

TRADICIÓN ROMANÍSTICA E IDENTIDAD EUROPEA

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO

*Catedrático de Derecho Romano
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: La "Declaración sobre la Identidad Europea" (1973) señala como elementos constitutivos de esa identidad a los principios de la democracia representativa, el Estado de derecho, la justicia social como objetivo el desarrollo económico y el respeto a los derechos humanos. En este trabajo se va a tratar la formación histórica de estos elementos de identidad como logros culturales de la civilización occidental y, en particular, la incidencia de la tradición románica en la conformación del modelo de Estado de derecho.

PALABRAS CLAVE: Identidad europea, democracia representativa, Estado de derecho, Derechos humanos.

ABSTRACT: The "Declaration on European Identity" (1973) states as constitutive elements of such an identity the principles of representative democracy, rule of law, social justice as economical development goal, and human rights respect. This paper is going to deal with the historical formation of these identity elements as cultural achievements of Western civilization an, namely, Romanic tradition incidence in the rule of law model shaping.

KEYWORDS: European Identity, Representative Democracy, Rule of Law, Human Rights.

SUMARIO: I. LA DECLARACIÓN SOBRE LA IDENTIDAD EUROPEA. EL PROCESO HISTÓRICO FORMATIVO DEL SISTEMA DE VALORES DEL DERECHO PÚBLICO II. AUTONOMÍA DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICO-SOCIAL. EL FACTOR JURISPRUDENCIAL EN EL PROCESO FORMATIVO DEL ESTADO DE DERECHO.

I. LA DECLARACIÓN SOBRE LA IDENTIDAD EUROPEA. EL PROCESO HISTÓRICO FORMATIVO DEL SISTEMA DE VALORES DEL DERECHO PÚBLICO

1.1. La dimensión económica que en sus comienzos adoptó el proyecto de Unión Europea corría el riesgo de difuminar su fundamento político. Frente a ello, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la entonces Comunidad Económica Europea hizo pública en 1973 la denominada "declaración sobre la identidad europea"; en ella se afirman como elementos constitutivos de la misma: los principios de la democracia representativa, el Estado de Derecho, la justicia social como objetivo del desarrollo económico y el respeto a los derechos del hombre. Posteriormente, el Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno aprobó en 1978 otra declaración "sobre la democracia", en la que se precisaba que la aplicación de los principios a que se refería la declaración de 1973 "implica un sistema político de democracia pluralista, que garantice la libre expresión de las opiniones en la organización constitucional del Estado y los procedimientos necesarios para la protección de los derechos del hombre".

El contenido de ambas declaraciones políticas complementarias¹, asumido por el Parlamento Europeo en 1979, definía el marco jurídico-político necesario para ostentar la condición de Estado-miembro de la Comunidad.² Evidentemente, se trataba de afirmar una identidad común como proyecto político, con el implícito rechazo de ideologías y experiencias organizativas presentes en las historias nacionales de los Estados miembros incompatibles con la tradición democrática y con el sistema ético de valores en que se fundamentaba el nuevo derecho público³. Con ello, se estaba convirtiendo en realidad, por primera vez, una Europa transnacional como espacio político común, superador de los ámbitos estatales cerrados, cuyas tensiones habían sido la causa principal de los desequilibrios y conflictos bélicos en el pasado.

Aunque puedan encontrarse antecedentes del ideal europeo,⁴ lo cierto es que sólo desde mediados del siglo XX se dieron las condiciones para que se concretara institucionalmente.

1 BCE, 12/73, p. 126; 31/78, p. 5

2 El Parlamento Europeo, en la Resolución de 18 de enero de 1979 sobre perspectivas de ampliación de la Comunidad, solicitaba "que los Estados actualmente miembros se comprometan formalmente, junto con los Estados candidatos a serlo, a respetar los principios de los derechos civiles y políticos, así como la democracia pluralista consagrada en sus legislaciones nacionales respectivas y en los Tratados internacionales que han suscrito; la infracción de estos principios, constatada por el Tribunal de Justicia, implica una incompatibilidad con la calidad de miembro de la Comunidad"; JOCE, 39/47, de 12 de febrero de 1979.

3 Doehring, Estado social, Estado de Derecho y orden democrático (tr. esp. 1986); Blanco Valdés. La construcción de la libertad (2010)

4 López, La nascita dell'Europa. Secoli V-XIV (1966); Chabod, Storia dell'idea di Europa (1974)

Contribuyeron al éxito inicial del proyecto los positivos resultados de la política económica comunitaria, el desarrollo del Estado del bienestar, la fuerza atractiva del ideal democrático y el reencuentro con el sentimiento de una cultura común; es necesario mencionar también el papel desempeñado por los dirigentes de ese período, que supieron liderar en sus respectivos países y en el escenario europeo políticas de cooperación, tendentes a superar los resentimientos todavía latentes de un pasado de enfrentamientos entre las naciones europeas.

Los elementos constitutivos de la identidad europea en su actual formulación son el resultado de un proceso histórico desarrollado dentro de una tradición cultural común. En un análisis comparativo de las civilizaciones, antiguas y modernas, resulta significativo que la democracia como forma de organización política, el Estado de Derecho y los derechos y libertades del ciudadano como fundamento del Derecho público, sólo hayan podido desarrollarse en la cultura política occidental. En consecuencia, el respeto de otras culturas no puede conducir, en modo alguno, a la aceptación de los postulados del multiculturalismo, que vendría a situar en una posición relativa al modelo de organización jurídico-social que la cultura política occidental ha reconocido como constitutivo de su identidad.

1.2. Un componente esencial de ese modelo son los derechos humanos, que adquirieron una especial relevancia tras la proclamación de los mismos como ideal ético de validez universal, aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tal declaración constituye una creación ética⁵, fruto de una evolución moral, en la que influyeron determinadas élites intelectuales, pero también es consecuencia de experiencias dramáticas vinculadas a la vida histórica de las naciones de Occidente; el sistema de valores derivado de ese ideal ético tuvo un lento proceso de afirmación, y no deja de ser sorprendente que en determinados momentos presentara un carácter revolucionario.

Desde el plano de la normatividad, el primer escenario de ese proceso está constituido por las declaraciones de derechos inglesas del siglo XVII; sin embargo, se trataba todavía de derechos de tipo corporativo con fundamento en la sociedad medieval, que tenía en el Parlamento el órgano de representación estamental con el que la Corona debía contar en su acción de gobierno. La proyección histórica de las declaraciones de derechos inglesas fue debida a que en el marco de los acontecimientos políticos que precedieron a la independencia americana, los colonos hicieron de los denominados derechos y libertades de los ingleses una utilización distinta, al adoptarlos como derechos y libertades individuales de los ciudadanos de una nación en formación.⁶

Las circunstancias de hecho en que vivían los habitantes de las colonias americanas, el pluralismo en cuanto a su composición, el modo autónomo que adoptaron al organizarse y la libre asociación confederada en el camino de la independencia fueron, sin duda, factores que favorecieron el nuevo resultado organizativo⁷, pero es preciso también

5 Marina, *Fundamentación genealógica del Derecho*, en SCDR (XII-2000), pp. 11 ss.

6 Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* (1976), pp. 507 ss.

7 Tocqueville, *La democracia en América* (tr. esp. 1985)

destacar la contribución intelectual de los pensadores del momento⁸ y el buen sentido de los representantes de la élite dirigente; a figuras como Madison y Jefferson hay que atribuir, entre otras creaciones, la autoría de los textos normativos que reconocían a todos unos derechos individuales que muchos reclamaban sólo para su propio grupo étnico o religioso.

Las exigencias de la ideología revolucionaria determinaron una distinta significación política y jurídica de la declaración de derechos francesa respecto a las americanas⁹: en éstas se proclamaban tales derechos como un patrimonio de todos los pueblos libres, y su consideración como límites a la acción del Gobierno venía, en definitiva, a formalizar normativamente una situación ya por entonces vivida en los Estados de la Unión; la Revolución francesa, por el contrario, pretende otorgar algo nuevo, y adecuar las instituciones y los fundamentos de la ordenación jurídico-social a esos principios¹⁰, y ello requería operar desde la supremacía de la ley. El constitucionalismo continental tardaría bastante tiempo en aceptar la idea de una posible discrepancia entre legalidad y legitimidad en el marco de los derechos fundamentales; en el plano jurídico ello aparece por primera vez presente en algunos textos constitucionales del período de entreguerras, pero la prevalencia de formas totalitarias de organización política que se imponen en ese período frustraron momentáneamente el desarrollo del constitucionalismo en esa dirección, que fue retomada como elemento de identidad del nuevo derecho público europeo tras el desenlace de la segunda guerra mundial.

Como momento histórico de referencia de ese cambio debe tomarse el Congreso de Europa, celebrado en La Haya en mayo de 1948, 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: tras la constitución del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949) la Asamblea Consultiva tomó las iniciativas que condujeron a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 de la Convención europea para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, que quedaban bajo la tutela de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo¹¹.

Desde un punto de vista jurídico, la novedad se encuentra en el establecimiento de mecanismos de protección jurisdiccional de carácter supra-nacional y en la obligación de introducirlos en los sistemas nacionales internos. La declaración sobre la identidad europea asume ese sistema de valores, dotados de tutela jurisdiccional, como uno de los elementos distintivos del modelo de organización jurídico-social de los Estados miembros de la Comunidad. Ese modelo se contraponía entonces al representado por las democracias populares del bloque soviético, pero pretendía marcar también la diferenciación con algunos Estados autoritarios de distinto signo que aspiraban a integrarse en la Comunidad.

8 Aparisi, *La revolución americana. Aproximación a sus orígenes intelectuales* (1995)

9 Faure, *Las declaraciones de los derechos del hombre* (1995)

10 Mornet, *Les origines intellectuelles de la Révolution française* (1934); García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea* (1984), pp. 33 ss.

11 *Sobre los derechos fundamentales en el derecho constitucional moderno*, vid la obra colectiva *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema* (1979)

1.3. Con independencia de los hechos políticos vinculados a la vida histórica de Occidente que acabaron situando a las declaraciones de derechos de la persona como fundamento del Derecho público, no puede prescindirse en el proceso genético de los mismos del referente originario representado por la cultura griega: allí había nacido por primera vez una nueva concepción de la posición del individuo en la sociedad y la dimensión política del hombre como ciudadano¹²; frente a las relaciones de subordinación propias de las civilizaciones orientales, en la griega se afirma la autonomía del individuo y el autogobierno de la comunidad; surgen, además, manifestaciones culturales en las que se proclama la individualidad del espíritu creador, dentro de un marco de ideales que informan la vida social y la convivencia política¹³. Todo ello sitúa al mundo griego en una relación de comunicación espiritual con los valores que en el curso de la vida histórica fueron configurando la identidad de la cultura occidental.

El Humanismo renacentista enlaza con los supuestos intelectuales de la cultura griega; como corriente espiritual, surge y se expande entre las inquietudes renovadoras de la sociedad y del pensamiento de fines del siglo XV y los primeros decenios de la Reforma.¹⁴ Los humanistas adoptan una posición crítica¹⁵ respecto a los supuestos eclesiásticos de la cultura medieval, que había generado una interpretación de la existencia que venía a situar al hombre en una posición de subordinación; frente a ello, nace del Humanismo una cultura defensora de la autonomía individual, que afirma ese individualismo en las creencias, las opiniones y las doctrinas científicas; se trata de un nuevo espíritu lleno de confianza optimista en el progreso derivado de la acción del hombre y abierto a todos los horizontes de la vida¹⁶

El espíritu crítico del movimiento humanista acabó enfrentándose con las verdades establecidas en materia religiosa,¹⁷ generando disputas teológicas, cuya politización acabó provocando la incomunicación entre las confesiones cristianas, convirtiendo a la religión en frontera y en elemento de división entre los pueblos europeos. Para superar las convulsiones derivadas de la Reforma protestante y la Contrarreforma católica, del ámbito del pensamiento nace en el siglo XVII el iusnaturalismo racionalista, que trata de establecer un nuevo marco para la fundamentación de la convivencia, tomando como primer referente el derecho a la libertad religiosa, a la que sigue después la enunciación del núcleo inicial de los derechos de la persona; estas ideas, sin embargo, hubiesen sido insuficientes sin la concurrencia de la fuerza de la vida histórica que permitió su concreción normativa.¹⁸

12 Vljaj, *L'idée de l'homme libre dans la république des athéniennes*, (1944); Burckhard, *La civiltà greca* (tr. it. 1955)

13 Jaeger, *Los ideales de la cultura griega* (tr. esp. 1957)

14 Gilmore, *The World of Humanism (1453-1517)*, 1952

15 Fontán, *Humanismo y Renacimiento*, en *Humanismo romano* (1974), pp. 229 ss.; Garin, *Medioevo e Rinascimento* (1996)

16 Burckhard, *La cultura del Renacimiento en Italia* (tr. esp. 1985); Garin, *La cultura del Rinascimento. Profilo storico* (1967)

17 Cantimori, *Umanesimo e religione nel Rinascimento* (1975)

18 La historiografía moderna ha situado en sus justos términos la pretendida atribución al Protestantismo del descubrimiento del valor de la tolerancia en la convivencia democrática y del reconocimiento de la libertad religiosa y de pensamiento como derechos de la persona. Es verdad que todo ello se produce en la evolución de

También es preciso acudir a Grecia para encontrar el primer referente histórico-cultural del proceso formativo del modelo de organización democrática de la vida política. La cultura griega había sido una creación de la aristocracia en torno a un conjunto de ideales humanos y políticos; la lucha por la democracia en el siglo V a.C. fue un intento de trasladar esos valores al conjunto del pueblo. Los protagonistas de ese movimiento fueron los medios intelectuales vinculados a la Ilustración ateniense,¹⁹ de cuyo ideario participaba Pericles; su liderazgo hizo posible el funcionamiento de la democracia, pero después de su muerte (478 a.C.) se abrió un período de anarquía en la vida pública. La progresiva independencia de las clases populares condujo a que no se contentaran con ejercer el control de las magistraturas para evitar el abuso de autoridad, sino que hicieron de su voto un arma para sus propios intereses; de la tiranía de la minoría, que la democracia había querido superar, se pasó a la de la mayoría como expresión del poder del más fuerte. El deterioro de la vida política produjo un creciente desinterés por la participación activa en la misma; además, se había ido produciendo una disociación entre la élite social y la clase dirigente.

En el pensamiento político y en la filosofía moral del siglo IV a.C. existe una valoración negativa de la democracia de su tiempo, responsable de la muerte de Sócrates (399 a.C.) y, con ello, de todo el movimiento de la Ilustración ateniense. En los medios intelectuales surgen posiciones críticas, cuyo máximo exponente es Platón²⁰, o reformistas, como Aristóteles²¹; otros proponen soluciones utópicas, y aparecen también corrientes de pensamiento que propugnan desentenderse de la vida política o superar el ámbito de la polis en la nueva concepción del mundo que difundió después la corriente espiritual del estoicismo.

La memoria histórica conservó una valoración negativa de este primer ensayo de experiencia democrática, quedando olvidado durante muchos siglos incluso el término democracia. Contribuyó a ello la difusión del propio pensamiento político griego, al que se unió el latino, representado por Cicerón, que consideraba perverso un régimen de organización de la sociedad en donde omnia per populum reguntur,²² y el medieval, dominado por la figura de Tomás de Aquino, que califica la democracia como iniquum regimen.²³ El uso de la palabra democracia en la época moderna reaparece no sin cautela para designar un modelo de organización de la sociedad distinto al ateniense; aunque

la sociedad que nace de la Reforma protestante, pero en modo alguno es atribuible a una supuesta propensión en tal sentido de las corrientes religiosas que nacieron de ella; la intolerancia fue patrimonio común de los sectores católicos y protestantes, y éstos la practicaron en su propio seno con las confesiones reformadas de distinto signo; los puritanos que por motivos religiosos se vieron obligados desde Inglaterra a emigrar a las colonias americanas reivindicaban esas libertades para sí mismos, pero no estaban mentalmente dispuestos a reconocerlas a los demás, y de hecho fundaron comunidades profundamente intolerantes; Haller, *The Rise of Puritanism and Liberty* (1938)

19 Rodríguez Adrados, *Ilustración y política en la Grecia clásica* (1966)

20 Rep. 557 a

21 En su *Política* propugna como modelo la república, forma de gobierno mixta en la que coexisten elementos oligárquicos y democráticos; Polibio proyecta esa doctrina en su descripción de la República romana.

22 Cic. rep. 1. 26

23 De regno, 1, 6, 18-21

la palabra y el propio ideal político sean griegos, su significación actual se aplica a una realidad institucional nacida fuera de Grecia.

En la propia cultura de la Antigüedad se desarrolló un ensayo distinto de institucionalización de la vida democrática en la República romana. La Civitas aparece también como una comunidad organizada bajo el imperio de la ley pública, a la que están sometidos los magistrados, los órganos judiciales y los ciudadanos.²⁴ El pueblo figura como referente básico de la organización política, pero en la república romana se encuentra situado estructuralmente en una posición muy distinta a la que ocupa en el modelo ateniense de democracia; resulta significativo al respecto la acuñación del término *res publica*, que alude a la sociedad organizada como un todo, pero no implica la referencia del poder al pueblo como sujeto determinado, sino al conjunto del sistema institucional diversificado en ámbitos competenciales entre los que se fue configurando un marco de limitaciones y controles que trataban de preservar la libertad cívica como valor fundamental de la cultura política.²⁵

Un factor diferencial entre ambas experiencias de organización democrática se encuentra en el protagonismo que mantuvo en la sociedad romano-republicana una clase dirigente formada desde la legitimación popular, pero consciente de ser depositaria de la cultura política de la tradición republicana y de un sistema de valores que constituían pautas de comportamiento en el medio familiar y en la vida pública. Contrariamente a lo ocurrido en la sociedad ateniense, la constitución romano-republicana contó con la consideración de los sectores intelectuales incluso en sus turbulentos momentos finales, y la *libera res publica* permaneció durante bastante tiempo como paradigma de constitución política y fuente de legitimidad; su destrucción no fue, por tanto, percibida como la experiencia de un modelo que debía abandonarse; resulta significativo que el cambio de régimen político, que instauraba un poder personal, se hiciese desde la legalidad republicana y fuese presentado como un restablecimiento del orden constitucional quebrantado por las contiendas civiles.

La recuperación de la memoria histórica de la República romana comienza a producirse dentro de algunas corrientes de pensamiento derivadas del humanismo renacentista: la estructura institucional romano-republicana sirve, en efecto, como modelo a Calvino para diseñar la organización de sus iglesias,²⁶ y esos planteamientos se trasladan después a la organización de la sociedad por los sectores intelectuales que formulan las doctrinas destinadas a fundamentar la posición de los Parlamentos frente al poder personal de los monarcas. Una particular incidencia tuvieron esas ideas en el fortalecimiento de la causa defendida por el Parlamento inglés en su lucha contra el absolutismo de la Corona en el siglo

24 Guarino, *La democrazia a Roma* (1973); Ribas Alba, *Democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano* (2008.)

25 Cicerón contrapone la república romana a la democracia griega, en la que *totae res publicae sedentis contionis temeritate administrantur*; pro flac. 7.16

26 Calvino había recibido en Francia una amplia formación jurídica y humanista, que influye en su pensamiento; Wendel, *Calvin. Sources et évolution de sa pensée religieuse* (1950); Neil, *The History and character of Calvinism* (1954)

XVII; el modelo constitucional basado en la soberanía del Parlamento, en representación del pueblo, se acomodaba con las aspiraciones de un sector social dirigente que controlaba su composición; aunque en ese modelo no llegó a desplazarse a la Corona del marco institucional, se acentuó en él progresivamente el protagonismo del Parlamento, que constituía el componente de cultura republicana, pero en el ámbito del pensamiento político y religioso calvinista surgieron también defensores de la forma republicana de Estado; así ocurre entre los hugonotes franceses, y luego entre los congregacionalistas ingleses y americanos.²⁷

Durante los siglos XVII y XVIII los sectores intelectuales que contribuyeron a la articulación del nuevo modelo de democracia parlamentaria establecieron un diálogo con las experiencias de la Antigüedad, con aprecio hacia la romano-republicana y distanciamiento de la griega. En el lenguaje político se evitaba el empleo de la palabra democracia, porque ese término evocaba el populismo de la vida política ateniense; la insistencia en diferenciar la república representativa de la democracia se encuentra presente entre quienes elaboran la constitución americana, y de manera más acentuada en la Francia revolucionaria²⁸; resulta significativo que Kant reaccione contra los que comenzaban a confundir ambos conceptos afirmando que el régimen democrático es necesariamente despótico y nada tiene que ver con la república. De la prevención contra la derivación expansiva de la referencia a la democracia es suficientemente esclarecedora la restricción originaria del *ius suffragii* mediante el sistema electoral censitario: a pesar de la proclamación del principio de soberanía popular, el sufragio universal masculino no se instaura en Francia hasta la revolución de 1848; en la democracia americana es en 1870 cuando se produce ese hecho, y hasta 1918 no sucede en la británica; una conquista posterior será todavía el reconocimiento del *ius suffragii* a las mujeres.

II. AUTONOMÍA DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICO-SOCIAL. EL FACTOR JURISPRUDENCIAL EN EL PROCESO FORMATIVO DEL ESTADO DE DERECHO

2.1. Si desde el punto de vista de la organización democrática de la sociedad resulta apreciable un distanciamiento entre la cultura griega y la moderna, y un acercamiento de ésta a la romano-republicana, las diferencias son aún más profundas por lo que se refiere a la concepción del derecho. En efecto, en la cultura griega resulta perceptible una conciencia jurídica, y puede reconocerse incluso que el derecho constituye un sentimiento común, presente en las diversas manifestaciones de la vida ciudadana²⁹, pero el tratamiento de lo jurídico aparece confundido con lo moral y político.³⁰ Así ocurre, en efecto, con la problemática intelectual de las relaciones entre justicia y derecho, en donde tiene su inicio el fenómeno histórico del derecho natural, que genera una tradición cultural que se ha mantenido viva

27 Pollard, *The evolution of Parliament* (1976); Throeltsch, *El protestantismo y el mundo moderno* (tr. esp. 1967)

28 Sartori, *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos* (tr. esp. 1987), pp 137 s.; Arendt, *Essai sur la Révolution* (tr. fr. 1967)

29 Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne* (1955; reimpr. 1964)

30 Biscardi, *Diritto greco antico* (1982)

desde la filosofía helenística hasta nuestros días³¹; se trata, sin embargo, de una temática ajena a la concepción normativa con la que opera la ciencia jurídica positiva en cualquier época histórica de la cultura de Occidente, que en esa dimensión fundamental enlaza con la tradición romanística y no con la concepción griega del derecho.

En el plano de la legalidad, la democracia ateniense prescindió del principio de limitación³²: tras la instauración de la democracia, el sistema judicial fue trasladado al conjunto del cuerpo social, al que igualmente correspondía establecer la legalidad, que podía ser constantemente modificada a iniciativa de cualquier ciudadano. En la República romana, en cambio, la ley aparece como el resultado de una cooperación institucional: la iniciativa legislativa corresponde a determinados magistrados, pero requiere la aprobación del senado, la discusión del proyecto en una reunión informal del *populus* presidida por el magistrado proponente y la votación del texto por la asamblea comicial.

Desde el punto de vista de su proyección a la civilización occidental, la singularidad de la cultura jurídica romano-republicana se encuentra en que en ella nace la figura del jurista, socialmente reconocido como profesional al que corresponde la gestión del derecho. Surge en el ámbito del derecho privado, configurado desde antiguo como un espacio autónomo de relaciones interindividuales. Los juristas dotan al derecho de un carácter técnico, proporcionándole una terminología propia y creando con ello un lenguaje jurídico; introducen también el razonamiento lógico en el tratamiento de la normatividad, naciendo así un método que venía a proporcionar a la aplicación del derecho una garantía de neutralidad, creando un modelo de justicia conforme a derecho. En el plano intelectual, el punto de vista práctico desde el que operan los juristas romanos produjo una literatura jurídica que proporcionó al derecho la dimensión de producto de alta cultura, pero de signo distinto al pensamiento especulativo de la filosofía griega. Merced a la incidencia del factor jurisprudencial, el conocimiento del derecho quedó sustraído a quienes no poseían ese saber especializado, que requería un específico aprendizaje; al mismo tiempo, surgió una legitimidad (*auctoritas*) basada en el conocimiento del derecho (*iuris scientia*) y la configuración de un espacio para la creatividad de los juristas (*interpretatio iuris*) a partir del cuerpo normativo.

Aunque la cultura jurisprudencial se forma en el período tardo-republicano, ello fue posible por la pervivencia de una tradición que nace en los momentos fundacionales de la *Civitas*; la autonomía que conservaron en la misma los grupos gentilicios y las familias patricias permitió el mantenimiento del marco de sus relaciones fuera del control del poder político; el conjunto normativo originario del *ius civile* es un derecho creado por el patriciado, cuya cultura y sistema de valores informan las concretas instituciones. El valor otorgado a las formas, tanto en los actos negociales como procedimentales y el componente mágico-religioso de las mismas³³, colocó al *ius civile* bajo la influencia y control del colegio pontifical, al que se reconocía el conocimiento y la autoridad para la *iuris interpretatio*.

31 Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* (tr.it.1965); Strauss, *Naturrecht und Geschichte* (1956)

32 Sartori, o. cit., pp. 367 y 378

33 Noailles, *Du droit sacré au droit civil* (1949); Goffredo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955)

La aparición de una Jurisprudencia profesional y laica, desvinculada funcionalmente del colegio pontifical, se encuentra relacionada con la posición constitucional autónoma de que es dotada la magistratura del pretor urbano (367 a.C.) y peregrino (242 a.C.), en un momento en que las relaciones de derecho privado habían comenzado a desbordar el marco del antiguo *ius civile* a causa de los cambios socio-económicos derivados de la política de expansión territorial de la República y el consiguiente desarrollo del comercio. En el nuevo escenario que se configura desde el siglo III a.C. el colegio pontifical tendía necesariamente a quedar desplazado, y habría podido producirse la desaparición de la relación entre Jurisprudencia y derecho.

La conservación y fortalecimiento de ese elemento de identidad de la cultura jurídica romana en el ámbito del derecho privado se debió a la asunción del oficio jurisprudencial por miembros de la *nobilitas*, que fueron incorporados al consejo asesor (*consilium*) de los magistrados con jurisdicción.³⁴ La secularización de la Jurisprudencia propició un efecto expansivo de la profesión jurídica, que se desvinculó socialmente de la *nobilitas* desde principios del siglo I a.C.; a este momento corresponde también la consolidación de la dimensión puramente técnica de la *auctoritas* basada exclusivamente en el prestigio derivado de la *scientia iuris*.³⁵

A pesar de la importante presencia social de la Jurisprudencia en el período tardo-republicano, no se produjo ningún cambio en el marco en que se desarrollaba la aplicación del derecho: magistrados y jueces siguieron siendo operadores jurídicos sin conocimientos técnicos y los juristas mantuvieron su tradicional función consultiva de los magistrados, los particulares y los jueces. La *scientia iuris* se convirtió en un componente de la cultura política, pero no llegó a configurarse un sistema judicial autónomo gestionado por juristas, cuyas sentencias hubiesen podido sustituir a los *responsa iurisprudenciales*, que, por lo demás, tenían tan sólo la consideración de propuestas de normatividad para los jueces, que no estaban obligados a seguir el criterio formulado desde el ámbito jurisprudencial.

Un cambio cualitativo en la posición de la Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho se produce en la época del Principado como consecuencia de la incorporación de juristas a la administración imperial,³⁶ al ser oficialmente reconocido valor normativo a los *responsa* y a la propia literatura jurisprudencial.³⁷ Por otra parte, el nuevo marco organizativo en que trabajaban los juristas les obligó a prestar atención a materias no tratadas por la Jurisprudencia anterior, como el derecho criminal y el administrativo; tuvieron que ocuparse igualmente de la regulación del procedimiento y de los problemas relativos a la prueba. Se derivó de todo ello una consideración global del orden jurídico, a

34 Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), p. 47; la comunicación intelectual entre la función sacerdotal y la jurisprudencial pervive en la tradición posterior en la autocalificación de los juristas como sacerdotes *iustitiae* (D. 1.1.1.1); Nör, "Iurisperitus sacerdos", en *Historiae iuris antiqui*, II (2003), pp. 851 ss.

35 Mantovani, "Iuris scientia" e "honores". Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. A.C.), en *Ricerche Gallo*, I (1997); pp. 617 ss.; Sini, "A quibus iura civibus praescribentur". *Ricerche sui giuristi del III sec. A. C.* (1995); Mantovani, *Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio* (1966).

36 Amarelli, *Consilia principum* (1983)

37 Gai. 1.7

pesar de que la literatura jurídica jurisprudencial mantuviera la continuidad de la tradición científica anterior, fundamentalmente privatística y centrada en el derecho urbano.

Un hecho cultural nuevo en la época del Principado fue también que los juristas tuvieran que considerar el derecho desde el punto de vista judicial al generalizarse la apelación. Las sentencias adoptaban la forma de decretos imperiales y, además de decidir el caso concreto, podían ser invocadas como precedentes en casos similares; sus autores eran los juristas adscritos a la correspondiente sección (a cognitionibus) de la Cancillería, por lo que por primera vez nos encontramos ante una Jurisprudencia judicial de carácter técnico. Las condiciones políticas no propiciaron, sin embargo, la formación de una administración de justicia dotada de autonomía dentro de la organización administrativa imperial: la función jurisdiccional siguió siendo desarrollada por magistrados que realizaban al mismo tiempo otras tareas administrativas y de gobierno; los expertos en derecho continuaron ocupando una posición asesora de esos magistrados, de acuerdo con una tradición que había nacido en el período republicano.

Para la historia jurídica europea tuvo, en cambio, relevancia la ocupación por parte de los miembros de la profesión jurídica del control del acceso a la misma mediante la organización de la enseñanza del derecho en centros especializados. Este hecho está relacionado con la demanda de funcionarios con formación jurídica, generada por la organización de la administración imperial y la expansión de la jurisdicción de ella dependiente; ello dio lugar a la aparición de formas elementales de enseñanza, dirigidas a facilitar una preparación básica en el conocimiento del derecho. Una especial singularidad presenta el tipo de centro docente que nace en la parte oriental del Imperio romano; en efecto, como complemento de la organización política basada en la administración como instrumento de gobierno en el conjunto del territorio, al menos desde principios del siglo V el poder político asume en Oriente la ordenación de la enseñanza del derecho en centros oficiales³⁸La trascendencia jurídico-cultural del modelo educativo que se desarrolla a partir de la escuela de Berito se encuentra en el tratamiento autónomo del derecho en cuanto objeto de estudio y en el empleo para ello de la literatura jurisprudencial, que constituye la base del plan docente³⁹. Merced a esas escuelas fue posible la Compilación justiniana y la conservación del derecho jurisprudencial romano sobre el que pudo edificarse después la cultura jurídica de Occidente.

2.2. La experiencia política del mundo griego muestra que los juristas no son imprescindibles para que pueda configurarse una sociedad organizada con presencia en la misma de normas jurídicas; las sociedades griega y romana ofrecen, además, sistemas judiciales no gestionados por juristas. A partir de estos hechos, se presenta en toda su singularidad la aparición de la figura profesional del jurista en la cultura política latina y la gestión jurisprudencial del derecho que en ella tiene su inicio; adquiere también, por otro

38 La necesidad de cursar estudios de derecho es requerida oficialmente al menos desde el a. 460 (C. 2.7.11) para el ejercicio de la abogacía; por otra parte, quienes salían de las escuelas gozaban de hecho de prioridad para la atribución de los puestos más relevantes en la administración

39 Const.. omnem (16 dic. Del a. 533); Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth (1925); en el año 425 se crea la escuela de Constantinopla, que comprendía también otros estudios (C. 11.19.1)

lado, una indudable relevancia la vinculación de la cultura jurídica europea con la tradición romanística y el hecho nuevo, favorecido por las condiciones que concurren en la sociedad medieval, de la profesionalización de la administración de justicia y la conquista de su posición autónoma en la organización jurídico-social, que acabaría adoptando la expresión de Estado de Derecho.

El descubrimiento científico del Digesto justiniano, y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho⁴⁰ proporcionó a la cultura jurídica europea el componente jurisprudencial como elemento de identidad⁴¹. La difusión europea del 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 adopción de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico y, con ello, de un método para la argumentación lógica, conducente a la proposición de las soluciones jurídicas. En el plano de la relación del jurista con la sociedad se recupera su función mediadora como profesional técnicamente en condiciones de orientar la aplicación del derecho en la práctica judicial y la formulación general del mismo, tanto en el campo doctrinal como en la legislación.⁴²

El *Ius Commune* proporciona dimensión europea a la imagen del derecho romano-clásico como producto de alta cultura, generando una literatura jurídica creativa y de orientación práctica. A la influencia de los juristas de formación romanística se debe la introducción de la idea de la presencia necesaria del derecho en la ordenación de las relaciones sociales y la configuración de la administración de justicia como aplicación por el juez de una normatividad que le viene dada desde la propia Jurisprudencia; desde este punto de vista, tuvo una particular relevancia, especialmente en el ámbito judicial italiano, la difusión de la práctica del denominado *consilium sapientis iudiciale*, solicitado al jurista docto por magistrados y jueces de una administración de justicia todavía no profesionalizada.⁴³

En la tecnificación de la administración de justicia y de la función judicial adquirió un especial protagonismo el tipo de proceso creado por los canonistas sobre la base del derecho procesal romano-justiniano.⁴⁴ El proceso romano-canónico adopta la escritura y una rigurosa regulación legal de los actos procesales y la materia probatoria, introduciendo, además, la motivación de las sentencias y la apelación. Adoptado simultáneamente en toda la red de la jurisdicción eclesiástica en Europa, estaba destinado a ser también asumido por los tribunales seculares, convirtiéndose en un cauce para la difusión e introducción en la práctica de la cultura jurídica romanística.

40 Bellomo, *Saggio sull' 'Università nell'età del diritto comune* (1979)

41 Fernández Barreiro, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea* (1998)

42 Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (tr. esp., 1996)

43 Rossi, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canónico (secoli XII-XIII)*, 1958

44 Litewski, *Les textes procéduraux du droit de Justinien dans le Décret de Gratian*, en *Studia Gratiana*, 9 (1966), pp. 67 ss.

La jurisdicción eclesiástica incorpora progresivamente a la función judicial a personas con formación romano-canónica, con lo que se configura un modelo de administración de justicia profesionalizado y dotado de autonomía funcional. La creación a principios del siglo XIV del Tribunal de la Rota Romana, integrado por juristas, generó en los emergentes Estados europeos un movimiento expansivo de imitación, al que no fueron ajenos los profesionales del derecho, que promovieron igualmente reformas en el procedimiento judicial inspiradas en el proceso romano-canónico. En los Tribunales Superiores de Justicia que se constituyen en los diferentes Estados del continente europeo, los juristas tienden a afirmar progresivamente su presencia, y al asumir esos tribunales la revisión de las sentencias de los jueces inferiores contribuyeron decisivamente a la unificación del derecho en los ámbitos territoriales propios de su jurisdicción.

En el siglo XV resulta constatable la presencia de los juristas con formación romano-canónica en todos los ámbitos de la vida social y política relacionados con el derecho, y ello tanto en la esfera civil como eclesiástica. Controlan el acceso a la profesión jurídica mediante la organización del aprendizaje de la misma,⁴⁵ intervienen en la determinación de los contenidos de la normatividad, y se convierten en los exclusivos operadores jurídicos. Como consecuencia de todo ello, los juristas constituyen un grupo profesional de élite, cuyos servicios son solicitados por los particulares y por los poderes públicos.

La vinculación del derecho a un conocimiento específico, resultado del estudio y del aprendizaje de una técnica de razonamiento, no podía dejar de influir en la formación de una cierta conciencia de grupo entre los miembros de la profesión jurídica. Ello había existido ya en el período histórico-cultural romano, pero las condiciones del Medioevo propiciaron por primera vez la organización corporativa de ciertas profesiones relacionadas con el derecho; desde muy pronto se produce ese fenómeno en el colectivo de los profesores universitarios, pero también los abogados y notarios adoptan formas asociativas de carácter corporativo, lo que contribuyó a aumentar su prestigio e influencia en la sociedad y ante los poderes públicos.⁴⁶

A medida que los Altos Tribunales de Justicia son ocupados por jueces con formación técnica, adquieren igualmente conciencia corporativa y una autonomía funcional respecto al poder político en nombre del cual ejercen sus funciones jurisdiccionales. La autonomía de hecho con la que progresivamente operan los órganos judiciales creados por la jurisdicción real se vio favorecida por la aceptación por parte del poder político de la idea cultural difundida por los miembros de la profesión jurídica de la necesidad de incorporar el derecho al funcionamiento de la organización social y al reconocimiento a los juristas de los conocimientos para actuar como gestores de la normatividad, pero fue debida también a la colaboración política que los juristas prestaban a los monarcas: desde el momento inicial de la recepción boloñesa, los legistas se sirven de la autoridad de la tradición romanística de la *lex de imperio* para atribuir a la autoridad imperial

45 Coing, *Die Juristische Facultät und die Lehrprogramm*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen privatrechtsgeschichte*, I (1973), pp. 39 ss.

46 Lombardi, Saggio, cit., pp. 87 ss.

una legitimación popular que les resultaba útil para desvincularse de la dependencia legitimadora otorgada por el poder religioso;⁴⁷ los juristas franceses, por su parte, facilitan al rey la fundamentación de su independencia frente al emperador romano-germánico con la fórmula jurídica *rex Franciae est imperator in regno suo* en un momento en que la monarquía francesa empezaba a consolidarse como poder autónomo.

La posición de independencia en la gestión del derecho, tanto frente a la Corona como a las Asambleas estamentales, adquirida por las Cortes Superiores de Justicia en el Medioevo, puede ser generalizada, con diversas variantes, a los diferentes espacios político-territoriales europeos, pero resulta especialmente relevante el análisis del curso de su desarrollo histórico posterior en Inglaterra y Francia, a causa de la incidencia de los acontecimientos en la formalización constitucional de la posición autónoma de la organización judicial dentro de la estructura institucional del modelo de Estado de Derecho.

2.3. La agrupación corporativa de los profesionales relacionados con la administración de justicia fue especialmente temprana en Inglaterra, en donde la instauración de una jurisdicción dependiente de la Corona se produjo con una cierta prioridad temporal al desarrollo de ese mismo fenómeno en el continente europeo⁴⁸, y con antelación a la expansión de la doctrina científica del *Ius Commune* y la adopción del nuevo tipo de proceso romano-cánónico: al menos desde mediados del siglo XII la organización judicial de la Corona se encuentra ya estructurada, y en el siglo XIII tiene su sede en Westminster⁴⁹.

La formación de la profesión jurídica en Inglaterra se encuentra relacionada con la tecnificación del proceso y de la administración de justicia; esa profesionalización alcanza tanto a quienes desempeñan funciones judiciales como a los que asumen la representación técnica de los particulares en el proceso: a fines del siglo XIII la abogacía está organizada corporativamente, y se inicia la práctica de designación real de los jueces de entre los profesionales pertenecientes al sector más prestigioso de la abogacía;⁵⁰ en el siglo XIV la enseñanza del derecho depende oficialmente de la comunidad formada por el estamento judicial y el de la abogacía, que consiguió mantener, así, el control de la formación de los aspirantes a la profesión jurídica, excluyendo de esa función a las Universidades.

Aunque los tribunales reales y la profesión jurídica habían nacido al amparo de la Corona, fueron consolidándose de hecho como una organización independiente que gestionaba un derecho que tenía un referente social consuetudinario; ello proporcionaba legitimidad y autonomía a los jueces para crear mediante sus sentencias criterios normativos utilizables como precedentes⁵¹, configurando un derecho común para todo el reino. De esta suerte, la función judicial se convirtió en la tradición jurídica del Common

47 Calasso, *I Glossatori e la teoria della sovranità popolare*. Studio di diritto comune pubblico (1931); Cortesse, *Il problema della sovranità popolare nel pensiero giuridico medievale* (1982)

48 Este hecho fue una de las causas determinantes de la resistencia a la recepción romanística en Inglaterra; Koschaker, *Europa y el Derecho romano* (tr. esp. 1955), pp. 309 ss.

49 Miltom, *Historical Foundations of the Common Law* (1966); Van Caenegem, *The Birth of the Common Law* (1973)

50 Jawson, *History of Law Judges* (1960)

51 Montrose, *Precedent in English Law* (1968)

Law en el centro de imputación del fenómeno jurídico y en el factor que protagonizó el desarrollo del derecho; por otro lado, la justicia administrada por los tribunales reales nació con un alto grado de apoyo social debido a que su intervención partía de la iniciativa de los particulares, que preferían sustraer la causa a las jurisdicciones locales y territoriales de origen señorial y feudal; su aceptación se vio también favorecida por la participación de los miembros de la comunidad a través del jurado.

En concurrencia con los tribunales del Common Law se encontraba la jurisdicción eclesiástica, y a lo largo del siglo XIV se desarrolla también una nueva jurisdicción dependiente del Canciller real (Court of Chancery), que opera originariamente como cauce para la renovación del derecho inglés; esta jurisdicción adopta como referente la doctrina romano-canónica, e igualmente el procedimiento escrito que los juristas del derecho común difundían por el continente europeo. Los profesionales del derecho que actúan ante esta jurisdicción, y en la eclesiástica, se forman en la Universidad, en donde se enseña derecho romano y canónico, por lo que la Equity se convirtió en un cauce de penetración de la cultura jurídica del *Ius Commune* en el derecho inglés.⁵²

La rivalidad entre los sectores profesionales relacionados con estas dos jurisdicciones llegó a adquirir una gran tensión a causa del apoyo prestado en el siglo XVI por los monarcas a la jurisdicción de la Court of Chancery en detrimento de los tribunales del Common Law, pero tuvo repercusiones en el plano político en el siglo XVII cuando se desencadenó el conflicto entre la Corona y el Parlamento. En Inglaterra no se trataba de algo nuevo: durante todo el período normando se había manifestado constantemente una oposición de los barones y los obispos frente a los reyes; los enfrentamientos se reprodujeron en momentos posteriores, lo que contribuyó a mantener la tensión entre la Corona, que trataba de afirmar el poder real, y el Parlamento, que defendía sus prerrogativas, especialmente en la función legislativa y las exacciones fiscales. Aunque el debilitamiento de la nobleza feudal permitió a los monarcas de la dinastía Tudor robustecer el poder real, no llegó la Corona a prescindir por completo del Parlamento, manteniéndose el carácter paccionado de la legislación.

Un nuevo período de enfrentamientos se inicia a causa de la política absolutista de los monarcas de la dinastía Estuardo (año 1603), y presenta la novedad de la presencia de las corporaciones de juristas del Common Law en el escenario político. La primera confrontación entre la Corona y los jueces, liderados por E. Cok, se produjo en el reinado de Jacobo I, a causa de la invasión de competencias de los tribunales ordinarios por nuevos órganos judiciales creados por la Corona; aunque Coke fue depuesto (año 1616), la Court of Chancery puso fin a la tendencia expansiva de su jurisdicción y comenzó a operar con su propio sistema de precedentes vinculantes, pero los common lawyers se convirtieron desde entonces en aliados del Parlamento en los posteriores desencuentros con la política absolutista de la Corona.

El posicionamiento de los miembros de la profesión jurídica vinculados a la jurisdicción de la Court of Chancery en apoyo del poder real frente al Parlamento transformó la rivalidad

52 Van Caenegem, *Réflexions sur la formation du Common Law et la procédure romano-canonique*, en *Etudes d'histoire de droit canonique dédiés à G. Le Bras*, 2 (1955), pp. 1459 ss.; Barton, *Roman Law in England*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, 5 (1971), pp. 50 ss.

con las corporaciones de juristas del Common Law en un enfrentamiento político entre una concepción de la administración de justicia dependiente del monarca y la tradicional configuración de la autonomía corporativa de los tribunales de la Corona. El debate se situó también en términos ideológicos a favor o en contra del primado del derecho y de la tradición jurídica nacional sobre el Estado y la voluntad del monarca; se convirtió, además, en una batalla en torno a la limitación legal del poder del gobierno, de lo que nació la moderna doctrina inglesa, trasladada después al continente europeo, de subordinación del Estado al derecho, y consiguiente control jurisdiccional de los actos de gobierno⁵³.

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. La presencia activa de los juristas en el momento en que se produce en Inglaterra el conflicto entre el Parlamento y la Corona muestra hasta qué punto constituían un grupo profesional políticamente influyente; por otro lado, el empleo del elemento ideológico de la independencia judicial como arma contra el absolutismo y la formulación del principio de supremacía del derecho ponen de manifiesto el profundo arraigo que en el derecho público medieval tenía la diferenciación entre el ámbito autónomo de la jurisdicción, que correspondía a los tribunales, y la esfera de gobierno, propia del monarca. Los jueces y abogados del Common Law se quejaban, precisamente, de las interferencias reales en la esfera de la jurisdicción,⁵⁴ al igual que el Parlamento de las pretensiones del monarca de prescindir de su concurso para promulgar disposiciones legislativas.

La restauración monárquica (año 1660), tras la dictadura de Cromwell, propició la armonía entre el Parlamento y la Corona, pero, a pesar de su política contemporizadora, Carlos II no pudo evitar el conflicto con el Parlamento, que se agudizó con la política absolutista de Jacobo II: tras disolver el Parlamento (año 1687) gobierna y legisla sin su concurso; asegura la colaboración de la Court of Chancery y destituye a jueces de los tribunales del Common Law contrarios a su política, lo que acabó provocando una rebelión generalizada (año 1688). La revolución concluyó con un compromiso entre whigs y tories (año 1689), que estableció el programa bajo el que se instauró en el trono a María II y Guillermo III: el Bill of Rights del año 1689 confirmaba los antiguos derechos y libertades del pueblo inglés, establecía la prerrogativa del Parlamento en las funciones legislativas y límites al poder de la Corona; fue garantizada la inamovilidad de los jueces (decreto de 1689) y la independencia de la organización judicial (Act of Settlement, año 1701). Se configuraban, así, ámbitos competenciales autónomos, pero dentro de un marco general de cooperación entre ellos⁵⁵.

53 Hill, *Le origini intellettuali della rivoluzione inglese* (tr. it. 1976)

54 Ilwain, *The English Common Law. Barrier against Absolutism*, en *American Historical Review*, 49 (1943); Ogilvie, *The Kings Government and the Common Law (1471-1641)*, 1958

55 La nueva monarquía parlamentaria recibió fundamentación teórica con la obra de Locke (*Two Treatises in Government*, año 1689), que influyó también en el pensamiento político continental europeo, especialmente en Francia, y en el constitucionalismo americano; Aparici, *La revolución americana. Aproximación a sus orígenes*

El modelo constitucional nacido de la revolución de 1688 dotó de estabilidad a las instituciones inglesas en continuidad con las antiguas tradiciones del derecho público que la concentración del poder absolutista de la Corona venía a perturbar. Desde el punto de vista de la relación del ciudadano con el derecho, el Common Law resultó fortalecido al haberse situado las corporaciones de juristas en pugna con el absolutismo y en apoyo del Parlamento: ello imprimió a la función judicial y a la gestión del derecho por las corporaciones de juristas un sentido de baluarte defensivo del ciudadano frente a los abusos de los poderes públicos, contribuyendo así a reforzar la necesidad de la independencia de la magistratura. Por lo demás, ésta supo mantener y proyectar socialmente la imagen de independencia, no sólo frente al gobierno, sino también en relación con los partidos políticos y los grupos de presión.

La proclamación de la supremacía de la ley parlamentaria no desvirtuó el carácter judicial del derecho inglés, en cuya tradición no se produjo la ruptura que provocó en el continente europeo el positivismo legal y las corrientes de opinión de signo anti-jurisprudencial: la respuesta del derecho inglés en el siglo XIX al problema de la unificación del ordenamiento jurídico y a la certeza del derecho se produjo dentro de la propia estructura jurisdiccional y del sistema de precedentes judiciales, en continuidad con la tradición jurídica del Common Law.⁵⁶

2.4. La agrupación corporativa de los profesionales del derecho relacionados con la administración de justicia siguió un curso distinto en Francia. Conforme al modelo continental, la formación jurídica se recibe en los centros universitarios que se establecen en distintas ciudades del reino, por lo que los juristas franceses y los profesionales del derecho tenían todos una común formación romanista; se convirtieron, además, en aliados de la política de la monarquía⁵⁷, y a esa relación se debió la instauración de una jurisdicción central en la capital del reino: desde el siglo XIII el Parlamento de Paris funciona como Tribunal Superior de Justicia, y en el siglo XIV aparece en una posición institucional autónoma en relación con la Corona, dotándose de su propia organización; en ese momento está ya integrado por juristas profesionales que gozan de estabilidad en el ejercicio de su cargo, que se convierte en inamovible hacia fines del siglo. A imitación del Parlamento de Paris, se crearon desde el siglo XIV Tribunales Superiores de Justicia en otras ciudades, convirtiéndose éstas en sedes de la jurisdicción territorial autónoma de las diferentes regiones de Francia.

Al igual que en Inglaterra, también en Francia la autonomía y profesionalización de los órganos judiciales superiores tuvo su manifestación originaria en la práctica de intervención de éstos en la propuesta al rey de los candidatos que habían de ser designados jueces: la selección de los candidatos se efectuaba de entre los miembros de la abogacía, que desde el siglo XIV se agrupa corporativamente. Pero la inamovilidad no fue una conquista institucional lograda en nombre de la independencia judicial, sino una consecuencia de la práctica de compra del oficio, de modo que una función pública se convirtió en objeto de comercio y

intelectuales (1995)

56 Judicature Acts (1873-75)

57 Pegues, *The Lawyers of the last Capetians* (1962)

de propiedad privada; la patrimonialización del cargo lo hizo igualmente transmisible por herencia, y la designación formal del rey no tuvo otra limitación que la de la concurrencia en el peticionario de las necesarias condiciones de su formación técnica como jurista.

Las particulares condiciones de la vida histórica francesa propiciaron la conversión de los Parlamentos judiciales en reductos cerrados de la nobleza y de la burguesía; el acceso de ésta a las funciones judiciales se vio precisamente favorecido por el sistema de venalidad de estos cargos,⁵⁸adquiriendo con ello un espacio propio dentro de la organización político-social. A pesar de la formal derivación de la autoridad de los Parlamentos judiciales de la del monarca, se constituyeron en un contrapoder frente al mismo al proclamarse *Cours souveraines*: la aplicación de las disposiciones reales (*ordonnances*) requería su expresa aceptación (*enregistrement*), y podían ser vetadas (*rémontrance*). Esta mediatización de la potestad normativa del monarca, que excedía de la esfera propia de la interpretación judicial, podía ser un obstáculo para una política del derecho de signo reformista, y así comenzó a ponerse de relieve,⁵⁹en efecto, desde mediados del siglo XVI.

A partir de Luis XI (año 1461) la monarquía francesa había conseguido afirmar la autoridad real sobre la nobleza feudal; la Asamblea de los Estados Generales tuvo cierta actividad durante los siglos XV y XVI, pero la Corona tendió a prescindir de su concurso a medida que se fue afianzando la política absolutista, que contó con el apoyo de los medios intelectuales vinculados al movimiento humanista y posteriormente recibió también el del pensamiento ilustrado. Frente a la tendencia de la vida histórica y política inglesa al mantenimiento de las tradiciones del derecho público nacidas en el Medioevo, en Francia prevalecieron las corrientes que impulsaban la ruptura con el orden medieval, del que formaban parte los Parlamentos judiciales.

Un primer desencuentro con la Corona se produjo con ocasión del impulso dado por ésta desde mediados del siglo XV a la redacción del *droit coutumier*,⁶⁰atendiendo a reiterados requerimientos de la Asamblea de los Estados Generales. En continuidad con la tradición colaboradora de los juristas con la Corona, la dirección técnica del proyecto fue confiada a comisarios regios pertenecientes a la magistratura. Aunque los trabajos quedan prácticamente concluidos a finales del siglo XVI, lo cierto es que los medios profesionales relacionados con la práctica del derecho y, en concreto, los Parlamentos judiciales adoptaron una actitud pasiva e incluso obstruccionista⁶¹; tan sólo fue posible una unificación del *droit*

58 Nousnier, *La venalité des offices sous Henry IV et Louis XIII* (1945); Mastellene, *Venalità e machiavellismo in Francia (1572-1610)*. Alle origini della mentalità politica borghese (1970)

59 La Corona intentó sin éxito limitar las facultades de oposición de los Parlamentos (*Ordonnances de Moulin*, de 1546), que en ocasiones afectaban a medidas de gran relevancia política; así ocurrió, en efecto, con el Edicto de Nantes (año 1598) de Enrique IV, que garantizaba a los protestantes los derechos civiles, y que varios Parlamentos se negaron a registrar; en realidad, hasta el final del Antiguo Régimen las políticas reformistas de la monarquía se vieron obstaculizadas por los Parlamentos judiciales; Cheyette, *La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen Age*, en *RH*, 40 (1962), pp. 373 ss.

60 Filhol, *La rédaction des coutumes en France au XV e XVI siècles*, en *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent* (1962), pp. 63 ss.

61 Caillemer, *Des résistances que les Parlements opposèrent à la fin du XVI siècle à quelques essais d'unification du droit civil*, en *Livre du Centenaire du Code civil*, II (1904), pp. 1082 ss.

coutumier en los ámbitos territoriales de las jurisdicciones de los diferentes Parlamentos, en un momento en que en los medios intelectuales y políticos se postulaba la necesidad de un texto único de ordonnances, coutumes y decisiones judiciales para todo el reino.⁶²

Desde los medios intelectuales vinculados al humanismo renacentista comienzan a aparecer las primeras críticas contra el sector profesional de los juristas prácticos como gestores del derecho en el ámbito forense. Su actitud conservadora era percibida como interesada en el mantenimiento de un orden jurídico complejo, cuyo control ejercían. Las resistencias a las reformas provenían también de sectores sociales partidarios de preservar el particularismo jurídico, e igualmente de los ámbitos de la nobleza y el clero locales. Los Parlamentos judiciales, por su parte, veían en el fortalecimiento de la potestad normativa de la Corona una invasión de su propia competencia en relación con la gestión autónoma de la normatividad. La subordinación de la interpretación judicial a la primacía de la legislación real como expresión de la soberanía normativa del monarca comienza, en efecto, a plantearse como problema político en el siglo XVI y continuará durante todo el Antiguo Régimen como cuestión conflictiva hasta que se resuelve desde la legalidad revolucionaria.

Al haber prescindido la Corona del concurso de los Estados Generales, los Parlamentos judiciales vinieron a ocupar una posición institucional que presentaba el riesgo de que la defensa del derecho y de la independencia judicial que justificaba su agrupación corporativa fuese utilizada políticamente contra la acción de gobierno de la Corona. Así ocurrió, en efecto, en el primer grave enfrentamiento que tuvo lugar durante la minoría de edad de Luis XIV a causa de la oposición suscitada por las medidas tributarias de Mazarino: animados por los sucesos revolucionarios de Inglaterra contra Carlos I, los Parlamentos judiciales franceses se posicionaron frente a la política de la monarquía, en alianza con sectores descontentos de la nobleza y el alto clero⁶³, y reclamaron el derecho a ratificar los impuestos.

Las fuerzas militares de la nobleza y los Parlamentos fueron derrotadas (1650-1653), con el consiguiente triunfo del absolutismo, que no logró, sin embargo, doblegar a las corporaciones de juristas. Luis XIV evitó el conflicto con los Parlamentos judiciales mediante un compromiso con los mismos en la elaboración y aprobación de la reforma y unificación del procedimiento civil y criminal, pero bajo Luis XV los Parlamentos intentan abiertamente asumir una función política, proclamándose defensores de los intereses de la nación y de los derechos individuales de los ciudadanos; reivindican, en definitiva, una participación en el ámbito del poder real, lo que motivó frecuentes intromisiones en el ejercicio de las competencias de los representantes de la administración en los territorios del reino. La determinación de la Corona a afirmar su autoridad sobre los Parlamentos judiciales condujo a un conflicto político (año 1770) del todo singular: las corporaciones de juristas decidieron paralizar la administración de justicia; el gobierno aprovechó la ocasión para acometer una reorganización judicial con nuevo personal; el pueblo y los sectores intelectuales

62 Gaudemet, *Les tendentes à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI-XVII)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I (1977), pp. 160 ss.

63 Moote, *The Revolt of the Judges. The Parliament of Paris and the Fronde (1643-1652)*, 1977

permanecieron indiferentes ante la rebelión de los Parlamentos, lo que venía a mostrar su distanciamiento de la realidad social⁶⁴.

La actitud crítica que desde los medios intelectuales del humanismo se había dirigido contra los juristas de los Parlamentos judiciales⁶⁵ fue retomada por la ideología política de la Ilustración, que convirtió en uno de sus principales objetivos la reforma del conjunto del orden jurídico, su enseñanza y aplicación práctica, responsabilizando directamente a las corporaciones de juristas de las múltiples deficiencias y vicios que presentaba la situación del derecho en la época⁶⁶. Se afianza, en consecuencia, una corriente de pensamiento anti-jurisprudencial que denuncia el despotismo de las corporaciones profesionales de juristas, a las que se niega legitimidad en su pretensión de representar al cuerpo social; Voltaire y su obra *Histoire du Parlement de Paris* (año 1751) constituyen la expresión más significativa de esa corriente intelectual que se sitúa en alianza con el absolutismo monárquico en su política reformista y de control del poder de los Parlamentos judiciales.⁶⁷

Se había generado también un malestar en los medios sociales, reflejada en los cahiers de doléances del período pre-revolucionario contra los representantes de la administración de justicia: la venalidad de los oficios, la dilación de los procesos y la falta de publicidad del procedimiento, los constantes conflictos entre jurisdicciones, la cuantía de las costas procesales, la arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho. Estos y otros vicios que arrastraba la administración de justicia en Francia fueron generando una profunda separación entre la sociedad civil y las corporaciones de juristas, y explican la postura de los representantes de la Ilustración y su apoyo a la política de reformas de la Corona. A pesar de todo ello, los Parlamentos judiciales consiguieron sumarse a la corriente de oposición al absolutismo de la Corona cuando comenzó a prevalecer en la vida política francesa el movimiento revolucionario; desde el plano de su legitimación político-intelectual recibieron un inestimable apoyo de la favorable acogida dispensada a la obra de Montesquieu *L'esprit des lois* (año 1748), que propugnaba la adaptación de la monarquía francesa al modelo inglés, conservando la estructura nobiliaria y los poderes que reclamaban para sí los Parlamentos judiciales.

Aprovechando la situación de debilidad en la que se encontraba el gobierno de la monarquía en la época de Luis XVI, los antiguos Parlamentos lograron su restablecimiento (año 1780) y pronto volvieron a asumir una actitud obstruccionista contra las reformas políticas y financieras de Turgot y Necker. La oposición parlamentaria contribuía a debilitar institucionalmente a la Corona y, por ello, encontró un apoyo táctico en las fuerzas revolucionarias; animados por su aparente popularidad, los Parlamentos judiciales se sitúan a la cabeza de la política reformista, a cuyo efecto reclamaron (año 1777) la convocatoria de los Estados Generales, lo que desencadenó el proceso revolucionario, que suprimió los

64 Martin, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII siècle* (1954)

65 Fernández Barreiro, *La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*, en SCDR XII (2000), pp. 69 ss.

66 Sobre la ideología del iluminismo francés y sus diferencias con el alemán, vid. Díaz, *Filosofía e política nel settecento europeo* (1962)

67 Tarello, *Storia della cultura giuridica europea* (1976), pp. 259 ss.

privilegios y venalidad de los oficios (año 1789), los Parlamentos (año 1790) y, finalmente, las Facultades de Derecho (año 1793).

El cercano recuerdo del obstruccionismo de los Parlamentos judiciales a la política de reformas de la administración real pesó decisivamente en la Asamblea Constituyente, que quiso evitar el riesgo de que los jueces pudiesen entorpecer de igual modo la acción del gobierno revolucionario; por ello, no sólo fueron suprimidos los Parlamentos judiciales⁶⁸, sino que se estableció la exención de control jurisdiccional para los actos de gobierno⁶⁹, tipificándose incluso como delito la inmisión de los jueces en la acción administrativa⁷⁰. De la corrección de esa desviación del modelo constitucional inglés de Estado de derecho nació la singularidad francesa de la jurisdicción especializada administrativa en la nueva organización del Estado impulsada por Bonaparte, que introducía como elemento relevante una administración civil centralizada al servicio del poder ejecutivo nacido del impulso revolucionario⁷¹.

El nuevo modelo requería la implantación de un sistema judicial funcional y jerarquizado, que aparecía en una relación de correspondencia con la estructuración unitaria del territorio⁷²; el cuerpo judicial adquirió inevitablemente una configuración burocrática y, a pesar de la inamovilidad, el sistema no podía dejar de generar una situación de dependencia de los jueces respecto a los centros internos de poder de la administración.⁷³ Desde el plano de la relación con la sociedad, sin embargo, la función judicial se vio potenciada en su dimensión de servicio público, y se hizo efectiva la democratización del acceso a la carrera judicial por efecto de los procedimientos de carácter técnico aplicados para la selección de sus miembros, en igual medida que los demás cuerpos de la administración.

El modelo unitario de ordenamiento jurídico formalizado por las codificaciones napoleónicas respondía a un objetivo revolucionario que la política de unificación del derecho promovida por la Corona no había logrado, en gran medida por la oposición de los Parlamentos judiciales. La ideología anti-jurisprudencial de los sectores intelectuales vinculados a la Ilustración y el factor político revolucionario de evitar las interferencias de los jueces en la acción de gobierno se encuentran entre las causas determinantes de la ruptura con la tradición jurídica que situaba a la *interpretatio iuris* en un espacio autónomo dentro del desarrollo del derecho en concurrencia con la legislación. En Inglaterra se produjo una constitucionalización de esa tradición, que la independencia del poder judicial venía simplemente a preservar, pero la posición de preponderancia de la Jurisprudencia judicial era por entonces común al conjunto de los territorios europeos.

En efecto, durante los siglos XVII y XVIII se habían consolidado las Cortes Superiores de Justicia en todos los espacios político-territoriales europeos. La autonomía funcional de

68 Carrè, *La fin des Parlements* (1912)

69 Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790

70 Código penal y Constitución de 1791 (Tit. III, cap. V, art. 3º)

71 García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea* (1984)

72 Ponteil, *Napoleón I et l'organisation autoritaire de la France* (1956)

73 Royer, *La société judiciaire depuis le XVIII siècle* (1971)

que gozaban y su composición por juristas de prestigio e influencia política condujeron a proporcionar a las decisiones de esos tribunales una posición preeminente en el sistema de fuentes del derecho, debido a que en la práctica los operadores jurídicos acudían a las sentencias judiciales para conocer el derecho aplicable; prevalece, así, en la cultura jurídica europea un modelo de derecho judicial semejante al que desde un primer momento caracteriza al derecho inglés.

La propia Jurisprudencia de las diferentes Cortes Superiores de Justicia fue estableciendo un sistema de precedentes que creaban una normatividad vinculante en los respectivos ámbitos jurisdiccionales y que tendía también a ser seguida por los tribunales inferiores. La *interpretatio judicial* realizaba, así, una función unificadora del derecho en el ámbito territorial al que alcanzaba su jurisdicción; la normatividad resultante era de naturaleza jurisprudencial debido a la amplia discrecionalidad con la que podían operar los jueces en un modelo que les permitía encontrar fundamentos para la decisión del caso concreto en el conjunto de los componentes de la cultura jurídica en que operaban.

En esa amplia discrecionalidad se encuentra el fundamento de la primacía que en la práctica adquirió la Jurisprudencia judicial, que se manifiesta en el desarrollo de una literatura jurídica constituida por colecciones de sentencias⁷⁴ La posición dominante de la Jurisprudencia judicial en la gestión del derecho provoca en algunos medios intelectuales una corriente anti-jurisprudencial y a veces el enfrentamiento con la política del derecho de las monarquías; Francia fue el principal escenario en el que tuvo lugar esa confrontación, de un signo bien distinto a la que se produjo en Inglaterra.

Las particulares circunstancias que concurren en la vida histórica francesa y en su movimiento revolucionario, determinaron la configuración de la relación meramente pasiva del juez en relación con el derecho, entendido éste como reducido a su expresión legal, sin reconocimiento alguno a la creatividad vinculada a la *interpretatio iuris* propia de la tradición jurídico-cultural europea. Muy pronto, sin embargo, el modelo resultó rectificado en la práctica por la recuperación progresiva por parte de la Jurisprudencia judicial de su anterior protagonismo, y ello ocurrió, no sólo en relación con el derecho codificado, sino también, y muy especialmente, con el nuevo derecho administrativo; en efecto, al haber nacido éste como una derogación global del derecho privado, se desarrolló al margen del derecho codificado, y sus normas más importantes fueron enunciadas en forma de decisiones judiciales, merced a la labor de interpretación creadora del Consejo de Estado⁷⁵.

La confrontación política entre las Cortes Superiores de Justicia y la acción de gobierno no se produjo en igual medida en los demás espacios político-territoriales europeos, en donde la filosofía de la Ilustración inspiró políticas reformistas que encontraron acogida en las élites dirigentes de las monarquías autoritarias en los siglos XVII y XVIII. La tendencia hacia la unificación del ordenamiento jurídico encontró una general acogida en la forma de codificaciones según el modelo francés, del que tomó también el componente de la

74 Gorla, *L'origine e l'autorità delle raccolte di Giurisprudenza*, en *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 44 (1970), pp. 4 ss.; Lombardi, *Saggio*, pp. 164 ss.

75 Durand, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien* (1949)

administración centralizada. La integración de la organización judicial como poder del Estado en el constitucionalismo democrático ha ido acompañada de la creación de órganos de gobierno de los jueces, con el fin de visualizar la independencia y neutralidad de la magistratura.