

Esta obra ha sido publicada con la  
ayuda del programa Ariane 1999 de la  
Comisión Europea

310.511 E  
S 819 n  
2001  
21

Historia de Europa

PETER G. STEIN

1.5 JUN 2001 compra

**El Derecho romano  
en la historia de Europa**

Historia de una cultura jurídica

Prólogo de

JUAN PABLO FUSI

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE  
BIBLIOTECA DE DERECHO

**Peter G. Stein**, es *Emeritus Regius Professor* de Derecho civil en la Universidad de Cambridge. Entre sus muchas publicaciones se incluyen *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maximus* (1966), *Legal Evolution* (1980) y *Legal Institutions* (1984).



SIGLO VEINTIUNO  
DE ESPAÑA EDITORES

30-10-12



siglo veintiuno de españa editores, s.a.

siglo veintiuno de argentina editores

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, químico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier otro tipo sin permiso expreso del editor.

Primera edición en castellano, febrero de 2001

© SIGLO XXI DE ESPAÑA EDITORES, S. A.  
Príncipe de Vergara, 78. 28006 Madrid

Primera edición en alemán, 1996

Traducido de la edición inglesa de 1999 (Cambridge University Press)

© 1996 Fischer Taschenbuch Verlag GmbH, Frankfurt am Main  
Título original: *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*

© de la traducción: 2000 César Hornero Méndez y Armando Romanos Rodríguez (Grupo de Investigación SEJ-302 «Del Derecho común europeo al Derecho civil»)

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY

Impreso y hecho en España  
*Printed and made in Spain*

Diseño de la cubierta: Juan José Barco y Sonia Alins

ISBN: 84-323-1060-3

Depósito legal: M-6.118-2001

Fotocomposición: EFCA, S.A.

Parque Industrial «Las Monjas».

28850 Torrejón de Ardoz (Madrid)

Impreso en Closas-Orcoyen, S. L. Polígono Igarasa.

Paracuellos de Jarama (Madrid)

## ÍNDICE

Prólogo a la edición española, <i>Juan Pablo Fusi</i> .....	IX
INTRODUCCIÓN .....	1
EL DERECHO ROMANO EN LA ANTIGÜEDAD.....	4
La Ley de las XII Tablas .....	4
El desarrollo del Derecho a través de la interpretación .....	9
El pretor y el control de los remedios.....	11
El <i>Ius gentium</i> y el advenimiento de los juristas .....	17
El Imperio y el Derecho .....	20
Los juristas en el periodo clásico .....	23
La ordenación del Derecho .....	26
La culminación de la jurisprudencia clásica .....	29
La división del Imperio .....	31
El Derecho postclásico y el procedimiento .....	34
El final del Imperio Occidental.....	42
Justiniano y el <i>Corpus iuris</i> .....	47
EL RENACIMIENTO DEL DERECHO JUSTINIANO.....	53
Derecho romano y Derecho germánico en Occidente.....	53
La Iglesia y el Imperio .....	58
El redescubrimiento del Digesto .....	61
El Derecho civil y los glosadores .....	64
El Derecho civil y el Derecho canónico.....	70
La atracción del <i>studium</i> de Bolonia.....	75
Las nuevas enseñanzas fuera de Italia .....	79
La aplicación del Derecho: el procedimiento.....	83
La aplicación del Derecho civil: el poder legislativo .....	85
El Derecho civil y la costumbre .....	88

El Derecho civil y los Derechos locales en el siglo XIII.....	92
La Escuela de Orleans .....	97
<b>EL DERECHO ROMANO Y LA NACIÓN ESTADO .....</b>	<b>99</b>
Los comentaristas .....	99
El impacto del Humanismo .....	104
El Humanismo y el Derecho civil .....	106
El Derecho civil se convierte en ciencia .....	111
La ordenación del Derecho consuetudinario .....	116
La reación bartolista .....	119
La recepción del Derecho romano .....	121
La recepción en Alemania .....	124
La práctica judicial como una fuente del Derecho .....	130
El Derecho civil y el Derecho natural .....	132
El Derecho civil y el Derecho internacional .....	135
Teoría y práctica en Holanda .....	136
<b>EL DERECHO ROMANO Y LA CODIFICACIÓN .....</b>	<b>144</b>
El Derecho romano y los Derechos nacionales .....	144
La madurez del Derecho natural .....	148
El movimiento codificador .....	153
Primeras codificaciones en Alemania y Austria .....	155
Pothier y el Código civil francés .....	158
La Escuela histórica alemana .....	161
La Pandectística y el Código civil alemán .....	166
La ciencia jurídica del siglo XIX fuera de Alemania .....	172
El Derecho romano en el siglo XX .....	179
<b>APÉNDICE</b>	
Abreviaturas .....	185
Tabla cronológica .....	186
Bibliografía .....	187
Índice alfabético .....	195

## PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

*En los ensayos que en 1989 escribió con el título La herencia de Europa, Hans-Georg Gadamer, el más relevante filósofo alemán de las últimas décadas del siglo XX, afirmaba: «sólo podemos preguntarnos qué será Europa en el futuro, e incluso qué es Europa en la actualidad, preguntándonos antes cómo se ha convertido en lo que hoy es». Es precisamente eso —dilucidar cómo Europa se ha convertido en lo que es— lo que hace (desde perspectivas particularmente inteligentes y novedosas) esta historia de Europa editada por el historiador alemán Wolfgang Benz, con el asesoramiento de un consejo científico de gran prestigio (Natalie Zemon Davis, Richard J. Evans, Eric J. Hobsbawm, Arno J. Mayer...) y escrita por un conjunto envidiable de brillantes historiadores europeos (con alguna incrustación norteamericana). Veremos, enseguida, que ésta es una labor cuya importancia va mucho más allá del ámbito de la pura erudición historiográfica.*

*Ante todo, escribir la historia de Europa es una tarea extremadamente compleja, en cierta medida imposible. Ni siquiera resulta fácil responder a la pregunta esencial: qué es Europa. Ciertamente, lo que terminó por llamarse Europa ha existido siempre. Pero el nombre de Europa se acuñó comparativamente tarde: en Grecia, hacia el siglo VII antes de Cristo; primero, como un mito: Europa, la princesa fenicia que Zeus raptó y llevó a Creta; enseguida, como el término geográfico con que los griegos designaban a los territorios que se extendían hacia el oeste de la propia Grecia. Pero es que esa geografía sería durante mucho tiempo arduamente discutida; sólo en el siglo XIX pareció imponerse la definición geográfica de Europa como el continente que se extiende desde el Atlántico hasta los Urales.*

## EL DERECHO ROMANO EN LA ANTIGÜEDAD

### LA LEY DE LAS XII TABLAS

Cuando comienza la historia conocida, Roma era una monarquía, si bien al final del siglo VI a.C. los reyes fueron expulsados y una República se estableció en su lugar. En esta época, Roma era una pequeña comunidad en la margen izquierda del Tíber, no lejos de su estuario. Sus gentes se creían descendientes de algunos de los huidos de la ciudad de Troya tras su saqueo por los griegos. Su Derecho era un conjunto de costumbres no escritas, transmitidas oralmente de una generación a otra, que fueron consideradas además como una parte de su herencia popular como romanos. Estas leyes fueron aplicables sólo a aquellos que eran ciudadanos romanos (*Ius civile*, Derecho para *cives*, ciudadanos).

En los casos en los que la aplicación de una regla consuetudinaria a un supuesto concreto resultaba dudosa, la interpretación del colegio de pontífices, un cuerpo de aristócratas responsable del mantenimiento de los cultos religiosos oficiales, era decisiva. El cuerpo de ciudadanos estaba dividido en dos grupos sociales: los patricios, un grupo relativamente pequeño de familias propietarias de nacimiento noble, y los plebeyos, numéricamente superiores pero menos aventajados en muchos aspectos. Los pontífices eran exclusivamente patricios y los plebeyos naturalmente sospechaban que sus pronunciamientos sobre la validez de determinados actos no eran siempre enteramente desinteresados. Los plebeyos pensaron que si el Derecho consuetudinario se encontrase escrito con anterioridad a los casos, ello redundaría en su beneficio. Podrían conocer entonces cuál era su situación legal, sin tener que

consultar a los pontífices cuyo poder de interpretación quedaría limitado por la letra de la ley.

El resultado de esta polémica fue la convocatoria, en el año 451 a.C., de una comisión de diez ciudadanos, los decenviros, encargados de preparar un texto que recogiese por escrito las normas consuetudinarias, al modo de las famosas leyes atenienses de Solón. Redactaron una colección de normas, conocida como las XII Tablas, presentadas formalmente a la asamblea de ciudadanos donde fueron aprobadas. Otorgando su aprobación, la asamblea no sintió que la nueva ley reemplazase al viejo Derecho; más bien se estaba fijando con mayor precisión aquello que había sido siempre, en términos generales, el Derecho (*Ius*). Materializándose en un texto, llegaba a ser *lex* (de *legere*, declarar), la declaración pública y oficial de lo que era *Ius*.

Las XII Tablas marcan el comienzo del Derecho romano tal como lo conocemos, abarcando sus previsiones todas las parcelas del Derecho, incluso el Derecho público y el Derecho sagrado. El texto original no ha sobrevivido si bien ha tenido tantas referencias en escritos posteriores que sus contenidos han sido sustancialmente reconstruidos. El orden original en el que se encontraban estos fragmentos no está claro y las versiones de los investigadores del XIX, recogidas en las colecciones modernas, ciertamente exageran el carácter sistemático de la ley. Lo que se sabe con seguridad es que el proceso comienza con el emplazamiento del demandado y finaliza con la ejecución de la sentencia.

Las XII Tablas no se ocupaban de lo conocido y aceptado generalmente como Derecho, sino que más bien se concentraban en aquellos aspectos que habían generado algún tipo de disputas. En lo esencial sus reglas no eran particularmente favorables a los plebeyos, pero el hecho en sí de su existencia suponía un avance tal que éstos por lo menos sabían a qué atenerse. En particular, las XII Tablas se ocuparon con detalle de las normas procedimentales, de cómo podían los ciudadanos defenderse por sí mismos sin necesidad de recurrir a los

tribunales y qué debían hacer, en su caso, para instar un procedimiento judicial. En los primeros tiempos de la República había pocos funcionarios encargados de auxiliar a las personas lesionadas para resarcirse de los daños o perjuicios que hubieran sufrido, de modo que era necesario que éstas actuaran por sí mismas para activar la maquinaria legal. En ciertos casos la autodefensa era tolerada ya que la comunidad no era aún suficientemente poderosa como para eliminarla. Las XII Tablas muestran, sin embargo, su determinación de institucionalizar tales casos y mantenerlos dentro de estrictos límites.

Cuando se planteaba una disputa y las partes no eran capaces de llegar a un acuerdo por sí mismas, normalmente tenían que comparecer ante un magistrado. El propósito de esta comparecencia era decidir si la cuestión litigiosa podía encajarse en alguna de las acciones que el Derecho preveía y, en ese caso, cómo debería procederse. En los primeros tiempos, antes de la fundación de la República, es probable que los romanos hubiesen recurrido a ordalías o a juramentos como medios para la resolución de conflictos. En la República, sin embargo, el modo convencional de resolución de los conflictos al amparo del Derecho pasaba por someterlo a un ciudadano, a un particular (o en ocasiones a un grupo de éstos) elegido por las partes y el magistrado. Este árbitro, llamado *iudex* investigaba los hechos (quizá en principio confiando tan sólo en su propio saber y entender), oía los testimonios de los testigos y los argumentos de las partes y pronunciaba un veredicto condenando o absolviendo al demandado.

El problema que se planteaba para cualquiera que quisiera someterse a tales procesos pasaba por asegurar que su oponente comparecería ante el magistrado desde la primera fase del procedimiento. El demandado podía cooperar en la resolución del conflicto, pero si no lo hacía voluntariamente el demandante podría forzarle a comparecer. Los límites precisos de este poder de compulsión sobre los demandados no estaban fijados por el Derecho consuetudinario y por ello las XII Tablas regularon exactamente qué estaban legitimados a ha-

cer en ese sentido. Si, y sólo si, el demandado rehuía, frente a testigos, el requerimiento del demandante para comparecer ante el magistrado, el demandante podía usar la fuerza para asegurar su comparecencia. En el caso de que el demandado estuviese enfermo o fuese de edad avanzada el demandante no podía obligarle a comparecer sin proveerle de un medio de transporte, si bien la norma preveía que no tenía por qué ser una litera almohadillada. Había ciertos actos que el individuo podía hacer por sí mismo, sin necesidad de recurrir primero al magistrado. Las XII Tablas disponían que cuando el propietario de una casa capturase a un ladrón en el mismo acto del robo, y esto ocurriese de noche o incluso a la luz del día, si el ladrón se resistía al arresto podía matarlo sin mayor consecuencia. Sin embargo, en la mayor parte de los casos antes de estas actuaciones directas era necesaria una decisión judicial. En los casos de lesiones físicas graves las partes eran estimuladas a alcanzar un acuerdo económico que procurase el pago de una indemnización por parte del ofensor a la víctima. A falta de acuerdo, las XII Tablas autorizaban el talión, esto es, que la víctima pudiese infligir daños de la misma naturaleza al ofensor, si bien limitados a la «cantidad» de lesión sufrida (ojo por ojo). Es más que posible que tal posibilidad de represalia actuara como estímulo para las partes, al objeto de que procuraran alcanzar un acuerdo, por lo que el talión probablemente sólo tendría lugar cuando la familia del ofensor o este mismo no podían encontrar dinero suficiente para el pago. Para las lesiones menores no se permitía la venganza sino que estaban prescritas de antemano cantidades fijadas como compensación.

Hasta ahora nos hemos interesado por los conflictos entre individuos pero en realidad en la primera Roma es más apropiado considerar a éstos como miembros de un grupo. Realmente la familia era la unidad que interesaba al primer Derecho romano. Este Derecho no se ocupaba de lo que ocurría dentro de la familia. Las relaciones entre sus miembros eran un asunto privado, en el que la comunidad no intervenía. Tan es así, que

para su actuación en el tráfico jurídico-económico la familia estaba representada por su cabeza, el *paterfamilias*, en el que se concentraba además toda la propiedad familiar. Todos sus descendientes en la línea paterna (agnaticios) estaban bajo su poder. Un hijo no dejaría de estar bajo el poder de su padre hasta que llegase a adulto e incluso, hasta que no muriese el padre, no podría tener propiedades por sí mismo. Consecuentemente toda la propiedad familiar se mantenía unida y los recursos de la familia, como un todo, se reforzaban. En la práctica, por tanto, una demanda interpuesta por una víctima de robo o de lesión personal causada por un esclavo o un hijo se trasladaba al cabeza de familia, en la medida en que sólo él podía satisfacer lo demandado con los fondos familiares. Las XII Tablas le ofrecían la opción de indemnizar los daños o entregar directamente el ofensor a la víctima o, en su caso, al *paterfamilias* de ésta (entrega noxal).

No existía una acción civil que contemplase los casos de homicidio en el Derecho. En estos supuestos era el magistrado quien en nombre de la comunidad tomaba la iniciativa de perseguir al ofensor, con lo que así se evitaba el auge de las venganzas familiares y los derramamientos de sangre. Aun con todo, el Derecho establecía un marco dentro del cual se permitía a las partes arreglar sus diferencias.

En la época de las XII Tablas un demandante que no recibiese el pago de lo que el *iudex* le hubiere adjudicado en el plazo de treinta días, podía amenazar al demandado hasta con la muerte. El demandante podía hacerle comparecer a la fuerza ante el magistrado (sin necesidad de ser especialmente cortés en este caso) y si, ni aun de este modo pagaba ni afianzaba el pago, el magistrado podía autorizar al demandante para que lo encadenase durante sesenta días. En este periodo tendría que mostrar al «encadenado» en la plaza durante tres días de mercado sucesivos con el objeto de dar publicidad a su situación y permitir así a su familia y amigos hacerse cargo de la situación. La última amenaza, si el procedimiento fallaba, era la venta del desafortunado deudor como esclavo fuera de

Roma y la división del producto de dicha venta entre los acreedores impagados. Si lo preferían, los acreedores podían matar al deudor y cortarlo en pedazos. Las XII Tablas prevenían cuidadosamente que si un acreedor cortaba más de la parte que le correspondía ello suponía la pérdida de su crédito; se anticipaba así el alegato de Porcia contra Shylock en *El mercader de Venecia* de Shakespeare.

Más tarde los romanos reconocieron los valores del Derecho contenido en la Ley de las XII Tablas, sobre todo cuando comprendieron que ésta estuvo vigente en una comunidad caracterizada por un débil cuerpo de funcionarios encargado de hacer cumplir los mandatos de la ley. Esta ley proporcionó a los ciudadanos una mínima estructura en cuyo seno las partes podían dirimir sus disputas. Era inevitable que la parte que contase con el auxilio de esclavos, familiares y allegados se encontrara en una posición más ventajosa que aquella que tenía pocos recursos a su disposición.

#### EL DESARROLLO DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN

En el curso de la República la Ley de las XII Tablas sufrió algunas modificaciones. Los acreedores de un deudor condenado judicialmente al pago de una deuda, lejos de estar autorizados para matarlo, tenían que permitir al deudor el resarcimiento de su deuda por medio de trabajos forzados. Incluso más tarde se diseñaría un procedimiento para declarar la quiebra de un deudor mediante la venta forzosa de sus bienes en beneficio de sus acreedores. Quinientos años después de la promulgación de la Ley de las XII Tablas, los romanos volvían su mirada con orgullo hacia ella, y así el historiador Tito Livio la consideró «la fuente de todo el Derecho público y privado», y Cicerón afirmaría que todos los niños debían aprenderla de memoria.

Los romanos tenían una arraigada impresión sobre la reputación de su Derecho, considerando que éste había sido parte esencial en la configuración de la vida de Roma desde tiempo inmemorial. Al mismo tiempo, confiaban en él para que les permitiera hacer todo lo que quisieran siempre que fuera razonable. En los primeros tiempos de la República la interpretación del Derecho, ya fuese el no escrito *Ius* o la *Lex* de las XII Tablas, permanecía todavía en manos de los pontífices. Éstos podían «interpretar» el Derecho de manera amplia, pudiendo llegar incluso a crear cualquier nueva institución desconocida para el Derecho anterior.

La emancipación de los hijos del poder de sus padres es un buen ejemplo de esta capacidad de interpretación. El poder del *paterfamilias* sobre los descendientes sujetos a su potestad permanecía hasta la muerte de aquél o de éstos. Durante la vigencia de las XII Tablas no existía mecanismo legal alguno que permitiese romper voluntariamente dicha relación. El padre podía explotar a sus hijos vendiéndolos para realizar trabajos forzados. Las XII Tablas contenían una previsión, aparentemente dirigida a frenar el abuso de esta facultad, según la cual si el padre vendía al hijo tres veces, éste quedaba libre. Estas ventas múltiples eran posibles gracias a que estaba previsto a su vez que si el comprador del hijo lo dejaba libre, éste volvía al poder del padre.

Un resultado de la interpretación de la regla de las tres ventas fue permitir al padre emancipar a su hijo. El padre simulaba la venta de su hijo a un amigo por tres veces; después de cada venta, dicho amigo dejaba libre al hijo, de tal forma que el hijo adquiría la libertad en la tercera ocasión en virtud de la regla prevista en la Ley de las XII Tablas. De esta manera la interpretación de la norma puede considerarse como un modo de aplicar el Derecho con un fin claramente distinto del original. Pero la interpretación iba todavía más allá. La Ley de las XII Tablas se refería sólo a los hijos de tal forma que las hijas y los nietos podrían ser vendidos cuantas veces se quisiera. Sin embargo, una vez que la regla se entendió referida a la

emancipación se mantuvo que eran necesarias tres ventas en el caso de los hijos, pero no así cuando se trataba de hijas y nietos, supuesto en el que era suficiente una venta para la emancipación.

No cabe duda de que la mayoría de los ciudadanos percibían que lo que estaba ocurriendo era una adaptación de la norma que contenía la Ley de las XII Tablas a un fin ajeno al propósito de los decenviros cuando la redactaron. Sin embargo, los juristas más conservadores se sentían más cómodos con la idea de que la emancipación podía ser presentada como algo que se encontraba, al menos de forma implícita si no expresa, en la Ley de las XII Tablas, mejor que considerarla como una reforma enteramente nueva de la misma.

#### EL PRETOR Y EL CONTROL DE LOS REMEDIOS

Durante la mayor parte de la República, el desarrollo del Derecho se debió menos a la legislación y su interpretación que al control de los remedios legales. Originariamente la primera parte de una acción jurídica era técnica y formal; existió un número limitado de acciones, que comenzaban por una declaración oral, con unos términos preestablecidos, en presencia del magistrado y del demandado. El demandante que no siguiese la terminología precisa podía perder su acción. Tales acciones podían interponerse sólo en determinados días. De nuevo tan sólo los pontífices estuvieron familiarizados con estos rudimentos hasta que las fórmulas y el calendario fueron publicados, tradicionalmente alrededor del año 300 a.C., cuando el pontificado fue accesible para los plebeyos.

Los magistrados, en origen los dos cónsules, elegidos anualmente, que reemplazaron al rey como cabeza del Estado, eran responsables de todas las actividades gubernamentales. La administración de justicia era sólo una parte de sus cometidos, si bien el procedimiento entonces les permitía poco campo para

la innovación. Cuando Roma se expandió, un magistrado especial, llamado pretor, también elegido anualmente, fue creado en el año 367 a.C. con el cometido exclusivo de administrar justicia. Sin tener una formación específica sin embargo se esperaba de él que fuera el encargado de supervisar la parte formal de cada acción jurídica. El pretor fijaba las dos partes de la acción, la primera concerniente a la calificación de la cuestión en términos legales y la segunda relativa a la efectiva resolución de la cuestión. Esta última había sido siempre, y así continuaba, relativamente informal. Este procedimiento era muy limitado en cuanto a su duración. El magistrado era competente en la primera parte, la cual sin duda era esencial, pero era en la segunda en la que con diferencia se consumía el mayor tiempo. Los romanos comprendieron que en muchas ocasiones las disputas no procedían de un desacuerdo sobre el Derecho, que podía ser suficientemente claro, sino de la discusión acerca de los hechos, de tal forma que un ciudadano ordinario, sin la experiencia de los juristas, era completamente capaz de decidir sobre qué había ocurrido.

En la segunda mitad de la República se introdujo un importante cambio en el procedimiento. Cuando las partes se presentaban ante él, el pretor les permitía expresar sus reivindicaciones y defensas con sus propias palabras, en vez de adherirse a formas predeterminadas. Una vez establecida la cuestión de este modo, la presentaba en términos hipotéticos y en un documento escrito, conocido como *fórmula*. Ésta permitía al juez condenar al demandado si encontraba probadas ciertas alegaciones y absolverle si no lo hacía. La fórmula, una vez fijada por el pretor y las partes, era sellada, de modo que el juez que la abriese podía estar seguro de que no había sido manipulada. Toda la autoridad del *iudex* derivaba de la fórmula, teniendo por ello que actuar dentro de sus términos. Con tal de que lo hiciese tenía, no obstante, una gran libertad para dirigir el proceso e incluso solicitar la opinión de un *consilium* de amigos para ayudarle a tomar una decisión. En los primeros tiempos de la República las partes se representaban a sí mis-

mas, si bien más tarde solían contratar los servicios de oradores profesionales, instruidos en la retórica, para presentar su caso ante el *iudex*.

El pretor podía conceder una fórmula siempre que estimara que la política del Derecho lo justificaba, en el sentido de que considerara que un demandante, que pudiera probar su caso, debía obtener un remedio. La función de los pretores era declarar el Derecho (*Ius dicere*) y hacerlo efectivo a través de la concesión de los remedios adecuados, los cuales en su mayor parte se ocupaban de demandas preestablecidas, tales como el supuesto en que el demandado había retenido la propiedad del demandante en contra de su voluntad, o aquel en el que el demandado debía dinero al demandante. El pretor, no obstante, podría conceder una fórmula para una situación en la cual no existía precedente. Oficialmente en tal caso no estaba creando Derecho, lo que hubiera ido más allá de sus poderes. En efecto, estaba afirmando que la demanda necesitaba un remedio y que la ley debía procurarlo. Aunque hablaba como si estuviera valiéndose del Derecho existente, estaba realmente creando nuevo Derecho.

Hasta que los nuevos remedios fueron presentados como expresión del antiguo Derecho, la innovación se enmascaró. Por ejemplo, el pretor no podía tratar como dueño de la propiedad a quien no lo era para el Derecho civil, que estaba obligado a seguir, por lo que no podía conceder a tal persona la acción del propietario para recuperar lo que era suyo. Podía, sin embargo, otorgar a un no propietario una acción alternativa que le permitiera obtener el control físico de la propiedad y protegerle así hasta que llegara a ser propietario en un lapso determinado de tiempo. De manera similar, podía conceder la acción de heredero para recuperar la propiedad del fallecido sólo a quien era heredero conforme al Derecho civil. Pero podía otorgar al no heredero un remedio alternativo para obtener y tomar posesión de la propiedad. Este sujeto disfrutaba de dicha propiedad como un poseedor, más que como un propietario. A buen seguro para muchos romanos

esto era una distinción puramente semántica, pero para aquellos con unos ciertos rudimentos jurídicos era importante. Ello autorizaba al pretor para conceder un remedio a la parte que lo merecía, cuando creyese que el sentido general de la justicia lo requería, mientras que al mismo tiempo mantenía la integridad formal del Derecho civil.

Al comenzar su mandato anual, el pretor publicaba un edicto, en el que establecía las diversas circunstancias en las que se concedería una fórmula, y añadía al final las fórmulas concretas. Los potenciales litigantes podrían consultar el edicto y en ese caso solicitar cualquiera de las fórmulas que contuviese. Un demandado que discutiera las alegaciones del demandante no resultaría prejuzgado por la concesión en sí de la fórmula, ya que habría que esperar a que su oponente pudiera persuadir al juez de que sus alegaciones estaban fundadas.

La fórmula era un instrumento flexible que podía moldearse para adaptarla a los diferentes argumentos esgrimidos en su defensa por el demandado. Por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el Derecho civil establecía unas formas específicas para llevar a cabo una transacción, el Derecho tan sólo se ocupaba de comprobar si las formalidades se habían cumplido. No miraba detrás de las formas. Un importante contrato formal mencionado en la Ley de las XII Tablas fue la *stipulatio*, cuya estructura a modo de pregunta y respuesta podía convertir casi cualquier acuerdo en una obligación. Siempre que la forma se hubiese respetado, el hecho de que la promesa se hubiese realizado inducida por engaños o amenazas de la otra parte resultaba irrelevante. Sin embargo, en los últimos tiempos de la República, el pretor permitió que tanto el engaño como las coacciones fuesen alegadas en la fórmula a modo de defensa frente a las pretensiones del demandante, de modo que si probaba sus alegaciones resultaría absuelto.

Tal defensa, o *exceptio*, era requerida siempre que el demandado admitiese como ciertas las alegaciones del demandante (p. ej., «Yo hice la promesa formal») pero plantease

otros hechos que anularan la reclamación del demandante (p. ej., «pero la promesa fue conseguida mediante engaño»). Al permitir las defensas, el pretor proporcionó reconocimiento legal al principio de que las acciones contaminadas de engaño o coacciones no producían obligaciones. En ciertas fórmulas, se pedía al *iudex* que condenase al demandado tan sólo a pagar aquella cantidad que debía «de acuerdo con la buena fe» (*ex fide bona*), en tales casos no era necesaria una *exceptio* específica. La única concesión que el juez podía hacer al finalizar la acción legal era otorgar una indemnización. Una vez que se hubiera pronunciado a favor de una de las partes su labor había acabado y desde ese momento dejaba de ser *iudex*. No podía, por lo tanto, ordenar a ninguna de las partes hacer o no hacer alguna cosa porque cuando llegaba para las partes el tiempo de decidir si cumplían o desobedecían la sentencia, el *iudex* había dejado de serlo. Una decisión por la que el demandado debiera pagar una determinada suma resultaba la conclusión apropiada para muchos tipos de litigios pero no en todos los casos era posible. A finales de la República, cuando los remedios fueron requeridos más que ninguna otra acción legal, el pretor ya no podía remitirlos a un *iudex* sino que debía ocuparse personalmente.

El primero de estos remedios «extraordinarios» (i.e., fuera del ámbito ordinario de las *formulae*) probablemente fue el interdicto, una orden de hacer o no hacer algo dada por el pretor. Muchos interdictos fueron concebidos para prevenir interferencias en la posesión pacífica de la propiedad, así como para asegurar que las reclamaciones se articularan adecuadamente a través de los procedimientos legales. El pretor no concedía el interdicto por la simple petición sino cuando estuviera convencido de que había al menos algunos elementos de hecho para concederlo. Quizá el más drástico de estos remedios fuese la *restitutio in integrum*. Éste consistía en la revocación de los efectos jurídicos de un contrato que fue válido antes para el Derecho civil pero que resultaba injusto para una de las partes. Una vez concedida, las partes disponían de

acciones pretorias especiales equivalentes a las acciones de las que hubieran podido disponer si la transacción no se hubiera celebrado. El pretor debía mostrar especial precaución al administrar este remedio. Si se concedía ampliamente, podría minar la confianza pública en el Derecho. ¿Para qué adherirse a las formas prescritas por la ley para un tipo de transacción si una parte podía anularla porque no había podido prever sus efectos? Por otra parte, rehusar los remedios en general hubiera significado perpetuar la injusticia. Los asuntos en los que el pretor estaba dispuesto a dar esta orden eran cuidadosamente seleccionados. Incluían el fraude, las coacciones, aquellos supuestos en los que el demandante, ausente durante un corto periodo de tiempo por causa de servicio público, se encuentra con que otro posee su tierra de buena fe, convirtiéndose en dueño por efecto de la prescripción, y aquellos supuestos en los que el demandante, aunque técnicamente adulto, era demasiado joven para saber lo que hacía.

El último supuesto resulta ilustrativo de la cautela con la que Roma se acercaba a la reforma del Derecho. El Derecho civil concedía capacidad jurídica a todo aquel menor que hubiese alcanzado la edad de la pubertad, finalmente establecida en los catorce años. A esta edad podía contraer matrimonio, y si era independiente respecto del poder de su padre, administrar su patrimonio por sí mismo. Esta edad era completamente adecuada en la sencilla sociedad de los primeros tiempos de la República, pero un niño de catorce años no tenía por qué ser capaz de defenderse frente a un comerciante habilitado que pudiera persuadirle para que comprase lo que no necesitaba. No cabe duda de que la forma más simple de modificar esta situación hubiera sido la elevación de la edad necesaria para alcanzar la capacidad. Pero esto hubiera supuesto un cambio drástico en las normas fundamentales del Derecho tradicional, ya que la capacidad y la pubertad marchaban juntas. Los romanos se mostraron remisos a contemplar tal cambio que hubiera podido generar todo tipo de consecuencias imprevisibles. Prefirieron permitir al pretor que en el ejercicio

de su poder discrecional, deshiciera los efectos de las transacciones en las que apareciese alguna ventaja obtenida de la inexperiencia del joven. La consecuencia inmediata no fue otra sino que todo el mundo rehusaba contratar con menores de veinticinco años (el límite señalado por el pretor), a menos que éstos fueran aconsejados por persona independiente.

El Derecho procedente de la concesión de nuevos remedios contenido en los edictos de los pretores fue conocido como *Ius honorarium* (de los honores ostentados por los oficiales públicos). En la segunda mitad de la República, el mayor desarrollo jurídico se logró a través de esta forma de hacer Derecho, relativa a las controversias civiles.

#### EL *IUS GENTIUM* Y EL ADVENIMIENTO DE LOS JURISTAS

Cuando una de las partes o bien ambas no eran ciudadanos resultaba inapropiado aplicar el Derecho civil a sus disputas. Al principio, cuando el número de no ciudadanos era relativamente escaso los romanos recurrieron a la ficción de considerar al extranjero como si lo fuera, en orden a tramitar el caso en el ámbito del Derecho civil. Tras la victoria de Roma sobre los cartagineses, en el curso de las guerras púnicas del siglo III, el dominio de Roma se extendió a todo lo largo del Mediterráneo occidental, provocando que el número de no ciudadanos o peregrinos en contacto diario con los romanos se incrementase de tal manera, que tuvieron que ser incorporados expresamente al seno del Derecho. En el año 242 a.C. fue creado un segundo pretor para tratar específicamente de los asuntos en los que una o ambas partes fuesen peregrinos. Los dos pretores quedaron desde entonces diferenciados como pretor urbano y pretor peregrino.

El Derecho civil era un preciado bien para los ciudadanos romanos, que no podía extenderse indiscriminadamente a los peregrinos. En el siglo III a.C. la ciudadanía se convirtió en un

privilegio que distinguía a los romanos de otros pueblos; de ellos se esperaba un comportamiento superior al de éstos. Livio (34.1) recuerda cómo la *Lex Oppiam* del año 215 a.C. establecía que las mujeres romanas vistieran ropas sencillas carentes de ornamentos mientras que las mujeres peregrinas paseaban por las calles de Roma vestidas de púrpura y oro. Con todo, las disputas en que estuvieran implicados los peregrinos tenían que ser resueltas por normas reconocidas.

Los romanos solucionaron el problema por la vía del pragmatismo reconociendo que el Derecho romano se construía sobre dos clases de instituciones. Por un lado, se encontraban aquellas instituciones jurídicas, tales como las ceremonias tradicionales para transferir la propiedad, que por ser particularmente romanas debían reservarse a los ciudadanos. Existían también, por otro lado, otras instituciones en el Derecho romano, como muchas de aquellas derivadas de los remedios del pretor, que podían considerarse comunes al Derecho de todo pueblo civilizado. Todas éstas formaron colectivamente lo que los romanos llamaron el *Ius gentium* o Derecho de los pueblos en contraposición con el Derecho civil tradicional.

El *Ius gentium* abarcaba tanto a los ciudadanos como a los que no lo eran. Su concepción permitió a los romanos afrontar los problemas cotidianos que presentaban los peregrinos viviendo bajo el gobierno de Roma. Más tarde, cuando se especuló sobre por qué las reglas del *Ius gentium* eran reconocidas universalmente, se sugirió que la causa debía estar en que estas normas no procedían de la práctica tradicional sino del sentido común o de la razón natural que todos los hombres compartían como parte de su naturaleza humana. Así, el Derecho de los pueblos era caracterizado con frecuencia como Derecho natural (*Ius naturale*). De esta forma llegó a ser aceptado que el Derecho de los pueblos y el Derecho natural eran la misma cosa, excepto con relación a la institución de la esclavitud. Era ésta una institución reconocida por todas las sociedades antiguas que claramente formaba parte del Derecho de los pueblos, pero igualmente era claro que no participaba de

ningún dictado del sentido común y por ello resultaba imposible que formase parte del Derecho natural.

En los últimos tiempos de la República el sistema formulario y el resto de los remedios suplementarios posibles alcanzaron un importante grado de elaboración técnica, hasta el extremo de que se generó la necesidad de contar con especialistas que prestaran consejo a quien lo necesitase. Ni el pretor ni el *iudex*, ni los abogados que representaban a las partes ante ellos tenían formación jurídica, de tal modo que todos ellos necesitaban del auxilio de expertos. Desde la segunda mitad del siglo III entraron en escena un grupo de expertos juristas que no tenían un papel específico que representar en la administración de justicia, pero que estaban preparados para orientar jurídicamente a los principales protagonistas del procedimiento. En un primer momento, no fueron retribuidos ya que se consideraba su trabajo como una forma de servicio público. Asumieron la función de los pontífices de guardianes de la ley, si bien a diferencia de éstos actuaban abiertamente en público.

Desde el principio el trabajo de los juristas romanos se ocupó de asuntos en los que se planteaban cuestiones jurídicas. Su función consistió en sugerir fórmulas o defensas apropiadas para una determinada situación de hecho y componer documentos tales como testamentos o contratos que permitieran obtener los resultados deseados por las partes y no otros. Las opiniones de estos juristas tardorrepublicanos se sustentaban por entero en su reputación personal. Por otro lado, se recopilaban en digestos las opiniones procedentes de los juristas de mayor autoridad, de tal manera que pudieran servir de referencia para aquellos casos similares que se planteasen en el futuro. Los juristas se ocuparon preferentemente del Derecho privado y prestaron escasa atención a los asuntos públicos, penales o religiosos. El Derecho referente a estas últimas materias fue excluido del Derecho civil de manera que éste se convirtió en sinónimo de Derecho privado.

El último siglo de la República estuvo marcado por la confusión y el conflicto entre aquellos que deseaban mantener la constitución tradicional, asumiendo la debilidad de la dirección política, y aquellos otros que preferían fortalecer el gobierno incluso a costa de abandonar las estructuras jurídicas tradicionales. La cuestión se aclaró durante el mandato de Julio César quien abiertamente menospreció las instituciones republicanas siendo asesinado en el año 44 a.C. Los responsables de la conspiración, Bruto y Casio eran respectivamente pretor urbano y pretor peregrino en ese momento.

Cuando el Imperio reemplazó a la República, el primer emperador, Augusto, se apresuró a calmar a sus súbditos confirmando el mantenimiento de la estructura política de la constitución republicana. En los primeros momentos del nuevo régimen, la asamblea popular se reunió con normalidad tal como lo había venido haciendo con anterioridad. Sin embargo, comoquiera que carecía de fondos para hacer frente a los gastos de representación y requería la presencia de los ciudadanos que quisieran participar en sus deliberaciones, en la práctica se convirtió en lugar de encuentro de la chusma que vivía en Roma. Los emperadores evitaron discretamente presentar a la asamblea las propuestas legislativas más importantes. De esta forma, en su lugar, las resoluciones del senado, compuesto mayoritariamente por antiguos magistrados, adquirieron fuerza de ley.

El edicto del pretor, publicado anualmente por los sucesivos pretores, alcanzó un grado de elaboración tal que lo hacía difícilmente mejorable de un año a otro. En los albores del siglo II, bajo el mandato del emperador Adriano, se revistió de una forma permanente por el jurista Juliano. Comenzaba con el procedimiento diseñado para las acciones formularias y abarcaba desde el requerimiento del demandante hasta la conclusión del litigio ante el pretor, comprendiendo la regula-

ción de los medios disponibles para hacer cumplir lo juzgado, finalizando con una sección dedicada a los interdictos y excepciones. Es fácil apreciar cómo este orden fue construido sobre el modelo de la Ley de las XII Tablas.

El propio emperador asumió poderes legislativos provocando que las constituciones imperiales fuesen reconocidas como fuente del Derecho con la fuerza de una *lex*. Aunque los emperadores ocasionalmente legislaran a través de edictos, la mayoría de estas constituciones fueron rescriptos cuyo contenido consistía en respuestas formuladas en nombre del emperador a cuestiones jurídicas planteadas por los litigantes en un procedimiento, o bien por oficiales públicos, como los gobernadores provinciales. Los rescriptos eran redactados por juristas al servicio de la cancillería imperial; normalmente se ocupaban de declarar y clarificar el Derecho vigente y muy raramente introduciendo cambios significativos.

En el siglo II d.C., el Imperio romano se extendía al oeste por la mitad sur de Britania, Galia y la Península Ibérica, y a lo largo de la margen oriental del Rin y por las tierras del sur del Danubio, hasta llegar a Asia menor, Siria y Egipto en el este. La ciudadanía romana perdió el carácter de exclusividad del que había disfrutado durante la República. Al final de ésta, la ciudadanía se había extendido a la mayor parte de aquellos que vivían en Italia, es decir, la Italia actual al sur del río Po. El Imperio utilizó la concesión selectiva de la ciudadanía como medio de integración en un conjunto único de todos aquellos habitantes de los territorios, de tal manera que se rompiera la conexión entre ciudadanía y origen italiano.

De forma creciente, un avance político, social y económico afectó a aquellos que eran ciudadanos, sólo que ahora la ciudadanía resultaba compatible con el mantenimiento de las lealtades locales, en tanto en cuanto no desafiaban la dominación de Roma. Ambiciosos habitantes de las provincias estaban empeñados en el reconocimiento de Roma como una patria común. Además en los primeros tiempos del Imperio, los miembros de las aristocracias provinciales, particularmente las del

oeste, tales como la de España, se convirtieron en los más prominentes sustentadores de los valores tradicionales romanos. El funcionamiento del gobierno imperial llegó a depender de estos hombres. Primero sirvieron como oficiales del ejército y agentes del fisco, más tarde entraron en el senado romano, llegaron a ser cónsules y posteriormente incluso gobernaron las provincias militares de las fronteras.

La política imperial reforzó los *municipia*, comunidades de latinos o ciudadanos con un cierto grado de autogobierno. Un ciudadano en un *municipium* provincial tenía un estatuto doble, ya que cada comunidad disponía de una ley municipal que regulaba con un grado de detalle considerable la organización de la vida en común, poniendo especial énfasis en el procedimiento legal para solucionar los conflictos. Aunque existían variaciones en cuanto a los detalles, sabemos que, al menos, en las provincias occidentales, hubo una ley estándar que se utilizó como modelo en la mayoría de las ocasiones; esta ley asimilaba en el *municipia* tanto como era posible las instituciones y los procedimientos que existían en Roma. La muestra más importante de esta práctica es la inscripción hallada en unas tablas de bronce descubiertas en 1984 y que contenían dos terceras partes de la Ley municipal de Irni en España. Partes significativas de la Ley de Irni, que data del último cuarto del siglo I d.C., reproducen fragmentos de otras leyes municipales conocidas desde tiempo atrás. Esta identificación muestra que las instituciones de Roma sirvieron como el modelo al que las comunidades locales aspiraban cuando las circunstancias lo permitieran. Sin embargo, en las provincias orientales de lengua griega, las antiguas ciudades-estado se encontraban menos dispuestas a abandonar su Derecho tradicional.

Los dos primeros siglos de la era cristiana marcaron el punto álgido del desarrollo jurídico romano, en el sentido de que técnicamente se habían alcanzado sus formas más sofisticadas y refinadas; este periodo es conocido como la época clásica del Derecho romano. Estos siglos también fueron testigos

de algunas de las más bárbaras atrocidades de emperadores tan brutales como Nerón, Calígula y Domiciano. Se da la paradoja de que sus reinados contribuyeron a la culminación de la gloria de Roma como estado del Derecho. La respuesta debe encontrarse en una distinción, tácitamente aceptada: la separación del Derecho privado de las otras ramas del Derecho. El Derecho privado se ocupaba de las relaciones entre los individuos. Los primeros emperadores tenían asumida la idea de que poca ventaja podría obtenerse interfiriendo en el Derecho privado, de tal modo que sería una buena política preservar y desarrollar el Derecho privado sin introducir cambios innecesarios.

#### LOS JURISTAS EN EL PERIODO CLÁSICO

El principal motor del desarrollo jurídico en el periodo clásico fue la literatura producida por los juristas, tanto la de aquellos que se encontraban al servicio del emperador, como la de aquellos otros que se ocupaban de la práctica privada. Los juristas como clase gozaron del favor de los emperadores; ya Augusto concedió a ciertos juristas la facultad de emitir pareceres investidos de la autoridad imperial, aunque quizá tan sólo para aliviar la presión que sufría la cancillería imperial por la enorme demanda de rescriptos. Un siglo más tarde Adriano dispuso que si las opiniones de todos los juristas con esta facultad eran unánimes tendrían la consideración de ley. La trascendencia de esta disposición no queda clara, pero sí el hecho de que se trataba de una práctica basada en la cita como precedentes de las opiniones de juristas dadas en casos similares del pasado.

El Derecho de los juristas del periodo clásico estaba caracterizado por ciertas notas, que pueden resumirse como sigue. Primero, hubo una serie continua de sujetos, todos ellos dedicados al Derecho y cada uno familiarizado con conceptos ela-

borados por sus predecesores, cuyas opiniones citaban, especialmente cuando estaban de acuerdo con ellas e incluso algunas veces cuando no era así. En segundo lugar, de ellos puede afirmarse que sólo cabía que tuvieran un conocimiento amplio del Derecho privado. El pretor ejercía su cargo durante un año, el *iudex* tan sólo se ocupaba de los hechos de aquellos casos que presidía, y los abogados anteponían la destreza en la argumentación al conocimiento mismo del Derecho. Llegó a existir una tendencia, representada por Cicerón, exitoso abogado, a burlarse de los juristas precisamente porque parecían estar inmersos en minucias legales, tales como el derecho a que el agua de lluvia caída en el tejado propio vertiese sobre el tejado vecino. En tercer lugar, los juristas se ocuparían de la práctica cotidiana del Derecho y reconocerían cuándo eran necesarias modificaciones y reformas de las normas. Aunque por lo general tenían discípulos, no eran unos sesudos estudiosos absolutamente fuera de los límites del mundo real. Finalmente, disfrutaban de completa libertad para expresar opiniones divergentes. Comoquiera que la discusión jurídica giraba en torno a casos concretos, surgían inevitablemente las controversias, aunque sólo fuera por la existencia en éstas de al menos dos partes, cada una de ellas con la pretensión de tener razón. Esto no quiere decir que forzaran la ley a favor del cliente que les consultaba, sino más bien que estaban preparados para determinar los límites de cada regla jurídica.

El Derecho clásico fue de este modo producto de la controversia. Las técnicas usadas diferían según que el Derecho aplicable tuviese o no forma escrita. Cuando los juristas se ocupaban del texto de una ley promulgada por la asamblea republicana, del edicto del pretor o de un contrato o un testamento, los problemas tenían que ser resueltos a través de la interpretación dada a las frases específicas del texto, combinada con el despliegue de un conjunto de argumentos acumulados en el tiempo. ¿Prevalecería el sentido literal del texto o su espíritu? ¿Sería lo decisivo la intención verdadera de su autor, incluso cuando éste se hubiese expresado ambiguamente? y

en ese caso, ¿cómo sería determinada? Cuando la ley no estaba formulada por escrito, se asentaba sobre las opiniones de los juristas, opiniones que no gozaban de la autoridad de un texto fijo y predeterminado, lo que proporcionaba a éstos un campo más amplio para la reformulación del Derecho.

En las fuentes que han llegado hasta nosotros apenas quedan testimonios de estos desacuerdos entre los juristas (en concreto, los puntos de vista minoritarios tienden a desaparecer de las fuentes), sin embargo conocemos la existencia de dos escuelas o sectas que agruparon a los juristas en el periodo comprendido entre el siglo I d.C. y los inicios del siglo II d.C, conocidas como los Proculleyanos y los Sabinianos. Existe un importante debate doctrinal sobre las diferencias básicas entre estas escuelas, si bien parece claro que estas diferencias se refieren más a cuestiones de método que sustantivas. Los Sabinianos tendían a justificar sus opiniones, basándolas en la práctica tradicional y la autoridad de los primeros juristas. La búsqueda de soluciones para los diferentes casos específicos era la principal preocupación de esta escuela, aunque ello pudiera suponer abandonar la lógica y la racionalidad. Cuando interpretaban los textos no les importaba si las mismas palabras tenían distinto significado en diferentes textos. Los Proculleyanos, por su parte, defendían la estricta interpretación de todos los textos e insistían en que las palabras y las frases deberían tener en todos los casos un significado único y constante. Con relación al Derecho no escrito aceptaban que era un sistema de reglas lógicas y coherentes, de tal forma que mirando detrás de ellas podían identificarse los principios que residen en las mismas. Así, podían utilizar la analogía para extender el Derecho de unos casos a otros. Independientemente de su adscripción los juristas desconfiaban de las formulaciones genéricas de principios. Y no porque fuesen incapaces de formularlas sino porque entendían que cuanto más amplia fuera la formulación, mayor número de excepciones se presentarían a su aplicación y de esta manera se corría el peligro de que el Derecho se convirtiese en algo incierto e impredecible.

La elaboración del Derecho clásico permaneció de forma prolongada centrada en los casos, ya fuesen éstos reales o hipotéticos, como los imaginados en las escuelas. Inevitablemente un sistema casuístico deviene intrincado y complejo, reclamando sistematización y clasificación por categorías. El proceso de ordenar de algún modo el Derecho comenzó en los últimos tiempos de la República bajo la influencia de los métodos griegos de clasificación. Los mismos griegos no habían aplicado a su propio Derecho estas técnicas tanto por falta de una clase de juristas profesionales como por cuanto su sistema jurídico no se prestaba al desarrollo.

Sobre el año 100 a.C. el jurista Quintus Scaevola publicó un pequeño tratado sobre el Derecho civil en su totalidad. La primera parte del libro, dedicada a los testamentos, los legados y la sucesión intestada ocupaba aproximadamente una cuarta parte del conjunto de la obra. Los problemas que se planteaban alrededor de la sucesión en la herencia del causante producían más disputas que cualquier otro género de casos. El orden social estaba asentado sobre la familia como unidad; la finalidad principal de un testamento pasaba por designar a los herederos que, a la muerte del cabeza de familia, ocuparían su lugar hasta la siguiente generación. El testador además de designar a sus herederos en su testamento podía otorgar legados, designar tutores para sus hijos impúberes y liberar esclavos. Puesto que la propiedad se concentraba en la familia más que en el individuo, no debe sorprender que la sucesión por causa de muerte apareciera tan ampliamente regulada en el Derecho. Además de la sucesión, Mucius agrupó los modos de adquirir el dominio y la posesión, si bien el resto de las cuestiones del Derecho privado parecían estar mezcladas sin ningún orden reconocible.

Un siglo más tarde otro jurista Masurio Sabino, que dio su nombre a la escuela de los Sabinianos, completó el esquema

de Mucius y agrupó otras materias que comenzaban a reconocerse por su proximidad entre ellas. Por ejemplo, Mucius trató los robos y los daños a la propiedad de manera diferenciada mientras que Sabino lo hacía de manera conjunta, reconociendo así la categoría del ilícito (delito) que proporcionaba a la víctima una acción civil para conseguir que se sancionase a quien lo hubiese cometido. Sabino, sin embargo, no percibió una categoría equivalente para los contratos y por ello se ocupó de los diferentes modos, bastante distintos entre sí, a través de los cuales dos partes podían constituir una obligación vinculante.

La mayoría de los juristas clásicos presentaron sus opiniones, bien en forma de comentarios al tratado de Derecho civil de Sabino, bien como un comentario sobre el edicto del pretor (ahora codificado). Hubo que esperar hasta la mitad del siglo II para que se produjera un avance sustancial en el campo del Derecho privado y éste, además, no fue percibido más allá del ámbito puramente académico. El autor fue un oscuro jurista conocido simplemente como Gayo (sin el nombre romano completo, compuesto por tres nombres) del que se sabía que era profesor de Derecho. Los primeros juristas habían tenido discípulos si bien su tarea principal consistía en la práctica profesional del Derecho. Gayo, sin embargo, parecía haberse dedicado en exclusiva a la enseñanza y por ello adoleció de falta de reconocimiento en su tiempo.

El esquema del manual con el que enseñaba a sus discípulos, las Instituciones, se basaba en una clasificación del Derecho en tres partes. Esta tricotomía era especialmente atractiva para los profesores al tratarse de un número manejable, idóneo para alumnos con limitada capacidad. El esquema de Gayo divide al Derecho en tres partes: personas, cosas y acciones. La primera categoría se ocupaba de los distintos tipos de *status* personal considerados desde tres puntos de vista, esto es, libertad (¿El individuo es libre o esclavo?), ciudadanía (¿Es peregrino o ciudadano?), y situación familiar (¿Es *paterfamilias* o se encuentra bajo la potestad de un ascendiente?).

La segunda categoría, cosas, ocupaba la mayor parte de la clasificación. Incluía todo aquello susceptible de tener un valor económico y comprendía tanto las cosas corporales como las incorporeales. Las cosas físicas, ya fueran muebles o inmuebles, habían sido siempre consideradas como tales. Bajo la nueva clase de cosas incorporeales, Gayo colocó en primer lugar a las colectividades de cosas que se transmitían *en bloc* (*per universitatem*) de una persona a otra, tal como ocurría con la herencia que pasaba *en bloc* del causante a sus herederos. Tales pluralidades de cosas podían incluir cosas corporales pero ser ellas mismas incorporeales. El otro componente que Gayo situó entre las cosas incorporeales fueron las obligaciones. La noción de obligación había sido usada para describir los diferentes medios a través de los que una persona podía convertirse en deudor de otra y normalmente habían sido estudiadas desde la óptica de la persona obligada, es decir, el deudor. Cualquiera que prometiera formalmente a otro pagarle una cantidad de dinero devenía obligado con éste; quien recibiera algo de otro para asegurar una deuda existente se encontraría obligado a devolverle la fianza una vez que la deuda estuviese pagada. A veces el pretor consideraba a las partes obligadas mutuamente como consecuencia del acuerdo alcanzado entre ambas. El principal ejemplo era el acuerdo para la venta de bienes. Una vez que las partes incondicionalmente acordasen la venta, de tal forma que el vendedor aceptaba entregar la cosa vendida y el comprador aceptaba pagar el precio, quedaban obligadas entre ellas.

Los juristas anteriores a Gayo ya habían apreciado que la mayoría de las obligaciones procedían de un acuerdo previo entre las partes, aun cuando lo que las hacía jurídicamente exigibles era algo más que el simple acuerdo. Así la mayor parte de las obligaciones participaban de un elemento común: el acuerdo entre las partes, cualquiera que fuera la causa que les proporcionara la fuerza de obligar. Los contratos, que imponían obligaciones para las partes, habían nacido como categoría. Ahora, Gayo ofrecía una nueva visión de la obligación:

no sólo la contemplaba como una carga para el deudor, sino también en forma de un activo en manos del acreedor. Ocupándose del derecho del acreedor a perseguir al deudor como una obligación, Gayo pudo expandir el concepto de obligación e incluir en la categoría no sólo a los contratos sino también a los ilícitos civiles y a los delitos, como fuentes de las obligaciones.

La tercera parte del Derecho en el esquema de Gayo estaba dedicada a las acciones. En ella no se ocupaba tanto del procedimiento para demandar ante los tribunales como de las diferentes clases de acciones, tales como aquellas que podían ser ejercidas contra cualquiera, como por ejemplo, las de reclamación de la propiedad, en contraste con aquellas otras que tan sólo cabría interponer contra algún individuo concreto, por ejemplo las acciones que compelen al cumplimiento de las obligaciones.

La obra de Gayo se enmarca cronológicamente en el cenit del periodo clásico. En este momento, los contenidos del Derecho privado, en mayor o menor medida, ya se habían fijado. Su esquema contenía varios elementos novedosos. Incluía a las acciones entre los fenómenos jurídicos clasificándolos en paralelo a las personas y las cosas; incluyó a las cosas incorporeales en la misma categoría que las cosas físicas; y reconoció tanto a los contratos como a los delitos como fuentes de obligaciones.

El esquema de las Instituciones estaba destinado a tener una enorme influencia en el futuro aunque en su tiempo tuvo poco impacto fuera del ámbito académico. Los juristas prácticos no necesitaban un orden sistemático.

#### LA CULMINACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

Nada más empezar el tercer siglo de nuestra era, el emperador Antonino Cáracalla promulgó un importante edicto que

tuvo el efecto de convertir a la mayor parte de los habitantes de su imperio, con independencia de su voluntad, en ciudadanos romanos. La *Constitutio Antoniniana* del año 212 d.C. no fue promulgada tanto por generosidad como por razones fiscales, de tal manera que fuese posible aplicar el impuesto de sucesiones que gravaba la herencia de los ciudadanos a un superior número de personas. Otro resultado fue que igualmente se esperaba que muchos individuos que no se consideraban romanos y que incluso desconocían el latín, convertidos en ciudadanos romanos, adecuasen sus vidas a los esquemas del Derecho civil.

El periodo clásico alcanzó su *clímax* en la década inmediatamente posterior a la *Constitutio Antoniniana* sobre todo a través de la obra de tres juristas: Papiniano, Paulo y Ulpiano, quienes años más tarde serían considerados los juristas más sobresalientes. Cada uno de ellos desempeñó el más alto oficio imperial, prefecto del pretor que era tanto el funcionario jurista de más alto rango al servicio del emperador como su jefe de gabinete. Todos ellos escribieron prolíficamente sobre cuestiones jurídicas. Papiniano destacó en el análisis de los casos específicos y sus soluciones a los problemas jurídicos mostraban un profundo sentido moral y el deseo de alcanzar un resultado justo. Paulo y Ulpiano son conocidos por sus magníficos comentarios en los que sintetizaron la obra de sus predecesores, transmitiéndola a las generaciones posteriores en una madura, aunque todavía compleja, forma.

En una obra de carácter básico e institucional, Ulpiano estableció por primera vez una distinción clara entre el Derecho público y el Derecho privado. Hasta entonces la expresión «Derecho público» no había tenido un significado preciso, solía ser utilizada para indicar aquellas normas de Derecho civil que no podían ser alteradas por el acuerdo de las partes, a diferencia de aquellas otras modificables a voluntad de las partes. Ahora Ulpiano aplicó este nombre al Derecho que se ocupaba principalmente de los asuntos públicos, tales como el poder de los magistrados y la religión del Estado, por contra-

posición al Derecho que concernía a los intereses de los sujetos privados. Su propósito sólo puede ser objeto de conjeturas, pero el hecho de que la obra apareciera justo después de la *Constitutio Antoniniana* es de por sí significativo. Ulpiano probablemente deseaba proteger al Derecho civil tradicional de las interferencias imperiales y acaso confirmar, para los nuevos ciudadanos a los que ahora se les aplicaría éste, que el Derecho civil era algo bien distinto del Derecho público. La distinción iba a tener consecuencias inmediatas.

Con el asesinato de Ulpiano a manos de unos pretorianos rebeldes en el año 223 d.C. (Papiniano había sido ejecutado por orden de Caracalla una década antes) finalizaba el periodo clásico. El segundo siglo de nuestra era supuso un tiempo de paz y estabilidad inusual para el Imperio romano. El historiador del siglo XVIII Edward Gibbon se refirió a esta época como «el periodo de la historia de la humanidad durante el cual la condición de la raza humana ha sido más feliz y próspera» (*Decline and Fall of the Roman Empire*, cap. 3). El siglo III, por contra, fue un periodo de un desorden social considerable. Aunque los rescriptos imperiales muestran los esfuerzos realizados, al menos desde la cancellería imperial, para mantener el nivel del Derecho anterior, hubo poca doctrina jurídica de la calidad necesaria para mantener la vitalidad del Derecho.

#### LA DIVISIÓN DEL IMPERIO

El centro de gravedad del Imperio se traslada ahora lejos de Italia y Roma. No era ya posible seguir gobernándolo como una simple unidad. En el año 284, erigido emperador Diocleciano, decide acometer la reorganización del gobierno imperial. Dálmata de origen, visitó Roma por vez primera cuando llevaba ya veinte años como emperador. Dividió el Imperio en dos mitades, este y oeste, cada una regida por un *Augustus*. Para sí escogió la parte este, a la que gobernó desde su capital

en Nicomedia, en el Noroeste de Asia Menor. Las provincias fueron divididas en pequeñas unidades y agrupadas en treinta diócesis, a su vez unidas en cuatro grandes prefecturas, de forma que los gobernadores de las diócesis eran representantes (*vicarii*) de los prefectos.

Esta estructura administrativa determina el inicio del proceso de partición del Imperio, ya que cada parte tenía su propio emperador. A comienzos del siglo IV Constantino estableció en Bizancio, Constantinopla, la nueva capital de la parte este, mientras que el gobierno imperial occidental quedaba establecido en Milán. Teóricamente, aunque las relaciones de ambas partes eran a veces hostiles, el Imperio era considerado todavía como una unidad, en la que gobernaban conjuntamente los dos emperadores. Éstos lucharon por mantener las fronteras del Imperio a lo largo de la línea formada por el Rin y el Danubio, frente a las constantes incursiones de las tribus germanas. Éstas, a su vez, estaban siendo presionadas hacia el oeste por el avance de otras tribus, particularmente los terrórficos hunos. La defensa de la frontera requirió un ejército de alrededor de medio millón de hombres para lo cual se establecieron tratados con tribus amigas, que se integraron así en el Imperio como *foederati*, con el convencimiento de que ayudarían a defenderlo. Gran número de propietarios fueron obligados a reclutar soldados, tomándolos de sus dominios, o, en caso contrario, a pagar para que fueran reclutados en otro lugar. Como resultado, muchos de los llamados bárbaros se integraron en el ejército romano llegando incluso alguno a alcanzar un alto grado. A diferencia de los habitantes de las provincias del siglo I, estos godos, francos y vándalos del siglo IV conservaron su identidad germánica y no fueron completamente romanizados.

Los habitantes de lengua griega del Imperio Oriental, el cual había resultado menos afectado por la infiltración bárbara que el Occidental, empezaron ahora a pensar en ellos mismos como los primeros depositarios de las tradiciones romanas. Ellos se llamaban a sí mismos *Rhomaioi* y Constantinopla

era conocida como Nueva Roma. A finales del siglo IV embargo, también empezaron a sentir la presión de los bárbaros. En el año 376 los visigodos entraron en Tracia y destruyeron al ejército imperial de oriente en Adrianópolis, distante sólo 220 km de Constantinopla. La situación fue restablecida por el último gran emperador guerrero, Teodosio I, si bien a costa de la «barbarización» del ejército oriental. Por medio de un tratado sin precedentes, en el año 382 permitió a los visigodos establecerse al sur del Danubio como una tribu autónoma, con su organización tribal intacta y bajo sus propias leyes.

A la muerte de Teodosio en el año 395, se constituyó la división formal del Imperio en dos partes. Dicha división se basó en un reparto equitativo de los recursos. Italia, África, España y Britania permanecieron en la parte occidental, y Tracia, Asia Menor, Oriente y Egipto en la parte oriental. La prefectura central de Illyrium fue dividida en dos: Panonia, (correspondiente al sur y este del Danubio, en las actuales Austria y Hungría) que fue asignada al oeste, mientras que Dacia (hoy Rumanía) y Macedonia lo fueron al este. La frontera empezaba en la confluencia de los ríos Sava y Danubio cerca de Singidunum (actual Belgrado), continuaba hacia el sur a lo largo del río Drina hasta el Adriático, llegando hasta el Mediterráneo para separar África de Egipto.

Como Edward Gibbon dijo, «Las ventajas de los territorios más ricos, más poblados y militarmente más poderosos fueron equilibradas y compensadas con esta división final y definitiva del Imperio romano» (*Decline and Fall...*, cap. 29). La separación entre el oriente, principalmente de habla griega, y el occidente latino habría de tener importantes consecuencias en los siglos posteriores. Ello fue determinante para el establecimiento en el Oeste de importantes áreas de hegemonía de la cultura latina frente a aquellas otras, que en el Este, tendrán a la cultura griega como fundamento, si bien ésta sería sustituida más tarde por la cultura eslava.

El reinado de Teodosio supuso la conclusión de otra transformación del Imperio iniciada en la época de Constantino, co-

nocida como Cristianización. El edicto de Milán de Constantino, en el año 313, terminó con la persecución oficial de los cristianos. Impaciente con las sutilezas teológicas, Constantino hizo grandes esfuerzos en favor de la unidad de la Cristiandad, enfrentándose con el cisma donatista y con la herejía arriana, labor que culminó en el concilio de Nicea del año 325. Sin embargo, los antiguos cultos romanos pervivieron y hasta Teodosio, los emperadores orientales aceptaron el título de *pontifex maximus*. Teodosio, comprometido partidario del catolicismo más ortodoxo, fue mucho más estricto que sus predecesores en la aniquilación del paganismo y en hacer del Catolicismo la religión oficial más que un mero conjunto de creencias cristianas. El hecho de que los visigodos se mantuvieran firmes en sus creencias arrianas generó problemas en sus relaciones con ellos.

La nueva religión afectó de manera intensa y desde el principio a la supremacía del emperador, dado que él mismo se convirtió en el ministro de Dios para el beneficio de los hombres, si bien algunos aguerridos obispos hacían valer frente a él su poder espiritual. Después que Teodosio hubo ordenado la matanza de los ciudadanos de Tesalónica por linchar al comandante de la guarnición, San Ambrosio rehusó darle la comunión hasta que hiciera penitencia en la catedral, lo cual hizo. El Cristianismo pareció tener, no obstante, poco efecto sobre el Derecho privado. La legislación entró poco en conflicto con la práctica del Cristianismo, como por ejemplo una ley de Augusto que penalizaba el celibato buscando aumentar el índice de natalidad entre los ciudadanos fue revocada. Pero en general el Derecho privado de los tiempos paganos necesitó de pocas reformas para ajustarse al Imperio cristiano.

#### EL DERECHO POSTCLÁSICO Y EL PROCEDIMIENTO

Al igual que el gobierno se hizo más burocrático, lo mismo sucedió con el procedimiento jurídico. Se abandonó el procedi-

miento formulario que dividía la acción en dos fases, una dirigida por el magistrado y la otra en manos de un profano. Fue reemplazado por el procedimiento de la *cognitio*, en el que el *iudex* sería un juez profesional seleccionado oficialmente, y al que le correspondería además conocer la totalidad del asunto. Si la oralidad había sido la faceta predominante del modelo procedimental anterior, ahora se abre paso la escritura. El demandante debía presentar por escrito su demanda ante el tribunal. De este escrito se daba traslado al demandado de tal manera que pudiera formalizar su defensa. Las partes comparecerían ante el juez para que éste valorase las cuestiones jurídicas relacionadas con el caso y a través de la prueba testifical pudiese conocer los hechos, de tal forma que dispusiera de elementos bastantes para dictar una sentencia. Si el acusado resultaba condenado, la sentencia era ejecutada por un oficial del tribunal, a menos que hubiera sido objeto de un recurso de apelación.

Ninguna apelación había sido posible contra la sentencia dictada por el *iudex* lego. La decisión del profano se configuró históricamente como una alternativa a la decisión basada en el resultado de la ordalía, el juicio de Dios, y no era posible apelar contra el juicio de Dios. Una parte que pudiera demostrar que el *iudex* había hecho suya la causa (*litem suam fecit*), ya fuese por predisposición o incompetencia, dispondría de una acción para actuar contra él personalmente, si bien el fallo tenía que mantenerse. Según el nuevo procedimiento era posible apelar desde las decisiones de los jueces de primera instancia hasta las de los más altos tribunales, a través de la jerarquía judicial, pudiendo llegar al mismo emperador.

Comparado con el procedimiento formulario, el de la *cognitio* requería más tiempo. Los jueces de menor rango dedicaban gran cantidad de tiempo a recopilar y practicar las diferentes pruebas mientras que los jueces de mayor rango se ocupaban de la resolución de las apelaciones. Con todo, el nuevo procedimiento, así como la estructura gubernamental, fueron copiados por la Iglesia para su propia administración,

por lo que fue éste el ámbito en el que se desarrolló el primer Derecho canónico. Más tarde iba a tener una influencia decisiva en el procedimiento civil continental.

Además del personal al servicio de la cancillería imperial (para la emisión de rescriptos que continuaba sin cesar) y los jueces integrantes de los distintos órganos del sistema jurisdiccional, cada uno de los gobernadores provinciales y cada *vicarius* de una diócesis necesitaban un consejero jurídico que les asesorase. Éstos trabajaban anónimamente y, salvo Paulo o Ulpiano, no contribuyeron al desarrollo de la literatura jurídica. Y aunque no se produjo una reducción en el número de juristas, sí que se operó una notoria disminución de su calidad. Los mejores cerebros, que en el segundo siglo de nuestra era habían sido atraídos hacia el estudio del Derecho, ahora se apartaban de él. Las profundas transformaciones sociales de este tiempo hicieron que las mejores inteligencias prefiriesen dedicar su reflexión a la ciudad divina más que tratar los asuntos de la ciudad terrena. El periodo de declive de los estudios jurídicos vio florecer el pensamiento teológico representado por la literatura patrística. Incluso Tertuliano, el primer Padre de la Iglesia, había comenzado su carrera como jurista, si bien después abandonaría esta senda.

Dejando a un lado la cuestión de la calidad de los juristas, el abandono del procedimiento formulario generó toda una serie de efectos sobre el Derecho. Ya no iba a ser necesario elegir una fórmula determinada, sino que era posible ejercer una acción sin identificar con precisión cuáles eran los fundamentos legales de la demanda. En el procedimiento anterior la división de funciones establecida entre el pretor y el *iudex* se reflejaba en la separación entre Derecho y hechos. Ahora que un sólo juez conocía de la totalidad del proceso, esta distinción se difuminó. De hecho, las cuestiones jurídicas podían emerger gradualmente conforme la instrucción del caso avanzaba. Los términos jurídicos perdieron su significado técnico, lo que provocó una pérdida de precisión en el propio Derecho.

Por ejemplo, el Derecho clásico definió con precisión la distinción entre propiedad y posesión. A menudo, la propiedad y la posesión de una cosa determinada recaían sobre una misma persona, pero era posible ser propietario de algo, en el sentido de disponer del título de propiedad, mientras que otra persona distinta disponía físicamente de la cosa. El propietario que careciese de la posesión retenía a su favor una acción específica, la *vindicatio*, a través de la que «reivindicaba» lo que alegaba ser suyo y estaba en posesión de otra persona. Este último no podía reivindicar la cosa, aunque sí podía utilizar los interdictos que le permitían resistir frente al propietario cuando éste tratase de recuperar la cosa directamente, en vez de probar su título a través de una *vindicatio*. En el Derecho postclásico la *vindicatio* se convirtió en una acción a disposición de todo aquel que reclamase la posesión de cualquier cosa; de esta forma, la distinción entre propiedad y posesión perdió importancia.

Igualmente el Derecho clásico distinguió entre el contrato a través del que se dispone de la propiedad, esto es, el acuerdo para venderla, de la transferencia real de la propiedad del vendedor al comprador. El contrato formaba parte del Derecho de obligaciones por cuanto imponía al vendedor el deber de transmitir la propiedad y al comprador el de pagar el precio, pero no tenía efectos directos sobre la propiedad. Hasta la entrega la propiedad permanecía en manos del vendedor y la entrega formaba parte del Derecho de cosas. Ahora esta distinción también devino difusa de tal forma que se decía que «la venta transmitía la propiedad».

Para todos aquellos admiradores de la precisión y la exactitud del pensamiento característico del periodo clásico, estos ejemplos tiñen al Derecho postclásico de una apariencia de descuido y degeneración. La pérdida del carácter científico hace que se le denomine «Derecho vulgar», por analogía con el latín vulgar propio de la época, durante la cual se transformó en las diferentes lenguas romances. Otras opiniones prefieren reforzar la idea de que el Derecho tenía que adaptarse

a las condiciones de la sociedad en la que debía aplicarse. Si la sociedad demandaba mayor informalidad a costa de sacrificar su carácter técnico, ello debería ser visto como un signo de vitalidad jurídica y «crecimiento orgánico».

La difusión de la ciudadanía por todo el Imperio, conforme a la *Constitutio Antoniniana*, combinada con la relajación del control de las provincias por parte del gobierno central, significó que el Derecho romano no fuese ya más idéntico en todas partes. Lo que antes había sido un Derecho uniforme, aplicable a los ciudadanos dondequiera que residiesen, se convertía en un sistema fragmentario portador de particularidades provinciales. La extensión exacta de las variedades es difícil de precisar, sobre todo porque salvo la excepción de Egipto, los testimonios sobre esta diversidad son incompletos. En Egipto, la sequedad del clima ha preservado una gran cantidad de papiros, muchos de los cuales recogen transacciones jurídicas. Estos papiros muestran cómo los egipcios tendían a seguir los usos locales con los que estaban familiarizados, aunque los completaban con unas palabras formales con las que mantenían la esperanza de que el documento tuviese validez para el Derecho romano. En otras provincias, en las que el Derecho anterior se encontraba menos desarrollado, el Derecho romano sería probablemente más sólido, aunque en todas partes aparecieron variantes locales.

A las variantes provinciales del Derecho romano se les dio categoría de costumbres locales. Hasta entonces las relaciones entre la costumbre local y el Derecho general no habían sido un gran problema. Los juristas clásicos habían sostenido que aunque frecuentemente la ley procede de la costumbre, ésta sólo deviene Derecho cuando es filtrada a través de una de las fuentes del Derecho reconocidas, tales como un rescripto imperial o el edicto del magistrado. Sin embargo, una costumbre de ámbito puramente local podía ser válida si completaba el Derecho sin contradecirlo. Por ejemplo, las normas que disciplinaban la compraventa permitían a las partes fijar los extremos del contrato por ellas mismas, al tiempo que prevenían una

serie de reglas aplicables cuando no existiera un acuerdo específico sobre alguno de los aspectos de la relación. Una de estas reglas era aquella que hacía al vendedor responsable por la evicción de la cosa vendida. Si bien esta responsabilidad tenía que quedar garantizada, la determinación precisa de la responsabilidad cuando, por ejemplo, el vendedor debiera aportar no sólo una sino dos garantías, podía quedar vinculada a la costumbre local. Se puede decir que, a menos que manifestasen otra cosa, las partes celebraban el contrato teniendo esta costumbre en cuenta. Por tanto, esta costumbre subsidiaria sería consecuentemente válida.

Los juristas reflexionaron puntualmente acerca de las bases sobre las que la costumbre local asentaba su autoridad; en este sentido, argumentaron que al igual que la ley debe su autoridad al deseo del pueblo expresado formalmente a través del voto en las asambleas populares, así la norma consuetudinaria debe su autoridad al deseo del pueblo manifestado a través de la práctica. Juliano, jurista del siglo II de nuestra era, sostuvo que así como las leyes escritas nos deslumbraban sin más argumento que el hecho de que habían sido aceptadas por decisión del pueblo, igualmente debía deslumbrarnos aquello que el pueblo había aprobado sin necesidad de plasmarlo por escrito. ¿Qué diferencia existe entre aquellas declaraciones en las que el pueblo manifiesta su deseo a través del voto o a través de su conducta? El texto de Juliano (D.1,3,32), tal como nos ha sido transmitido, finaliza con la conclusión lógica de que incluso el Derecho escrito puede ser derogado, no sólo por medio de la acción del legislador sino también a causa del acuerdo silencioso de la sociedad a través del «desuso», esto es, la adopción de una práctica contraria al Derecho escrito.

En los siglos III y IV se incrementó la expansión de la costumbre local, obligando al gobierno imperial a intentar el control del reconocimiento de la costumbre como ley en aquellas situaciones en las que la costumbre no se limitaba simplemente a completarla, sino que de hecho entraba en

conflicto con ella. En el año 319, el emperador Constantino reconoció que la autoridad de la costumbre y el uso prolongado eran importantes y que por supuesto no podían ser obviados, pero, en cualquier caso, aquélla sólo sería válida en los extremos que no contradijesen la razón ni el Derecho escrito (C.8,52(53),2).

Aquellos que pretendieran conservar la solidez de la aplicación del Derecho romano debían enfrentarse a una dificultad añadida por cuanto, a menudo, era una tarea ardua determinar el contenido de este Derecho. Un jurista práctico del siglo IV sabía que encontraría el mejor Derecho en los escritos de los juristas que gozaban de gran autoridad, como Paulo o Ulpiano. Era más fácil decirlo que hacerlo, sobre todo porque si los comentarios de Paulo al edicto del pretor ocupan ochenta libros, los de Ulpiano son ochenta y uno. Los juristas de los primeros tiempos habrían consultado frecuentemente estas obras llegando a familiarizarse con su contenido.

Los atareados abogados de los primeros tiempos del siglo V prefirieron evitar tales consultas siempre que fuera posible, para ello confiaron en las Instituciones de Gayo, en las que se contenía todo el Derecho en sólo cuatro libros. El prestigio de las Instituciones y de su autor crecieron poderosamente durante el periodo postclásico. Lo que los abogados de aquel momento buscaban eran reglas simples que pudieran aplicar sin necesidad de preocuparse por su racionalidad. Hacia la mitad del siglo V incluso Gayo era demasiado complejo, de tal modo que apareció un *Epitome Gai* para su uso en la parte occidental del Imperio. El compilador se preocupó de reunir tan sólo las reglas, a secas, excluyendo todas las explicaciones de Gayo acerca de cómo aquellas reglas habían llegado a ser como eran en ese momento.

Los juristas prácticos de esta época realmente no eran capaces de tener un criterio propio sobre qué obras consultar ni qué hacer cuando las obras que consultaban manifestaban desacuerdos entre sí. Deseosos de una pauta imperial, les fue proporcionada por la Ley de citas del año 426 d.C., promulga-

da en nombre de Teodosio II, emperador de Oriente, y Valentiniano III, emperador de Occidente (ambos nietos de Teodosio I). La Ley elevó a cinco juristas al estatuto de primeras autoridades: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo. Los tres primeros, los gigantes que dominaron la última fase del Derecho clásico, se eligieron por sí mismos. Modestino, discípulo de Ulpiano, fue el último jurista notable. Un aspecto significativo de la lista es la inclusión de Gayo, quedando así demostrada la popularidad de su obra en el periodo postclásico. La Ley también permitía el recurso a las obras secundarias que hubieran sido citadas por alguna de las cinco autoridades primeras, pero comoquiera que los manuscritos de sus obras serían escasos y de poca confianza, estas citas requerían el coitejo de manuscritos. En la práctica, la opinión de estos cinco juristas era la única que contaba. Si sus opiniones disentían, debía ser aceptada la de carácter mayoritario. Si las opiniones enfrentadas eran iguales en número, prevalecía la opinión de Papiniano. Sólo cuando se produjese el empate entre las opiniones, al tiempo que el silencio de Papiniano, podían los jueces resolver el asunto de acuerdo con los dictados de su propio criterio sobre la materia objeto de disputa. La reducción de la búsqueda del Derecho a un puro proceso mecánico da testimonio del hecho de que la ciencia jurídica romana ya había alcanzado su nadir.

El Derecho emanado de la obra de los juristas sería conocido como *Ius* por oposición a aquel que derivaba de la legislación imperial, para el que se reservaba la denominación de *lex*. El aluvión de disposiciones imperiales requirió orden y sistematización. A finales del siglo III se llevaron a cabo dos recopilaciones privadas de constituciones imperiales, principalmente rescriptos, denominadas *Codex Gregorianus* y *Codex Hermogenianus*. En el siglo V, la autoridad imperial percibió la necesidad de realizar una recopilación oficial, de tal forma que en el año 429 Teodosio II nombró una comisión encargada de recopilar toda la legislación imperial promulgada desde la época de Constantino.

El plan original contemplaba una segunda colección que combinaría la legislación con el Derecho escrito de los juristas, en el seno de un ambicioso plan de vida para todos los ciudadanos del Imperio (C.Th. 1,1,5). Sin embargo, conforme la elaboración de esta obra avanzaba, no sólo se abandonó la idea de incluir los escritos de los juristas sino que se permitió a los compiladores abreviar y alterar el texto de las leyes que incluían, de tal manera que podían enunciar el Derecho que realmente estaba vigente. La compilación compuesta de dieciséis libros en los que las leyes se disponían ordenadas cronológicamente en títulos, quedó finalizada tempranamente en el año 438. A pesar de que la obra fue concebida y ejecutada en la parte oriental del Imperio, se enviaron copias a la zona occidental, donde sería aprobada por el emperador Valentiniano III y el senado.

El texto original del Código Teodosiano no ha sobrevivido, aunque ha sido sustancialmente reconstruido. Es la más importante fuente de conocimiento de la historia política y económica, al igual que de la historia jurídica, del Bajo Imperio; sin embargo, no es fácil de manejar ya que su lenguaje es grandilocuente y a menudo oscuro. Sus constituciones parecen haber sido elaboradas por oficiales imperiales que pensasen que era más importante que la legislación imperial reflejase el esplendor de la burocracia imperial, que hacerlas inteligibles a quienes debían seguir sus preceptos. Al menos en Occidente tuvieron que acompañarse de *interpretationes* destinadas a explicar su contenido en un lenguaje simple.

#### EL FINAL DEL IMPERIO OCCIDENTAL

Durante el siglo V el empuje continuo de las tribus germánicas consiguió ir desintegrando progresivamente el Imperio Occidental. A principios de este siglo, los visigodos, bajo el mando de Alarico, se desplazaron hacia el oeste, entraron en Italia

y tan sólo pudo frenarse de manera temporal su avance con tropas retiradas de la defensa de Inglaterra, que por ese tiempo estaba siendo invadida por los sajones. El gobierno del Imperio de Occidente, establecido en Milán, se trasladó a Rávena, cerca del Adriático. En el año 410 los visigodos saquearon la ciudad de Roma. A pesar de que hacía tiempo que esta ciudad había dejado de ser un centro administrativo y militar, sus antiguas tradiciones, el hecho de que el senado aún se encontrara allí y su creciente importancia en cuanto sede papal, le proporcionaban un enorme valor simbólico. La noticia del saqueo se propagó por todo el Imperio. San Jerónimo, oriundo de la frontera entre Italia e Iliria, escribiendo desde Bethlehen, exclamó horrorizado que la luz más brillante de toda la tierra se había apagado y que el Imperio se veía privado de su cabeza (prefacio al Comentario de Ezequiel, 1). La vida jurídica de Italia ya no se recuperaría después de la guerra. En una constitución del año 451, Valentiniano III lamentaba el hecho de que en algunas regiones escasearan los jueces y abogados, y que raramente se encontrase o no existían en absoluto quienes conocieran el Derecho (*Nov. Val.* 32,6).

Dos años después del saqueo de Roma, los visigodos se trasladaron hacia el suroeste de la Galia, al sur del valle del Loira, en donde un tratado les permitió establecerse, situando su capital en Toulouse. En términos similares se permitió a los burgundios establecerse en el este de la Galia, donde hicieron causa común con los habitantes galoromanos contra los hunos. Su capital fue Worms. En el año 429, los vándalos, que habían llegado a España a través de la Galia, se asentaron en África y pronto establecieron allí un reino independiente dentro de las fronteras imperiales. En el año 455, también ellos invadieron Italia y saquearon Roma. Finalmente, en el año 476, el último emperador romano de Occidente renunció a su trono, al tiempo que los reinos germánicos de la Galia y España adquirían en teoría la misma independencia de la que disfrutaban en la práctica desde hacía mucho tiempo. El vacío causado por el colapso del gobierno en el centro del Imperio Oc-

cidental fue llenado por la Iglesia. Cuando la burocracia civil falló, la burocracia de la Iglesia, profundamente inspirada en la imperial, ocupó su lugar. El papa León I (440-461) entabló negociaciones con Atila, rey de los hunos, y con Geiserico, jefe de los vándalos. Aprovechó el hecho de que los cristianos de las provincias occidentales fuesen católicos para asegurar la primacía de la sede de Roma. De acuerdo con su planteamiento, el obispo de Roma, como sucesor de Pedro, era quien transmitía la autoridad apostólica a todos los demás obispos, quienes de esta manera le estaban subordinados. Esta doctrina llegó a encontrar el favor de muchos obispos del Imperio de Oriente, a pesar de que éstos habían concedido al obispo de Constantinopla la misma primacía que al obispo de la antigua Roma.

En el año 494, el papa Gelasio I, en una carta al emperador de Oriente Anastasio, le presenta su teoría según la cual el mundo está gobernado por dos autoridades separadas, *sacerdotium e imperium*, de una parte el Papa para las cuestiones espirituales y de otra el emperador para las materias temporales, si bien ambos sujetos al señorío de Cristo. Reclamó para el papado, frente a otros obispos, el derecho a decidir en última instancia los asuntos que afectasen a la Iglesia. La Iglesia estaba comenzando a desarrollar su propio sistema jurídico basado en las resoluciones de los concilios, la Biblia y las decisiones papales conocidas como Decretales. Fue el Derecho romano laico, del que los juristas de la Iglesia habían extraído sus categorías básicas, el que consiguió reunir en un conjunto único estas distintas fuentes.

Las tribus germánicas recién independizadas se encontraron desbordadas por un enorme número de individuos romanizados a los que generalmente se les permitió mantener sus instituciones jurídicas preexistentes. De esta forma se atribuía un carácter personalista al Derecho, dado que los germanos disponían de su propio Derecho, que además no trataban de imponer al resto. Estos pueblos, conforme evolucionaban, sentían la necesidad de poner por escrito sus leyes tribales. Fue significativo que no las redactaran en su propia lengua sino en

el lenguaje de la burocracia y el Derecho: el latín. Usaron copistas galorromanos, familiarizados con el vocabulario del Derecho romano, para los que habría sido difícil, incluso aunque lo hubieran pretendido, mantener la esencia de lo que estaban escribiendo inmune al significado técnico romano de las expresiones que utilizaban.

El primer ejemplo conocido de estas leyes apareció en forma de edicto, promulgado por Eurico, rey de los visigodos entre los años 466 y 484. Probablemente fue publicado sobre el año 475, cuando Eurico ejercía la autoridad que anteriormente correspondía al prefecto romano de la Galia. En vez de recoger la costumbre visigoda enraizada en la sociedad, tal como habían hecho los Derechos tradicionales germánicos, el Código de Eurico se redactó al modo de las constituciones imperiales por el rey y los principales magnates del reino. Eurico deseaba mantener separados a sus súbditos romanos y visigodos, por lo que a este fin prohibió los matrimonios mixtos sin que ello impidiera que en otras materias apareciera la influencia directa del Derecho romano, como por ejemplo ocurría en la norma que prohibía las acciones concernientes a hechos acaecidos hacía más de treinta años. Los redactores del Código de Eurico, como buenos conocedores del Derecho romano, tendían a considerarlo como una exposición de los principios básicos que debían sustentar el Derecho de todos los pueblos. Reconocieron que, con relación a cualquier disputa entre particulares, debía existir un límite temporal para litigar y por ello insertaron la norma romana.

A principios del siglo VI aparecieron tres colecciones específicamente de Derecho romano, para los súbditos de los gobernantes bárbaros. El Edicto de Teodorico fue promulgado alrededor del año 500 por Teodorico el Grande, rey de los ostrogodos en Italia, quien encontró políticamente acertado presentarse a sí mismo como el representante del emperador oriental de Constantinopla. Su edicto, aún siendo materialmente Derecho romano, se aplicó tanto a romanos como a godos. Aunque sus fuentes no están especificadas, éstas serían el

Código Teodosiano, en el que se recogía la legislación imperial y sus dos predecesores (*Codex Gregorianus* y *Codex Hermogenianus*), junto con las Novelas posteodosianas (*novellae constitutiones*), las Sentencias de Paulo (con probabilidad una temprana selección postclásica de opiniones breves del maestro) y las Instituciones de Gayo.

En la Galia, los reyes burgundios y visigodos promulgaron colecciones separadas de materiales jurídicos especialmente destinadas a los «romanos» que habitaban sus dominios. El reino burgundio se había reubicado más al sur de su asentamiento original junto al Rin, quedando en una posición vulnerable, comprimido entre los francos al norte, los visigodos al oeste y los ostrogodos al este. El rey de los burgundios, Gundobado, promulgó dos leyes. Una, denominada indistintamente como *Lex Burgundionum*, *Lex Gundobada*, *Loi Gombete* o Libro de las Constituciones fue exclusivamente para los burgundios. La ley paralela, la *Lex Romana Burgundionum* es similar en la forma al Edicto de Teodorico y deriva de las mismas fuentes.

La más influyente de estas colecciones de materiales romanos fue la *Lex Romana Visigothorum* también conocida como Breviario de Alarico. Fue promulgada por Alarico II, rey de los visigodos, en el año 506 para sus súbditos romanos en un intento quizás de asegurarse su lealtad ante el ataque de los francos (de los que los burgundios de Gundobado eran aliados). Éste trajo como consecuencia la derrota de los visigodos en Vouglé, cerca de Poitiers, en el año 507 y la subsiguiente concentración de la mayor parte del reino visigodo en España. De nuevo fueron utilizadas las mismas fuentes que se emplearon en el Edicto de Teodorico y en la *Lex Romana Burgundionum*, si bien en este caso se citaban expresamente y el material empleado de las mismas era más amplio. Se distinguió entre *lex* (legislación oficial) e *Ius*. Componen el Breviario una selección de constituciones extraídas del Código Teodosiano y de las Novelas posteodosianas, seguidas de extractos de las Sentencias de Paulo y la totalidad del *Epitome Gai* (la versión gala de

las Instituciones de Gayo). También contiene extractos de dos códigos preteodosianos que comoquiera que fueron colecciones privadas y por lo tanto no oficiales no recibieron tratamiento de *lex* sino de *Ius*. Por último aparece un fragmento de Papiiano claramente insertado en atención a la reputación del jurista. Cada una de las partes del Breviario, a excepción del *Epitome Gai*, está acompañada de *interpretationes* que ofrecen la esencia del texto en un latín conciso y contundente. Es probable que estos comentarios procediesen de materiales producidos durante el siglo anterior en las escuelas jurídicas galas.

El Derecho Romano de los visigodos es nuestra principal fuente de conocimiento del Derecho romano vulgar del último siglo del Imperio de Occidente. De igual forma constituye la principal fuente de conocimiento del Derecho Romano en los reinos que reemplazaron al Imperio entre los siglos VI a XI. Estuvo vigente en el reino visigodo de España hasta que, a mediados del siglo VII, se produjo la fusión de los dos pueblos y el Derecho, frente al carácter personal que había tenido hasta entonces, adquirió un carácter territorial que lo hacía aplicable a todos los habitantes del reino. En la práctica, esta obra visigoda mantuvo también su autoridad en el reino de los francos, reino, que tras la retirada de los visigodos en el año 507 y de los burgundios en el 532 se extendió sobre la totalidad de la antigua Galia. Aunque los francos aceptaron el principio personalista del Derecho no promulgaron ninguna compilación de Derecho romano, prefirieron utilizar el Derecho romano visigodo y burgundio, copiado a menudo de forma conjunta en manuscritos francos.

#### JUSTINIANO Y EL *CORPUS IURIS*

El colapso del Imperio Occidental había dejado al Imperio de Oriente relativamente indemne y no sólo ello, sino que además la segunda mitad del siglo V vio resurgir las enseñanzas

jurídicas en las escuelas de Derecho de Constantinopla y Beirut. Los textos estaban, por supuesto, en latín pero las explicaciones se hacían en griego. En el año 527 ascendió al trono un hombre cuyo nombre quedaría unido para siempre al Derecho romano. Justiniano nació cerca de Naissus (Niš en la Serbia moderna), el mismo lugar de nacimiento de Constantino. Su lengua de nacimiento era el latín (fue el último emperador oriental que la tuvo) pero recibió una educación griega en Constantinopla, que ahora volvía a recuperar su antiguo nombre de Bizancio. Su obra jurídica formó parte de un ambicioso programa destinado a renovar la antigua gloria del Imperio romano en todas sus facetas. Hombre de enorme energía y mente lúcida, al igual que Napoleón, necesitaba pocas horas de sueño. Su mujer Teodora, una antigua actriz, ejerció una enorme influencia sobre él, tan es así que tras su muerte en el año 548 decayó el ritmo de su actividad como legislador. Gracias al esfuerzo de sus generales, Narses y Belisario, recuperó el norte de África de mano de los vándalos y reestableció la autoridad imperial sobre el reino ostrogodo de Italia. Se resistió a las demandas del Papa sobre la igualdad de las autoridades imperial y papal y mantuvo tanto la autoridad religiosa como el poder temporal supremo. El símbolo de su autoridad religiosa fue la gran iglesia de Santa Sofía de Bizancio con la que pretendía haber superado a Salomón.

En cuanto a su actividad legislativa, Justiniano tuvo la fortuna de tener a su lado, a la hora de ejecutar sus planes, a un ministro brillante como fue Triboniano. No es posible afirmar si sus ideas recibieron la influencia de la actividad desarrollada por el monarca visigodo, sobre todo porque Justiniano nunca lo hubiera admitido. Mientras que en el ánimo de Alarico estaba proporcionar a sus súbditos romanos un Derecho adaptado a la Galia del siglo VI, Justiniano, a conciencia, volvió la vista hacia la edad de oro del Derecho romano y se propuso restaurarlo hasta elevarlo al nivel que había alcanzado tres siglos antes. Bastante incongruentemente buscó también un Derecho que pudiera ser aplicado en el Imperio bizantino de su tiempo.

Una parte de su proyecto era bastante modesta: poner al día el Código Teodosiano. Las constituciones imperiales habían sido el principal agente de desarrollo jurídico, de tal manera que en el siglo anterior se generó un amplio número de Novelas. El Código de Justiniano dispuso las constituciones en orden cronológico, organizando en títulos una obra que abarcaba doce libros. Durante el trascurso de esta revisión general del Derecho, muchas controversias sin resolver desde la época de los juristas clásicos vieron la luz e incluso quedaron recogidas en sus propias constituciones.

La parte más importante de la compilación de Justiniano no tenía precedente. Se trata del Digesto (latín *Digesta*; griego *Pandectae*), una antología de fragmentos de los escritos de los grandes juristas. Los cinco juristas designados en la Ley de Citas conformaban el grupo más importante de autores citados: aproximadamente un tercio del Digesto procede de Ulpiano y un sexto de Paulo, si bien hay citas de los primeros juristas conocidos así como de aquellos pertenecientes a los últimos tiempos de la República. El conjunto forma un inmenso mosaico normativo cuyo tamaño es aproximadamente una vez y medio el de la Biblia, pero, según el propio Justiniano, sólo reflejaba una veintava parte del material con el que los compiladores empezaron a trabajar. Los textos están dispuestos en títulos, cada uno de los cuales hace referencia a una determinada materia, quedando todos ellos recogidos en un total de cincuenta libros. Cuando una determinada materia no podía ser dividida fácilmente, como ocurría con el Derecho de sucesiones, un único título podía extenderse a lo largo de tres libros. Sin embargo, habitualmente se preferían las divisiones y así se hizo con el contrato de compraventa al que se le dedican ocho títulos: un título general y varios títulos dedicados específicamente a diferentes aspectos de la compraventa. El orden de los títulos es el tradicionalmente seguido por el edicto del pretor, pero las piezas dispuestas en el seno de cada título parecen haber sido colocadas de forma aleatoria.

Los recopiladores tenían que atribuir a cada fragmento su fuente de procedencia e incorporarla al texto a través de una inscripción específica. En el siglo XIX, el profesor alemán Bluhme demostró, a través de un estudio acerca de estas inscripciones, que los fragmentos de determinadas obras aparecían en tres grupos y que dentro de cada grupo los fragmentos normalmente aparecían en el mismo orden, aunque los grupos no estuviesen dispuestos en el mismo orden en cada título. Consecuentemente concluyó que los compiladores, presionados por el emperador para acelerar la finalización de la obra, debieron dividirse en tres grupos, cada uno de los cuales tomó un conjunto de obras para extractar. Posteriormente presentarían series de fragmentos en la sesión plenaria de tal forma que el orden de las respectivas series fue acordado con relación a cada título, y tan sólo algunos fragmentos especialmente significativos quebraron el orden establecido para ocupar una posición más destacada. Investigaciones recientes, basadas en estudios informáticos de los textos, han perfilado aún más las conclusiones de Bluhme.

El Digesto fue elaborado en el plazo de tres años. Los compiladores tuvieron que realizar la obra sintetizando el material disponible y buscando la máxima coherencia en el resultado. Aunque señalaron la fuente de cada fragmento, no es posible asegurar que ese texto exacto lo hubiese escrito tal cual el jurista al que se le imputaba. Esto era debido en parte a que la discusión inicial en torno a los textos incorporados había sido paralizada en su momento, pero también a que los compiladores recibieron instrucciones expresas tanto de eliminar todas las contradicciones como de evitar las repeticiones. A pesar de todo, el resultado final mostró la existencia de importantes desacuerdos entre los juristas clásicos.

Los compiladores también fueron autorizados para realizar cualquier cambio necesario para asegurar que el resultado final de la obra expresase el Derecho bizantino del siglo VI. El estudio del Digesto en el siglo XX ha tenido como objeto principal el contenido de todas estas alteraciones. Los cambios su-

fridos por los textos se conocen desde el siglo XVI como *emblemata triboniani* y más recientemente con el nombre de interpolaciones, ya sean supresiones, adiciones o simplemente alteraciones en los textos.

El Código y el Digesto constituyen la parte principal de la Compilación justiniana pero eran demasiado complejos para ofrecérselos a los estudiantes durante los primeros años de su aprendizaje, así que Justiniano ordenó que fuesen acompañados de unas nuevas Instituciones, basadas en las Instituciones de Gayo, casi cuatro siglos anteriores. Aunque concebida como un libro de texto elemental se le concedió idéntico valor que al Digesto y al Código. El Digesto y las Instituciones adquirieron fuerza de ley el día 31 de diciembre del año 533 y una edición revisada del Código, un año más tarde.

El Código de Justiniano se forjó a base de un amplio conjunto de materiales de origen diverso. Mientras que una parte del contenido procedía de la legislación anterior, otra provenía de los escritos de los juristas cuya única autoridad procedía de la reputación de su autor. Justiniano asumió como suya la totalidad de la obra dándole forma legal. Defendiendo los cambios que se habían llevado a cabo en su nombre, observó que las correcciones hechas, sobre todo aquello que no era particularmente preciso, merecían mayor respeto que los escritos originales (*Constitutio Deo Auctore*, 6). El emperador prohibió toda referencia a las obras originales e intentó evitar los comentarios sobre el texto alegando que éste, tal como estaba, era claro como el cristal.

Justiniano no dejó de promulgar constituciones hasta su muerte en el año 565. Estas Novelas, muchas de las cuales estaban escritas en griego, fueron recopiladas de manera privada y añadidas a las otras tres partes de lo que iba a ser llamado *Corpus iuris civilis*, el «Cuerpo del Derecho civil», por oposición al Derecho canónico de la Iglesia. La obra completa marcó la culminación de un milenio de desarrollo jurídico. Sin la compilación de Justiniano sabríamos muy poco del primer Derecho de nuestra civilización. El Derecho clásico que ha

llegado hasta nosotros de manera directa es verdaderamente escaso, el mejor ejemplo son las Instituciones de Gayo cuyo texto completo no fue descubierto hasta el año 1816.

El hecho extraordinario que supone la obra de Justiniano, con independencia de la fanfarria con que fue publicada, suscitó poca atención. Escrita en latín era ininteligible para la mayoría de los juristas bizantinos, de lengua griega. Uno de los compiladores de las Instituciones, Teófilo redactó una versión griega conocida como la *Paráfrasis*. En el siglo VIII apareció una escueta colección oficial en griego, denominada la *Ecloga*, con la intención de modificar el Derecho justiniano pensando en la práctica cotidiana bizantina. En torno al año 900, el emperador León el Sabio patrocinó la reelaboración griega del Derecho justiniano a través de una obra, la *Basilica*, que reunía la totalidad del contenido del Digesto, el Código, las Instituciones y las Novelas en un único texto. Los textos que componían esta obra se veían acompañados de escolios, esto es, notas principalmente procedentes de los comentarios de los juristas de la época de Justiniano y consecuentemente valiosas en ocasiones a la hora de dilucidar el texto latino original. Versiones abreviadas de la *Basilica* aparecieron en los siglos sucesivos, siendo la más influyente el *Hexabiblos* (obra en seis libros), publicada en 1345, que ha sido reconocida como la base del Derecho de la Grecia moderna hasta que fue reemplazada por el Código de 1940.

En 1453 el Imperio Bizantino, cuyo tamaño se había ido contrayendo gradualmente, sucumbió finalmente al ataque turco, pero el Derecho romano bizantino en su formulación griega sobrevivió en los Balcanes y en Rusia cuyos emperadores se consideraron los sucesores de los emperadores bizantinos.

## EL RENACIMIENTO DEL DERECHO JUSTINIANO

### DERECHO ROMANO Y DERECHO GERMÁNICO EN OCCIDENTE

Durante el periodo que abarca desde el siglo VI hasta el XI, cualquier referencia al Derecho Romano de la Europa occidental se entiende hecha a los, así llamados, códigos bárbaros, en particular al Derecho romano de los visigodos. Estos cuerpos legales no reflejan el Derecho romano de la época clásica sino más bien el «Derecho vulgar» del siglo V. Sirvieron de auténticos filones de los que podían ser extraídas normas jurídicas con las que componer otros textos legales de menor extensión y complejidad. Comparados con los objetivos y la complejidad de la compilación justiniana, sus contenidos reflejan un pobre nivel científico-jurídico, pero aun así resultaban de difícil comprensión para quienes se acercaban a consultarlos durante los siglos VI y VII.

En los primeros tiempos de la Edad Media, desapareció el sistema judicial imperial en el que jueces profesionales conformaban una maquinaria estatal capaz de hacer cumplir las normas imperiales. Su lugar lo ocuparon grupos de hombres libres de cada localidad, que trataban de resolver los conflictos de forma tal que la alteración de la vida ciudadana fuera mínima. Estas asambleas de hombres libres tenían que determinar las normas consuetudinarias aplicables al caso. Dichas normas no tenían por qué ser aplicadas rígidamente, sino que más bien proporcionaban una referencia básica sobre la que, habitualmente bajo la forma de compromiso, resolver los conflictos que se planteasen. En lugar de tener la sensación de pertenecer a un imperio mundial, el individuo percibía más bien que formaba parte de una comunidad compuesta por

personas de similar origen étnico, en la que compartían unas mismas tradiciones.

Cuando la reconciliación entre las partes no era posible, los tribunales de la comunidad decidían acerca de los medios de prueba que debían utilizarse. A menudo, las cuestiones más importantes se dejaban en manos del «juicio de Dios». Éste se realizaba mediante las ordalías, el duelo o la intervención de cojuradores. Estos últimos juraban creer en la veracidad de las afirmaciones de la parte que los proponía, venciendo la parte que aportase un mayor número de ellos. De este modo, las sentencias se veían respaldadas por la propia comunidad, que retenía en su mano la posibilidad de retirar la protección jurídica al condenado expulsándolo de la misma.

Es en este contexto en el que debe ser considerado el Derecho de los primeros tiempos de la Edad Media. No resulta correcto presentar una profunda división entre el Derecho romano, de una parte, y el Derecho consuetudinario germánico, de otra. Los tribunales podían intentar que las partes reconocieran las normas consuetudinarias que se aplicaban en la comunidad a la que pertenecían, pero de igual manera en los casos poco comunes eran libres de utilizar el Derecho de otros grupos tribales e incluso el mismo Derecho romano. En el siglo vi, el Derecho romano era todavía aplicado para la resolución de los conflictos que se planteaban entre los romanos, esto es, los galoromanos, súbditos de los conquistadores germanos que mantenían su propia identidad personal, si bien gradualmente, con la fusión de ambos pueblos, el principio personalista cedió ante el principio territorialista según el cual todos aquellos habitantes de un espacio determinado estarían sujetos al mismo Derecho.

El Derecho que prevaleció en este periodo fue esencialmente la costumbre germánica de los que gobernaban, transmitida oralmente hasta entonces pero que ahora se veía recopilada y recogida por escrito. Como ocurrió con el Código de Eurico, las autoridades requirieron la ayuda de juristas y copistas galorromanos, por lo que fue el latín la lengua en la que

se escribió el texto. Estas leyes se ocuparon principalmente de las composiciones pecuniarias que debían ser pagadas a la víctima o a la familia de la víctima cuando ésta hubiera sido objeto de robo, daños en la propiedad, lesiones, agresiones sexuales u homicidio. Las normas que se ocupaban de estas cuestiones eran bastante precisas, determinando castigos específicos que reflejaban las diferencias entre los distintos tipos de robos o lesiones, al tiempo que mostraban una escasa influencia del Derecho romano. Si bien existió un buen número de normas relacionadas con el *status* familiar y el procedimiento, no sucedió así con relación a la propiedad y los contratos.

Desde el siglo viii, en el Derecho germánico se hacen cada vez más patentes las trazas de la influencia romana, sin embargo los textos romanos como tales seguían sin ser entendidos. La *Lex Romana Curiensis* fue una colección realizada a fines del siglo viii para la romanizada población de Rhaetia, en el este de Suiza. En ella se contiene una referencia a la Ley de Citas del año 426 en la que se preveía que cuando fuese citada en los tribunales la opinión de los juristas, el juez debería seguir la opinión mayoritaria mientras que si existía paridad en cuanto a las opiniones, debería prevalecer la de Papiniano. Esta regla fue interpretada por los juristas del siglo viii con relación a la práctica de la prueba de cojuradores, de tal manera que prevalecería el testimonio de la parte que mayor número de éstos presentase. Si presentaban ambas partes igual número de cojuradores, se decía ahora, que la que pudiese citar algún texto de la *Lex Papianus* en su favor, vencería el caso. Papianus fue una primera denominación medieval para la *Lex romana burgundionum*, ya que como en algunos manuscritos aparecía a continuación del Breviario de Alarico se pensó que era la continuación del fragmento de Papiniano con el que el Breviario finalizaba.

Fue en Italia donde pervivió una mejor capacidad de comprensión del Derecho romano. En el siglo viii el Edicto del rey lombardo Liutprando determinó que el Derecho romano

debía regular los asuntos mercantiles, los cuales estaban en gran medida influenciados por el Derecho germánico. Allí, como en la Lombardía, donde existía una fuerte tradición de dependencia de los documentos formales escritos para atestiguar la transmisión de la propiedad y el nacimiento de las deudas, los documentos más importantes eran preparados normalmente por notarios profesionales que utilizaban formularios tradicionales. El Edicto de Liutprando preveía que los documentos escritos redactados ante notarios romanos debían hacerse de acuerdo con el Derecho romano mientras que los documentos lombardos tenían que hacerse de conformidad con las normas del Derecho lombardo; una parte, sin embargo, con el consentimiento de la otra podría renunciar a su Derecho personal para seguir el otro Derecho. Esta práctica creciente bien podía referirse a la necesidad de evitar los inconvenientes del principio personalista cuando en una transacción estuvieran involucradas personas de diferentes comunidades.

Italia fue una excepción a la regla de que el Derecho romano se contenía exclusivamente en el Derecho de los códigos bárbaros. En el año 553, al final de una larga y devastadora guerra con el reino ostrogodo, los generales de Justiniano situaron, aunque brevemente, a toda Italia bajo dominio bizantino, y al año siguiente, Justiniano, «a requerimiento del papa Vigilio», promulgó la Pragmática Sanción por la que proveía la extensión de su compilación a Italia. Incluso tras la invasión lombarda del año 568 ciertas partes de la península, especialmente el sur, mayoritariamente de lengua griega, y la región de Rávena, sede del exarca bizantino, mantuvieron contactos regulares con el Imperio de Bizancio. Como resultado de todo ello, no sólo el Digesto, sino también otras partes del Derecho justinianeo fueron tanto conocidas como usadas en estos territorios italianos. Las Instituciones de Justiniano, los primeros nueve libros del Código (los tres últimos se referían específicamente al Derecho de la administración de Bizancio) y una edición latina abreviada de las Novelas de Justi-

niano hecha en el siglo VI, conocida como *Epitome Juliani*, serían de aplicación en Italia.

La custodia de la tradición jurídica romana recayó fundamentalmente en la Iglesia. Como institución, el Derecho propio de la Iglesia en toda Europa fue el Derecho romano. Como se decía en la Ley ripuaria de los francos (61(58)1), «la iglesia vive conforme al Derecho romano». La Iglesia continuó construyendo su propio Derecho, recogiéndolo además en colecciones. A medida que los problemas a los que debía enfrentarse la Iglesia crecían en complejidad, las referencias al Derecho romano se incrementaban. Las genéricas declaraciones de principios fueron especialmente valoradas, si bien existían normas específicas, particularmente en las Novelas, para asuntos eclesiásticos, como el estatuto jurídico de los monjes. El material romano relevante para la Iglesia se recopiló en colecciones específicas, tales como la *Lex Romana canonice compta* realizada en el siglo IX.

El nivel de los conocimientos jurídicos en Italia fue muy elevado, si bien sería la Iglesia la que llevaría las nociones jurídicas romanas incluso a las partes más remotas de Europa, en las que las instituciones romanas habían desaparecido tras el fin del dominio del Imperio. Los reinos anglosajones de Inglaterra no dispusieron ninguna previsión legal especial para sus súbditos galorromanos. Después de la evangelización de Inglaterra por parte de Roma en el siglo VII, sin embargo, la Iglesia no redujo sus enseñanzas al Evangelio. Conocemos que en la escuela fundada por Teodoro de Tarso en Canterbury se enseñaban una serie de cuestiones entre las que se incluía el Derecho romano. Cierta idea de la importancia de estas enseñanzas ofrece el *Poenitentiale* de Teodoro en el que se contienen las respuestas del maestro a problemas jurídicos tales como los requisitos del matrimonio, el estatuto de los esclavos y la compensación por lesiones. Se muestra así tanto el conocimiento del Derecho romano como la determinación para aplicarlo. Algunas de estas normas, más tarde, se incorporarían al texto de las propias leyes anglosajonas. Los escritores cristia-

nos más puristas, como el venerable Beda, objetaron al Derecho romano su carácter laico, no cristiano. Sin embargo, en la mayoría de las escuelas catedralicias y las bibliotecas de los monasterios se preservó la huella del legado de la Antigüedad.

Aunque no conste de manera indubitada la dedicación al estudio del Derecho romano, parece razonable entender que éste, como elemento integrante de la herencia de Roma, constituía una parte importante de cualquier educación sólida, especialmente de la de los hombres de la Iglesia. Las enciclopédicas *Etymologiae* de San Isidoro de Sevilla, escritas en torno al año 620, fueron la más importante fuente de referencia del Derecho romano a lo largo y ancho de Europa, excepto Italia. El conocimiento de San Isidoro del Derecho romano procedía del Derecho vulgar de la parte occidental del Imperio y de hecho cuando enumera a los más importantes legisladores romanos no hace mención alguna a Justiniano. El número de manuscritos que se han conservado en Europa demuestra que esta obra sirvió especialmente a los clérigos cultos como referencia en la que encontrar el significado de los términos jurídicos y sus abreviaturas.

#### LA IGLESIA Y EL IMPERIO

En el año 774, el rey franco Carlomagno derrotó a los lombardos y entronizó a su hijo como rey en Pavía, la capital de Lombardía. Carlomagno estaba influenciado por el sabio anglosajón Alcuino de York, a quien descubrió en Parma en el año 781 y al que hizo tutor real y consejero para los asuntos relacionados con la educación y la religión. Alcuino reavivó la memoria de Roma como *caput mundi* de tal forma que esta idea se convirtió en la referencia fundamental del llamado «Renacimiento carolingio». El día de Navidad del año 800, Carlomagno trató de hacer realidad la visión de Alcuino haciéndose coronar emperador por el papa León III en Roma y

reconstituyendo con sus diferentes reinos un nuevo Imperio. Tanto el emperador como el Papa explotaron la memoria mística de Roma y de su Imperio universal. La muchedumbre romana aclamó a Carlomagno como «coronado por Dios» de modo que pudo llamar a su Imperio tanto «Sacro» como «Romano».

A partir de ese momento las relaciones entre la Iglesia y el Imperio gozaron de un renovado interés. Del espíritu de la carta enviada por el papa Gelasio I al emperador Anastasio en el año 494, se deducía que los papas habían promulgado las Decretales para que tuviesen general aplicación. Ahora, Carlomagno y sus sucesores, reclamaban el poder de hacer leyes, que tuvieran a todos por destinatarios con independencia de la nación a la que pertenecieran, de acuerdo con el modelo del Derecho romano imperial, esto es, sin necesidad del consentimiento de la comunidad. Sus «capitulares» conformaron un Derecho general de carácter territorial frente a las leyes de los diferentes grupos tribales. Éste fue el primer cuerpo de normas en ser designado con el nombre de *Ius commune*. El concepto era atractivo, ya que en numerosas zonas del continente habían comenzado a fusionarse los diferentes grupos tribales existentes, al tiempo que sus lenguas germánicas dejaban paso a dialectos del latín.

Durante los siglos x y xi, el equilibrio postulado por el principio gelasiano de las dos autoridades separadas, ostentados por el Papa y el emperador, sufrió un serio revés como consecuencia de las luchas entre el Papado y el Imperio. Los juristas papales arguyeron que su misión divina hacía a la Iglesia superior al Imperio, de forma que el Derecho imperial tan sólo sería válido si era conforme con el Derecho de la Iglesia. Cada una de las partes recurría al Derecho romano para justificar su posición. Los textos del Código de Justiniano no asistían de razón a la Iglesia. Justiniano había desechado el principio gelasiano. De hecho había mantenido que el emperador reunía en sí mismo no sólo el supremo poder temporal, expresado en la noción de *imperium*, sino también el supremo

poder espiritual del *sacerdotium*. De manera expresa, el Código manifestaba que todas las personas bajo su autoridad debían practicar la fe ortodoxa que San Pedro había transmitido a los romanos. Sin embargo, el principal jurista de la Iglesia a finales de siglo XI, San Ivo de Chartres, argumentaba que el hecho de que las compilaciones de lo que entonces se llamaba Derecho canónico incluyesen sólo específicas normas romanas, significaba que el Derecho romano sólo era de aplicación en tanto en cuanto hubiera sido aceptado por la Iglesia.

La cuestión llegó a un punto álgido con la declaración del papa Gregorio VII en el año 1075 prohibiendo las investiduras, esto es, el derecho del emperador y otros príncipes a investir a los abades y a los obispos con el anillo y el báculo propios de su cargo. Esta declaración constituyó, de hecho, una afirmación de la independencia de la Iglesia y sus más altas jerarquías frente a los estados seculares. El conflicto de las investiduras pervivió durante medio siglo y simbolizó la disputa entre la Iglesia y el Imperio por el poder. Para ambas partes supuso un estímulo a la hora de buscar argumentos jurídicos en favor de sus pretensiones, al tiempo que se generó la idea de que toda Europa resultaba afectada por esta cuestión.

La controversia concluyó formalmente con el papa Calixto II y el emperador Enrique V en el Concordato de Worms del año 1122, sobre la base de un primer acuerdo concertado previamente con el rey Enrique I de Inglaterra. El concordato distinguió entre el oficio espiritual de un prelado y su posición como vasallo feudal de la Corona, al igual que establecía que el prelado debía rendir homenaje al emperador en atención a sus potestades feudales para recibir posteriormente el anillo y el báculo, como símbolos de su autoridad espiritual, de su superior en la escala eclesial. Nada más haberse alcanzado el acuerdo, el papa Calixto II escribió a Enrique V en los siguientes términos: «¡Cuántas dificultades había generado la discordia entre la Iglesia y el Imperio en la idea de Europa, y cuántos frutos cosecharía nuestra paz y unidad!» (*Monumenta Germaniae Historica*, Const. I,110). Nacía así un sentimiento de

Europa como entidad cristiana guiada por el Papa y el emperador, al tiempo que presidida por la necesidad de mantener su unidad, aunque de ahora en adelante existiría una Europa con dos regímenes, cada uno con su propio ordenamiento jurídico.

#### EL REDESCUBRIMIENTO DEL DIGESTO

A fines del siglo XI, el nivel de la cultura jurídica comenzó a crecer en un contexto marcado por la evidencia de un renovado interés por el Derecho justiniano; los notarios en sus documentos y los abogados en sus demandas utilizaban con precisión las instituciones jurídicas romanas. Quinientos años después de su compilación, el Digesto de Justiniano comenzó a ser usado en la Europa occidental como fuente de normas y argumentos. No existe duda sobre la existencia de manuscritos ocultos en las bibliotecas italianas, si bien tanto sus dimensiones como su dificultad de comprensión ahuyentaban a los potenciales lectores. Todos los manuscritos del Digesto que han llegado hasta nuestros días proceden de un código del siglo VI existente en Pisa, de donde fue llevado como botín de guerra por los victoriosos florentinos en el año 1406 y que actualmente se encuentra en la Biblioteca Laurentina de Florencia. La relación con el Digesto no es directa sino a través de una copia perdida y enmendada, redactada en el siglo XI y conocida como *Codex secundus*. Esta versión fue la fuente de la *vulgata* o *litera bononiensis* que comenzó a ser estudiada en las escuelas del siglo XII.

La recuperación de la totalidad del *Corpus iuris civilis* resultó ser un proceso lento, que se dilató a lo largo de la mayor parte del siglo XII. El Digesto aparece en tres partes conocidas como *Vetus*, *Infortiatum* y *Novum*. La división guarda escasa correspondencia con la estructura original: *Vetus* se corresponde con los libros 1 a 24.2, *Infortiatum* los libros 24.3 a 38 y *Novum* los libros 39 a 50. El origen de la división, y en

particular de la denominación *Infortiatum* para la parte intermedia, es desconocido y fue un misterio para los propios doctores del siglo XII. Es probable que refleje el orden en el que fehacientemente se redescubrieron las partes del Digesto. Finalmente, todo el Digesto pudo ser añadido a las Instituciones y a los primeros nueve libros del Código. Más tarde se descubrieron los *Tres libri* (los tres últimos libros del Código de Justiniano), aunque se mantuvieron separados, que no integrados, del resto del Código. De igual forma se dispuso de una mejor versión de las Novelas que el *Epitome Juliani*, conocida como *Authenticum*. Estas últimas se agruparon en nueve *Collationes* imitando al Código. Las Instituciones, los *Tres libri* y el *Authenticum* fueron emplazados en un quinto volumen, tras los tres volúmenes del Digesto y los nueve libros del Código. Este llamado *Volumen parvum*, constituyó un receptáculo en el que también tuvo cabida determinado material ajeno al Derecho justiniano, como la legislación imperial del siglo XII.

Los clérigos quizá mostraran mayor afán que los juristas seculares a la hora de explotar los textos recién descubiertos para justificar las nuevas ideas que los representantes de la Iglesia proponían. Noventa y tres extractos del Digesto, noventa de ellos procedentes del *Digestum vetus*, aparecieron en una colección canónica conocida como *Collectio Britannica*, obra italiana redactada aproximadamente alrededor del año 1080, de la que tan sólo se conserva un único manuscrito guardado en la Biblioteca Británica. Cuál haya sido la fuente exacta de procedencia de estos textos del Digesto nos es desconocida, pero es posible que los compiladores de la obra los obtuviesen en unos archivos de Roma, o bien en el gran monasterio benedictino de Monte Cassino. Se sabe que el canonista francés Ivo de Chartres había estado trabajando en la realización de su propia colección en Roma en la década de los noventa del siglo XI. La *Collectio Britannica* se convirtió en la fuente de todas las colecciones canónicas que se redactaron al norte de los Alpes.

No es difícil sobrevalorar el significado del redescubrimiento del Digesto. El conocimiento de las líneas maestras del Derecho romano podría obtenerse fácilmente del Derecho romano de los visigodos y de las Instituciones de Justiniano y el Código. Sin embargo, como F. W. Maitland observó,

El Digesto fue el *único* libro en el que los estudiantes medievales podían adquirir un conocimiento verdadero del mejor Derecho romano. Las Instituciones son un libro de texto escueto. El Código se compone de normas singulares independientes las unas de las otras. Las Novelas no están compuestas tan sólo por estas normas singulares pero están redactadas en un estilo pomposo y rimbombante, dispuestas a ser tan penetrantes como fuere posible... Si no fuera por el Digesto el Derecho romano nunca hubiera reconquistado el mundo... Los individuos nunca se hubieran convertido en *entusiastas* estudiosos de los otros libros... aquel que primero enseña el Digesto es el que primero enseña qué ha significado el Derecho romano para el mundo moderno... sólo en el Digesto, este sujeto podía obtener argumentos jurídicos exactos y detallados, definiciones precisas, etc. [*Letters*, vol. II, ed. P. Zutshi, Selden Soc, supp. ser II, 1995, nr 37].

La mayor escuela de Derecho no eclesiástica del siglo XI fue la de Pavía, capital del reino de Lombardía. Los juristas de Pavía se ocuparon principalmente del Derecho lombardo, tal como se contenía en el *Liber Papiensis*, una colección de edictos de los reyes lombardos anteriores a la conquista de los francos, y de las capitulares francas. Los juristas de la escuela de Pavía fueron los primeros en utilizar el método de la glosa al texto en sus exposiciones sobre la obra específica que estudiaban. Con relación a las cuestiones materiales se configuraron dos grupos, los *antiqui* y los *moderni*. Los primeros se adhirieron a la interpretación tradicional de los textos lombardos, mientras que los últimos se caracterizarían sobre todo por su rápida disposición a utilizar el Derecho romano como un Derecho general que permitiera tanto suplir las lagunas como interpretar el Derecho lombardo. Esta nueva aporta-

ción se encuentra sintetizada en la *Expositio* al *Liber Papiensis* que apareció alrededor del año 1070. En ella se encuentran referencias a las fuentes que estuvieron accesibles en Italia durante bastante tiempo, es decir, Instituciones, Código y *Epitome Juliani*, a la vez que contiene nueve textos extractados del Digesto.

Los juristas de Pavía no prestaron especial atención al Digesto, puesto que el Derecho romano no formaba parte de su objeto de estudio principal. Ellos se ocupaban del Derecho del reino lombardo al tiempo que su propósito era garantizar que los jueces y abogados estuviesen adecuadamente formados. Reconocieron el valor de los textos justinianos para inculcar un sentido y un razonamiento jurídicos, pero sin que ello signifique que estudiaran el contenido de dichos textos en sí mismos. Se mostraron menos interesados por los argumentos jurídicos del Digesto que por aquello que en general podía extraerse de las fuentes romanas acerca de la naturaleza y el fin del Derecho. La *Expositio* muestra que los juristas ya no iban a conformarse simplemente con la confección de síntesis de textos. A partir de ahora querían pasar a interpretarlos en profundidad. Cuando la literalidad de un texto pudiese conducir a la injusticia, la *Expositio* subrayaba que su racionalidad, la *ratio legis*, debía ser identificada y el texto entendido a la luz de esa *ratio*.

#### EL DERECHO CIVIL Y LOS GLOSADORES

Aun cuando fuera la escuela de Pavía quien dirigió su mirada hacia el estudio de los textos jurídicos desde una nueva perspectiva, el honor de ser los primeros en mostrar la compilación justiniana no le corresponde a Pavía sino a Bolonia. El primer profesor de Derecho en Bolonia se cree que fue un *causidicus*, o juez consultivo, llamado Pepo, allá por las últimas décadas del siglo XI. De acuerdo con lo que el teólogo in-

glés Ralph Niger escribiría un siglo después sus enseñanzas estaban basadas en los textos del Código y de las Instituciones, a pesar de que en sus argumentos forenses aparentemente citara el Digesto. Por ejemplo, en el año 1076, el Tribunal de Beatrice, Marquesa de Tuscany, radicado en Marturi, tuvo que resolver un litigio sobre la titularidad de un terreno entre un monasterio, que reclamaba la propiedad en virtud de una donación previa, y quien lo poseía desde hacía un largo periodo de tiempo. Este último se apoyaba en el instituto de la prescripción de los cuarenta años para retener en su poder la tierra, pero el tribunal estuvo persuadido de que la prescripción había sido interrumpida desde el mismo instante en que se produjo una *restitutio in integrum* en favor del monasterio, de acuerdo con Digesto 4,5,26 citado por Pepo.

A pesar de que Pepo reivindicara haber enseñado el Derecho justiniano, fue Irnerio quien marcó la separación entre la ciencia del Derecho y su práctica. Este último había sido profesor de gramática y comenzó el estudio de los textos jurídicos con ocasión de la explicación de los términos difíciles que estos contenían. Sería más tarde cuando concentró su atención en los pasajes en su totalidad. En origen sus comentarios consistieron en glosas interlineales que gradualmente se fueron expandiendo a través de los márgenes del texto. Irnerio fue así el primero de una saga de doctores de Bolonia, conocidos como los glosadores a causa de su método característico de explicar los textos.

Este nuevo acercamiento al Derecho romano estuvo marcado por el debate acerca del encaje del Derecho en el esquema general del conocimiento. El punto de vista tradicional, expresado por san Isidoro de Sevilla, pasaba por entender el Derecho, dada su relación con el comportamiento humano, como una categoría de la ética. Ahora se pensaba que esto era cierto tan sólo con relación al contenido de las normas. En lo concerniente a la interpretación de las palabras de los textos, el Derecho sería parte de la Lógica. La Lógica abarcaba al conjunto de las tres artes integrantes de aquella parte de la

educación tradicional conocida como *trivium*, denominadas Gramática, Dialéctica y Retórica. Las técnicas escolásticas desarrolladas en estas disciplinas fueron utilizadas por los profesores de Bolonia. Para ellos el Derecho era una ciencia de alto nivel a la que tan sólo podrían acercarse aquellos que dominasen las artes del *trivium*.

Los glosadores consideraron a los textos justinianos como sagrados, al tiempo que les asignaban una autoridad próxima a la bíblica. Aceptaron sin cuestionárselo la afirmación de Justiniano de que los textos contenidos en la Compilación no presentaban contradicciones que no pudiesen ser salvadas por cualquiera que las afrontara con una mente sutil (*Constitutio Tanta*, 15). De igual modo asumieron que la compilación en su conjunto contenía todo aquello que era necesario para responder a cualquier género de problema jurídico que se planteara. El primer fragmento del Digesto señala que los juristas deben ser llamados sacerdotes, al igual que un texto subsiguiente define a la jurisprudencia como «el conocimiento de las cosas humanas y divinas». ¿Quiere esto decir, se preguntaron los glosadores, que los juristas debían estudiar Teología? La respuesta era no, en tanto en cuanto «todo se encuentra en el *Corpus iuris*».

Una de las principales dificultades que encararon fue la terrible falta de coherencia que presentaban los textos. Las mismas cuestiones eran tratadas en las Instituciones, el Digesto y el Código pero sin ningún género de orden. Los glosadores de la Escuela de Bolonia no alteraron el orden de los textos aprobado por Justiniano. Éstos proporcionaron referencias cruzadas a todos los textos que trataban una determinada materia, explicaron las diferencias y agruparon los argumentos a favor y en contra de una determinada solución. Su familiaridad con los textos en su conjunto revela el hecho de que les era posible citar cada fragmento del *Corpus iuris* utilizando tan sólo sus primeras palabras. Ninguna generación posterior de romanistas ha estado más estrechamente familiarizada con los textos. Utilizaron todas las técnicas de la dialéctica para

extraer el correcto significado de los mismos. Para ellos, cada texto, incluso cada frase de cada texto, había sido aprobada por el emperador Justiniano y por lo tanto disfrutaban de la misma autoridad.

Al margen de la glosa se desarrollaron varios géneros de literatura jurídica, conformando otro tipo de textos. Extractos del contenido de determinados títulos del Digesto o del Código se incorporaron a las *Summae* en las que se estudiaba la totalidad de una parte del *Corpus iuris*, especialmente del Código y de las Instituciones. Se denominó *Apparatus* a la recopilación de glosas referentes al texto de un título determinado, realizada de manera más completa que en la *Summa*. Este método tuvo especial predilección por el último título del Digesto, 50,17, *de diversis regulis iuris antiqui*, que contenía unas doscientas «reglas» aproximadamente, muchas de ellas en forma de máximas generales. Los glosadores sentían una especial predilección por las *distinctiones*, elaboradas clasificaciones con un gran número de divisiones y subdivisiones que, en algunos casos, incluso ilustraban con tablas diagramáticas. Se llevaron a cabo colecciones de puntos de vista opuestos sobre una determinada cuestión (*dissensiones dominorum*), y de *quaestiones*, esto es, discusiones acerca de un asunto determinado, con argumentos para cada punto de vista sustentados en los textos y habitualmente con una *solutio*. A pesar de todo, cualquiera que fuese la forma utilizada, todo aquello que escribieron se construyó en torno a los textos de Justiniano, considerados en toda su compleja integridad. Los glosadores trabajaron de forma acumulativa: cada generación dejaba a la siguiente una nueva capa sobre la heredada a su vez de sus predecesores.

A Imerio le sucedió la generación de los Cuatro Doctores, de los cuales los más eminentes serían Búlgaro y Martino Gosia. Búlgaro llegó a ser muy importante en Bolonia, donde fue conocido como «la boca de oro». Martino tuvo una actitud más abierta. Discrepaban acerca de qué tipo de interpretación de los textos produciría resultados más acertados y racionales.

Búlgaro mantenía que el Derecho Justiniano era de por sí equitativo, de tal forma que la función del intérprete, con relación a cualquier texto, consistiría en la búsqueda de la *ratio legis*, el propósito de la norma concreta. A este fin, debían ser consultados otros textos que se ocupasen del mismo asunto. Por contra, para Martino esto no era suficiente. El significado evidente de una norma tomada de manera aislada podía ser modificado de acuerdo con la equidad. No una idea general de justicia (*equitas rudis*) sino la equidad extraída de una consideración general del *Corpus iuris* en su conjunto (*equitas constituta*). Consecuentemente, en la interpretación de un texto determinado, no se estaba limitado por otros textos que se ocupasen de la misma cuestión, sino que serían tenidos en cuenta todos aquellos que pudieran arrojar luz sobre el problema en concreto.

A Búlgaro le sucedió como cabeza visible de la escuela de Bolonia su discípulo Giovanni Bassiano, que perfeccionó el método de explicación de los textos. Desde su punto de vista, el proceso de análisis adecuado al que debía someterse un texto difícil debía pasar por cuatro fases. Primero, debía realizarse una descripción somera, sin ningún grado de elaboración, del problema. Segundo, el profesor debía citar textos contrapuestos y las *solutiones* que habían sido propuestas. Tercero, el asunto debía ser presentado en toda su extensión mediante la exposición de todas las reglas generales relevantes para el caso. Tales reglas, según Bassiano, eran conocidas popularmente como brocardos. Finalmente, bien inmediatamente en la misma clase, o si no por la tarde, cuando hubiera más tiempo disponible, se iniciaría una amplia discusión acerca del problema. Este método comenzaba con la discusión de los textos singulares y la ampliaba hacia el exterior, primero a otros textos relevantes sobre la misma materia y después considerando al Derecho en su conjunto.

Uno de los propósitos de las enseñanzas de los glosadores consistió en el descubrimiento de los principios generales o brocardos inherentes en el *Corpus iuris*. Una parte de éstos ya

se encontraba recogida en el último título del Digesto, dedicado a las máximas. Otros fueron extraídos de su contexto original para ser usados como parte de un argumento con relación a cualquier materia para la que pudiera ser relevante. Su función en los litigios consistía en el establecimiento de una presunción en favor de la parte que se apoyase en ellos. En cualquier caso, su virtualidad exacta permaneció indefinida y frecuentemente funcionaron como contraargumentos para ser utilizados frente a un punto de vista contrario. En el último cuarto del siglo XII aparecieron colecciones de brocardos. Éstas contenían siempre series de textos que sustentaban o negaban la proposición manifestada por el brocardo. Aunque aparentemente pareciesen un descubrimiento propio del Derecho civil fueron aceptadas con entusiasmo por parte de los canonistas. Estas colecciones permitían a los atareados abogados acceder rápidamente a los textos de autoridad, de modo que pudieran embellecer sus argumentos e impresionar al juez; a menudo eran usadas para «cegar al juez con la ciencia».

Azzo, discípulo de Bassiano, afrontó la tarea de sintetizar las detalladas discusiones que sobre casos concretos habían producido las generaciones previas de glosadores. Su *Summa* al Código llegó a tener una enorme influencia, hasta tal punto que se convirtió en instrumento indispensable para la práctica forense; se decía, a modo de adagio, que «lo que no está en Azzo, no debería servir en los tribunales». Finalmente, un siglo después de Irnerio, entre 1220 y 1240, un discípulo de Azzo, Accursio, recopiló las glosas que la totalidad de los componentes de la escuela de Derecho civil, conformada por los glosadores, habían generado, en lo que llegó a convertirse en una obra de referencia, la *Glossa ordinaria* a los textos justinianos. Esta obra, que contenía unas 96.000 glosas, desplazó inmediatamente a cualquier otra anterior, siendo además copiada y más tarde impresa junto con los textos originales.

Se pensaba que sin la ayuda de la Glosa de Accursio, de los textos justinianos tan sólo se podían obtener visiones parciales. Durante siglos, la Glosa de Accursio constituyó la base

de cualquier doctrina que se presentase como procedente del Derecho romano. «Lo que la Glosa no recoge, los tribunales no lo reconocen» se convertiría en máxima comúnmente aceptada. Ha habido que esperar hasta las últimas décadas del siglo xx para que estudios en profundidad acerca de los escritos anteriores a Accursio hayan revelado la riqueza de los conceptos y las ideas aportados por la generación existente entre Irnerio y Accursio. La autoridad de la Glosa es el origen de la idea, todavía característica en el Derecho civil continental, de considerar que el comentario académico autorizado sobre un texto jurídico es en sí mismo una auténtica fuente del Derecho.

#### EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO CANÓNICO

En Bolonia, al Derecho civil pronto se le unió el Derecho canónico como objeto de estudio. Sin embargo, éste comenzó con desventaja puesto que, frente al Derecho civil, carecía de un cuerpo autorizado de textos normativos, asimilable al *Corpus* de Justiniano. Existían varias colecciones no oficiales de material de diverso tipo: declaraciones procedentes de la Biblia, decisiones de los concilios de la Iglesia, opiniones de los Padres de la Iglesia, decisiones (Decretoales) de los Papas y fragmentos de Derecho Romano. Inicialmente los juristas civilistas mantuvieron una actitud de desdén hacia ese maremagno de normas tan dispares, ya que creían que éste no merecía la consideración de disciplina autónoma.

Se produjo un cambio significativo tras la publicación por el monje Graciano en torno al año 1140 de su *Concordantia discordantium canonum*, una autorizada colección a través de la que se trataban de conciliar aparentes contradicciones. A diferencia de los primeros compiladores, Graciano proporcionó explicaciones de los textos que había seleccionado para su inclusión en lo que sería conocido como su *Decretum*. La suya

reemplazó a las primeras recopilaciones canónicas. Inmediatamente fue aceptada como el objeto apropiado sobre el que los canonistas desarrollarían su exégesis a través del método de la glosa. Sin embargo, al contrario de lo que ocurría con el Derecho civil, los textos del Derecho canónico se encontraban en continuo crecimiento a causa de la promulgación de nuevas decretoales papales que también debían recogerse en las nuevas compilaciones.

La reacción inmediata de los ortodoxos juristas del Derecho civil frente al importante logro obtenido por Graciano fue negativa. Continuaron considerando al Derecho canónico como una disciplina inferior a la suya. Según su punto de vista, Graciano intentaba lo imposible: trataba de dar un falso aire de armonía a una materia que en sí era contradictoria. En su opinión, sólo el Derecho civil proporcionaba todas las técnicas necesarias para la correcta interpretación de cualquier género de Derecho, incluido el Derecho canónico. Hacia el año 1160, los juristas civilistas tuvieron que reconocer al Derecho canónico como disciplina homóloga al Derecho civil y merecedora de la misma consideración, si bien, a pesar de todo, trataron de mantener separado el estudio de uno y otro, incluso en aquellos casos en los que el objeto de reflexión concernía a ambos sistemas, tal como ocurría con el matrimonio o la usura.

El Derecho civil constituía un sistema autónomo que no necesitaba suplementos de ningún otro. Además, éste no era aplicado de forma exclusiva ante ningún tribunal, sino tan sólo allí donde el Derecho local presentase lagunas. El Derecho canónico, por el contrario, era aplicado en los tribunales de la Iglesia en todos los asuntos que correspondían a la jurisdicción eclesiástica (los límites precisos de ésta fueron en gran medida discutidos y variaron de unos países a otros). Para Graciano, el Derecho canónico era un Derecho divino equiparable a las mismas leyes del Evangelio. Sin embargo, era necesario admitir que el Derecho canónico no disponía de respuestas para todas las cuestiones jurídicas, tal como el De-

recho civil proclamaba para sí. El mismo *Decretum* manifestaba que en aquellas cuestiones carentes de definición por parte de los cánones, debía seguirse el Derecho civil (D.10, p.c.6). Cómo se aplicaba éste en la práctica fue objeto de un profundo debate entre los primeros canonistas, a los que se conoció como decretistas.

La cuestión del *relleno* de las oquedades del Derecho canónico a través del Derecho civil quedó oculta tras dos cuestiones de mayor calado, como eran el poder legislativo del Papa, que se manifestaba con igual autoridad que el del emperador, y la naturaleza de los procedimientos en los tribunales eclesiásticos ¿Deberían anticipar el juicio de Dios mediante la aplicación de normas morales en la tradición marcada por las Penitenciales?, o por el contrario ¿eran procedimientos públicos que tenían que ajustarse a normas similares a aquellas otras que se aplicaban en otros tribunales públicos? Algunos canonistas, como el francés Stefan de Tournai, mantuvieron que el Derecho civil sería de aplicación siempre que no resultase contrario al Derecho canónico. Otros observaron menor deferencia hacia la autoridad del Derecho civil. A pesar de todo, durante el periodo de su formación, dedicado obviamente a *su* Derecho, todos los canonistas prestaban especial atención a las discusiones abiertas entre sus maestros y los glosadores del Derecho civil.

En los primeros tiempos del siglo XIII los decretistas realizaron un esfuerzo concienzudo destinado a dilucidar los precisos efectos jurídicos de los cánones comparándolos con el Derecho romano. Esto se manifestó incluso con relación a las materias sacramentales del Derecho canónico. Por ejemplo, Laurentinus Hispanus en su *Glosa Palatina* al *Decretum* discute la cuestión de si un hereje puede administrar válidamente el bautismo. Cita I. 2,8,1 en el sentido de que igual que un no propietario puede, en algunos casos, transferir la propiedad (como, por ejemplo, cuando vende la garantía que le ha dado un deudor y la deuda no había sido pagada), de manera similar, un hereje puede conferir la gracia espiritual incluso cuan-

do él mismo carezca de la gracia (*ad De consecratione*, D.4 c.23 v. Romanus).

Entre 1188 y 1226 aparecieron cinco compilaciones de decretales papales. Más tarde, en 1234, el papa Gregorio IX promulgó una amplia recopilación de extractos de decretales papales, basada en parte en aquellas antiguas compilaciones. Esta obra fue editada por el dominico español Raimundo de Peñafort y fue conocida como *Liber extra*, puesto que estaba fuera (*extra*) del *Decretum* de Graciano. La obra contenía mil novecientos setenta y un capítulos distribuidos en cinco libros. El orden en el que se trataban las materias era citado por los estudiantes a través del verso nemotécnico «*judex, iudicium, clerus, connubia, crimen*», esto es, los jueces y sus poderes, el procedimiento judicial, las cuestiones del clero, el matrimonio y los delitos. Las decretales estaban destinadas a conformar junto con el *Decretum* el Derecho de la Iglesia universal. En 1298 apareció una nueva colección promulgada por Bonifacio VIII y conocida como *Liber sextus*, ya que se añadía a los cinco libros del *Liber extra*.

Las primeras compilaciones terminaban con un título en el que se contenían máximas legales de carácter general a imagen del último título del Digesto de Justiniano. Pero donde Justiniano encontró doscientos dos ejemplos, el *Liber extra* Gregoriano tan sólo incluía once. La popularidad de las máximas y brocardos se incrementó a lo largo del siglo XIII de tal forma que el *Liber sextus* concluyó con un título en el que se incluían ochenta y ocho. Muchas resultaron transferidas desde el Digesto (50,17), aunque en algunos casos con un texto más preciso. Otras fueron extraídas de otras partes del *Corpus iuris* adquiriendo un enorme relieve fuera de su contexto original.

En este sentido el célebre principio *quod omnes tangit debet ab omnibus approbari* (lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado), sobre el que tanto se discutió desde un punto de vista político, se corresponde con *reg.29* del *Liber sextus*. Originalmente este principio formaba parte de una disposi-

ción normativa en la que Justiniano explicaba que allí donde existieran varios tutores para un mismo pupilo, la administración conjunta de los bienes del pupilo no podía extinguirse sin el acuerdo unánime de todos ellos (C.5,59,5,2). A los canonistas no les resultó extraña la transferencia de una máxima desde el ámbito del Derecho privado, primero al procedimiento y más tarde al Derecho público. Su autoridad procedía del hecho de que aparecía en algún lugar del Derecho justiniano.

Otras adiciones procedieron de textos de autoridad del Derecho canónico. A finales del siglo XIV la Iglesia disponía de lo que iba a ser conocido como el *Corpus iuris canonici*, una compilación digna de ser presentada junto al *Corpus iuris civilis* de Justiniano.

La expresión *utrumque ius*, «ambos Derechos», fue utilizada como una cualificación conferida a todos aquellos que habían estudiado ambos sistemas. De igual manera hacía referencia a la relación existente entre dichos sistemas, la cual iba haciéndose cada vez más estrecha con el paso del tiempo. Hacia el siglo XIII ambos sistemas se presentaban en condiciones de igualdad. Fueron los juristas del Derecho civil quienes trataron de mantenerlos en ámbitos separados. El Derecho civil se ocuparía de los bienes que los hombres disfrutaban en la tierra y el Derecho canónico trataría tanto de mantenerlos alejados del pecado como de garantizar la salvación de su alma inmortal. Accursio (*gl. conferens generi ad Auth. Coll. 1,6. quomodo oportet episcopos*) declaró que ni el Papa debía inmiscuirse en los asuntos temporales ni el emperador en los espirituales.

Sin embargo, más tarde los juristas civilistas advirtieron exasperados cómo, a causa de su relación con el pecado, la Iglesia usurpaba la jurisdicción sobre todas las materias. Desde la época del *Liber extra*, el Derecho canónico abarcaba un gran número de materias que se encontraban recogidas en el Derecho justiniano. Así, incorporó una parte importante del Derecho penal, desde el adulterio y el perjurio a las falsedades y el homicidio; se ocupó del Derecho privado en aquellos puntos donde las partes podían incurrir en pecado, tales como los pres-

amos, los intereses, las compraventas y las garantías reales y personales que aseguraban las deudas. Puesto que el matrimonio era un sacramento, queda regulado de acuerdo con el Derecho canónico dando lugar a que todas las cuestiones relativas al estatuto familiar cayeran dentro de su ámbito normativo.

Ya en el siglo XII aparecieron problemas relacionados con el cómputo de los grados de parentesco de sangre, algo crucial para determinar en qué casos los contrayentes de un matrimonio estaban dentro del grado de parentesco prohibido. El Derecho civil contaba los grados hacia arriba, partía desde los contrayentes hasta llegar a un antepasado común, mientras que el Derecho canónico los contaba partiendo de uno de éstos hasta llegar al antepasado común, para luego descender hasta el otro contrayente. Como resultado de este sistema de cómputo, bajo el Derecho canónico, muchos más primos se encontraron dentro de los grados prohibidos, necesitando dispensa papal para contraer matrimonio; en definitiva, muchos más de los que lo hubieran estado bajo las reglas del Derecho civil. El cuarto Concilio lateranense limitó a cuatro grados la prohibición.

Los glosadores habían tratado de ignorar las diferencias pero en el siglo XIV ambos Derechos fueron estudiados conjuntamente incluso por los comentaristas. Muchos canonistas fueron laicos y una cualificación en ambos Derechos (*in utroque iure*) llegó a ser bastante común. La frase «ambos Derechos» comenzó a referirse a dos aspectos de lo que en cierto modo era considerado como un sistema único, un *Ius commune* para toda Europa.

#### LA ATRACCIÓN DEL *STUDIUM* DE BOLONIA

A fines del siglo XII Bolonia se había convertido indiscutiblemente en el centro jurídico de Europa (o «madre de las leyes»), y a su *studium* acudían miles de estudiantes de Derecho de toda Europa. Éstos se agrupaban por «naciones» de acuer-

do con su país de origen. Por primera vez desde la caída de Roma, el Derecho en occidente era una disciplina autónoma cuyas técnicas específicas debían ser aprendidas a través de varios años de estudio riguroso, al final de los cuales se recibiría una cualificación profesional.

Los estudiantes de Derecho no sólo asistían a las clases. Echaban los dientes como juristas participando en discusiones acerca de cuestiones preestablecidas, en las cuales cada parte presentaba sus argumentos fundamentados en los textos correspondientes, tras lo cual el maestro ofrecía su solución al problema. Comúnmente, los estudiantes adquirían para sí los libros jurídicos más importantes. Los libreros autorizados, conocidos como *stationarii exempla tenentes*, disponían de copias auténticas de aquellos libros para alquilárselas a los estudiantes al objeto de que éstos pudieran copiarlos para sí. Al finalizar su periodo de estudio estarían en condiciones de llevarse consigo el conjunto de textos básicos de los que habían hecho acopio. De esta forma, los estudiantes podían difundir el conocimiento que habían adquirido en Bolonia dentro de sus propios países.

A pesar de que la enseñanza del Derecho en Bolonia ponía más énfasis en las cuestiones académicas que en la práctica, no todos los estudiantes que allí acudían lo hacían movidos por un desinteresado amor al conocimiento. Las reformas gregorianas habían estimulado muchas discusiones de un carácter completamente novedoso que ahora no podían ser resueltas sin más a través de la fuerza, como había ocurrido en los siglos anteriores. El poder participaba de un deseo de legitimación, sin que las recopilaciones de leyes, ya fuesen de origen romano o germánico, pudieran ofrecer poco más que alguna guía con relación a las cuestiones fundamentales de la jurisdicción. Tanto los obispos como los príncipes buscaban personas que pudieran proporcionarles argumentos basados en principios objetivos y racionales y por lo tanto dotados de autoridad universal. Sólo los textos romanos podían ofrecerles tales argumentos. La enseñanza del Derecho, de nuevo cuño, proporcio-

naba a los estudiantes una cualificación tal que les llevaba a ocupar puestos de responsabilidad, tanto en la administración de los príncipes como en la episcopal. Los obispos ilustrados enviaban a sus seminaristas más prometedores a Bolonia para que adquirieran al menos el conocimiento de las nuevas enseñanzas, mientras que los príncipes y nobles a la búsqueda de legitimación para su poder trataban de asegurarse que las nuevas doctrinas también les fueran de aplicación.

La fundación de la Universidad de Bolonia no responde a un acto deliberado. Emergió de la necesidad sentida por los estudiantes de Derecho de organizarse con el objetivo de asegurarse tanto que recibirían la mejor enseñanza como la obtención de un título reconocido. Mientras que París y Oxford, las otras universidades del siglo XII, fueron fundadas y estaban regidas por los profesores, Bolonia se constituyó en modelo de universidad dirigida por los estudiantes, siendo éstos quienes contrataban a los profesores para que les enseñasen. Aunque otras disciplinas importantes, como la Teología y la Medicina también fueron objeto de enseñanza en Bolonia, el Derecho civil y el canónico dominaron el panorama.

Tanto las autoridades imperiales como papales se esforzaron en hacerse con los favores del *studium* boloñés, poniéndose de su parte en los conflictos que surgieron con las autoridades municipales de la ciudad. La afluencia de estudiantes había generado serios problemas a los ciudadanos, quienes, por otra parte, no querían perder los beneficios económicos que su presencia les proporcionaba. El joven emperador Federico Barbarroja, en 1155, de camino a Roma para su coronación, se detuvo en Bolonia para conocer a los eximios doctores del Derecho, al tiempo que trataba de buscar su apoyo para justificar ciertas leyes que pensaba promulgar. Tras obtener su respaldo, promulgó la *Constitutio habita* por la que se conferían una serie de privilegios a los estudiantes de Derecho que se dirigiesen a Bolonia, a los que se describió como «peregrinos del estudio». En concreto, el emperador Federico reconoció a las corporaciones de estudiantes, a las que se les permitió go-

bernarse a sí mismas al modo de gremios. Esta concesión posibilitaba a los estudiantes negociar con los profesores del mismo modo que proporcionaba al *studium* en su conjunto una cierta independencia de la autoridad municipal de Bolonia.

A comienzos del siglo XIII, los estudiantes habían adquirido tal grado de fortaleza que incluso trataron de separarse de la ciudad. La autoridad municipal reaccionó intentando contenerlos, pero finalmente fue la autoridad papal quien intervino en favor de los estudiantes. En 1217, el papa Honorio III señaló que en vez de tratar de compeler a los estudiantes a permanecer allí, sería más deseable para la ciudad la adopción de una serie de medidas que les estimulara a hacerlo por su propia voluntad. Dos años más tarde, el Papa concedió al archidiácono de Bolonia el poder de conferir a los estudiantes que finalizasen sus estudios el derecho de enseñar en cualquier parte, con lo que de forma indirecta quedaba subordinada la Universidad a la Iglesia.

El éxito de Bolonia impulsó su imitación y se produjo la fundación de facultades de Derecho en otros lugares de Italia. Una facultad de Derecho se fundó en Módena en 1175. El *studium* de Padua comenzó su andadura en 1222, ejemplo que fue seguido por otras ciudades italianas como Pavía, en donde la antigua escuela de Derecho lombardo se transformó en una facultad de Derecho civil y canónico. En 1224 el emperador Federico II fundó la Universidad de Nápoles enteramente dedicada al estudio del Derecho romano. El emperador buscó asegurarse el éxito de la nueva Universidad haciendo que sus súbditos estudiaran en ella y no en Bolonia. En un primer momento la orden tan sólo fue de aplicación en el reino de Sicilia, pero a causa de su disputa con la Liga Lombarda, a la que Bolonia se encontraba adherida, extendió la prohibición de estudiar en Bolonia a todos los súbditos de sus dominios lombardos, así como a aquellos de Alemania y Borgoña. Esta medida pudo resultar desastrosa para Bolonia, pero de nuevo la intervención del papa Honorio III consiguió obtener la revocación de la prohibición.

Ya a comienzos del siglo XII es evidente la aceptación del nuevo sistema de enseñanza boloñés en la Europa del suroeste, más allá de los Alpes. Este área, la Provenza, que en su configuración medieval incluía el Languedoc y el Dauphiné resultó un terreno fértil a la hora de recibir estas influencias. Las costumbres de esta región contenían mayor número de elementos romanos, derivados de las recopilaciones del Derecho romano realizadas por los visigodos y burgundios, que las de otras regiones. En torno a los años 1127 a 1130, en la diócesis de Die, en el valle del Ródano, en una escuela de Derecho, vinculada a los cánones agustinos de San Rufo, se elaboró una *Summa* acerca de las Instituciones titulada *Iustiniani est in hoc opera*. A pesar de que el autor no conocía la totalidad del *Corpus iuris*, citaba el *Digestum vetus*. Más significativo todavía resultaba el hecho de que estuviese familiarizado con las enseñanzas de Martino, entonces todavía joven, con quien podía haber estudiado.

La *Summa* de las Instituciones es el primero de un grupo de libros de Derecho civil elaborados en la Provenza entre los que se encuentran las *Exceptiones Petri* y las colecciones conocidas como los Libros jurídicos de Tübingen y de Ashburnham (la denominación hace referencia al lugar de localización de los manuscritos). Frente a las obras boloñesas, cuyos autores nos son conocidos, los redactores de estas otras son mayoritariamente anónimos. Los escritos provenzales se distinguen de aquellos otros elaborados en Bolonia fundamentalmente por el material tomado del *Corpus iuris* y por la forma de organizarlo bajo epígrafes, de acuerdo con el orden establecido en las Instituciones, más que conforme a la sistemática del Código y del Digesto seguida por los autores de la escuela de Bolonia. En un tiempo, estas obras fueron consideradas por la doctrina como de origen italiano aunque elaboradas en un periodo preboloñés. Ahora se las reconoce como

producto de juristas influenciados por la escuela de Bolonia pero que se sintieron libres para abandonar la casuística concentrada en los detalles propia de aquélla. Otro género de literatura jurídica vinculado a este área es la *Summa* al Código del que es un temprano ejemplo la *Summa trecensis*, compilada por un tal Gerardo. Al mismo tipo responde una obra posterior: *Lo Codi*, que rompió con el uso universal del latín al ser escrita en lengua provenzal.

La reputación de la escuela del valle del Ródano se extendió más allá de la Provenza siendo significativo que un inglés, Nicholas Breakspear, el futuro papa Adriano IV, fuera atraído en su juventud para estudiar allí. Esta escuela atrajo igualmente a juristas de reputación universal como el glosador Rogerio, que había estudiado y enseñado en Bolonia. Su obra principal es una inacabada *Summa* al Código que muestra la influencia de la *Summa trecensis* y de *Lo Codi*. También es probable que fuese el autor del diálogo *Enodationes quaestionum super Codice*, en el que el autor y la jurisprudencia discuten acerca de la naturaleza del Derecho y su interpretación en un modo vivo e imaginativo. La *Summa* inacabada de Rogerio fue completada por el glosador Placentino, hombre franco y directo pero arrogante, que se había visto forzado a abandonar Bolonia alrededor del año 1160. Trasladó la enseñanza del Derecho civil desde la Provenza hacia el oeste, a Montpellier, en donde fundó una facultad. Placentino enseñó allí con éxito al tiempo que escribió sus propias *Summae* tanto al Código como a las Instituciones. Tras su muerte en 1192 las enseñanzas del Derecho civil en Montpellier cesaron, aunque volvieron a renacer en el primer cuarto del siglo siguiente.

Mientras tanto la marcha del nuevo Derecho romano continuaba. A fines de siglo, en Cataluña, Pedro de Cardona, que llegaría a ser cardenal, fue el primer catalán que se conoce que adquirió sus conocimientos a través del aprendizaje del Derecho civil, al tiempo que fue capaz de realizar la traducción al latín de dos constituciones griegas contenidas en el Código (C.3,10,1 y 2). Alrededor del año 1160 se elaboró en Reims un

*apparatus* a las Instituciones probablemente escrito por Alberico, un representante menor de los glosadores de Bolonia. El Derecho civil también se enseñó en las escuelas de Toulouse y Orleans. En París este Derecho adquirió tal popularidad que se generalizó la opinión de que la Teología se estaba orillando en favor de un estudio esencialmente seglar. En 1219, el papa Honorio III en la bula *Super speculam* prohibió la enseñanza del Derecho civil en París aunque permitió que continuasen las enseñanzas del Derecho canónico.

En Inglaterra las nuevas enseñanzas se asocian al lombardo Vacario, quien fue reclutado en Bolonia alrededor del año 1140 por el arzobispo Teobaldo de Canterbury, concretamente para que le auxiliara en las «disputas soterradas» en las que se encontraba inmerso, particularmente con el legado papal. Vacario pudo haber enseñado de manera esporádica en la escuela catedralicia de Canterbury pero sus enseñanzas formales no comenzaron alrededor del año 1150 en Oxford, tal como se había creído hasta hace poco tiempo, sino que fue sobre el año 1170 y más al norte. Tras su llegada a Inglaterra fue ordenado sacerdote y en algún momento enviado a York donde ejerció como consejero legal del arzobispo de esta sede. Allí además es probable que enseñara personalmente en la escuela catedralicia de Lincoln.

En atención de sus estudiantes que no podían abarcar la totalidad de los textos del Derecho civil, Vacario compiló una colección de textos esenciales extraídos del Digesto y el Código incluyendo los *Tres libri*. La organizó en nueve libros a imagen del Código (medieval) siendo conocida con la denominación de Libro de los Pobres (*Liber pauperum*). Alrededor del año 1190 este libro fue utilizado como libro de texto en Oxford, donde el Derecho civil se enseñaba conjuntamente con el Derecho canónico. Los estudiantes, conocidos como *pauperistae*, se ganaron una reputación basada en la asunción de una arrogante superioridad, a pesar del conocimiento superficial del Derecho que tenían. Con todo, Vacario tuvo discípulos serios y preocupados que se mantuvieron en contacto

con la evolución que seguía la escuela de Bolonia, al tiempo que constituyeron una escuela cuyas ideas pueden encontrarse en las glosas a los manuscritos del *Liber pauperum*.

Si en Bolonia los juristas generalmente fueron laicos, fuera de Italia eran los clérigos quienes estudiaban el Derecho civil, sobre todo aquellos vinculados a la administración de justicia en los tribunales de la Iglesia. Esto no significa, ni mucho menos, que se ocupasen del Derecho civil superficialmente, sobre todo porque sabían que sin haber estudiado Derecho civil no podrían alcanzar a entender adecuadamente la naturaleza del Derecho ni los procesos jurídicos.

Conforme se fundaba un mayor número de universidades se aceptaba que el Derecho, en sentido académico, no podía quedar reducido al estudio de las normas consuetudinarias locales sino que debía abarcar tanto el Derecho civil como el Derecho canónico. Éstas eran las únicas construcciones jurídicas que tenían el carácter que se podía esperar de una disciplina universitaria. De hecho en ninguna universidad europea se enseñó el Derecho propio del territorio hasta el siglo xvii. Como consecuencia de todo ello, en cada país de Europa todo jurista educado en la universidad era necesariamente un romanista. Estos juristas compartían una cultura jurídica común basada en los mismos textos y expuesta en la misma lengua latina.

Los glosadores se ocuparon de clarificar los elementos de un procedimiento de corte racional para mejorar la aplicación del Derecho, de la naturaleza de la autoridad legislativa y de las relaciones entre el Derecho local y el Derecho imperial. Aunque en el *Corpus iuris* varios textos esporádicos se ocupaban de estas materias ninguno de ellos las trataba de manera coherente y detallada. La realidad política determinó que los juristas del siglo xii le prestaran una atención especial, por ello sus puntos de vista sobre estas cuestiones deben ahora ser considerados.

## LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL PROCEDIMIENTO

Tanto civilistas como canonistas reconocían por igual la importancia de construir un procedimiento racional desde los textos disponibles, por lo que se ocuparon de la cuestión de manera conjunta. Los canonistas lo necesitaban para sus tribunales, ya que tan sólo el Derecho civil podía proporcionarles los argumentos de autoridad sobre los que basarlo. Los romanos no distinguieron el procedimiento del Derecho sustantivo, por esta razón los textos relevantes para esta cuestión se encontraban diseminados por todo el *Corpus iuris civilis*. En el siglo xii se incrementó la necesidad de un procedimiento común, al tiempo que crecía la insatisfacción hacia los medios de prueba tradicionales, basados en diversas formas de ordalfas.

La generación de glosadores que sucedió a Irnerio dio los primeros pasos para afrontar el problema. Búlgaro, uno de los cuatro doctores, escribió una obra llamada *Excerpta legum*, con el propósito de elucidar los misterios del Derecho (*arcana iuris*) a su amigo el cardenal Aimerico, canciller de la Iglesia del 1123 al 1141. Comienza con los elementos de la acción, las partes, los argumentos de la demanda y de la defensa, la prueba, la sentencia y las apelaciones. Algunos de los primeros juristas que se habían ocupado de esta materia sugirieron que además de las partes y el juez también debían considerarse como parte a los testigos y los abogados. Sin embargo, decía Búlgaro, la esencia de una acción consiste en un procedimiento entre tres personas, el demandante que expresa su petición, el demandado que se opone y el juez en el centro. Búlgaro señaló que normalmente la carga de la prueba en una acción civil corresponde al demandante y precisó que en los casos en los que faltan pruebas el asunto puede resolverse mediante juramento.

El discípulo de Búlgaro, Giovanni Bassiano impulsó un nuevo género de literatura jurídica el *ordo iudiciorum* que buscaba clarificar el significado de las acciones civiles, cómo

comenzaban y terminaban y cómo podían ser evitadas. Bassiano proporcionó ejemplos prácticos acerca de la manera de plantear un determinado tipo de demanda, como el *libellus*. Autores posteriores buscaron los principios básicos que debían presidir el procedimiento, tales como que los jueces no debían resolver los asuntos conforme a sus creencias sino de acuerdo con las peticiones de las partes y con sus *allegationes*.

La elaboración de un procedimiento racional con fundamento en los textos del Derecho romano no consistía tan sólo en un ejercicio académico. Papas de formación jurídica como Alejandro III requirieron a los clérigos que debían decidir las controversias entre los diferentes cuerpos eclesiásticos para que siguieran las reglas del *ordo*, a los efectos de asegurar que los intereses de los litigantes quedasen protegidos. El final del siglo XII conoció el florecimiento de los *ordines* procedimentales, especialmente en el reino anglonormando. En un primer momento se utilizó de forma exclusiva material romano extraído fundamentalmente del Código. De esta forma se regularon los emplazamientos a los demandados, las garantías de comparecencia de las partes, los procuradores que las representarían, los juramentos, el efecto de la denuncia infundada, las denuncias, testimonios y compromisos así como la diferencia entre jueces y árbitros y juicios y apelaciones. Hacia fines de siglo, la autoridad de los canonistas se incrementó a través de la creciente promulgación de Decretales papales, al tiempo que sus obras relativas al procedimiento fueron cada vez menos dependientes del Derecho civil. Se buscó que éstas fueran válidas para los juristas de ambos sistemas. El procedimiento resultante se denominó propiamente romano canónico.

Estas obras acerca del procedimiento culminaron en el *Speculum iudiciale* (Espejo de la justicia) de Guglielmo Durante (Durandus) que apareció en 1271. Durante, provenzal de origen, estudió Derecho canónico en Bolonia y se convirtió en *auditor* papal o juez encargado de resolver las apelaciones que llegaban a Roma desde todas partes del mundo cristiano; también fue obispo de su provincia natal. El *Speculum* des-

cansaba en gran medida sobre obras anteriores que Durante relacionó de tal manera que resultasen fáciles de consultar. A lo largo de cuatro libros trató cuestiones como las referentes a las personas implicadas en una acción, el procedimiento civil, el procedimiento criminal y una serie de formularios de demandas; la última parte incluía formularios de escrituras. La obra proporcionó fama duradera a su autor, a menudo conocido como «el Especulador».

En la práctica, el procedimiento romano canónico, finalmente construido a partir del proceso tardorromano, se desarrolló en los tribunales de la Iglesia así como a través de los arbitrajes presididos por clérigos. En el siglo XIII ya se encontraba dispuesto para ser utilizado en los tribunales seculares. El Parlamento de París adoptó una versión de este procedimiento que sirvió de modelo en otros tribunales franceses. Era un procedimiento enteramente técnico, los jueces personalmente investigaban, en privado, los hechos que no habían sido admitidos por ambas partes. Las partes, para asegurarse de que el juez preguntaría acerca de las cuestiones relevantes del asunto, junto con sus escritos de demanda y defensa le proponían la realización de una serie de preguntas determinadas. Todas las pruebas practicadas quedaban recogidas por escrito. Finalmente había nacido un procedimiento enteramente escrito que al ganar en grado de elaboración técnica requería para su desenvolvimiento la concurrencia de juristas profesionales. Como consecuencia de su formación universitaria era natural que citasen el Derecho civil que habían aprendido. La adopción del procedimiento fue así el primer paso para la adopción del Derecho civil.

#### LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL: EL PODER LEGISLATIVO

Tanto el Digesto como el Código afirmaban el poder absoluto del emperador para legislar. «Lo que place al príncipe tiene

fuerza de ley» se declara en D.1,4,1. El contexto original de esta afirmación de Ulpiano probablemente hiciera referencia al poder del emperador para resolver una discusión jurídica en la que se planteaban diferentes puntos de vista acerca del Derecho aplicable. Sin embargo, en el Digesto se consolidó como una afirmación precisa acerca del poder absoluto del emperador. Otro texto se refiere al emperador como «libre del mandato de las leyes» (D.1,3,1), esto es, aparentemente por encima del Derecho. En D.1,14,1 Ulpiano plantea el poder legislativo del emperador como el resultado de una práctica del pueblo romano por la que éste confiere formalmente a cada emperador al comienzo de su mandato el poder de hacer todo aquello que sea necesario en beneficio del Estado (la así llamada *lex de imperio* o *lex regia*).

Por otra parte, el texto de Juliano (D.1,3,32) acerca de la costumbre, al que ya nos hemos referido («El Derecho postclásico y el procedimiento», pp. 34 y ss.), afirmaba que la autoridad de las leyes así como de la costumbre deriva de la aprobación popular. La idea de que en algún sentido el emperador fuese el delegado del pueblo encontraba acomodo en C.1,14,4 (*Digna vox*), una constitución de Teodosio II del año 429, en la cual se afirma que el emperador se declararía a sí mismo sujeto al mandato de las leyes, puesto que su autoridad depende de éstas y es una característica de la autoridad imperial someterse al Derecho.

De acuerdo con la tradición, a mediados del siglo XII el emperador Federico Barbarroja y su hijo Enrique VI consultaron a los principales juristas acerca de sus poderes. Federico preguntó a Búlgaro y a Martino si jurídicamente era señor del mundo (*dominus mundi*). Búlgaro contestó que en lo que concierne a la propiedad privada no lo era, sin embargo Martino respondió que efectivamente era señor del mundo (Federico regaló su caballo a Martino como recompensa por su opinión, mientras que Búlgaro no obtuvo nada). Enrique VI planteó una cuestión similar a dos doctores de Bolonia, Lotario y Azzo: ¿A quién pertenece la suprema autoridad, el *imperium*? ¿Sólo al emperador o también disfrutaban de ella otras magistraturas?

Lotario dio al emperador la respuesta deseada: sólo el emperador como *imperator* tiene *imperium*. Sin embargo Azzo entendió, con base en los textos, que la función del *imperium* es la *iurisdictio*, «el poder de declarar que es conforme a Derecho». Si bien la *iurisdictio* completa sólo pertenece al emperador, ello no significa que cualquier magistrado de la ciudad no la posea de tal forma que pueda declarar el Derecho. De esta manera, concluía, el *imperium* pertenece a aquellos oficiales que lo ejercen.

Cuando Azzo investigó la fuente de la *iurisdictio* de las más altas magistraturas la encontró en la aprobación del conjunto de la comunidad considerada como colectividad (*universitas*). Si el poder del emperador procedía del pueblo a través de la *lex regia*, la aprobación popular debía ser la fuente de toda autoridad legítima. Los primeros glosadores habían admitido esta idea si bien argumentaban que una vez transferido el poder legislativo al emperador por el pueblo, éste ya no podía revocarlo. Azzo marcó la distinción entre el pueblo entendido como conjunto de individualidades y como comunidad. El pueblo entendido como grupo de individuos que lo constituyen quedaba excluido de la potestad legislativa por la *lex regia*, sin embargo considerado como *universitas* retenía el poder legislativo. La conclusión de Azzo fue importante para la teoría política: el emperador tenía mayor poder que nadie pero no más que el pueblo en su conjunto. De esta manera Azzo pudo justificar la independencia *de facto* de las ciudades-estado italianas del emperador. Afirmó que el rey en su reino tiene el mismo poder que el emperador.

Así, en los textos justinianos podían sustentarse varios puntos de vista acerca de la fuente del poder legislativo. Enormes esfuerzos se llevaron a cabo para conciliar la idea del príncipe libre del mandato de las leyes con la teoría de la *Digna vox* por la que se entendía que el poder del príncipe era de carácter limitado. De manera creciente los juristas próximos al poder pusieron sus ojos en aquellos textos que enfatizaban la autoridad sin restricciones del príncipe para gobernar y le-

gislar en beneficio del bien común como mejor le pareciera. Así, el Derecho civil se oponía a la idea feudal que veía la relación entre el príncipe y sus vasallos como un cierto acuerdo por el que los poderes del gobernante tenían un contrapeso en sus obligaciones. Esta idea de la monarquía es la que parece sobrevivir en las teorías de Bracton cuando en el siglo XIII afirmaba que en Inglaterra el rey estaba por debajo de Dios y de las leyes porque es la ley quien hace al rey.

#### EL DERECHO CIVIL Y LA COSTUMBRE

Ya hemos advertido que quienes prioritariamente se ocupaban del Derecho canónico, propio de los tribunales de la Iglesia, normalmente se habían formado en el estudio del Derecho romano, que cada vez más era visto como un Derecho universal. Dentro de las fronteras del Sacro Imperio Romano la referencia al Derecho romano podía justificarse en su condición de Derecho imperial, sin embargo de manera creciente se justificaba no tanto por su autoridad formal sino por su superioridad técnica, por encima de cualquier rival posible. Contrariamente a lo que ocurrió con el Derecho canónico, ningún tribunal aplicó el Derecho romano tal cual. Los tribunales de la Iglesia aplicaron el Derecho canónico a materias tales como el matrimonio o el estatuto de la persona; los tribunales de los señores feudales aplicaban el Derecho feudal a las cuestiones relacionadas con la posesión de la tierra; los tribunales tradicionales de las ciudades aplicaban el Derecho local consuetudinario a las reclamaciones de compensación por causa de actos ilícitos. Lo que el Derecho civil suministró fue un marco conceptual, un conjunto de principios de interpretación que constituyeron una suerte de gramática del Derecho a la que se podía recurrir cada vez que fuese necesario. Los tribunales locales o feudales trataban de aplicar en primer lugar su propio Derecho, pero si éste resultaba insuficiente para

proporcionar una solución satisfactoria para el asunto en cuestión acudían cada vez más al Derecho común. Así, cuando se hizo necesario reforzar el Derecho consuetudinario, se adoptaron las acciones del Derecho romano a fin de fortalecer las demandas sustentadas en el Derecho consuetudinario.

Incluso el Derecho feudal encontró acomodo dentro del amplio marco del Derecho común. En la primera mitad del siglo XII, discípulos de Lombardo llevaron a cabo una recopilación de costumbres feudales, los *Libri feudorum*, que presentados por un juez milanés llamado Obertus, pronto se ganaron la aceptación general siendo considerados como una adecuada exposición de las reglas que gobernaban las relaciones entre señores y vasallos. A fines de este siglo, los juristas, sin ninguna oposición, incorporaron los *Libri feudorum* al *Volumen parvum*, o quinto volumen del *Corpus iuris*, junto con las Instituciones, los *Tres libri* y el *Authenticum* en nueve *Collationes*. Los *Libri feudorum* fueron añadidos como una décima *collatio*. Probablemente los juristas civilistas estuvieron motivados por el deseo de evitar que el lucrativo trabajo emanado de las disputas feudales cayese en manos de sus rivales, los canonistas.

Aún fue necesario acomodar la realidad de la relación feudal al Derecho romano de propiedad, para el que la propiedad (*dominium*) era indivisible. Apreciaron alguna similitud entre el vasallo feudal y el *emphyteuta* romano o tenedor de larga duración. Al señalar que los últimos disponían de una versión especial de la acción del propietario denominada *vindicatio utilis*, mientras que el propietario tenía la *vindicatio directa*, dedujeron que a estas acciones les correspondían dos clases diferentes de propiedad: el vasallo feudal tenía el *dominium utile* mientras que el señor tenía el *dominium directum*.

La validez de la costumbre local que aparecía como contraria al Derecho imperial del *Corpus iuris* supuso un problema importante para todos los juristas medievales. A pesar de que Justiniano asegurase lo contrario, los textos no guardaban coherencia interna a este respecto. Por una parte se encontra-

ba el texto de Juliano recogido en el Digesto (1,3,32) que afirmaba que ambos, la costumbre y el Derecho escrito, estaban basados en la aceptación popular, de tal manera que la costumbre podía derogar una ley anterior. De otro lado, se encontraba el texto del Código (8,52,2) en el que se contenía la norma de Constantino según la cual la autoridad de la costumbre no se extiende a aquellos supuestos en los que esté en contradicción con la razón o con la *Lex*.

Los glosadores debatieron intensamente acerca del problema. Irnerio sostenía que el texto de Juliano hacía referencia a un tiempo en el que el pueblo aún disfrutaba del poder de promulgar el Derecho, por lo que podía abrogar leyes de forma tácita. Sin embargo, en esa época, este poder había sido transferido al emperador de tal manera que el pueblo ya no podía, mediante sus prácticas, afectar a la validez del Derecho imperial. Búlgaro, discípulo de Irnerio, distinguió entre la costumbre general y la costumbre local. La primera debía prevalecer siempre sobre el Derecho anterior, ya fuese consuetudinario o escrito. La segunda podía derogar el Derecho anterior tan sólo si se presentaba conociendo su existencia y, en ese caso, sólo dentro de los límites de la localidad. Martino, rival de Búlgaro, no compartía este punto de vista. Bajo su perspectiva, la costumbre tan sólo podía alterar otra costumbre anterior; no podía tener efecto alguno sobre el Derecho escrito contenido en el *Corpus iuris*. El sucesor de Búlgaro en Bolonia, Giovanni Bassiano fue más allá que su maestro. En su opinión el pueblo sabe qué hace cuando manifiesta una costumbre determinada. Por ello, por estar basada en la razón (tal como requiere el Código), una costumbre es válida con independencia de que el pueblo conociera o no la existencia de una ley anterior. Ambos, el Derecho escrito y la costumbre derivan su autoridad del deseo del pueblo. La ley no adquiere su autoridad por el mero hecho de estar escrita.

La Glosa de Accursio expone los puntos de vista de Búlgaro y Martino sin decidirse por ninguno de ellos. En el sur de Francia, donde la influencia de Martino era poderosa, domi-

naba la opinión de que el Derecho imperial debía prevalecer sobre la costumbre. En Inglaterra, por otra parte, la doctrina se manifestó contundentemente en dirección opuesta. La situación local proporcionaba el contexto.

En la segunda mitad del siglo XII, el rey Enrique II dispuso un gobierno central para la totalidad de Inglaterra. Una de sus consecuencias fue el establecimiento de un tribunal real que conocería asuntos procedentes de cualquier parte del país y de cualquier sector de la población, ya fuesen normandos o sajones. Era aún demasiado pronto para adoptar el procedimiento romano canónico que todavía se encontraba en sus primeros balbucesos. Cada acción comenzaba con un escrito de demanda planteado por la cancillería real a requerimiento del demandante. Se ordenaba a los representantes del monarca, en el lugar que fuera, que llevaran al demandado citado en el escrito para que contestase a las preguntas del demandante en presencia de los jueces regios. La demanda especificaba aquellas circunstancias que si resultaban probadas podrían garantizar al demandante un veredicto a su favor. Los jueces regios decidirían con precisión si los hechos, tal como fueron planteados por las partes, encajaban en los términos de la demanda trasladando el asunto a un jurado lego, compuesto por doce hombres de la localidad, quienes debían oír en público los testimonios y pronunciar su veredicto. Puesto que toda acción debía comenzar con la demanda que interponía un oficial público, quien por ello podía controlar el tipo de cuestiones que se presentarían ante el tribunal regio, y finalizaba con la decisión que acerca de los hechos en cuestión tomaba un jurado lego, el procedimiento de los tribunales de Derecho común recuerda al procedimiento formulario del Derecho romano clásico. No hubo influencia directa pero el paralelismo es evidente.

Los jueces reales sustentaban sus decisiones en la costumbre. Mientras que la costumbre local aplicada en los tribunales locales derivaba de la práctica cotidiana, la costumbre de los tribunales del *Common Law* resultó elaborada principal-

mente por los mismos jueces. Ésta tenía que ser descubierta en los repertorios de los tribunales. Las glosas formuladas acerca de la costumbre al *Liber pauperum* de Vacario fueron más allá que ninguna otra glosa continental a la hora de afirmar la validez de la costumbre, al tiempo que proporcionaron los fundamentos teóricos para el nuevo Derecho común consuetudinario desarrollado por los tribunales regios.

La práctica consuetudinaria fue poderosa en todos los ámbitos del Derecho, incluso en el Derecho canónico. Aunque las decretales papales normalmente se expresaban en un lenguaje que sugería su aplicación inalterada en todos los ámbitos de la Iglesia, en la práctica, serían modificadas a menudo por los usos locales propios de las diferentes provincias eclesiásticas. Que esta práctica pudiese ser legitimada en la doctrina del Derecho civil romano fue importante para todos los juristas.

#### EL DERECHO CIVIL Y LOS DERECHOS LOCALES EN EL SIGLO XIII

El siglo XIII conoció los intentos realizados en varios países europeos a fin de plasmar por escrito el Derecho local. En cualquier caso ello permitió un giro hacia las categorías y los principios del Derecho civil. El Derecho común inglés quedó recogido en el «Tratado latino sobre las leyes y costumbres de Inglaterra» conocido como Bracton. En su primera redacción fue escrito alrededor del año 1230, siendo revisado más tarde. Aunque basado en los repertorios de los tribunales regios utilizó, y en algunos casos adoptó, las categorías del Derecho civil romano derivadas de la *Summa codicis* de Azzo. El autor del Bracton entendió que si el Derecho de los tribunales regios iba a ser presentado como un conjunto coherente se necesitaría una estructura de nociones generales, que tan sólo se encontraba articulada en el Derecho romano. Muchos pasajes

recuerdan al lenguaje del Digesto y del Código, no tanto por la cita formal como por el uso de frases procedentes de los textos romanos que el mismo autor había deslizado en su exposición. Éstos muestran que el Derecho romano se había incorporado a su modo de pensar como jurista. Su tratado dotó al naciente Derecho común de la estructura teórica mínima necesaria para desarrollarse de manera coherente.

Cuando los reyes quisieron legislar dirigieron la mirada hacia los juristas en busca de ayuda. Eduardo I, rey de Inglaterra desde 1272 hasta 1307 (y señor de una parte sustancial de Francia) se interesó mucho por los problemas del gobierno y del Derecho, siendo responsable de varias obras legislativas que le hicieron ganarse el título (exagerado) de «El Justiniano inglés». Para estas tareas reclutó a su servicio a Francis Accursio, hijo del gran glosador y jurista él mismo de gran reputación, por méritos propios.

Al mismo tiempo que Bracton compilaba su colección de Derecho inglés, el emperador Federico II promulgaba en 1231 una colección de leyes para su reino siciliano a la que se conoció como *Liber Augustalis* o Constituciones de Melfi. El contenido sustantivo de estas leyes no es romano obviamente, pero los textos romanos fueron utilizados para justificar el poder creador del Derecho del emperador y el procedimiento que iba a ser adoptado en los tribunales regios. De nuevo la idea subyacente parecía ser que sin el ropaje del Derecho romano las leyes del reino, incluso cuando fueran promulgadas por el emperador, no parecían ser completamente legítimas. Gradualmente el Derecho romano estaba impregnando todas las culturas jurídicas, proporcionaba las categorías, los métodos de razonamiento jurídico y las formas de argumentación que eran esenciales para cualquiera que desease ser considerado jurista.

La *Constitutio puritatem* puso de manifiesto la inquietud de los jueces del emperador Federico al afrontar la cuestión de la multiplicidad de leyes que se solapaban. En primer lugar debían aplicar la legislación real. Si en ella no se encontraba una

norma específica para el caso debía ser aplicada la costumbre local, en tanto en cuanto fuesen costumbres aceptadas; en ausencia de norma legal o norma consuetudinaria, los jueces se volverían hacia el *Ius commune*, que era presentado como Derecho lombardo o Derecho romano. El Derecho lombardo fue el único Derecho germánico objeto de interpretación académica (en Pavía). En adelante, sin embargo, en las facultades de Derecho no se enseñaría otro Derecho que no fuese el Derecho civil o el Derecho canónico. Incluso las constituciones del emperador Federico no encontraron acomodo en el currículo académico de la facultad de Derecho de Nápoles que él mismo había fundado.

En España la situación jurídica se vio en gran medida afectada a causa de la dominación musulmana. El *Liber Iudiciorum*, obra del siglo VII, basada en las primeras recopilaciones del Derecho romano y visigodo que originariamente habían sido de aplicación a los visigodos y a la población sujeta a estos, y que se convertiría posteriormente en legislación territorial, proporcionó las bases del Derecho consuetudinario posterior. La ocupación musulmana, iniciada en los primeros momentos del siglo VIII abarcó la totalidad de la península, salvo la zona más al norte y Cataluña hasta finales del siglo X. La Reconquista continuó durante los siglos XI y XII y hacia el año 1200 dos terceras partes del norte del país habían sido liberadas de la dominación musulmana. Sin embargo, los territorios no permanecieron unidos conforme iban siendo liberados sino que se convertirían en reinos independientes cada uno de ellos con sus propias costumbres recogidas en una multitud de «fueros» escritos.

El reino principal fue Castilla y León. La primera universidad española se estableció en la primera década del siglo XIII en Palencia, desde donde se trasladó en 1239 a Salamanca convirtiéndose en el centro de la enseñanza del Derecho civil y canónico. A mediados del siglo XIII, dos importantes reyes, Fernando III y Alfonso X, fueron capaces de aplicar las nuevas teorías a fin de contener la diversidad de leyes existentes

en sus dominios. Al estilo de Federico II en Sicilia, buscaron introducir un sistema moderno que actuase como fuerza unificadora y situase a Castilla en la primera línea del pensamiento jurídico europeo.

Fernando III inició un ambicioso conjunto de libros jurídicos que culminó en las *Siete Partidas* publicadas por Alfonso X, conocido como «El Sabio». La división en siete partes hacía adivinar un significado religioso, si bien pudo haber sido diseñada de acuerdo con la estructura en siete partes que Justiniano dio al Digesto con fines didácticos (*Constitutio Tanta*, 1-8). Alfonso X fue persuadido de las virtudes del Derecho romano por su tutor, que había estudiado en Bolonia, dirigiendo personalmente al grupo de compiladores. La obra que elaboraron fue una mezcla del Derecho consuetudinario de Castilla y León, Derecho romano, Derecho canónico y normas derivadas del Antiguo y del Nuevo Testamento así como de la Patrística. Aunque sus inclinaciones tendían al Derecho romano, Alfonso X tuvo que hacerlo asimilable para sus súbditos.

Las *Siete Partidas*, escritas en lengua vernácula en vez de en latín, fueron omnicomprendivas en su planteamiento, ocupándose de las nociones generales de ley y costumbre, procedimiento, propiedad, matrimonio y propiedad conyugal, contratos, sucesiones por causa de muerte y Derecho penal. Las influencias de los Derechos romano y canónico fueron destacadas en todo el conjunto. Alfonso X no era suficientemente poderoso para imponer este cuerpo legal en todos sus reinos. Inicialmente, la nobleza, a quienes había tratado de recortar sus privilegios, y los municipios lo encontraron ajeno en exceso al Derecho tradicional. Gradualmente, sin embargo, fueron reconocidas sus virtudes, al tiempo que conforme mayor cualificación profesional tenían los jueces más se inclinaban hacia las *Siete Partidas*.

Si la fijación del Derecho local se llevó a cabo a través de la legislación o de relaciones privadas a título individual, con el Derecho civil ocurrió lo mismo. Un buen ejemplo procedente de Francia es el tratado escrito hacia el año 1280 por Philippe de Beaumanoir, baile o juez del Tribunal del Condado de Cler-

mont en Beauvaisis, acerca de las costumbres de Beauvaisis. Escrito en francés, que no en latín, reflejó con fidelidad la realidad del Derecho consuetudinario aplicado en su tribunal. Poseedor de una buena formación en el ámbito del Derecho civil adaptó, como Bracton, el Derecho romano a algunas instituciones no romanas a fin de proporcionarles mayor grado de autoridad. De esta forma cita la máxima «lo que place al príncipe tiene fuerza de ley» para justificar el Derecho del rey de Francia a suspender los deberes de los caballeros que se unían a su ejército cuando iniciaba una expedición. Otra parte trata de las renunciaciones, cláusulas insertas en un documento por las que una parte renuncia a la posible alegación de alguna norma, por lo general como vía de defensa. Algunas de éstas, tal como la denuncia del vendedor que ha recibido menos de la mitad del valor de lo que había vendido (*laesio enormis*) eran de origen claramente romano y fueron copiadas probablemente de formularios de demandas. La sección dedicada al procedimiento muestra la influencia de las obras romano canónicas referidas a esta materia, al igual que para la parte de los contratos, no muy desarrollada en el Derecho consuetudinario local, utilizó considerablemente las fuentes romanas.

En el siglo XIII el Derecho civil romano se convirtió junto con el Derecho canónico y la Teología en parte de una cultura cristiana común compartida por todos aquellos que ocupaban puestos de autoridad, tanto seculares como eclesiásticos. Como tal fue más fácilmente exportable al este del Rin, en zonas que nunca formaron parte del antiguo Imperio romano. Por ejemplo, Anders Sunesen fue un danés de familia noble enviado a Francia, Italia e Inglaterra a aprender Teología y Derecho. A su vuelta a Dinamarca fue nombrado canciller del reino, rector de la Catedral de Roskilde y desde 1201 a 1224 arzobispo de Lund. Elaboró dos obras en latín pensadas para introducir los elementos de las nuevas enseñanzas entre aquellos de sus compatriotas que poseyeran una cierta formación. Una, el *Hexameron*, fue una exposición en verso de la doctrina cristiana tal como era presentada por los teólogos de París.

La otra es una versión latina de las leyes de *Scania* (por ese tiempo perteneciente a Dinamarca), en la que utilizaba términos legales romanos introduciendo el Derecho consuetudinario en el contexto romano. La obra de Sunesen indica cómo el ritmo de la europeización cultural se aceleraba.

Sin perjuicio de la validez *de facto* del Derecho local, el Derecho civil romano produjo una «mentalidad» que conformó las bases del pensamiento político y jurídico en toda Europa. Como parte de la cultura común de la Europa cristiana apareció con naturalidad en las grandes obras de la Filosofía y la Literatura. La *Summa theologica* de Santo Tomás de Aquino y la *Divina comedia* de Dante resultan ejemplos evidentes. El aquinatense se basó en los principios filosóficos de Aristóteles, que para él era «el filósofo». En sus explicaciones acerca de los diferentes tipos de comportamiento humano y en algunas definiciones utilizó el Derecho romano y particularmente a Ulpiano que era «el jurisconsulto». La definición de Santo Tomás de la justicia como «constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo» es de Ulpiano (D.1,1,10pr.).

Dante otorgó a Justiniano, como figura consagrada, un lugar prominente tanto en su *Paradiso*, libros 6 y 7, como en sus obras políticas en las que identificaba el *Corpus iuris* con la razón misma. Muchos pasajes de Dante, como de Santo Tomás, muestran cómo frases extraídas de los textos del *Corpus iuris* habían llegado a ser parte del discurso general culto, incluso entre los no juristas.

#### LA ESCUELA DE ORLEANS

Tras la publicación de la Glosa de Accursio, el estudio del Derecho civil en Bolonia aún manteniendo su importancia perdió una parte de su frescura y energía. En la segunda mitad del siglo XIII, el foco de estudio de los textos justinianos se desplazó a Orleans, donde los estudios del Derecho civil recibieron un

claro impulso desde la promulgación de la prohibición papal de su estudio en París. Las primeras enseñanzas, alrededor del año 1240, fueron impartidas por profesores italianos. El más conocido fue Guido de Cumis, que al ser examinado en Bolonia por Accursio había tenido la osadía de cuestionar la corrección de una de sus glosas, tras lo cual pensó que sería prudente marcharse a Francia.

Los dos maestros que confirieron a Orleans su relevancia, Jacobus de Ravanis (Jacques de Revigny) y Petrus de Bellaperche (Pierre de Belleperche) habían estudiado en Orleans. Aunque no introdujeron ninguna novedad destacable en la enseñanza del Derecho civil, sí introdujeron ciertas tendencias, que eran perceptibles ya en Bolonia, particularmente el uso del razonamiento dialéctico. Frente a la cita erudita de los textos, adoptaron una aproximación más libre basada en argumentos lógicos, al igual que extendían frecuentemente por analogía la *ratio* del texto fuera de los límites considerados como permitidos por los juristas de Bolonia. *Quaestiones de facto*, discusiones sobre problemas extraídos de situaciones de hecho (que podían ser hipotéticos) ocuparon un lugar importante en su plan de estudios, tratando alguna de ellas de los efectos de la costumbre local. Tanto Jacobus como Petrus fueron clérigos y ambos llegaron a ser obispos. Con todo, se ocuparon del Derecho civil de forma distinta a como lo hacían del Derecho canónico. Sus estudiantes, casi todos clérigos, convirtieron a Orleans durante un corto periodo de tiempo en la Bolonia del norte.

Los maestros de Orleans expusieron con detalle todas las partes del *Corpus iuris*, pero su respeto escrupuloso por el orden original de los textos no les permitió intentar una reorganización sistemática de los mismos. El vehículo transmisor de sus enseñanzas hacia Italia fue Cino de Pistoia, un poeta noble, amigo de Dante que dividió su carrera entre el servicio público y la enseñanza. Su obra principal fue un comentario exhaustivo al Código en el que se reflejaba la influencia de Jacobus de Ravanis. Fue él quien trajo a Italia estos nuevos métodos y en especial los inculcó en su gran discípulo Bártolo.

## EL DERECHO ROMANO Y LA NACIÓN ESTADO

### LOS COMENTARISTAS

Bártolo, que dio su nombre a la escuela que dominó el estudio del Derecho civil durante los siglos XIV y XV, nació en 1313 o 1314 en Sassoferato, un pequeño pueblo de Las Marcas, y murió en 1357. Empezó sus estudios de Derecho, a la edad de trece o catorce años, en Perugia bajo la tutela de Cino y más tarde fue a Bolonia, donde se doctoró con veinte años. Fue juez en la pequeña ciudad de Todí y después se consagró a la enseñanza, primero en Pisa y luego en Perugia, donde murió. Su corta vida estuvo completamente absorbida por el Derecho y su producción fue extraordinaria: aparte de tratados sobre cuestiones específicas, escribió exhaustivos comentarios sobre todas las partes del *Corpus iuris*, que en sus primeras ediciones ocuparon hasta nueve volúmenes infolio.

Realmente una parte importante de su obra consistió en la cita de sus predecesores, si bien Bártolo siempre añadía algo propio, tratando de buscar una senda clara a través de las espesuras de los debates anteriores, e indicando una solución para cada problema. Bajo su influencia el estudio del Derecho civil llegó a ser menos académico y más orientado hacia los problemas jurídicos cotidianos. Él y sus seguidores continuaron la exposición de los textos en la forma en que les habían sido transmitidos, ya que su propósito no iba más allá que tratar de explicar el significado de dichos textos tal y como estaban. Más bien buscaban encontrar en éstos reglas que pudieran ser apropiadas para la última sociedad medieval, pero que llevaran todavía impresa la autoridad del Derecho imperial.

## EL DERECHO ROMANO Y LA CODIFICACIÓN

### EL DERECHO ROMANO Y LOS DERECHOS NACIONALES

En 1653 apareció un libro del civilista inglés Arthur Duck acerca del uso y la autoridad del Derecho civil romano en los reinos de los príncipes cristianos (*De usu auctoritate iuris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*). A partir de datos precisos se ocupó de mostrar en qué medida se había recibido el Derecho civil en los diferentes países europeos. Duck deseaba sacar a la luz las ideas comunes que sobre la naturaleza del Derecho compartían aquellos países. Allí donde no se tenga en cuenta simplemente a la costumbre sino que se busque la equidad, afirmaba, ninguna legislación nacional puede ser más apropiada que el Derecho civil de los romanos, puesto que éste contiene el más completo conjunto de normas referidas a contratos, testamentos, delitos, juicios y todas las acciones humanas.

La delimitación exacta del contenido del Derecho civil variaba de un país a otro. La práctica de los tribunales (*usus fori*), como evidencian las colecciones de sentencias, reflejaba desde tiempo atrás una particular amalgama entre el Derecho civil romano y el Derecho consuetudinario de la región o el país. De otro lado, la enseñanza universitaria se había mantenido siempre ligada al Derecho civil, ignorando la costumbre. Sin embargo, a mediados del siglo xvii las universidades tuvieron que aprender a tratar el Derecho civil tal como era entendido localmente, al tiempo que las facultades de Derecho aceptaron los componentes nacionales tanto del Derecho romano como del local. En 1650 Michael Wexionius, profesor de la Universidad de Åbo (Turku) en Finlandia, luego parte de

Suecia, publicó una introducción al estudio del Derecho civil romano sueco (*Iuris civilis Sveco-Romani*). Sin embargo, tal como hemos visto, fueron los profesores holandeses quienes con mayor intensidad desarrollaron un Derecho nacional. El libro de Van Leeuwen de 1664 era conocido como legislación romano holandesa puesto que estaba basado en parte en el Derecho de Roma y en parte en algunas fuentes holandesas.

En los países germánicos, como en Holanda, los estudiosos del siglo xvii también comenzaron a identificar una versión germana del Derecho romano. Georg Adam Struve publicó en el año 1670 una lograda síntesis en su *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis* y aproximadamente por esa fecha el austríaco Nicholas von Beckmann publicó un *Ius novissimum Romano-Germanicum* (1676). Sin embargo, en el siglo xviii los escritores germanos, por lo general, abandonaron estas obras de síntesis para subrayar el distinto carácter de los elementos romanos, del Derecho consuetudinario germano y, especialmente en las provincias austríacas, los elementos estatutarios presentes en las leyes nacionales. Una vez separados los componentes romanos y nativos, comenzó la búsqueda de un *ius germanicum commune* enteramente basado en fuentes germanas, dando como resultado el que los elementos del Derecho romano adquiriesen una apariencia aún más extraña. A excepción del uso del esquema institucional en su condición de forma común de sistematización, las obras de Derecho germánico no hacían ninguna referencia al Derecho romano, ni siquiera como Derecho subsidiario para rellenar las lagunas.

Uno de los juristas germanos más profusamente leído fue Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). Fue un romanista influenciado por los últimos autores romano-holandeses, a pesar de que desechó sus tratamientos sintéticos en favor de un acercamiento puro al Derecho romano. Su *Antiquitatum Romanarum syntagma*, publicado originariamente en 1719 conoció veinte ediciones. Se ocupaba, con una gran cantidad de detalles interesantes de las fuentes antiguas, de la regulación de las diversas categorías y figuras del Derecho romano de acuerdo

con el orden de las Instituciones de Justiniano, sin embargo, no buscaba mostrar cómo aquéllas se habían desarrollado después de Justiniano o cómo se conectaban con el Derecho contemporáneo. Y no fue porque Heinecius careciera de interés por el Derecho contemporáneo ya que también publicó por separado exposiciones elementales acerca del Derecho civil moderno, el Derecho germánico y el Derecho natural. Cada uno se había convertido en un sistema jurídico diferenciado.

En Francia, quizá a causa de la distinción existente entre las regiones de Derecho consuetudinario y las de Derecho escrito, el Derecho consuetudinario se había mantenido tradicionalmente apartado del Derecho romano. El movimiento recopilatorio de las distintas costumbres, a fin de obtener una obra que las recogiera por escrito, las había fosilizado, del mismo modo que fueron necesarios importantes esfuerzos para identificar la esencia común del Derecho consuetudinario basado en la *Costumbre de París* que era bien distinta de las romanizadas costumbres del sur. En 1679 Luis XIV designó en las universidades a «reales profesores» de Derecho francés los cuales tenían que enseñar en lengua vernácula en vez de en latín. Éstos tendieron a exponer un Derecho general basado en las costumbres de mayor arraigo en la región, del mismo modo que también se ocupaban de aquellas partes del Derecho romano que habían sido recibidas por los parlamentos regionales. El Derecho de obligaciones estaba particularmente marcado por este tipo de componentes romanos.

Entre 1667 y 1681, Jean Baptiste Colbert, canciller de Luis XIV, ordenó la compilación de una serie de mini-códigos que en forma de Ordenanzas reales fueron de aplicación en el conjunto del reino, sirviendo así para neutralizar el efecto centrífugo de las diferentes costumbres. Se ocuparon de las partes menos romanizadas del Derecho: del procedimiento civil, que Doneau había señalado como distinto del Derecho sustantivo, del Derecho penal y el procedimiento penal y del Derecho mercantil.

El Derecho penal había sido tratado con una extensión limitada en los libros 47 y 48 del Digesto, a los que Justiniano llamó *libri terribiles*, y cuya versión en el siglo xvii reclamaba ineludiblemente una reforma. El Derecho mercantil aparecía significativamente en los textos romanos aunque no fue objeto de especial desarrollo hasta la Edad Media. Los comerciantes, antes que acudir a los tribunales locales, preferían resolver sus disputas ante un consejo no oficial de comerciantes que se constituía en las ferias que periódicamente se celebraban en las distintas ciudades y en los puertos, lugares ambos donde se congregaban los mercaderes. De esta forma la comunidad mercantil desarrolló un conjunto de costumbres comerciales que trascendían las fronteras nacionales. Colbert encargó a un exitoso hombre de negocios, Jacques Savary, la redacción de la *Ordonnance de commerce* (1673), una recopilación casi completa de las reglas que guiaban los negocios entre los comerciantes basadas en aquellas costumbres tradicionales. A ésta hay que añadir otras Ordenanzas referidas al comercio marítimo (1681). En adelante los mercaderes franceses, con independencia de la región en que vivieran, siguieron un Derecho uniforme que fue aceptado como una declaración autorizada de la práctica comercial no sólo en Francia sino en cualquier lugar de Europa, incluida Inglaterra.

Las Ordenanzas reales no afectaron significativamente a la esencia del Derecho civil, esto es, las materias tratadas en las Instituciones de Justiniano, y dejaron intactas las costumbres aunque definieron sus límites. Formalmente sus efectos consistieron en emancipar al procedimiento, al Derecho penal y al Derecho mercantil del Derecho civil y de esta forma circunscribir el ámbito de lo que debía entenderse como Derecho civil.

En España cada territorio aún mantenía su propio Derecho y hasta el siglo xviii la existencia de un Derecho nacional fue sólo un sueño. Al igual que en Francia la *Costumbre de París* ganó prestigio sobre las otras costumbres regionales, el Derecho de Castilla, basado en las *Siete Partidas* y la *Nueva*

Recopilación de 1567, se convertiría gradualmente en un Derecho nacional (*Derecho patrio*\*) para el conjunto de España. En 1713 el Consejo de Castilla ordenó que las universidades dejasen de enseñar el Derecho romano reemplazándolo por el Derecho nacional, pero los profesores rehusaron poner en práctica el Decreto. En 1741 el Consejo elaboró un nuevo Decreto permitiendo que el Derecho romano, a la vista de su gran valor, fuese enseñado conjuntamente con el Derecho nacional.

El comentario de Vinio a las Instituciones se convirtió en el libro de texto ordinario. Fue modificado en dos aspectos: primero, las referencias que podían entenderse ofensivas para la Inquisición, tales como una parte del tratamiento dado al matrimonio resultaron excluidas, y segundo, se incorporaron referencias al Derecho español. Juan Sala elaboró para los estudiantes españoles una edición de *Vinnius castigatus* (Valencia, 1767) que pretendía la consecución de tales objetivos. La portada representaba a la Justicia entregando con su mano izquierda las Instituciones de Justiniano al emperador y con la mano derecha las *Siete Partidas* al rey de España.

#### LA MADUREZ DEL DERECHO NATURAL

La última parte del siglo XVII conoció el avance del Derecho civil a través del Derecho natural. En la primera parte del siglo toda Europa estuvo atormentada a causa de la guerra y existía el anhelo de un Derecho imparcial que trascendiera las pasiones y los antagonismos humanos. Un buen número de autores sintieron que sólo si el contenido del Derecho romano podía ser extraído del corsé formal que lo aprisionaba, el Derecho romano podría cubrir esta necesidad. G. W. Leibniz, que era matemático, jurista y filósofo, afirmó en su *Nova*

\* En castellano en el original [*N. de los T.*].

*methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, publicado en 1667, que un sistema de análisis acorde con la naturaleza debía ser geométrico. Debía comenzar desde las primeras verdades, obtener las consecuencias directas y moviéndose de consecuencia en consecuencia llegar a un sistema lógico puro. En su opinión, las soluciones dadas por los juristas romanos eran insuperables por el poder de su razonamiento, aunque la Compilación justiniana adolecía de varios defectos. Contenía demasiados elementos superfluos, defectuosos, oscuros y confusos. Además Leibniz dedicó un importante esfuerzo a la elaboración de un *Corpus iuris reconcinatum* en el que los textos fueron reubicados con un orden más lógico.

En ocasiones afirmaciones extraídas de los textos justinianos fueron mantenidas como verdades universales que serían de aplicación incluso fuera del ámbito jurídico. El mismo Leibniz utiliza a menudo tales argumentos en el contexto del discurso moral. Por ejemplo, en su *Codex iuris gentium* de 1693 dice:

La doctrina del Derecho extraída de los confines de la naturaleza presenta un inmenso campo para el estudio del hombre. Pero las nociones de Derecho y Justicia, incluso después de haber sido tratadas por tantos autores ilustres, no han sido presentadas con suficiente claridad. Un Derecho es un tipo de posibilidad moral y una obligación una necesidad moral. Por moral entiendo aquello que equivale a natural para un hombre bueno: para aquellos que creemos, como los juristas romanos han dicho con acierto, que son incapaces de hacer cosas contrarias a la buena moral [*Political Writings*, trans. P. Riley, Cambridge, 1972, pp. 170-171].

Se trata de una extraña observación, ya que evidentemente sabemos que somos capaces de actuar contra la moral. El jurista a quien se refiere Leibniz es Papiniano y el texto D.28,7,15. El asunto jurídico original consistía en un testamento en el que el testador instituyó a su hijo como heredero suje-

to a condición. La norma decía que tal condición sólo sería válida si estuviese en manos del hijo cumplirla. Una institución sujeta a condición imposible se consideraba nula, de tal manera que la totalidad del testamento quedaba sin valor. El argumento de Papiniano se refería a los efectos de una condición que requería que el hijo hiciera algo inmoral. Papiniano mantuvo que tal condición invalidaba el testamento, tal como si se tratase de una condición ajena a la capacidad de actuar del hijo. Explicaba su conclusión recalcando que «no debe entenderse que tengamos la potestad de llevar a cabo acciones que dañen nuestras obligaciones sociales o ... que sean contrarias a la moral».

El argumento de Papiniano era que el Derecho no podía condenar una acción y al mismo tiempo requerir que se lleve a cabo como medio de satisfacer una condición. De esta forma había sido explicada su afirmación, por ejemplo por Cujas, quien se refería a ella como «una expresión digna de un cristiano» (*In lib. XVI quaestionum Pap. Comment., Opera Omnia* 1614, IV.346). En cualquier caso, en el clima intelectual del siglo XVII, un jurista como Papiniano, aunque fuese pagano, era visto como garante de los caracteres morales inalterables del Derecho. Puesto que había sufrido por sus creencias, cuando rehusó perdonar al emperador Caracalla la muerte de su hermano, el poeta Andreas Gryphius en 1659 hizo de Papiniano el héroe de un drama moral.

La identificación del Derecho natural con la filosofía moral fue confirmada por Samuel Pufendorf, quien al ser llamado a la primera cátedra de Derecho natural y de gentes (en la facultad de Filosofía de Heidelberg en 1661) marcó el reconocimiento formal del Derecho natural como disciplina autónoma. Frente a Grocio, Pufendorf insistió en el carácter específicamente cristiano del Derecho natural y concentró sus esfuerzos en los derechos y obligaciones naturales. Al igual que los humanistas sistemáticos del siglo anterior se habían inspirado en las propuestas de Cicerón de convertir el Derecho civil en una ciencia, así Pufendorf encontró un modelo en

el tratado de Cicerón acerca de los deberes (*De officiis*). Su obra principal es un vasto tratado de Derecho natural y de gentes pero su influencia global procede de su breve y escasamente conocida obra *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (Sobre los deberes del hombre y del ciudadano de acuerdo con el Derecho natural), publicada en 1673. En esta obra abandonó el conocido esquema de las Instituciones y, aunque mantuvo las categorías romanas, las presentó en un orden diferente.

Ocupándose en primer lugar de los deberes del hombre en cuanto hombre, Pufendorf argumentaba que siendo el hombre un ser social y racional, Dios creó un Derecho natural para él, que vendría expresado en el mandato evangélico de amar a Dios y a los otros como a sí mismos. Así, el hombre como hombre tenía tres deberes básicos, con Dios, consigo mismo y con el resto de los hombres. Éstos constituían el primero de los principios, al que las demás normas más detalladas debían seguir lógicamente. El primer deber del hombre con los otros hombres es la obligación que aparece cuando le da al otro su palabra. Subsiguientemente aparece el deber de respetar la propiedad ajena y los contratos que se refieren a la propiedad especialmente la compraventa. Como ciudadano, los deberes del hombre nacen de las asociaciones a las que pertenece, que van desde la familia hasta el Estado. Las relaciones derivadas de la familia son todas aquellas que hacen referencia al marido y la mujer, padres e hijos y patrones y siervos (en una sociedad preindustrial los siervos eran considerados más como familia que como sujetos de un contrato de trabajo).

La búsqueda de un orden natural deducido geoméricamente de los principios cristianos la continuó vigorosamente el francés Jean Domat en *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694). Para Domat, «el orden social se mantiene en todas partes a través de los lazos con que Dios ha unido a los hombres entre sí y se perpetúa en el tiempo a través de la sucesión, por la que se llama a ciertas personas a suceder, en el

lugar de aquel que muere, en todo aquello que pueda pasar a los sucesores». Estableció además ciertos principios de aplicación sobre la totalidad del Derecho privado. Éstos fueron extraídos del primer título del Digesto (1,1,10): No se debe dañar al otro y debe dársele lo que se le debe.

Personas y cosas quedan reducidas a una breve descripción de diferentes tipos, tal como aparecen en la naturaleza y de acuerdo con el Derecho civil. El resto del Derecho privado se clasificaba en dos grupos: obligaciones (contratos) y sucesiones. Las obligaciones pueden ser voluntarias o involuntarias. La primera categoría no sólo incluye a las obligaciones contractuales sino también a todas aquellas que proceden de los usufructos y las servidumbres prediales. La segunda categoría recoge las obligaciones derivadas de delito. Estos juristas redujeron los diversos tipos de delitos presentes en el Derecho romano a un principio general por el cual uno es responsable de todos los daños causados al otro actuando con dolo o culpa. Sin embargo, las obligaciones involuntarias también incluían responsabilidades personales, obligaciones que en las Instituciones de Justiniano se habían clasificado como cuasicontractuales. En esencia consistían en todas las responsabilidades personales que no derivaban de contrato, delito o cuasidelito, incluyendo la responsabilidad de los tutores frente a sus pupilos y la de los copropietarios entre ellos mismos, las cuales anteriormente habían sido reguladas con la persona o la propiedad respectivamente. Domat también subsumió bajo el título de obligaciones aquellos elementos jurídicos que las rodeaban, tales como las garantías reales y personales, la posesión y la prescripción. La otra parte principal del Derecho privado, las sucesiones, regulaba los testamentos, la sucesión intestada y las instituciones testamentarias como los fideicomisos (*fideicommissa*). Curiosamente el esquema de Domat iba a ser más seguido en Alemania que en Francia, siendo el antecesor del orden de la Pandectística y del Código civil alemán.

En la primera mitad del siglo XVIII, el Derecho natural se hizo aún más abstracto convirtiéndose en series de deduc-

ciones lógicas que arrancaban de la naturaleza racional y social del hombre. Los más importantes representantes de esta tendencia fueron los alemanes Christian Thomasius (1655-1728) y Christian Wolff (1679-1754). Thomasius minimizó la utilidad del Derecho romano argumentando que escasamente una vigésima parte del Digesto tenía alguna aplicación en los tribunales alemanes, y aquellas partes que aún guardaban relevancia práctica resultaba que derivaban en lo esencial del Derecho natural. Thomasius deploraba la difuminación de los límites entre Derecho y moral y sostenía que el Derecho natural consistía básicamente en argumentos (*consilia*) que alumbraban al gobernante, siendo éste quien podría incorporarle el elemento compulsivo que lo convertiría en Derecho. Por otra parte, Wolff elaboró un completo sistema matemático de Derecho natural, compuesto por series de deberes morales, todos ellos deducidos racionalmente de los principios morales generales compartidos por todo el mundo que vive en sociedad (*Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, 8, 1740-1748).

#### EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

En el siglo XVIII el Derecho civil romano se vio envuelto en el gran movimiento intelectual de la Ilustración. La filosofía del Derecho natural racionalista proclamó que un grupo completo de leyes debía ser organizado simple y racionalmente, eliminándose las complejidades existentes, y que todo lo que era necesario para promulgarlo era simplemente el deseo del príncipe. Los gobernantes estaban ocupados en consolidar su poder sobre diversos dominios, cada uno con una amalgama diferente de Derecho romano y Derecho consuetudinario, y vieron en la imposición de un único código jurídico para todos los territorios una vía para unificarlos. De igual forma consideraron la codificación como un medio de limitar la in-

dependencia de los tribunales, que a menudo representaban los poderosos intereses de la aristocracia provincial. La codificación fue objeto de reivindicación frente a los príncipes sobre todo por parte de los pensadores mercantilistas, quienes argumentaban que el comercio resultaba frenado por la diversidad de leyes y que podría beneficiarse claramente de un Derecho uniforme.

El concepto dieciochesco de código no era la mera recopilación del Derecho, redactado de forma ordenada y sistemática. Por lo general el código se proponía reemplazar las viejas normas que se habían quedado anticuadas, por un nuevo y moderno Derecho adaptado a las necesidades de los tiempos. Sin embargo, las consideraciones en torno a qué mantener y qué descartar del antiguo Derecho consiguieron que el movimiento codificador hiciera a los individuos conscientes del origen de los variados elementos de las diferentes leyes que estaban siendo sintetizadas. En un primer momento, el Derecho civil romano ocupó un lugar destacado en la mente de los codificadores, pero conforme avanzaba el siglo, comenzó a cuestionarse su relevancia. El Derecho civil romano comenzaría a ser visto menos como un intemporal *Ius commune* o Derecho natural y más como el Derecho de una sociedad antigua, propio de un periodo muy diferente del Siglo de las Luces.

A fines del siglo XVIII, la actitud hacia el Derecho romano se vio afectada por el éxito de la obra de Montesquieu *De l'esprit des lois* publicada en 1748. Montesquieu cuestionó la forma racionalista y abstracta del Derecho natural, en la que los elementos romanos habían sido en gran medida excluidos, aunque sus propios planteamientos hicieran poco para impulsar una mayor referencia al Derecho romano. Comienza con la tranquilizadora observación de que en general las leyes son «relaciones necesarias procedentes de la naturaleza de las cosas» y que las leyes humanas son el resultado de la aplicación de la razón. Señala, sin embargo, que la naturaleza de las cosas a la que debe ser aplicada la razón, difiere de una a otra

sociedad. Las leyes no pueden ser universales pues dependen del clima, la economía, las tradiciones, las costumbres, la religión y el resto de los factores dominantes en una sociedad. El conjunto de estos factores forman «el espíritu de las leyes» de cada sociedad que el legislador ignora peligrosamente. Montesquieu utilizó múltiples ejemplos procedentes del Derecho romano para ilustrar su tesis, aunque la mayor parte de sus lectores hubiesen podido obtener la conclusión de que el Derecho romano reflejaba el espíritu de una sociedad antigua manifiestamente diferente de las sociedades contemporáneas.

#### PRIMERAS CODIFICACIONES EN ALEMANIA Y AUSTRIA

Los primeros esfuerzos para codificar el Derecho estatal se llevaron a cabo en los países de lengua alemana. Los códigos completos más tempranos fueron los del Ducado de Baviera y eran obra de un solo hombre, W. X. A. von Kreittmayr, canciller del elector Max Joseph III. En primer lugar elaboró un Código penal y un Código de procedimiento civil, y más tarde, en 1756, un Código civil, el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*. Era de carácter práctico, escrito en un claro alemán y con escasos reflejos de la teoría del Derecho natural. Sistematizó el orden bávaro del *Ius commune*, según el establecido en las Instituciones, al tiempo que incidentalmente resolvió algunos puntos controvertidos.

Los códigos de Prusia y Austria fueron el producto de muchas consultas. Alrededor de 1714, el rey Federico Guillermo I de Prusia, al ascender al trono de lo que todavía era un conjunto de dominios dispersos, se dirigió a la facultad de Derecho de la Universidad de Halle, cuyo miembro más destacado era Christian Thomasius, para que se preparase en el plazo de tres meses un documento «comprensible» acerca del Derecho privado. El proyecto nunca se llevó a cabo y las energías de Federico Guillermo I se ocuparon de otros asuntos, pero vein-

ticuatro años más tarde comisionó a Samuel von Cocceji, su ministro de Justicia, para que preparase un nuevo informe. A diferencia de Thomasius, Cocceji era un experto romanista y trató de mantener el predominio del Derecho romano, si bien el sentir popular estaba en su contra. La opinión común asociaba la dilación de los pleitos y las decisiones aparentemente arbitrarias de los tribunales con la formación que tanto abogados como jueces habían recibido del Derecho romano.

Cuando Federico el Grande sucedió a su padre, decidió disponer de un código escrito en alemán y basado en «la razón natural y el carácter del pueblo» en el que el Derecho romano tan sólo se incluyese donde coincidiera con aquéllos. El redactor principal fue Carl Gottlieb Suárez quien compartía la perspectiva de Christian Wolff, según la cual era obligación del gobernante guiar a sus súbditos hacia una vida perfecta y racional en la que serían tan buenos individuos como buenos ciudadanos. El código prusiano iba a tener además un valor educativo y al estar destinado al hombre corriente debía ser comprensible, claro y preciso.

El texto definitivo del *Allgemeines Landrecht*, promulgado en 1794, es excelente. Claramente estructurado de acuerdo con la distinción que Puffendorf establecía entre el hombre como individuo y como miembro de un grupo, abarcaba desde la familia hasta el Estado pasando por las clases sociales. Comprende 19.000 artículos no sólo concernientes al Derecho privado sino también al Derecho público, penal, feudal, eclesiástico y comercial; incluso se propone regular aspectos normalmente considerados ajenos a los mandatos jurídicos tales como las relaciones íntimas entre los esposos. Se aprecian influencias romanas principalmente en la regulación de la propiedad.

En Austria, donde existía un inmenso desorden territorial en el que cada provincia tenía su propia e independiente administración y estructura judicial, la necesidad de unificación era particularmente acusada. El emperador Carlos VI patrocinó la unificación del Derecho referido a la sucesión intesta-

da que en gran medida estaba basado en el Derecho justinianeo. Esta medida entró en vigor en la alta y baja Austria entre 1727 y 1747. María Teresa, sucesora de Carlos, deseaba una codificación más completa. En 1753 una disposición suya mandaba elaborar un código de Derecho privado, ajeno a leyes de grupos o clases, que estuviese basado en el *Ius commune* pero que utilizase la ley de la razón para corregirlo o completarlo.

La primera redacción del *Codex Theresianus*, en 1766, revelaba un compromiso entre el Derecho tradicional de las diferentes provincias y elementos procedentes del Derecho romano y del Derecho consuetudinario. Sus 8.367 artículos se escribieron en lengua vernácula pero fueron agrupados de acuerdo con las categorías romanas. Fue atacado tanto por los conservadores, que no querían perder sus privilegios territoriales y para los que iba demasiado lejos, como por los reformistas para quienes no suponía un avance suficiente. Estos últimos concentraron su crítica en los elementos romanos acusándolos de revestir al código de un aspecto anticuado. Argüían que el propósito del nuevo código debería ser la exclusión de las leyes oscuras y contradictorias ya fueran de origen romano o consuetudinario para reemplazarlas por un Derecho enteramente nuevo y «moderno».

En el clima intelectual de la época, Derecho moderno significaba Derecho natural. El principal exponente del Derecho natural en Austria fue Karl Anton von Martini, para quien resultaba claro que descartar por completo el Derecho romano era actuar con exceso de celo:

El Derecho civil romano llega hasta el límite del Derecho natural. Es posible evitar todos los errores si sus defectos son complementados con los preceptos del Derecho natural y se iluminan sus pasajes oscuros. Muchas leyes romanas son leyes arbitrarias y otras opuestas a la razón. Sólo la jurisprudencia natural enseña a distinguir entre las leyes arbitrarias y necesarias, y mejora aquellas que se oponen a la razón [*Lehrbegriff des Natur- Staats- und Völkerrechts*, Viena, 1783, § 228].

Un aspecto importante del Derecho privado romano fue que la ley hiciera pocas distinciones dentro de los hombres libres entre quienes fuesen de diferente *status* social. Comparándola con sistemas jurídicos contemporáneos resultaba menos estratificada. Así, aunque el Derecho romano como tal fuese rechazado, ciertos esquemas de éste volverían bajo la forma de Derecho natural.

El trabajo de revisión del texto teresiano continuó de forma esporádica y veinte años después de su publicación se completó una versión más simple, reducida a una cuarta parte de su tamaño original, la cual se envió a las asambleas provinciales y a las universidades para que fuese evaluada. El núcleo de sus respuestas coincidió en que el Código debía ser más expresivo en cuanto a los límites que el Derecho racional debía imponer al poder del gobierno central. Martini consiguió un difícil compromiso entre una visión del monarca como ajeno a las leyes y portador del poder de convertir su voluntad en ley, y quienes pensaban que era el Derecho natural el que establecía los límites, sin que el legislador pudiera sobrepasarlos.

A Martini le sustituyó Franz von Zeiller, quien elaboró el Código de 1.502 artículos finalmente en vigor desde 1812. Influido por Immanuel Kant, aceptó la distinción entre moralidad y Derecho en sentido estricto, abandonando la idea de que un conjunto de principios morales aceptados pudiera ser promulgado, limitándose el contenido del código únicamente al Derecho. Lo presentó como un compromiso práctico entre el Derecho romano, en tanto que expresión de principios inalterables de la razón, y las necesidades específicas del Estado. El Código de Zeiller ha permanecido, con ciertas enmiendas, hasta nuestros días.

#### POTHIER Y EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El más célebre producto del movimiento codificador no padeció un largo periodo de gestación como los que habían ca-

racterizado a los códigos prusiano y austríaco. La promulgación de un Código civil fue uno de los objetivos de la Revolución Francesa, siendo de destacar que aquellos que lo patrocinaron en origen tenían unos objetivos diametralmente opuestos a los de Federico el Grande. Buscaban hacer desaparecer la estructura jurídica sobre la que se apoyaba el *Ancien Régime* y reemplazarla por un breve y sencillo código que expresase las aspiraciones de libertad, igualdad y fraternidad. La Asamblea constituyente había rechazado dos proyectos cuando en 1799 Napoleón llegó al poder. Éste nombró una comisión de cuatro miembros, dos procedentes del ámbito del Derecho consuetudinario y dos del Derecho escrito, para que preparasen un Código civil que combinase lo mejor de ambos sistemas.

Afortunadamente los redactores del Código francés tenían a su alcance un material valioso representado por las obras de un antirrevolucionario conspicuo del antiguo régimen, un magistrado hereditario de Orleans llamado Robert Joseph Pothier (1699-1772). Éste había adelantado una parte importante del detallado trabajo preliminar necesario para la preparación de un Código civil, cuando en su juventud se propuso el objetivo de reducir tanto el Derecho romano como el Derecho consuetudinario a un orden racional y útil. Comenzó con el problema del Digesto de Justiniano. Aunque mantuvo los títulos originales, reubicó todos los fragmentos dentro de cada título con un orden lógico, acompañando a cada título de una introducción, y conectó los diferentes pasajes uniendo los fragmentos del texto. Pothier se ocupó en primer lugar del Derecho romano de la Antigüedad, si bien presentó los textos como ilustraciones de principios racionales de validez general. Cuando se ocupó del último título acerca de las reglas generales, incrementó su número desde las 211 de Justiniano a 960, sistematizándolas bajo cinco epígrafes: reglas generales, reglas aplicables a las personas, a las cosas, a las acciones, y reglas de Derecho público. Pensaba que el nuevo título podría servir «de índice universal de todo el Digesto». Los frutos de la