-medieval, en una convergencia de actitudes entre los partidarios del *droit coutumier* y los cultivadores del humanismo jurídico. La posición crítica y verbalmente descalificadora que los humanistas italianos del mundo de las letras habían

50 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, Madrid 2000, XII, p. 69 ss.

51 M. REULER, *L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique au XVI siècle et au début du XVII siècle)*, en *La formazione storica*, cit., p. 281 ss.

52 E. GARIN, *La revolución cultural del Renacimiento*, tr. cast. Barcelona 1984.

dirigido contra glosadores y comentaristas, así como también contra Justiniano y Triboniano, se reproducen entre los cultivadores franceses del humanismo jurídico con una renovada virulencia, y tienen un alcance muy distinto y en nada comparable al que puede encontrarse en otros espacios político-culturales europeos. No se trataba ya de una actitud crítica meramente literaria, sino de un rechazo global intelectualmente encaminado a romper con un aspecto de la tradición jurídico-cultural francesa vinculada a la recepción romanística.

No puede, en modo alguno, minimizarse el efecto ciertamente negativo que tal corriente de opinión, promovida desde medios jurídicos romanistas, tenía que producir en la credibilidad de la utilización de los textos romanos y la doctrina científica del *ius commune* en la práctica forense y en la enseñanza universitaria, en un momento en que en los ambientes jurídico-intelectuales y políticos se encontraba vivo el debate sobre el emergente *droit coutumier* y el cuestionamiento de la positividad del derecho romano como *ius commune*. El humanismo jurídico dejará de tener continuidad en Francia desde comienzos del siglo XVII, pero no así la idea de la superación del derecho romano en el plano de la positividad normativa y la corriente de pensamiento político-intelectual anti-romanista, que hará suya la ideología de la Ilustración francesa.

Desde el punto de vista del proceso formativo del derecho nacional francés y del movimiento político-cultural que conduce a su expresión formal codificada, el humanismo jurídico constituye un factor impulsor de la Historia en tal dirección. Contribuyó intelectualmente a superar la concepción global de la cultura jurídica procedente del Medioevo con la que operaba hasta entonces tanto la doctrina como la práctica del derecho; pero, además, desde sus filas se formulan propuestas instando a la Corona a tomar la iniciativa de elaborar un cuerpo normativo que recogiera de modo simplificado y ordenado el conjunto del derecho vigente en el reino; en esa dirección tuvo especial relevancia la corriente sistemática del humanismo jurídico⁵³, a partir del esquema gayano-justiniano *personae res actiones* para la exposición de las materias de derecho civil; con esa corriente sistemática enlazará después la dogmática doctrinal del iusnaturalismo racionalista⁵⁴.

Del cuestionamiento de la vigencia normativa del derecho romano emergía con fuerza, en diferentes direcciones, su relevancia como cultura jurídica de valor universal y no espacial, precisamente en un momento en que por influencia del nacionalismo político se imponían las tendencias a configurar espacialmente el orden jurídico en el ámbito territorial de los Estados. La exaltación de los elementos culturales diferenciadores de la propia cultura jurídica que subyacen en la ideología nacionalista de signo estatal conducía a oscurecer la unidad esencial de la tradición jurídica de la cultura occidental y a cuestionar la existencia de principios y valores jurídicos de validez universal. Frente a ello, dentro de la corriente historicista del humanismo jurídico francés se generó una dirección de pensamiento que se plantea encontrar precisamente en la experiencia histórica el fundamento de principios cuya validez se apoya en la adecuación a la *natura rerum*, convirtiendo ese objetivo en la meta ideal de la ciencia jurídica⁵⁵. Una serie de estudios histórico-comparativos, que van desde la cultura romana y griega a la de los demás pueblos de la Antigüedad, y que se extiende hasta el mundo contemporáneo están orientados, no tanto a conocer en sí mismas las costumbres e instituciones jurídicas particulares y sus diferencias, sino a extraer de todo ello elementos normativos de posible

53 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La dimensión*, cit., p. 110 ss.

54 Sobre este movimiento, vid. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano 1982, p. 389 ss. con abundante bibliografía.

55 Un análisis de este comparativismo del siglo XVI en E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937.

formulación universal. Dentro de la estructura normativa e institucional del derecho romano, la especulación intelectual de esta dirección de pensamiento trata de enunciar principios generales desde los que resulte posible operar en el análisis de problemas jurídicos. En la construcción de su doctrina política, J. Bodin se sirve de esos planteamientos metodológicos, de los que hará uso también H. Grocio, representante del denominado humanismo renacentista⁵⁶.

La validez del derecho romano como *ratio scripta* en el plano de la normatividad, por encima de los espacios territoriales en los que el nacionalismo político pretendía acotar ordenamientos jurídicos diferenciados, se puso de relieve en el proceso constructivo de los derechos nacionales en la fase precodificadora y en el momento codificador en los diferentes Estados europeos. La unificación del derecho nacional en Francia, planteada como resultado de la conciliación entre el *droit coutumier* y la tradición jurídica romanística, supuso en el plano constructivo una revalorización de la dimensión normativa del derecho romano; para la construcción interna del sistema del nuevo derecho nacional francés tuvo una especial influencia la obra de J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (a. 1689), expresión ideológica del iusracionalismo francés en continuidad con la tradición jurídica romanística, y en el plano normativo fue la obra científica de R.J. Pothier, *Pandectae in novum ordinem redactae* (a. 1748-1752) y su *Traité des obligations* (a. 1761) la que proporcionó los materiales básicos para la codificación civil napoleónica de 1804.

El mismo fenómeno de incorporación normativa de la tradición romanística se irá produciendo en cuantos países fueron adoptando una concepción espacial territorializada del derecho conforme al modelo francés codificado. La nacionalización del *ius commune* supuso la incorporación como propia de una cultura jurídica que no podía dejar de ser común al conjunto de los pueblos europeos; incluso en el período histórico en que el nacionalismo político contribuyó a aislar los diferentes espacios territoriales, la conciencia de una cultura jurídica común no llegó a perderse en los medios intelectuales relacionados con el derecho, y es al componente romanístico no espacial al que se debe la permanente vigencia de esa identidad jurídica común. Que apareciera de nuevo en un primer plano sólo podía deberse a que las circunstancias de la vida histórica permitieran recuperar la conciencia de su cultura común al conjunto de los pueblos europeos.

3. HACIA UN NUEVO DERECHO COMÚN EUROPEO.

Una tradición cultural y jurídica común es por sí misma insuficiente para generar la conciencia de una identidad también común. Ello sólo es posible desde un sistema de valores compartido por el derecho público de diferentes pueblos; funcionalmente, el concepto político medieval de la *respublica christiana* desempeñó ese papel y, tras su ruptura, la recuperación de la conciencia de una común identidad entre los pueblos europeos sólo podía producirse a partir de un nuevo sistema de valores compartidos como comunes.

Las condiciones históricas para la rectificación del rumbo diferenciado que desde comienzos de la Edad moderna sigue el derecho público de los distintos pueblos europeos se generan a partir de las experiencias dramáticas y la convulsión generada en torno a los acontecimientos que conducen a la segunda guerra mundial y su desenlace.

56 F. CARPINTERO, "*Mos italicus*", "*mos gallicus*" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune*, VI, 1977, p. 164 ss.

El protagonismo de ciertas élites intelectuales en la formulación del sistema de valores del nuevo derecho público europeo tiene un punto histórico de referencia en el Congreso de Europa celebrado en La Haya en 1948 y organizado por el Comité Internacional del Movimiento para la Unidad Europea, en el que nace el proyecto de redacción de una Carta de derechos fundamentales y la creación de un Tribunal para velar por su cumplimiento. Fruto de ese movimiento fue la creación del Consejo de Europa en 1949 y la firma en Roma en 1950 de la Convención europea para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, que quedaban bajo la tutela del Tribunal europeo de derechos humanos con sede en Estrasburgo. Se afirma de ese modo un proyecto político de convivencia y la fundamentación del derecho público común europeo, adoptando las tradiciones generadas en los espacios anglo-americano y francés y rechazando las experiencias contrarias vividas en otros espacios dentro de la cultura política europea⁵⁷. Al mismo tiempo, supone la traslación al constitucionalismo europeo de la declaración universal de derechos humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que constituye el referente de un momento histórico en el que el sistema de valores en que se fundamenta la cultura política de las modernas sociedades democráticas se proclama como un ideal de validez universal⁵⁸.

Aunque los objetivos originarios del Tratado de Roma de 1957 presentan una apariencia fundamentalmente económica, el proyecto comunitario está vinculado desde un primer momento a supuestos políticos que implican su realización dentro de formas de organización jurídico-social que respondan a los valores de la democracia pluralista, la economía social de mercado y el respeto a los derechos fundamentales de la persona, dentro de un sistema dotado de garantías jurisdiccionales para su defensa. De modo expreso, este conjunto de elementos fueron recogidos en la denominada “declaración sobre la identidad europea” en 1973, a la que siguió como complementaria en 1978 otra declaración “sobre la democracia”. En coherencia con estas ideas y ya con anterioridad a las citadas declaraciones políticas, la Jurisprudencia del TJCE introdujo la doctrina según la cual la protección de los derechos fundamentales forma parte integrante del derecho comunitario y, asimismo, el criterio de mayor progresividad, en virtud del cual debe prevalecer como *ratio decidendi* la solución más avanzada que al respecto ofrezca cualquier derecho nacional o instrumento internacional suscrito por los Estados miembros⁵⁹.

Como consecuencia de todo ello, se ha ido generando en el ámbito del derecho público un nuevo *ius commune* de ámbito europeo, que presenta la naturaleza de una cultura jurídica compartida, concretada normativamente de manera diferenciada en los derechos internos⁶⁰. Se trata de una cultura jurídica que informa los diferentes derechos nacionales, pero que no se circunscribe al espacio formado por los Estados miembros de la Unión Europea, sino que proyecta su influencia referencial en cualquier territorio y en otros ámbitos culturales. De todos modos, la democracia como forma de organización política, el Estado de derecho, los derechos y libertades del ciudadano como fundamento del derecho público, son valores que sólo han podido desarrollarse en la civi-

57 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Consideraciones sobre algunos factores histórico-culturales del proceso formativo del espacio jurídico común europeo*, en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reymundo Yanes*, Burgos 2000, I, p. 217 ss.

58 J. BALLACLOUD, *Droits de l'homme et organisations internationales. Vers un nouvel ordre humanitaire mondial*, Paris 1984; A. MARINO, *Diritti dell'uomo e ideologia contemporanea*, Milano 1988; sobre los derechos fundamentales en el derecho constitucional moderno, A.A.V.V., *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla 1979.

59 D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Barcelona 1969.

60 M. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid 1969.

lización occidental. Ciertamente, pueden ser exportados a otras culturas, pero difícilmente sin que en éstas se produzca una reordenación de sus propios sistemas de valores, en la medida en que resulten incompatibles con los proclamados como referentes de validez universal en la cultura de Occidente. Ese proceso de recepción y adaptación es, después de todo, el que han seguido muchas sociedades que se desarrollaron en el seno de la tradición cultural de Occidente.

La cultura política actualmente incorporada y sentida como común del conjunto de pueblos europeos es un resultado de la vida histórica. Así sucede, ante todo, con el modo de entender el Derecho como fundamento de la ordenación de las relaciones sociales y de la propia organización de la convivencia política; el valor cultural que el derecho ha alcanzado en el modelo occidental de ordenación de la sociedad constituye el resultado histórico de la fuerza expansiva que experimenta el fenómeno jurídico a partir del hecho constituido por la aparición de la figura del jurista en la cultura política latina⁶¹. En el plano intelectual se produce esa misma proyección histórica en el proceso de recuperación del ideal romano-republicano por la cultura del Renacimiento y de la Ilustración, de donde resultará después la formulación y estructuración de la democracia representativa⁶². De la cultura del Humanismo arranca también el germen de la moderna doctrina de la personalidad y del progresivo descubrimiento en el curso de la vida histórica del sistema de valores que vino a situar a la persona individual como sujeto del derecho privado y público.

El avance en el proceso constructivo de un espacio económico común en Europa no podía dejar de plantear la necesidad de configurar también un espacio jurídico común, que tiende a ampliarse cada vez más al conjunto del ordenamiento jurídico. Los diferentes derechos nacionales se están viendo, en consecuencia, cada vez más afectados por la expansión de regulaciones uniformes de carácter sectorial y medidas armonizadoras, que tienden a aproximar normativamente los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte de la Unión Europea. El Parlamento Europeo, por su parte, adoptó dos Resoluciones⁶³ instando a la armonización del conjunto del derecho privado y, en especial, del derecho de obligaciones. Aunque se han planteado reservas a la viabilidad del proyecto en el momento actual y a las dificultades que entraña⁶⁴, algunos trabajos preparatorios muestran el inicio de una tendencia de aproximación transnacional que alcanza también al derecho inglés⁶⁵.

La historia jurídica europea parece, pues, encaminarse hacia el reencuentro de una cultura jurídica común parcialmente oscurecida incluso en el ámbito del derecho privado por efecto del nacionalismo político de signo estatista que culminó en los movimientos codificadores⁶⁶. Un horizonte de creatividad se abre de nuevo para el sector profesional de los juristas europeos en cuanto a la formulación de los principios comunes a los diferentes derechos nacionales, la elaboración de trabajos preparatorios y el planteamiento de propuestas armonizadoras⁶⁷. Desde el punto de vista metodológi-

61 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*, en *SDHI*, LXI, 1955, p. 657 ss.

62 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El Estado de derecho*, cit., p. 342 ss.

63 *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, 26 de junio de 1989 y 25 de julio de 1994.

64 J.L. DE LOS MOZOS, *Integración europea: derecho comunitario y derecho común*, en *Revista de derecho privado*, marzo 1993, p. 211 ss.

65 G. GANDOLFI, *Il colloquio europeo tra civil law e common law a una svolta decisiva*, en *Incontro* con G. Pugliese, Milano 1992, p. 77 ss.

66 P. ULMER, *Las vías de unificación del derecho privado en Europa*, en *Revista de derecho mercantil*, 1993, p. 1004 SS.

67 C.A. CANNATA, *Usus modernus pandectarum e diritto europeo*, en *SDHI*, 52, 1986, p. 535 ss.; *Id. Storia del diritto e comprazione come metodologia della scienza giuridica*, en *SDHI*, 53, 1987, p. 386 ss.

co, el comparativismo pasa a una posición de primer plano en estos estudios y tanto el conjunto normativo romano-justiniano como el desarrollo del *ius commune* de origen medieval adquieren un renovado interés en el plano de la normatividad dentro del ámbito de la valoración comparativa y la comprensión de los diferentes sistemas jurídicos nacionales⁶⁸.

68 C.A. CANNATA, *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*, en *SDHI*, 1990, P. 309 ss.