

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea* [Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea] (Granada, Editorial Comares, 1998) p. 84.

Luis Rodríguez Ennes

Sólo quien ha estudiado, investigado, pensado acerca de la Jurisprudencia durante varias décadas, es capaz de verter en un ensayo de 84 páginas una decantada interpretación de todo el material manejado a lo largo de una fecunda vida profesional, en la que ha ocupado un lugar preeminente esta línea investigadora, avalada por la publicación de varias monografías y numerosos artículos y acreditada por el reconocimiento unánime de colegas e instituciones. De este modo, surge como producto de una larga reflexión panorámica de más de dos milenios de historia, que se inicia con la posición del derecho en el modelo griego de la democracia pura, para concluir este apasionante *iter* expositivo en el actual período constitucional. Naturalmente, un espacio de tiempo tan dilatado en un mazo de páginas tan corto exige la más rigurosa labor de selección, la aceptación de omisiones inevitables y la voluntad de sacrificar lo accesorio a lo verdaderamente sustantivo. De ahí que sea imposible compendiar aún más –en una parca reseña– las opciones del autor ante uno de los problemas más debatidos por la romanística de antes y de ahora.

Las respuestas no siempre son unívocas, pero el Profesor Fernández Barreiro toma el partido que más se ajusta a las fuentes consultadas y a las obras leídas y repasadas. Y lo hace sin dramatismo y sin solemnidad, con un estilo directo y elocuente que resulta fascinante. Así, nada más expresivo que la muy especial valoración que efectúa de la “posición autónoma de los gestores de la aplicación del derecho y el carácter técnico-jurídico de su formación” (p. 9), aspecto éste propio de Roma y no de Grecia donde “el problema jurídico es inescindible del moral y del político; ello es debido a que las fronteras entre política y moral, sociedad e individuo, ética y derecho, están aún mal trazadas, y no resulta concebible un tratamiento diferenciado para cada una de esas esferas”. Si el derecho romano se ha construido como una disciplina especializada, esto se debe a un grupo de expertos que han hecho del derecho una profesión. “La cultura griega no conoció esta función del derecho, ni la figura del jurista como profesional del mismo; el protagonista fundamental del proceso es el retórico, cuyo arte del razonamiento es muy distinto del que caracteriza al método propio del jurista” (p. 19-20) con lo que –en conjunto– el sistema helénico presentaba un amplio margen de riesgo por la prevalencia de elementos decisivos irracionales. En la juventud de los pueblos, derecho, moral y política están entrelazadas entre sí. Tal acaeció, por ejemplo, en las civilizaciones griega y germánica. Por contra, en Roma, desde muy pronto, la relación genética del derecho con el mundo extrajurídico está fundamentalmente excluida de su exposición científica. La Ley de las XII Tablas contiene exclusivamente normas jurídicas. La separación de la esfera de lo sagrado y de lo profano y, consiguientemente, del derecho sacro del derecho laico –*fas* y *ius*– fue una de las conquistas más antiguas y más seguras de la jurisprudencia romana.

El importante resultado global de todos estos aislamientos es que la jurisprudencia clásica es preferentemente ciencia del derecho privado. La concatenación de razonamientos conduce así al autor a señalar que “el derecho civil, globalmente considerado, se desarrolla al margen de una regulación legal debido a que en la cultura política latina es considerado como un ordenamiento esencialmente interindividual; la verdadera intervención pública en el derecho privado fue de carácter procesal” (p. 28-29). Así las cosas, el derecho romano privado adquiere en la exposición de los clásicos una densidad singular y casi lógica. El número de las figuras del juego jurídico es relativamente pequeño porque son ignoradas todas las limitaciones derivadas del derecho público o del recinto extrajurídico de los deberes. “La interindividualidad de las relaciones de derecho privado y su existencia no dependiente de la legislación, va a favorecer la presencia de un sector profesional de juristas que actúa con plena independencia del poder” (p. 33), con lo que la jurisprudencia aparece como garante de la neutralidad del sistema judicial. Es importante señalar que el período de evolución de la jurisprudencia republicana (especialmente desde el siglo II hasta el Principado) es el único en el que los juristas gozaron de una autoridad basada exclusivamente en su capacidad profesional y en la confianza que tenían los *cives* en su imparcialidad.

Profundiza Fernández Barreiro en el apartado 5 de su monografía (p. 39 a 49) en el proceso histórico de asentamiento institucional del Principado, cuyo carácter autocrático no impidió que la Jurisprudencia continuara manteniendo una posición de protagonismo en la gestión del derecho. Es más, de la relación de colaboración entre el sector profesional de los juristas y el poder político resulta por primera vez formalmente incorporada la Jurisprudencia al sistema de fuentes del derecho. El punto de partida para este cambio cualitativo lo va a constituir la creación de una burocracia de juristas, autónoma respecto de las magistraturas y en dependencia directa del Príncipe, ya que la Jurisprudencia formaba parte de las instituciones más viables y duraderas y su control representaba un problema serio, habida cuenta de que no se trataba de un organismo estatal. Augusto hizo lo posible por insertar la *auctoritas prudentium* en su ordenamiento, en cuanto que, *ut maior iuris auctoritas haberetur*, designó a algunos juristas *ut ex auctoritate eius responderunt* (D. 1, 2, 2, 49). El modelo resultante del *ius publice respondendi* fue una jurisprudencia burocratizada, que no pudo situarse institucionalmente en una posición autónoma respecto al poder político.

Tras el descubrimiento científico del Digesto, la difusión europea de la cultura vinculada al derecho jurisprudencial romano supuso —en palabras de Fernández Barreiro— “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 del razonamiento jurídico y, con ello, de un método para la argumentación lógica, conducente a la formación de soluciones jurídicas” (p. 56-57). La expansión económica que se produce desde mediados del siglo X y el desarrollo del comercio rompen las estructuras sociales y hace nacer a la burguesía. Estas transformaciones van a tener un efecto indirecto sobre la difusión de la ciencia jurídica romanística, pues ésta se beneficia del impulso cultural generado por el acceso al saber de los laicos exigido por la demanda creciente de administradores públicos eficaces y de abogados formados en las sutilezas de la negociación privada. Las nacientes Universidades responden a este movimiento y van a convertirse desde entonces en el centro en el que el profesional del derecho recibe una formación específica, dentro de un marco organizado de materias de estudio, cuya superación permite la obtención de una titulación académica. El derecho romano-justiniano va a constituir también la base para la construcción y desarrollo del derecho canónico, que se incorpora igualmente al cuadro de las enseñanzas universitarias. Derecho civil y derecho canónico serán considerados como dos ramas complementarias del mismo orden jurídico, según ponen de manifiesto expresiones como *ius utrumque* o la relativa a la titulación universitaria *doctor in*

utroque. En aquella época, el Pontificado y el Imperio representaban los ideales universalistas en el ámbito político-religioso, al tiempo que el *ius commune* romano-canónico, junto los *iura propria*, forman la unidad caracterizadora de la concepción del orden jurídico medieval.

La última parte de este excelente *excursus* la destina el autor a la formación de las jurisprudencias nacionales y la posición del *ius commune* como subsidiario, cuestiones ambas de las que los juristas son agentes portadores. La componente técnica y culta del derecho, que la ciencia jurídica europea recupera de la tradición romanística, va a propiciar por primera vez la organización de ciertas profesiones relacionadas con el derecho, algunas de las cuales –y también por primera vez- protagonizan un enfrentamiento con el poder político absolutista, desde la defensa de su autonomía como gestores jurídicos. El más flagrante estalló en Inglaterra a comienzos del siglo XVII, en relación con los antagonismos entre las tendencias absolutistas de la monarquía de los Estuardos –que se apoyaba en los tribunales fieles a ella, a la cabeza de los cuales se encontraba la *Courf of Chancery* y que recurría también al derecho romano- y la renuencia del Parlamento, coaligado con los Tribunales del *Common Law*. La resistencia ofrecida por los hombres de la toga fue, sin duda, tomada en consideración por los soberanos. Para defender su posición y su obra, los Tribunales del *Common Law* han contado con la alianza del Parlamento, unido a ellos frente al absolutismo real. El éxito de la resistencia inglesa a la penetración del derecho romano no se debe a un mayor desarrollo del espíritu del pueblo inglés, y como consecuencia de este fuerte espíritu popular, a la gran repulsión sentida hacia el derecho romano considerado como extraño; tampoco se debe a un sentimiento de repugnancia inspirado en motivos racistas, el éxito de la defensa inglesa contra la invasión del derecho romano se debe exclusivamente al estamento de juristas y al interés corporativo de éste, íntimamente ligado al *Common Law*, como acertadamente señala Fernández Barreiro. Este *Common Law* fue elaborado y desarrollado por dicho estamento con todos los caracteres propios de un derecho de juristas. Aceptar el derecho romano en la forma que acertaron a darle los glosadores y los comentaristas y que era la propia de un derecho de juristas, hubiera significado para los ingleses permutar su derecho de juristas por otro también de juristas. Para ello habrían tenido que emprender nuevos estudios o ceder su puesto a otros juristas formados en el derecho romano, lo que hubiera significado decidir su propia eliminación.

La penetración de la cultura romanística en Francia va a producirse desde el siglo XIII merced a la labor divulgadora de las Universidades y al protagonismo de los juristas, en alianza con la política de la monarquía. Con todo, a diferencia de Inglaterra, el acceso a la función judicial en la Francia del *Ancien Régime* se va a efectuar mediante la “compra de oficio”, de modo que una función pública se convirtió en objeto de comercio y de propiedad privada. Está claro que esta idea del oficio como bien patrimonial, como concesión hereditaria, llevó a que fuese cedido como otro bien comercializable a terceras personas, frecuentemente parientes del titular del oficio que los cedía. El ser el placet del Rey un formulismo favorecerá el acceso incontrolado de terceros a los Parlamentos judiciales. Contra este estado de cosas, presente todavía en la Francia del Siglo de las Luces, van a alzar su voz los más conspicuos de los ilustrados.

De alguna de estas cuestiones, me he venido ocupando en varias sedes, fundamentalmente en una monografía publicada en Santiago de Compostela en 1999 (*Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia*), obra bien conocida por el Profesor Fernández Barreiro y en la que trazo así el cuadro de referencia. Los revolucionarios decidieron –teniendo muy presentes las críticas de los ilustrados- que la idea de la división de los poderes debía de articularse de tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su conciencia con los Parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos.

Sieyès alude constantemente, en efecto, en su *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, a los “abusos del poder judicial, tan frecuentes y tan temibles en todas partes donde los pueblos no son juzgados por sus iguales”, al “insensato proyecto de consagrar al final del siglo XVIII los abominables riesgos del feudalismo”; “se ha deslizado –dice también- una nueva e intolerable aristocracia”. Incluso más, Sieyès impugna directamente la autoridad de Montesquieu: “Cette aristocratie féodale... qui ne cesse d’inspirer des vaines terreurs pour se conserver une grande importance, que cache sa nullité pour le bien sous le nom de “Corps intermédiaires” et sa puissance pour le mal sous l’autorité imposante de l’aristocrate Montesquieu” [Se cita conforme a la referencia de una de las primeras ediciones de *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, que hace Tocqueville en “L’Ancien Régime”, en *Oeuvres complètes*, II (París, 1952) p. 144]. He aquí, pues, justificada la disidencia formal, la heterodoxia expresa que en la interpretación del principio de la división de poderes va a imponerse sobre su propio autor. El aristócrata Montesquieu, el barón de La Brède y de Montesquieu, el antiguo Presidente del Parlamento bordelés, es execrado por los revolucionarios en el momento mismo en que se disponen a aceptar su esquema central de constitución, lo que ciertamente suele olvidarse.

La estructuración orgánica de la administración del Estado, prefigurada en las ideas revolucionarias, pero puesta en práctica magistralmente por Napoleón es –en decir del autor- “un resultado constructivo del concurso del sector profesional de los juristas franceses con el proyecto político-organizativo impulsado por Bonaparte” (p. 78). A nuestro entender y no obstante concordar con las anteriores palabras de Fernández Barreiro, debería destacarse con mayor énfasis el papel del emperador de los franceses en la instauración de la autonomía jurídica de la Administración que va a hacer posible el sistema de la separación de poderes, con su gran creación del Consejo de Estado. Napoleón acertó a dar a Francia un sistema administrativo que lleva camino de hacerse definitivo. No nos suena ahora a hiperbólica, por eso, la famosa frase de Roederer sobre el *Empereur*: “Ayant plus gouverné en trois ans que les rois en un siècle” [Cit. por Pierre-Henry, *Histoire des Prefets* (París, 1950) p. 54].

A modo de conclusión, se impone señalar que el Profesor Fernández Barreiro nos conduce como un guía consumado por un territorio que conoce a la perfección, ofreciéndonos un trabajo exhaustivo, lúcido y brillante. Esfuerzo casi baldío supone intentar resumir en unas pocas letras un compendio majestuoso de datos ordenados en una exposición muy bien sistematizada. El rigor, en este caso, no está reñido con una prosa grácil y agradable de leer, que sumerge al lector, aunque sea profano en Derecho, en las vicisitudes de la Jurisprudencia. A mi me queda felicitar a su autor públicamente –en privado ya lo hice cuando este libro salió de imprenta- y felicitarle de contar con su magisterio constante.