

# LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO EN EL MOVIMIENTO DE UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO Y LA CONSTITUCION EUROPEA<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> Teresa Duplá Marín

**Sumario:** 1.- La Recepción del Derecho Romano en Europa. 1.1.- El Derecho Romano desde Justiniano hasta el resurgir boloñés. 1.1.1.- El Derecho Romano en Oriente: el Derecho Bizantino. 1.1.2.- El Derecho Romano en Occidente. 1.2.- La Tradición romanística. 1.2.1.- El resurgir boloñés: los glosadores y los postglosadores o comentaristas. 1.2.2.- El humanismo jurídico: *mos gallicus* y *mos italicus iura docendi*. 1.2.3.- Del iusnaturalismo a la época de las codificaciones. 1.2.4.- SAVIGNY y la Escuela Histórica del Derecho. 1.3.- La Recepción del Derecho Romano Justiniano en España. 2.- El movimiento de unificación del Derecho Privado y la Constitución Europea. 3.- Los antecedentes de la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en Europa. 4.- El Derecho Romano en los textos de la unificación europea del Derecho de Obligaciones y Contratos. 4.1.- Error. 4.2.- Dolo. 4.3.- Violencia o intimidación.

## 1.- LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO EN EUROPA

Por todos es sabido que, el Derecho Romano, como derecho, es un producto histórico, que parte en sus inicios de la formación de la ciudad de Roma, y que finaliza con el fallecimiento de Justiniano. En cambio se entiende por Tradición romanística un proceso que se inicia con los estudios jurídicos de Bolonia y que se proyecta hasta nuestros días. En definitiva, se trata de la recepción del Derecho Romano en Europa a partir del resurgir boloñés.

En cualquier caso, el *Corpus Iuris* de Justiniano es el punto de partida de una prolongada tradición jurídica que se proyecta hasta las modernas codificaciones. En Occidente, utilizando la conocida frase de VINOGRADOFF<sup>2</sup>, se habla de la “segunda vida del Derecho Romano”. La historia que voy a exponer -nos dice- refiriéndose a la del Derecho Romano en la Edad Media, es contemplada desde un cierto punto de vista, la historia casi diría de un fantasma. Se trata de la segunda vida del Derecho Romano, después de la pérdida del cuerpo en que por primera vez vio la luz. La obra de VINOGRADOFF,

---

1 Parte del trabajo que presentamos fue expuesto como comunicación en el congreso que se celebró en Roma, durante los días 20 a 23 de junio, bajo el título *Covegno Europeo di studio “Verso una Costituzione Europea”* organizado por el Servicio Nacional Italiano para el Proyecto Cultural de la CEI, la FUCE (Federación de las Universidades Católicas de Europa) y la COMECE (Comisión de los Episcopados de la Comunidad Europea) con la colaboración del Vicariato de Roma “Ufficio per la Pastorale Universitaria”.

2 *Roman Law in medieval Europe*, 2ª ed. cuidada por DE ZULUETA, Oxford 1929, (hay reimpr. Oxford, 1961, y trad. al italiano por RICCOBONO, Milano, 1950).

sigue siendo fundamental. Durante este largo período se alternan orientaciones prácticas, que pretenden servirse, sobre todo del Digesto, para aplicarlo y resolver los problemas y necesidades de una época, y tendencias cultas presididas por un sentido histórico, que pretenden profundizar en el Derecho Romano y seguir su evolución.

En Oriente, el *Corpus Iuris* y en particular el Digesto, constituye el punto de partida del Derecho Bizantino. A este respecto, se ha dicho que la importancia de la obra de Justiniano radica, por un lado, por lo que concluye -la evolución del Derecho Romano-, y por otro, por lo que de él arranca -la resurrección de la Ciencia jurídica en Occidente-, pero que apenas tuvo importancia por lo que pretendió ser: una legislación para su tiempo. Esta afirmación, nos dice LATORRE<sup>3</sup>, es exagerada, ya que en los siglos VI y VII, el *Corpus Iuris* fue usado, directamente, por los juristas bizantinos, y sólo a partir del s. VIII empieza a perderse el contacto directo e inmediato con aquél.

Por todo ello hemos dividido este primer punto en tres apartados, analizando en el primero la evolución del Derecho Romano desde el fallecimiento de Justiniano hasta el inicio de los estudios jurídicos de Bolonia, en el segundo, la llamada Tradición romanística y en el tercero, la Recepción de Derecho Romano Justiniano en España.

## **1.1.-El Derecho Romano desde Justiniano hasta el resurgir boloñés.**

### **1.1.1.- El Derecho Romano en Oriente: el Derecho Bizantino**

Justiniano, que había ordenado expresamente la vigencia de su compilación, en su *Constitutio Tanta* 21, prohibió todo comentario a ella conminándolo con la pena de falsificación. Era una obra completa, según el emperador, lo que provocó por un lado, que se perdieran parte de los escritos jurídicos no contenidos en la misma, y por otro, que se limitaran los esfuerzos encaminados a cualquier producción jurídica, a excepción de traducciones literales al griego de los textos latinos (*katá podas*), índices que expusiesen brevemente lo que se trataba en un fragmento, colecciones de pasajes paralelos (*paratilla*), y de la Paráfrasis griega a las Instituciones de Justiniano, realizada en vida del emperador<sup>4</sup>.

Sin embargo el renacimiento romano perseguido por Justiniano tuvo una breve duración, y la influencia de la legislación justiniana fue, en la práctica, poco amplia, imponiéndose el “derecho popular” frente a la nueva codificación. Los deseos del emperador no fueron respetados -ni tan siquiera en vida del mismo- ya que como advierte TORRENT<sup>5</sup> fue justamente el hecho de que la obra estuviera escrita en latín, y por ello de difícil comprensión, lo que trajo la necesidad de configurar una serie de textos más asequibles para el mundo oriental. Además, como apunta KUNKEL<sup>6</sup>, operaba en un Imperio anclado en su mayor parte en concepciones jurídicas greco orientales, y por ello, el verdadero contenido de la ley solo podía alcanzar vigor allí donde actuaran abogados y jueces que hubieran aprendido con su mundo de conceptos y su laberíntica

---

3 *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona, 1978, p. 65.

4 Obra realizada, según parece, por uno de los autores de las Instituciones, el profesor de Constantinopla Teófilo. Pero se sabe que existieron otras obras de este tipo escritas por Doroteo, Taleleo, Estéfano, Cirilo etc...

5 *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Madrid, 1993, p. 21.

6 *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 4ª ed. alemana por Juan Miquel, 10ª ed., Barcelona, 1998, p. 186.

casuística. Como consecuencia de todo ello, en época temprana aparece en Oriente, por un lado, una tendencia a seleccionar textos dirigidos a la práctica jurídica -*Ecloga Legum* (s. VIII<sup>7</sup>), *Procheiron* (manual), *Epanagoge* (renovación del s. IX), dos *Synopsis*, *Magna* (s. XI) y *Minor* (s. XI y XII), *Tipucitus* (s. XII)-, y por otro, la que sin duda se califica como la obra del período bizantino de mayor interés para el Derecho Romano: los *Basílicos* (s. IX), obra de sesenta libros, que se inicia en tiempos de Basilio I el Macedonio y que finaliza en época de León VI el Filósofo. En los *Basílicos* se traducen al griego de forma abreviada los pasajes más importantes del *Corpus Iuris*, a las que se incorporan posteriormente, en el s. X y XI, los comentarios de los juristas bizantinos (escolios) -*scholia antiqua* y *scholia recentiora*- de los siglos VII y VIII, y de traducciones anteriores a Justiniano, con lo que se ofrecen materiales prejustinianos que luego no se incorporaron al *Digesto*<sup>8</sup>. Se ordenan siguiendo el sistema del Código de Justiniano.

Su importancia radica, en palabras de ARANGIO-RUIZ<sup>9</sup>, en que se extraen las concepciones dogmáticas prevalentes en época de Justiniano, se colman lagunas, y por que ayudan a descubrir las interpolaciones justinianas y los criterios que las inspiraron. Dicho esto, como señala KUNKEL<sup>10</sup>, los *Basílicos* son simplemente el primer ejemplo de un recorte progresivo de la materia jurídica justiniana, acorde con la escasa cultura de la época, y que finaliza con un manual de seis libros, el *Hexábiblos* -*Manuale Legum*- redactado hacia el año 1345 por un tal Constantino Harmenopulos, juez en Tesalónica<sup>11</sup>.

### 1.1.2.- El Derecho Romano en Occidente

La caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 en poder de los pueblos germánicos hace que éstos se asienten -por la fuerza o mediante alianzas- en las antiguas provincias romanas como Italia, Galia, Hispania, Lusitania, Britania, Belgica etc... Los pueblos germánicos, conscientes de la superioridad de la cultura romana, tienden a una progresiva romanización. Y según la doctrina, es el Derecho Romano vulgar<sup>12</sup> -y no el clásico- el que dominó en Occidente en la alta Edad Media, reposando fundamentalmente sobre la base de la *Lex Romana Visigothorum*. En concreto en Italia, ya que se ordena expresamente la vigencia de la *Compilación* por una ley de Justiniano, a petición del papa Vigilio, llamada *Sanctio pragmatica Pro petitione Vigilii* (año 534). Código, Instituciones y Novelas continúan siendo conocidos, aunque desaparece pronto el empleo del *Digesto*, cuya última referencia es de una epístola del papa Gregorio

7 Por obra del emperador Leon III, el Isaúrico, y de su hijo Constantino. A las que hay que añadir tres colecciones especiales, de derecho marítimo, de derecho militar, y sobre instituciones de derecho privado y penal relativas a la protección de los fundos.

8 Parece ser que a principios del s. VII un autor desconocido denominado el Anónimo resume la antigua literatura de comentarios al *Digesto* en una obra que presenta la forma peculiar del comentario en cadena, y en el que a una suma de *Digestos* compuesta por el propio Anónimo se añaden, texto por texto, a modo de cadena, los fragmentos correspondientes de la antigua literatura. Y esta obra es la que se emplea para realizar las *Basílicas* en vez de traducir de nuevo los *Digestos* del original. Y a este autor parece que también pertenece una obra que tiene por objeto las contradicciones que se contienen en el *Digesto*. Vid. al respecto, ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7ª ed., Napoli, 1997, pp. 400-401.

9 *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 403.

10 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 188.

11 Que aun no siendo más que un resumen modesto, estuvo vigente en Grecia hasta 1941, fecha en que se promulga el Código Civil.

12 Expresión introducida por BRUNNER, por analogía al término latín vulgar. Vid. al respecto FUENTESECA, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 1987, p. 305 n.l. Contenido fundamentalmente romano-vulgar tiene el Código de Eurico -*Codex Euricianus*- promulgado por el rey visigodo Eurico probablemente hacia el año 476.

(año 603). Pasaron cuatro siglos hasta el reinicio de su estudio, concretamente en el s. XI con el descubrimiento del manuscrito del Digesto<sup>13</sup>. En España y en las Galias rige el Derecho prejustiniano recogido en la *Lex Romana Visigothorum*<sup>14</sup>, si bien la doctrina se plantea el problema del valor de dicha práctica hasta el s. XII. TORRENT<sup>15</sup> considera que en realidad esto constituye el problema del llamado “Derecho vulgar de Occidente” y con una postura de prudencia apunta que si bien esta tradición romanística alto-medieval no pudo tener un gran valor científico, como señalan CONRAT, SECKEL y KANTOROWITZ, sin embargo no puede negarse, como hacen STINZING, FITTING y BESTA, que en Occidente, en la práctica, en las costumbres y en las propias escuelas jurídicas, por elementales que fueran, siguió perviviendo la tradición romana, siendo fuentes principales el *Codex Theodosianus*, algunas Novelas posteodosianas, las Sentencias de Paulo, parte del *Epitome Gai*, no conociéndose, curiosamente, el Digesto de Justiniano, que deja de ser conocido en Italia a partir del s. VII. Sin embargo, como en su momento apuntó LATORRE<sup>16</sup>, al Digesto se le aplica de forma indiscutible la conocida frase de que un libro vale, en definitiva, no por lo que vale en su tiempo, sino por lo que significa para la posteridad.

## 1.2.- La Tradición romanística

### 1.2.1.- El resurgir boloñés: los glosadores y los postglosadores o comentaristas

El renacimiento del Derecho Romano se inicia a finales del s. XI, y aunque reinan no pocas dudas respecto a su origen, como señala PANERO<sup>17</sup>, parece que puede afirmarse que no se trata de un hecho aislado, sino un sólo aspecto que responde a un movimiento más amplio de revivificación espiritual que se produce en esta época.

En este sentido, la superación de la leyenda del año 1000 y del temor a que el mundo se acabara, unido a la pujanza económico-comercial de ciertas ciudades, en especial del norte de Italia; el movimiento vivificador de un sentimiento religioso en el que la fé cristiana se revela como auténtica fuerza creadora; el deseo de la conquista espiritual de Oriente manifestado en las Cruzadas; la difusión y estudio de los escritos de los pensadores antiguos; la preparación lógica -debida a la teología escolástica-; la existencia de una escuela longobarda de Derecho; la fundación de universidades y el descubrimiento de un manuscrito del Digesto del s. VI -*Littera Florentina*- serán, en palabras de TORRENT, entre otras circunstancias, terreno abonado y fecundo para posibilitar el resurgir del estudio del Derecho Romano<sup>18</sup>.

---

13 El llamado Codex S(ecundus) escrito probablemente hacia la mitad del s. XI en la Italia meridional, donde debió encontrarse también el manuscrito de la Florentina, ya que el copista de S lo utilizó como modelo junto con otro manuscrito.

14 Netamente romana y promulgada por Alarico II el año 506 y conocida también con el nombre de *Breviarium Alaricianum*. Contiene gran parte del Código Teodosiano, partes de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, algunas Novelas Posteodosianas, gran parte de las Sentencias de Paulo, el Epítome de Gayo y un fragmento aislado de Papiniano. De contenido romano aunque fuera del Reino Visigodo son el *Edictum Theodorici* y la *Lex Romana Burgundionum*, promulgadas a principios del s. VI, basadas prácticamente en las mismas obras que la *Lex Romana Visigothorum*, pero que tuvieron una vigencia temporal muy limitada por la pronta desaparición de los reinos burgundio y ostrogodo.

15 *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Zaragoza, 1993, p. 22.

16 *Iniciación a la lectura del Digesto*, cit., p. 65.

17 *Derecho Romano*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2000, p. 118.

18 *Problemas romanísticos de aplicación forense*, cit., pp. 23-27.

En cualquier caso, el renacimiento jurídico medieval se trata de un grandioso proceso histórico que se inicia en Italia en el s. XII y que se desarrolla a lo largo de la Edad Media y la Moderna con la difusión y recepción del *Corpus Iuris Civilis* y de la jurisprudencia que se había formado en torno a textos romanos en la mayor parte de los países europeos<sup>19</sup>.

Este resurgir boloñés se suele vincular a dos nombres, al *Studium generale* de Bolonia<sup>20</sup>, y a la Escuela de los Glosadores, entre sí íntimamente conectados ya que la escuela de Bolonia es calificada “de los glosadores”. Así, para A. D’ORS, la supervivencia del Derecho Romano se debe a la instauración del estudio universitario del Derecho Romano en Bolonia primero, y en las principales universidades europeas después, a las que este estudio, asociado al del Derecho Canónico, y juntamente con la Teología, asociada a la Filosofía, dio su razón de existencia y su esplendor social<sup>21</sup>. En este sentido, descubiertas las Pandectas, los juristas de la Edad Media pudieron encontrar en el Derecho Romano todo un sistema de principios generales aptos para la elaboración de los nuevos ordenamientos<sup>22</sup>.

IRNERIO<sup>23</sup>, uno de los principales juristas de esta época, fue el creador de la Escuela de los Glosadores, el fundador de la Ciencia Jurídica Europea<sup>24</sup>. La finalidad de los glosadores en el estudio del *Corpus Iuris*, y en concreto del Digesto, fue la de hacer que éste fuera comprensible a sus contemporáneos. Las anotaciones marginales o interlineales en los textos, denominadas glosas<sup>25</sup>, ayudaban a comprenderlos y a interpretarlos. Como matiza TORRENT<sup>26</sup>, los glosadores no admitieron un pensamiento libre más allá del tenor del texto, adolecieron de escasez de crítica, ingenuidad y falta de conocimientos históricos, esto es, se contentaron con un estudio teórico.

Y dos son las ideas que presiden la labor de los glosadores: la de Imperio, reflejada en Justiniano y su obra, y la de Autoridad, que hace que el *Corpus Iuris* asuma el carácter de verdad revelada que no admitía contradicciones.

---

19 Si bien, la labor de unificación política, cultural y religiosa que surge a partir de la noche de Navidad del año 800, fecha de nacimiento del *Sacrum Imperium*, y para algunos también fecha histórica en que nace Europa, fue en palabras de GIMENEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano*, Valencia, 1999, pp. 29-30, la mejor preparación para la unificación jurídica que se impuso de forma natural y por la que, como veremos, Italia y en concreto Bolonia llega a convertirse en un centro de la Europa romano-cristiana, a donde acuden estudiantes de diversos países para escuchar la enseñanza del derecho de boca de los maestros italianos.

20 Famosa universidad que entonces comienza con las enseñanzas del Digesto y como sede principal de los estudios jurídicos, que se hacían en latín, frente a París, más tarde sede de los estudios filosóficos y teológicos.

21 *Elementos de Derecho Privado*, 3ª ed., Pamplona, 1992, p. 4.

22 Porque al igual que la Biblia para los teólogos, señala KUNKEL en *Historia del Derecho Romano*, cit. p. 190, el *Corpus Iuris* era para los juristas de la Edad Media la última palabra de la sabiduría.

23 Gramático, filólogo, lógico y autor de la *Summa codicis*.

24 Vid. al respecto, FERNANDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976, p. 73. Si bien, como afirma FERNANDEZ DE BUJAN, *Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa*, 4ª ed., Madrid, 1999, pp. 216-217, recogiendo la opinión de AGUDO, la convencional afirmación de que la ciencia jurídica europea nace en Bolonia en el s. XI debe ser revisada ya que la enseñanza independiente de materias jurídicas con un plan de estudios prefijado tiene lugar por primera vez en el s. V en las escuelas de derecho de Bérto y Constantinopla del Imperio Romano de Oriente. Así, continúa dicho autor, lo que se produce a finales del s. XI en Bolonia es el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea.

25 El método de la glosa consistió en aclaraciones terminológicas, distinciones entre figuras jurídicas, ejemplos y formación de reglas generales extraídas del texto.

26 *Problemas romanísticos de aplicación forense*, cit., pp. 25-26. Una opinión contraria parece manifestar GIMENEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 31, para quien los glosadores no fueron meros exégetas, sino que llegaron a crear teorías jurídicas nuevas.

La labor de esta escuela se prolonga hasta el s. XIII, destacando entre sus representantes BULGARO, MARTINO, JACOBO, UGO DA PORTA RAVEGNATE, AZON, GODOFREDO y ACCURSIO, creador de la *Magna Glossa*, también calificada de *Glossa ordinaria*, obra en la que se recoge toda la labor de los glosadores<sup>27</sup>.

La escuela de Bolonia, precisa LOZANO<sup>28</sup>, no sólo supuso un puente entre los autores bizantinos del *Corpus Iuris* y la tradición europea del Derecho Privado que se inicia con los Glosadores, sino que además ejerció una gran influencia en toda Europa, dando a conocer el Derecho Romano incluso en países que no pertenecían al antiguo Imperio Romano, como es el caso de Alemania.

A partir del s. XIV el estudio del Derecho Romano adquiere una nueva orientación, siendo circunstancias que influyen, por un lado, la crisis de la idea de Imperio, lo que a su vez hace que los juristas tiendan a una adaptación práctica del Derecho Romano a las nuevas necesidades de la época, y por otro, la difusión de los escritos de Aristóteles y de la escolástica. De este modo el Digesto se utiliza ahora como base para la construcción de un Derecho positivo. Como puntualiza KUNKEL<sup>29</sup>, el *Corpus Iuris* encontró también acceso a la vida jurídica práctica de Italia, pero continuamente fueron surgiendo cuestiones que no podían resolverse a partir de él. Por ello los juristas italianos tuvieron que acomodar el Derecho de la codificación a las situaciones y necesidades de la propia época, y la sucinta glosa no era la forma literaria apropiada para realizar una labor de este tipo. De ahí que aparecieran en su lugar amplios comentarios a libros jurídicos justinianeos, que se hacían más extensos allí donde había que decidir nuevos puntos de vista para la práctica.

En este sentido, los postglosadores o comentaristas representados entre otros por CINIO DE PISTOIA, BARTOLO DE SASSOFERRATO y BALDO DE UBALDIS, son los que ponen las bases para la creación de un nuevo derecho, por influencia del Derecho Canónico<sup>30</sup> adaptado a las nuevas necesidades, a través de sus comentarios y dictámenes.

En las generaciones que les siguen, como apunta KUNKEL<sup>31</sup>, ocupan progresivamente el primer plano de la producción literaria las publicaciones de dictámenes (*consilia*), haciéndose cada vez más escasos los comentarios. Los “dictaminadores”, así calificados por WIEACKER<sup>32</sup>, pretenden la resolución de casos prácticos por lo que superan a los comentaristas en la labor de transformar el Derecho Romano para acomodarlos a las nuevas necesidades.

Hay que concluir, como WIEACKER, que los comentaristas son los fundadores de la jurisprudencia europea y fueron los que convirtieron al Derecho Romano en un Derecho común *-ius commune-* en toda Europa, derecho completado y modificado por

---

27 Aunque, como advierte, entre otros, KASER, en *Storia del Diritto Romano*, trad. de DE MARTINI, Milano, 1976, p. 308, existen otras obras de los glosadores diferentes a las glosas, como son *summae, distinctiones, dissensiones, casus* e incluso monografías sobre temas diversos.

28 *Roma y su gran aportación al mundo: el Derecho Romano*, Zaragoza, 1993, p. 21.

29 *Historia del Derecho Romano*, cit., pp. 191-192.

30 Recuerda LATORRE, en *Iniciación a la lectura del Digesto*, cit., p. 69, que el Derecho Canónico vino a desempeñar, como en su momento matizó ROSSHIRT, una función parecida a la que el Pretor desempeñó en Roma.

31 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 192.

32 *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. española de FERNANDEZ JARDON, Madrid, 1957, pp. 50 y ss.

el derecho propio *-ius proprium-* de cada estado, ya que su influencia se extendió mucho más allá de Italia, convirtiéndose, como precisó KUNKEL<sup>33</sup>, en los maestros de Europa en Derecho.

### 1.2.2.- El Humanismo jurídico: *mos gallicus* y *mos italicus iura docendi*

A finales del s. XV, principios del s. XVI, inicio de la Edad Moderna, existe un movimiento de retorno a los modelos clásicos de Grecia y Roma. Aparece el Humanismo y se reacciona frente a la obra de los comentaristas, entendiendo que en su obra existe una falta de comprensión del sentido histórico de las normas jurídicas romanas, a la vez que falta de gusto el modo de expresarse tan ampuloso y prolijo<sup>34</sup>. Se quiere conocer al Derecho Romano desde un punto de vista histórico, y no como una legislación vigente. Ya no se buscan en él normas aplicables a la vida práctica, sino que su estudio se enfoca desde un punto de vista histórico. Se intenta, en suma, reconstruir el derecho del pueblo de Roma. Como matiza LOZANO<sup>35</sup>, el *Corpus Iuris* pasa a ser una manifestación del antiguo espíritu de Roma, no una colección de mandatos y prohibiciones que postulaban la vigencia inmediata y debían ser interpretados con un sentido actual y vivo, por lo que, así resulta liberado de su aislamiento. En definitiva, como apunta RASCON<sup>36</sup>, el Humanismo trajo consigo el enfrentamiento entre el *mos italicus* y el *mos gallicus iura docendi*, esto es, la manera italiana y la manera francesa de enseñar derecho.

A diferencia de los comentaristas que, desde una perspectiva dogmática, intentaron “construir” un Derecho vigente, los humanistas, deslumbrados por todo aquello que hiciera referencia a la antigüedad clásica, tienen una visión histórica del Derecho Romano: lo ven como un Derecho muerto, y pretenden reconstruir, como sintetiza GARCIA GARRIDO<sup>37</sup>, el Derecho de Roma, tal y como se realizó en su momento histórico, con sus diferentes fases y factores que en él influye. Este *mos italicus*, precisa el autor, pretende liberar a las fuentes de todas las alteraciones y modificaciones introducidas por los sucesivos compiladores y comentaristas, “reconstruyendo” el derecho clásico original.

La denominación que adquiere este movimiento *-mos gallicus-* frente a la del anterior

*-mos italicus-* radica en el hecho de que se inicia y desarrolla principalmente en Francia<sup>38</sup>, y entre sus figuras más destacadas cabe citar a JACOBUS CUIACIUS, HUGO DONELLUS<sup>39</sup>, FABER y GOTHOFREDUS<sup>40</sup>. Más adelante se expande funda-

---

33 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 193. El círculo anglosajón se quedó fuera de este proceso ya que Inglaterra, conscientemente, se cerró a estas influencias. Desde finales del s. XIII existía en este país un estamento de juristas nativos que rechazó el derecho extraño y sus métodos. Y este estamento es el que imprimió al Derecho anglosajón las características que lo separan netamente del mundo jurídico continental.

34 KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 192.

35 *Roma y su gran aportación al mundo: El Derecho Romano*, cit., pp. 22-23.

36 *Manual de Derecho Romano*, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 328.

37 *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Madrid, 1999, p. 137-138.

38 Destacan al inicio de esta época el italiano ANDRES ALCIATO, el alemán ULRICO ZASIO, el francés BUDEE y el español ANTONIO DE NEBRIJA. Sin embargo, como matiza RASCON en *Manual de Derecho Romano*, cit., p. 328, ANGELO POLIZIANO fue el que realizó la primera gran aportación de esta corriente, haciendo un análisis filológico del *Corpus Iuris*, comparando la *littera Florentina* con la edición *Vulgata*, obra completada por ALCIATO.

39 Se dice de él que fue el más importante sintetizador del Derecho Romano hasta SAVIGNY.

40 Cabe mencionar la edición que del *Corpus Iuris* realizó este último, añadiéndole el término *Civilis*, así como la importancia de los trabajos del que ha venido a denominarse el primer romanista español, ANTONIO AGUSTIN.

mentalmente por Holanda<sup>41</sup>, también por España, Italia y Alemania<sup>42</sup>, aunque en estos dos últimos países no llegó a imponerse, prevaleciendo la orientación de los comentaristas. Todo ello trae como consecuencia la división de los estudiosos del derecho entre los históricos y los dogmáticos, como advierte FERNANDEZ BARREIRO, entre la construcción y la reconstrucción de un derecho, que se prolongó, como veremos más adelante, concretamente hasta la aparición de los modernos códigos civiles<sup>43</sup>.

### 1.2.3.- *Del Iusnaturalismo a la época de las codificaciones*

A partir del s. XVII y durante el s. XVIII aparece el racionalismo de la escuela de Derecho Natural. Se trata de una escuela que, tal y como lo indica PANERO<sup>44</sup>, no es romanística sino filosófica, y que enfoca el estudio del derecho como un derecho común a todos los pueblos, producto de la razón humana, lo que hace que en muchos países se llegue a interrumpir la tradición del Derecho Romano.

En Alemania, se abandona el uso del Derecho Romano al modo de los glosadores y los comentaristas y aparece el *usus modernus pandectarum*, tomándose al Derecho Romano, y en concreto a la Compilación de Justiniano, como base para la creación de un Derecho Nacional, lo que acaba en la creación del Derecho de Pandectas, del que destacan las Pandectas de GLÜCK.

En el siglo XIX aparece el movimiento codificador cuyo origen hay que buscarlo en las concepciones filosóficas del iusnaturalismo racionalista, las concepciones sociales representadas por la revolución francesa, y las concepciones políticas derivadas del proceso de unificación de los diversos Estados<sup>45</sup>, y que finaliza en Francia con la promulgación del *Code Napoleon* basado en el Derecho de las Pandectas y en los trabajos de los romanistas POTHIER y DOMAT. Código que fue calificado de “código de la exportación” por la influencia que tuvo sobre otras codificaciones europeas y americanas.

Como precisa TORRENT<sup>46</sup>, con la codificación desaparece el Derecho Romano como legislación viva, siendo sustituido por el nuevo derecho contenido en los códigos, nuevo derecho que tanto para el código civil francés como para el español, como veremos más adelante, es de base romanista.

### 1.2.4.- *SAVIGNY y la Escuela Histórica del Derecho*

Como reacción a este movimiento codificador y al monopolio francés aparece en Alemania la Escuela Histórica del Derecho fundada por SAVIGNY, quien debe considerarse, en cualquier caso, como un auténtico innovador ya que por un lado, frente a la

---

41 Donde la jurisprudencia elegante duró prácticamente hasta el s. XVIII. Como señala FUENTESECA, en *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 1987, p. 313, el mérito principal de los jurisconsultos de la escuela holandesa está en haber intentado una reconstrucción general del Derecho Romano en manuales dogmáticos de extraordinaria importancia para la futura marcha de la ciencia del Derecho Romano. Entre ellos destacan HUBERUS, VOET, NOODT y SCHULLINGIUS.

42 Este país se caracteriza por el número extenso de normas positivas de Derecho Romano que alcanzaron vigencia práctica ya que las normas jurídicas propias estaban fraccionadas por el aislamiento y la dispersión. De este modo, Alemania se convirtió en un bastión del Derecho Romano.

43 FERNANDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976, p. 93.

44 *Derecho Romano*, cit., p. 126, n. 26.

45 A las que hay que añadir razones de orden práctico, tales como que el derecho común se había convertido en un auténtico laberinto de leyes y comentarios capaces de desorientar al jurista más experto. Vid. PANERO, *Derecho Romano*, cit., p. 126, n. 26.

46 *Problemas romanísticos de aplicación forense*, cit., p. 37.



concepción iusnaturalista del derecho opone su concepción histórica, y por otro, y ante la racionalista, opone la idea de su concepción orgánica, configurándolo como un producto espontáneo de la convivencia. En palabras de KUNKEL<sup>47</sup>, clasicismo y romanticismo palpitaban a la vez en la personalidad de SAVIGNY. Esto es, renacen los estudios romanísticos desde una consideración histórica del Derecho Romano abogando por la necesidad de estudiar el derecho pasado para entender el derecho vigente<sup>48</sup>. SAVIGNY, con su obra fundamental *Sistema del Derecho Romano actual*, aspira también a la creación de un derecho vigente sobre la base del Derecho Romano. Todo lo cual le lleva a hacer compatible la distinción entre la Historia y la Dogmática Jurídica.

A partir de este momento, los juristas de mediados del s. XIX se dividen entre los que realizan un estudio dogmático del Derecho Romano, esto es la Pandectística, corriente jurídica que se caracteriza por construir el sistema jurídico sobre la jurisprudencia romana, y los que se decantan por un estudio histórico del Derecho Romano, esto es, según KOSACHER, el Neohumanismo jurídico.

La Pandectística, cuyas figuras más relevantes son, entre otros, BRINZ, VANGEROW, DERNBURG, GLÜCK, IHERING, PUCHTA y WINDSCHEID, pretende construir sobre el Derecho Romano los fundamentos de la ciencia jurídica, su labor consiste en la extracción de nociones generales y abstractas a partir de los textos del Digesto<sup>49</sup>, y concluye con la publicación, el 1 de enero de 1900, del BGB -Bürgerliches Gesetzbuch- alemán, que supone, por un lado, la creación de un Derecho Civil a partir de un Derecho, el Romano, que ya se aplicaba mil quinientos años antes, y por otro, el fin de la vigencia directa de éste. Por eso, como apunta KUNKEL<sup>50</sup>, resulta adecuado que, incluso después de la promulgación del Código Civil, las lecciones de Derecho privado Romano hayan conservado el papel de una introducción general al pensamiento jurídico privado y, en especial, al Derecho Civil.

El Neohumanismo tiende a la reconstrucción del Derecho Romano clásico, a detectar sus alteraciones posteriores y a precisar, mediante la epigrafía y la papirología, la aplicación de los principios romanos en el derecho de las provincias.

En este sentido hay que incluir en el s. XIX un avance decisivo para el estudio del Derecho Romano como realidad histórica, esto es, la aplicación de la técnica de ediciones críticas a las fuentes jurídicas romanas. La edición crítica, como señala CHURRUCA<sup>51</sup>, se propone reconstruir en la medida de lo posible el texto del original, partiendo del de los *codice* existentes y de cualquier otro medio que pueda ayudar a la reconstrucción. Dicha técnica ha sido aplicada a las fuentes jurídicas por autores como MOMMSEN, KRÜGER, SCHOELL y KROLL, ZACHARIAE VON LINGENTHAL etc... Y un paso posterior, una vez establecido el texto, es el estudio crítico de la autenticidad del mismo para determinar si procede realmente del autor al que parece atribuido y en qué medida, y que ha dado lugar a la crítica de interpolaciones que pretende despojar a los textos clásicos de las modificaciones de que han sido objeto. En ella

47 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 198.

48 Según FERNANDEZ BARREIRO, en *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, cit., p. 87., se considera al derecho no como producto de la razón sino como fruto de la convivencia y del espíritu de un pueblo, sujeto a supuestos históricos previos.

49 Y en este sentido, como apunta RASCON, en *Manual de Derecho Romano*, cit., pp. 330-331, los pandectistas consideraron que el derecho podía reconducirse a un sistema de conceptos universalmente válidos que constituirían el objeto de la verdadera ciencia jurídica.

50 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 199.

51 *Introducción histórica al Derecho Romano*, 6ª ed. revisada con la colaboración de R. MENTXAKA, Bilbao, 1992, pp. 246-247.

destacan entre otros, PERNICE, LENEL, GRADENWITZ, BESELER, SCHULZ, ALBERTARIO, etc... Dicha técnica fue llevada en ocasiones a extremos arbitrarios lo que provocó, como veremos en el capítulo 4<sup>o</sup>, la reacción contraria de romanistas más conservadores como RICCOBONO y KASER.

### 1.3.- La Recepción del Derecho Romano Justiniano en España

Como apunta FUENTESECA<sup>52</sup>, sería necesario revisar toda la historia del Derecho español para conocer la influencia romana, siendo uno de los trabajos más completos que existen en este sentido el del cardenal LARRAONA “El Derecho justiniano en España”, presentado en 1923 en un Congreso de Derecho Romano, en Roma. Dicho esto, en este apartado destacaremos los acontecimientos más relevantes de la evolución del Derecho Romano en nuestro país.

Así, en época romana –s. II aC al IV dC- existió en la Hispania un Derecho Romano vulgar, no un Derecho clásico ni justiniano, denominando así por ser un derecho clásico simplificado, con componentes populares y provinciales. Tras la caída del Imperio Romano se instauran en el continente europeo monarquías germánicas, considerándose a los visigodos en la península, los continuadores de los emperadores romanos<sup>53</sup>.

De la época visigoda la figura más importante fue San Isidoro de Sevilla quien exalta con sus estudios, el más importante titulado *Originum sive etymologiarum libri XX* –vulgarmente denominado “Etimologías”- la influencia romana. Y se suele afirmar que los códigos de esta época –Código de Eurico, *Codex revisus* de Leovigildo, entre otros- tienen todos una gran huella romana. En cualquier caso, hasta el s. VII y tras la caída en manos bárbaras de la península existe una clara separación entre la población de tradición romana, que se regía por sus propias normas, y la población goda, que se rige por la *Lex Romana Wisigothorum*.

A partir del s. VII varias son las circunstancias que hacen que definitivamente se fije el Derecho Romano en la península<sup>54</sup>: primero, se publica el *Liber Iudiciorum*, inspirado en forma y contenido en el Código de Justiniano, y que representa un intento de unificación de todo el territorio puesto que, por un lado, se declara como única norma aplicable y por otro, deroga implícitamente todas las demás; segundo, se publican las Etimologías de San Isidoro de Sevilla, cuyo V libro, era un verdadero repertorio de definiciones procedentes del Código Teodosiano y del de Justiniano; tercero, en el s. XIII Alfonso X el Sabio publica “Las siete Partidas”, obra que contenía Derecho Romano justiniano, la glosa, costumbres nacionales y derecho canónico, considerado el hito jurídico más importante de la Europa medieval, y que intentó, nuevamente unificar el derecho; y cuarto, en el s. XIV el cardenal Gil de Albornoz ordena en su testamento la fundación en Bolonia del Colegio de San Clemente –Colegio de España-, con la finalidad de que viviesen allí los estudiantes y maestros españoles que se formaran en esta ciudad.

Sin embargo, el pueblo se resistió a la imposición de una ley general por lo que en el s. XIV el “Ordenamiento de Alcalá” otorgó a “Las siete Partidas” el carácter de derecho supletorio, y en el s. XVI, a las “Leyes de Toro” el carácter de derecho supletorio de tercer grado, después de las leyes reales y de los fueros<sup>55</sup>. También se prohibió

---

52 *Historia del Derecho Romano*, cit., p. 321.

53 FERNANDEZ DE BUJAN, *Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999, p. 228.

54 RASCON, *Manual de Derecho Romano*, cit., p. 332.

55 Son también de esta época, “El Ordenamiento de Montalvo” y la “Nueva Recopilación”, que en opinión de los historiadores no tienen influencia romana.

cualquier alegación de las opiniones de los glosadores y postglosadores en los tribunales, aunque ésta no se cumplió, y la ciencia jurídica española continuó recibiendo la influencia italiana.

Por ello, en el año 1555 se autoriza la publicación de “Las siete Partidas” con una gran glosa en la que se contienen opiniones de glosadores y comentaristas entre los que destacan BARTOLO y BALDO. Los siglos XVI y XVII se caracterizan por el cultivo del Derecho Público, y la figura de mayor relieve fue el dominico FRANCISCO DE VITORIA, aunque el estudio del Derecho Romano tuvo preponderancia en las universidades. Pero, como indica RASCON<sup>56</sup>, habrían de transcurrir otros cuatro siglos de azarosa historia española para que cristalizase el primer proyecto de Código Civil de 1851, de ascendencia francesa, pero de transparente textura justiniana debido a GARCIA DE GOYENA.

## **2.- EL MOVIMIENTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y LA CONSTITUCIÓN EUROPEA**

Constituye hoy un lugar común resaltar la influencia transversal que en la totalidad del ordenamiento jurídico desarrollan las reglas de la llamada “Constitución económica”, entendida la expresión como sistema de normas fundamentales configuradoras del régimen o modelo económico. Superadas ampliamente las perspectivas que parecían querer reducir su alcance a lo que constituye la actividad de la administración pública (y, por tanto, constreñido al terreno de lo que concebimos como Derecho público) se admite hoy que aquellos principios configuradores llevan su impacto al régimen de derecho privado. Y si esto resulta obvio en relación con áreas cual las del derecho de familia, el derecho de sucesiones o el atinente al régimen del asociacionismo, no hay ya ahora quien niegue que igualmente conciernen al derecho de contratos (mercantiles y no mercantiles) y, en general, al total derecho de obligaciones.

Puestas así las cosas, es claro que cualquier esfuerzo de unificación del derecho privado de los estados miembros de la Unión Europea estará teñido por el acervo constitucional (o para-constitucional) de los principios en materia económica recogidos en los Tratados constitutivos (y mañana en la vislumbrada Constitución). La doctrina constitucionalista reconoce hoy paladinamente cómo las “constituciones económicas” de los países comunitarios se han visto seriamente afectadas por la presión de las normas comunitarias. Y ha sido entre los juristas españoles MUÑOZ MACHADO quien ha acuñado la expresión de “Constitución económica comunitaria” para referirse en concreto a las modulaciones que estaban sufriendo determinadas ideas e instituciones de régimen jurídico interno como consecuencia del Comunitario.

En este orden de ideas no debe olvidarse que el llamado “modelo económico abierto” de la Constitución española de 1.978 (como ha reconocido sin ambages la mejor doctrina) se ha ido cerrando. A pesar de que la Constitución española prevé una serie de reglas de carácter socio-económico que admitirían (en línea de principio) la posibilidad de que el sistema caminara en diferentes direcciones (de manera que puedan gobernar alternativamente opciones ideológicas diferentes) es obvio que esa inicial “apertura” ha sufrido un proceso de mutación fruto, en buena parte, de la supremacía de la normativa comunitaria, siendo hoy muy difícil encajar otro “modelo” que el propio de una economía de mercado. Así ha podido escribirse de manera concluyente que *“el ingreso en las Comunidades europeas y la posterior evolución de éstas hacia la Unión*

---

56 *Manual de Derecho Romano*, cit., p. 333.

*Europea supone un factor nuevo y de ingente importancia, que condiciona decisivamente la Constitución Económica” (ALBERTÍ ROVIRA).*

No es este el lugar de plantear (ni sería siquiera útil para el trabajo) una referencia al contenido de lo que puede llegar a ser una verdadera constitución europea. Ni siquiera es esta la oportunidad de intentar la delimitación de los principios económicos que han de presidirla. Bastará constatar (y en eso habrá concordia) que, en lo global, los principios rectores de los Tratados constitutivos, ampliados con las declaraciones (más próximas a los viejos textos constitucionales) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza, habrán de ser tenidos en cuenta en la formulación del derecho privado de cualquiera de los estados de la Unión y que, consiguientemente, ese sometimiento alcanzará inevitablemente a los planteamientos de homogeneización o unificación que se realicen. Y añadir, aún, que el modelo de economía de mercado (en que se funda desde el punto de vista económico la Unión) necesariamente habrá de constituir el elemento central alrededor del que se organizarán los principios económicos de una futura constitución europea.

### **3.- LOS ANTECEDENTES DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN EUROPA**

El movimiento unificador de los derechos privados de los países europeos es antiguo y arranca, como es bien sabido, de momentos muy anteriores a la suscripción en 1.957 del Tratado de Roma. La respuesta, pues, al sentimiento de esta necesidad armonizadora y de la posibilidad de superar la diversidad legislativa por la vía de los instrumentos unificadores (sea en el ámbito de las normas de conflicto, sea en el ámbito del derecho material) se ha venido materializando en intentos que arrancan de comienzos del siglo XX con algún antecedente significativo anclado inclusive en las últimas décadas del siglo XIX (entre los que deben destacarse el Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883 en materia de protección de nombres comerciales y la Reglas de York y Amberes sobre la avería común aprobadas en 1877).

Nadie negará el espectacular resurgimiento que en punto a los trabajos unificadores se ha producido a lo largo de las última décadas. Las aspiraciones de un derecho privado uniforme (tras los aislados logros en materia cambiaria de 1930 y 1931 con los Convenios de Ginebra) pareció después que se enfrentaban a dificultades insuperables. Así el fracaso del Convenio de La Haya sobre Compraventa Internacional de Bienes Muebles de 1964 y los poco fructíferos esfuerzos realizados por la UNCITRAL o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), parecían haber reservado las posibilidades de éxito casi exclusivamente al ámbito de la navegación marítima (Convenios de Bruselas de 23 de setiembre de 1910 sobre abordaje, de 25 de agosto de 1924 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques y de la misma fecha sobre transporte en régimen de conocimiento, de 10 de abril de 1926 sobre privilegios e hipotecas marítimos) o a la aérea (Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 sobre reglas del transporte aéreo, Convenio de Roma de 29 de mayo de 1933 sobre embargo preventivo de aeronaves y Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944 sobre aviación civil).

Es, sin embargo, a partir de 1980 que, de la mano de otras expresiones del resurgimiento de una “*nueva lex mercatoria*”, se coronan con rapidez proyectos largamente acariciados.

Esto tiene especial importancia en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos. En efecto: tras la aprobación de la sectorial pero (desde el punto de vista técnico

y doctrinal) importantísima Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en 1.980, se produce la formulación de los dos textos de ámbito general en materia contractual, ambos de una importancia científica clave: los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en Roma (1995) y el Proyecto de Código Europeo de los Contratos preparado en el seno de la Unión Europea por la llamada “Comisión Lando” (también 1995).

Esta constatación y una particular y personal confianza en el éxito de las tentativas emprendidas en el terreno de la uniformación me han llevado a la elección como tema de mi comunicación el estudio de acuerdo con los precedentes romanísticos de una parte del contenido del primero de los textos últimamente citados.

Los intentos de unificación legislativa frecuentemente adoptan la forma de instrumentos de legislación supranacional, o de convenios internacionales o, sencillamente, de modelos de ley uniforme. Los Convenios internacionales son textos preparados por organizaciones internacionales, aprobados por conferencias diplomáticas y posteriormente ratificados por un número significativo de países. Los modelos de ley uniforme son borradores que se espera sean tomados en consideración por los distintos legisladores nacionales. Sin embargo, existen también modelos de carácter privado, destinados a los operadores económicos que, avalados por el prestigio de corporaciones u organismos internacionales, esperan ser asumidos por la vía de la integración en los textos contractuales en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

UNIDROIT (“*Institut International pour l’Unification du Droit Privé*”) se fundó en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones para promover la unificación del Derecho privado, tiene su sede en Roma y envían sus representantes a ella 56 estados miembros de todo el mundo. En 1971 el Consejo de Dirección de UNIDROIT decidió embarcarse en un ambicioso proyecto primero denominado “*Progressive Codification of International Trade Law*” y más tarde rebautizado con la denominación de “*Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*”.

Los estudios preliminares fueron encargados a los Profesores David, Schmitthoff y Popescu, como representantes, respectivamente, de la tradición jurídica romanística, del derecho de *Common Law* y de los países socialistas. Una primera versión preparada por los tres profesores se sometió al examen de diversas instituciones y en 1980 se creó un grupo de trabajo (posteriormente ampliado) que redactó los diferentes capítulos (por ponentes). El Consejo de Dirección de UNIDROIT remitió el proyecto a más de cien colaboradores y, con el resultado de sus observaciones, publicó en 1994 las versiones inglesa y francesa de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*.

Los Principios son de aplicación conectada a la autonomía de la voluntad. Así su preámbulo determina que “*deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones*”. Y debe reconocerse que su éxito, tanto desde el punto de vista práctico como doctrinal, ha sido excepcional. UNIDROIT identifica sus Principios con un moderno *ius commune* del comercio internacional, por lo que estima que “*pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes*”.

La trascendencia de los Principios UNIDROIT en relación con la unificación del Derecho europeo de contratos se ve subrayada por el hecho de que, paralelamente a su redacción, la Comisión Europea de Derecho de Contratos (conocida como Comisión Lando en honor a su fundador y presidente) había iniciado un proyecto homólogo. En efecto: en 1976, el Profesor Lando lanzó en el *European University Institute* la idea de la construcción de un Código Comercial Uniforme Europeo. Y aunque la Comisión que

se constituyó al efecto no estaba compuesta por representantes de los Estados, sino por razón de su autoridad personal, lo cierto es que la mayoría de ellos no eran otros que los que intervenían en UNIDROIT para la redacción de la *Principios*. Esto explica que el contenido de los borradores preparados por la Comisión Lando no se diferencien sustancialmente de los Principios UNIDROIT. Si se piensa que el texto que deba finalmente conformar los *European Principles* tiene por vocación aplicarse a todas las transacciones (tanto internacionales como domésticas o interiores) de los países pertenecientes a la Unión Europea, queda clara (dada su identificación con los Principios UNIDROIT) el excepcional interés que tiene el estudio de estos últimos, parte del cual me propongo efectuar en esta comunicación con referencia a los precedentes romanísticos.

#### 4.- EL DERECHO ROMANO EN LOS TEXTOS DE LA UNIFICACIÓN EUROPEA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Llegados a este punto consideramos interesante analizar en este último apartado la influencia, como tendremos ocasión de comprobar, directa, del Derecho Romano en los textos de la unificación europea del Derecho de Obligaciones y Contratos, y más concretamente, la recepción que existe de algunos de los escasos conceptos jurídicos acuñados en época romana y que aparecen claramente recogidos en los citados Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales.

Para ello centraremos nuestra atención en el capítulo 3<sup>o</sup> de los mismos, relativo a la validez de los contratos, y específicamente en los artículos 3.4, 3.5, 3.6 y 3.7, en cuanto demostrativos de la idea romana de error, el artículo 3.8 sobre el dolo, y el art. 3.9 relativo a la amenaza, fuerza o intimidación. Esto es, en definitiva pretendemos acercarnos a los llamados vicios de la voluntad<sup>57</sup>, eso sí, sin entrar en un estudio detallado de los mismos, que por supuesto excede de los objetivos del presente trabajo. Y todo ello con una única intención u objetivo: la de poner una vez más de manifiesto la evidente influencia que ha ejercido y que sigue ejerciendo el mundo jurídico romano como base o sustrato del derecho actual. De todo ello pasamos a ocuparnos a continuación.

Partiendo de los denominados tradicionalmente elementos esenciales del negocio jurídico, esto es, aquellos sin los cuales el negocio jurídico no puede existir, la voluntad, el objeto, la causa, y en algunos supuestos, no olvidemos, la forma, y centrando nuestra atención de entre todos ellos en la voluntad<sup>58</sup>, se hace preciso distinguir dos fases en su proceso de formación:

- a) una primera, la voluntad interna, que, en términos generales, debe ser consciente y libre, y
- b) Una segunda, la voluntad externa o declarada, que en cualquier caso debe coincidir con la voluntad interna.

Dicho esto, y en cuanto a la voluntad interna, es evidente que la falta de conciencia o de libertad en su proceso de formación, ya sea ésta producida por causas exter-

---

57 Sobre la concepción histórica de los vicios de la voluntad, vid. por todos, DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1985 (reimpr. de la ed. de 1971), pp. 93-94.

58 Al respecto vid. por todos, extensos estudios de FLUME, trad. de la versión original alemana *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte unveränderte Auflage Enzyklopädie der rechts-und Staatswissenschaft*, Berlin Heidelberg New York, 1992, por José M<sup>a</sup> Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, pp. 23-172; y DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, cit., pp. 53-72.

nas o internas, va a producir como resultado final una voluntad viciada, o lo que es lo mismo, va a dar lugar a la aparición de alguno de los denominados, por la doctrina pandectista<sup>59</sup>, vicios de la voluntad interna<sup>60</sup> esto es, el error, el dolo, la violencia o la intimidación. En este sentido se hace preciso recordar, antes de nada, que fue en la *iurisdictio praetoria* donde se acogieron una serie de circunstancias que afectaban a la voluntad, y que no estaban contempladas por el *ius civile*, circunstancias que podían llevar en sus extremos más graves a la ineficacia total del negocio. También, que fue más adelante la doctrina pandectística la que construyó sobre la casuística de las fuentes romanas la teoría de los vicios de la voluntad, teoría que ya había tenido un antecedente en el s. XVI con Donello que se centró fundamentalmente en el error<sup>61</sup>.

En definitiva, es evidente que en las fuentes jurídicas romanas no se llegó a formular ninguna teoría general sobre los vicios de la voluntad, pero no obstante esto la Dogmática moderna sí la recoge en cinco grandes categorías, a saber: la simulación, la reserva mental, el error, el dolo y la violencia. Nos centramos, a partir de este momento, en los tres últimos, y su manifestación en los Principios de Unidroit.

#### 4.1.- Error<sup>62</sup>

El art. 3.4 de los Principios Unidroit nos ofrece el siguiente concepto general de error: “El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho, la cual debió existir al tiempo de la celebración del contrato”.

De la letra del precepto se desprende, en primer lugar, la clásica distinción entre error de hecho<sup>63</sup> y error de derecho, lo que los romanos califican de *iuris et facti ignorantia* (D. 22,6; C. 1,18), cuyas consecuencias jurídicas, recordemos, difieren sustancialmente, siendo un error que debe necesariamente existir, continua el precepto, al tiempo de la celebración del contrato. Por lo tanto, como indicábamos al inicio, del error en el proceso de formación de la voluntad, el error vicio, también calificado de error motivo, o vicio de la voluntad interna. En definitiva, el que consiste en una falsa representación de la realidad presente que conduce al sujeto a declarar una voluntad que en otro caso no habría declarado. El art. 3.5, por su parte, determina los efectos de dicho error señalando lo siguiente: “1. Cualquiera de las partes podrá dar por anulado un contrato, basándose en error, solamente si al momento de su celebración el error fue de tal magnitud que una persona razonable y colocada en su misma situación, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y, además, si:

- a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o debió conocer, cuando dejar a la otra parte en el error hubiese sido contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o
- b) al momento de darse por anulado el contrato, la otra parte no había actuado todavía de conformidad con el contrato

---

59 BETTI, por su parte, en *Teoria generale del negozio giuridico*, trad. y concordancias con el Derecho español por MARTIN PEREZ, Granada, 2000, pp. 360-361 y 376, califica tanto al error como al temor de vicios de la determinación causal, antes que de vicios de la voluntad, ya que diferencia entre voluntad formal del acto y voluntad proyectada hacia la función (causa) típica de que se trata.

60 En palabras de GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. realizada por Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, 1992, p. 294, la expresión vicio de la voluntad indica, mediante una metáfora, que la voluntad de una de las partes, es esta hipótesis, existe, pero que el proceso formativo de su voluntad ha sufrido una alteración. Consiguientemente, la voluntad, aun cuando existe, está viciada.

61 Vid. al respecto, TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, pp. 53-54.

62 Vid. bibliografía clásica citada por DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, cit., p. 201.

63 Vid. por todos GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 229 y ss.

2. No obstante, una parte no puede dar por anulado un contrato cuando:

- a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o
- b) el error versa sobre un punto del cual la parte equivocada había asumido el riesgo o si, tomando en consideración las circunstancias pertinentes, ella debe soportar dicho riesgo”.

Continúan los arts. 3.6 y 3.7 de dichos Principios, recogiendo, respectivamente, la idea de error obstativo o impropio<sup>64</sup>, esto es, vicio de la voluntad declarada, y sus concretos efectos, afirmando lo siguiente: “Una equivocación en la expresión o en la transmisión de una declaración será considerada como un error de la parte de quien emanó dicha declaración”; “La parte equivocada no puede dar por anulado el contrato invocando error, si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado derechos y acciones por incumplimiento del contrato”. Se desprende, por tanto, de la letra del precepto, que los efectos de uno u otro tipo de error, ya sea propio o impropio, difieren sustancialmente.

Dicho esto, la idea general de error propio recogida en el art. 3.4 como conocimiento falso o equivoco de la realidad de una cosa<sup>65</sup>, producido por causas internas, por lo tanto, la falta de conocimiento en la formación de la voluntad interna, ya aparece en época romana<sup>66</sup>, aunque es evidente, como pone de manifiesto la doctrina, que no encontramos en esa época una teoría unitaria sobre el error, siendo además preciso en su estudio, aunque sea brevemente, tener presente lo siguiente: 1º) que la evolución del Derecho Romano a lo largo del tiempo, hace que partiendo del formalismo y solemnidad típicos de la época arcaica y continuando con la apertura hacia negocios menos formalistas a partir de la época preclásica gracias a la actuación del pretor y del *Ius Gentium*, se pase, en época clásica, a la consideración de las palabras como vehículo de expresión de la voluntad; 2º) que existen diferentes tipos de negocios, unos *inter vivos*, en los que prevalecen las palabras *-verba-* sobre la voluntad, otros *mortis causa*, basados en la voluntad unilateral del que los hace; y 3º) y finalmente, que también encontramos toda una tipología del error, y así por ejemplo, cabe hablar de *error in negotio*, *error in persona*, *error in corpore*, *error in nomine*, *error in substantia* etc...términos estos, adoptados por la dogmática actual.

Todo ello ha conducido a la moderna romanística a considerar el problema del error, en Derecho Romano, como un problema de límites, es decir, habrá que analizar los diferentes tipos de error y los negocios jurídicos en que concurran, para ver si se trata, utilizando terminología pandectista, de un error propio, vicio de la voluntad interna, o de un error impropio u obstativo, vicio de la voluntad declarada, y de este modo se podrán determinar los efectos jurídicos que se derivan de dicho acto.

#### 4.2.- Dolo<sup>67</sup>

El art. 3.8 de los Principios Unidroit señala lo siguiente: “Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante manio-

---

64 Vid. BETTI, *Teoría General...*, cit., pp. 362-370.

65 Actualmente se dice que debe ser un error esencial. Además, si es de derecho, debe ser la única razón del negocio. Y por último, debe afectar sólo a aquel cuya razón es referida. Vid. al respecto, STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. realizada por Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, p. 172.

66 Vid. interesante resumen sobre la concepción del error a lo largo del tiempo en DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, cit., pp. 104-108.

67 Vid. bibliografía clásica citada por DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, cit., p. 147 y BETTI, *Teoría General...*, cit., pp. 392-397.



bras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió revelar información que debería haber sido revelada conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”.

De la letra de dicho artículo cabe destacar, como elementos que lo distinguen del anterior, y en una primera aproximación, lo siguiente: 1º) que no se nos ofrece, como ocurre con el error, un expreso concepto de dolo; 2º) que sí se incluyen en este mismo precepto los efectos de la existencia de dolo en un contrato, y 3º) que el precepto presenta, eso sí, diferenciándolos en cuanto a su forma, que no en cuanto a sus efectos, dos supuestos concretos de dolo: por un lado, la celebración de un contrato mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo aquí las palabras o prácticas, lo cual recuerda el concepto acuñado a partir de los glosadores de *dolus causam dans* o dolo causante o determinante, esto es, aquel que conduce a la celebración de un negocio que de otro modo no se habría celebrado, y por otro, claramente separado por la partícula “o”, el supuesto en el que una parte omite revelar información relevante, lo cual podría, en su caso, acercarse a la idea del denominado *dolus incidens* o dolo incidental, esto es, aquel que conduce a la persona a celebrar un negocio en condiciones distintas a las que lo habría celebrado de no haber existido dolo.

Los juristas romanos distinguen entre *dolus malus*, que es el que aquí nos ocupa, esto es, el ilícito, y *dolus bonus*<sup>68</sup>, entendido este último como toda astucia, picardía, o habilidad propia de los negocios que no produce efectos jurídicos. Por su parte Labeón, en D.4.3.1.2 (*Ulp. libro 9 ad ed.*), define el *dolus malus* como *omnem callidatē fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*, en síntesis, como el ánimo de engañar a otro. Y son cuatro los requisitos que, partiendo del concepto de Labeón, configuran el dolo en época romana: 1) la reflexión y consciencia de la actividad fraudulenta; 2) la voluntad y resolución de realizar aquella determinada actividad; 3) actividad que está dirigida expresamente a inducir o mantener en engaño o error a otros; 4) para traer una ventaja propia<sup>69</sup>.

En cuanto a su concreta regulación y, a modo de síntesis, cabe destacar que en el Derecho Romano antiguo el dolo no afecta a la validez del negocio, tanto por el formalismo típico de la época, como por el hecho de que se entendía que en último término la víctima del mismo no había usado la diligencia, destreza, habilidad o ingenio debidos, para evitar el engaño. Sólo era posible prevenirse de los efectos del dolo insertando una *clausula doli* mediante la cual el deudor se comprometía a no actuar con dolo.

Nuevamente fue el Derecho pretorio, el que partiendo de la ilicitud jurídica que entraña el acto doloso, arbitró determinados medios procesales, concretamente la *actio doli*, la *exceptio doli*, según narra Cicerón innovaciones ambas debidas a Aquilio Gallo, probablemente introducidas durante su pretura del año 68 aC., y ya en época clásica, la *restitutio in integrum ob dolum*, para proteger a la persona engañada de los perjuicios económicos que el dolo pudiese proporcionarle, siendo todas ellas medidas aplicables sólo a los supuestos de *dolum causam dans*.

Finalmente en época justinianea, tras la consideración de la voluntad como elemento fundamental del concepto de contrato, se analiza el dolo como uno de los vicios de misma, diferenciando los efectos que podía producir, nulidad o anulabilidad, según fuera un contrato de buena o de mala fe.

68 Vid. GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 311.

69 Vid. al respecto TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, cit., p. 63. Actualmente se señalan como condiciones para la existencia de dolo: 1) la existencia de engaño o artificio, 2) al que alguien recurre para inducir a contraer una obligación y 3) que todo ello tenga una resultado. Vid. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 190.

### 4.3.- Violencia o intimidación<sup>70</sup>

Por último, el art. 3.9 de los Principios de Unidroit señala lo siguiente en relación a la violencia o intimidación: “Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave que no le dejó otra alternativa razonable. En especial, una amenaza se considera injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente ilícita, o era ilícito emplear dicha amenaza como medio para obtener la celebración del contrato”.

Del texto del artículo, nos parece oportuno destacar, a priori, lo siguiente: 1º) describe de forma bastante concisa las características necesarias para que se de el supuesto de hecho planteado: debe existir una amenaza injustificada, inminente y grave, que no deje otra alternativa razonable; 2º) además detalla cuándo debe entenderse la amenaza injustificada, afirmando que no sólo cuando en sí misma es intrínsecamente ilícita, sino incluso, cuando lo ilícito es el empleo de esa amenaza como medio para obtener la celebración del contrato; y 3º) nuevamente, como ocurre en el supuesto del dolo, incluye en el precepto los efectos o consecuencias de la existencia de ese vicio.

Dicho esto debemos recordar que el segundo de los requisitos necesarios para la formación de la voluntad en su fase interna es la libertad. La falta o carencia de la misma, ya sea ésta debida a causas externas, hablaríamos en este caso de violencia física, *vis absoluta*, *ablativa*, *impulsiva* o *corpori illata*, o a causas internas, estaríamos hablando de violencia moral, miedo, intimidación, *vis relativa*, *compulsiva* o *animo illata*, produce, en términos generales, la ineficacia del negocio celebrado. Sin embargo, los juristas romanos prefieren hablar de *metus*, miedo o temor, antes que de *vis*, violencia, o sea, en definitiva, prefieren hablar del efecto, antes que de la causa.

Así, y ya desde la época romana<sup>71</sup>, por violencia debe entenderse la fuerza brutal, material, externa y absoluta que llega a impedir que se forme la voluntad interna. Mientras que el miedo o intimidación es un estado psicológico derivado de la amenaza de un mal próximo que obliga a realizar un acto de voluntad aunque éste no sea libre. Paulo afirma en D. 4,2,21,5 (*libro 11 ad ed.*) *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*. Y como características ya se destacan la gravedad, la injusticia, la ilicitud o ilegitimidad del mismo, así como la actualidad, esto es, que sea un miedo presente, no una mera sospecha de que pueda llegar a ocurrir, caracteres, como hemos visto, presentes, expresa o tácitamente, en el art. 3.9 de los Principios de Unidroit. En cuanto a sus efectos, en derecho romano clásico, el negocio concluido con intimidación era válido<sup>72</sup> aunque para determinados supuestos fueron apareciendo claras excepciones, siendo nuevamente el derecho pretorio el que manteniendo el mismo criterio de validez fue ofreciendo al perjudicado medios de protección, en concreto la *actio quod metus causa*<sup>73</sup>, la *exceptio metus* y la *restitutio in integrum propter metus*, medidas por las que se puede obtener la reparación del daño causado. Finalmente, la tendencia marcada a partir de la época justiniana, trasladada a nuestro derecho actual, y recogida en los Principios de Unidroit, es la de considerar el negocio válido, pero susceptible de anulación.

---

70 Vid. bibliografía clásica recogida por DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, cit., p. 133 y BETTI, *Teoría General...*, cit., pp. 397-401.

71 Vid. interesante resumen de la evolución histórica de estas figuras realizado por DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, cit., pp. 137-138.

72 Como indica DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, cit., p. 137, en Derecho Romano se parte del axioma de que quien obra por temor actúa voluntariamente. Ello se asienta en la enseñanza de los estoicos que pone como modelo de vida la pasividad del sabio al que no afectan temores ni esperanzas.

73 Que fue históricamente precedida por una *formula Octaviana* propuesta por el pretor octavio en el a. 80 aC. Vid. al respecto, TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, cit., p. 66.