

Peter G. Stein

# El Derecho romano en la historia de Europa

*Historia de una  
cultura jurídica*



El Derecho romano ha seguido estando presente en Europa después de la caída del Imperio Romano. En esta circunstancia se basa uno de los valores fundamentales de la cultura europea: el imperio del Derecho (*rule of law*).

El famoso estudioso británico del Derecho, Peter G. Stein, expone la historia del Derecho romano desde sus comienzos en la Roma republicana. Sigue las huellas de su influencia hasta el presente en los ordenamientos jurídicos de los principales Estados europeos.

Su previa vigencia como *Ius commune*, como Derecho común, de los Estados de Europa sirve hoy de paradigma en el debate en torno a la unificación del Derecho privado en los países de la Unión Europea. El Derecho romano conserva así su gran importancia también para nuestra época.

La nueva colección *Historia de Europa*, preparada y editada inicialmente por S. Fischer Verlag (Alemania), invita al descubrimiento de Europa y ofrece, desde muy diferentes perspectivas, un nuevo panorama histórico europeo desde la Antigüedad hasta el presente. Los distintos volúmenes, sucintos y de fácil lectura, se dirigen a un público amplio, que valore tanto una información objetiva como una clara exposición.



9 788432 310607

HISTORIA DE EUROPA

5409

897.E

H

## Historia de Europa

Editada por Wolfgang Benz

Concepción: Wolfgang Benz, Rebekka Habermas y  
Walter H. Pehle

Consejo científico:

Natalie Zemon Davis, Princeton Toronto  
Richard von Dülmen, Saarbrücken  
Richard J. Evans, Cambridge  
Bronislaw Geremek, Varsovia  
Hermann Graml, Múnich  
Eric J. Hobsbawm, Londres  
László Kontler, Budapest  
Arno J. Mayer, Princeton  
Wilfried Nippel, Berlín  
Jean-Claude Schmitt, París

Traducción:

César Hornero  
Armando Romanos

*El imperio del Derecho (rule of law), la protección de los derechos individuales gracias a los procedimientos jurídicos formales, constituye uno de los valores fundamentales de la cultura europea. Su reconocimiento general se debe además a la constante presencia del Derecho romano en todas las épocas de la historia de Europa.*

*Tras la caída del Imperio Romano, el Derecho romano ejerció gran influencia en el Derecho consuetudinario de los Estados germánicos que le sucedieron. Luego adquirió renovada importancia en la alta Edad Media, en la Escuela Jurídica de Bolonia. Tampoco dejó de ejercer su influencia en el Derecho canónico de la Iglesia, y fue acogido en los Estados nacionales que se desarrollaban a comienzos de la Edad Moderna. Finalmente, durante el siglo XIX desempeñó un importante papel para los distintos ordenamientos del Derecho privado en la Europa contemporánea.*

*En una escueta exposición, dirigida al lector general interesado por el tema, Peter Stein presenta la historia del Derecho romano desde sus inicios con la fundación de la República Romana. El autor muestra cómo se fue formando en la Edad Media, a partir del Derecho romano, un ius commune, un Derecho común en el que solían buscar consejo los juristas de todos los Estados europeos. En esta forma sirve hoy de paradigma en los debates en torno a la unificación del Derecho privado en los países de la Unión Europea. Conserva así gran importancia también para nuestra época.*

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

310.000 E  
\$ 819.000  
2001  
21

Historia de Europa

PETER G. STEIN

**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



SIGLO VEINTIUNO  
DE ESPAÑA EDITORES

**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).

1.5 JUN 2001 compra

30.4013



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 Closures-Orcoyen, S. L. Polígono Igarza.

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>lus 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 reacción 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 ésa 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.*

Resulta imposible, además, fechar el nacimiento de Europa. Incuestionablemente, la cultura greco-romana y el cristianismo terminarían por ser los dos pilares fundamentales de lo que acabaríamos llamando civilización europea (por lo que hubo una Europa antes de Europa: por ejemplo, el mundo celta). Pero lo que propiamente vino a ser Europa fue cristalizando entre los siglos IV y VIII de nuestra era, al hilo, por tanto, de la interacción del Imperio romano tardío, las migraciones de los pueblos germánicos, el desarrollo de Bizancio, la expansión del cristianismo y la aparición del Islam. Es un hecho cierto, con todo, que el término Europa no desplazó al de Cristiandad en el mismo lenguaje político europeo hasta el siglo XVII. La idea de una nación europea, de una unidad política europea fue, como es sabido, muy posterior; aunque hubiera antecedentes, fue esencialmente una idea del siglo XX.

Europa nunca fue una comunidad cultural unitaria (como tampoco constituyó nunca una unidad política). La misma romanización, por ejemplo, no se extendió por la Europa situada al este y norte del Rin y al norte y nordeste del Danubio. La división del Imperio romano en Oriente y Occidente terminó por crear dos mundos ampliamente diferentes: por un lado, el mundo bizantino, la Europa ortodoxa (y en gran parte, eslava); por otro, Roma, la cristiandad de Occidente. Rusia, a su vez, fue siempre sólo parcialmente europea. Europa, además, cristalizaría con el tiempo (digamos que desde el siglo XI en adelante) en diferentes naciones y nacionalidades. De Europa, así, habría que decir lo que el historiador Fernand Braudel dijo del Mediterráneo, que fue, y es, «mil cosas a la vez».

El mismo legado histórico europeo es sencillamente abrumador: la filosofía clásica y la ciencia experimental; el derecho romano; la idea de nación; el humanismo renacentista; la reforma y la contrarreforma; el parlamentarismo; los grandes descubrimientos geográficos; la Ilustración y el absolutismo; la libertad política; la revolución industrial; la conciencia histórica; el imperialismo, los totalitarismos; las guerras mundiales; el Holocausto. En un libro inmediatamente estimadísimo en todos

los círculos europeístas, *El rapto de Europa (1954)*, el historiador español Luis Díez del Corral cifraba la civilización europea en las realizaciones del helenismo clásico y de la Antigüedad, de la cristiandad medieval, del humanismo renacentista, de la Ilustración y del liberalismo moderno. Díez del Corral argumentaba que la riqueza y dinamismo de la cultura europea —basada en la ciencia, la técnica y la razón— habían determinado la centralidad de Europa en la historia; pero pensaba, igualmente, que la violentación exacerbada de los elementos constitutivos de su identidad habían provocado el rapto de Europa, esto es, el extravío que la civilización europea había sufrido en el siglo XX, arrebatada por la voluntad de dominación, el imperialismo, el nacionalismo agresivo y los totalitarismos.

Incorporar al tiempo la inmensa diversidad de sus diferentes naciones y culturas, y el sentido unitario último de muchas de sus creencias, ideas, valores e instituciones, es el gran desafío al que se enfrenta toda historia global de Europa. La Historia de Europa proyectada y editada por Wolfgang Benz prescinde deliberadamente de la historia separada de las naciones europeas; pone el énfasis, por el contrario, en el sentido de las estructuras comunes a la civilización europea: formas de vida, mentalidades, moral y comportamiento colectivos, visiones y percepciones de las cosas, la vida material, la espiritualidad. Es, así, una Historia que aspira a cimentar historiográficamente el gran proyecto que Europa acometió a raíz de la Segunda Guerra Mundial, esto es, la construcción misma de la unidad europea. Es, por tanto —como quedó dicho al principio—, una historia que viene a responder a la pregunta antes citada que se hacía Gadamer en 1989: cómo Europa se ha convertido en lo que hoy es.

Sin duda, la reflexión sobre Europa en la historia fue desde el primer momento central al concepto y proceso de unificación europea. Precisamente, la necesidad de crear algún tipo de unidad supranacional capaz de contener y diluir las tensiones nacionales y nacionalistas de los países europeos vistas como la causa principal de los desequilibrios y conflagraciones europeos

y mundiales a lo largo de los siglos, y la necesidad de reforzar la presencia de Europa en un mundo en el que la hegemonía europea, clave de la historia durante siglos, aparecía ahora, siglo xx, cuestionada si no (desde 1945) definitivamente superada, fueron las razones últimas que llevaron a la unión europea, iniciada definitivamente con la presentación el 9 de mayo de 1950 del Plan Schuman (que tomó su nombre del entonces ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, luego Presidente del Movimiento Europeo y, entre 1958 y 1960, presidente de la Asamblea parlamentaria europea de Estrasburgo). La reflexión sobre el espíritu europeo, el deseo de definir lo que Europa había significado en la historia —y lo que debía seguir significando—, la búsqueda de una teoría de Europa que diese sentido y contenido cultural a la unidad económica y política europea, fueron siempre paralelas a la construcción de las instituciones europeas.

Eso reflejaba la aparición de libros con títulos expresivos y de autores bien conocidos como, por citar sólo unos pocos ejemplos, *L'Esprit de l'Europe*, de Salvador de Madariaga (1952), *L'Europe en jeu*, de Denis de Rougemont (1953), el ya citado *El rapto de Europa* de Luis Díez del Corral (1954), *L'Esprit européen*, de Karl Jaspers (1957), *la Histoire de l'Europe*, de Henri Pirenne (1958-62), *Histoire de l'Europe*, de H. Brugmans (1960), *Vingt-huit siècles d'Europe*, de Rougemont (1962), y *L'idée d'Europe dans l'histoire*, de J. B. Duroselle (1965), precedidos por la Meditación sobre Europa, título de la resonante conferencia pronunciada por Ortega y Gasset en Berlín en septiembre de 1949.

La meditación orteguiana —que tenía una ambición extraordinaria: sentar las premisas culturales sobre las que edificar un nuevo orden europeo, dilucidar lo que habían sido la civilización, la geografía y las instituciones europeas— resulta a este respecto paradigmática. Quería resolver lo que era evidente a la luz de toda la historia europea: la dualidad entre Europa como ámbito común de una civilización y una sociedad definida por unos usos, unas costumbres, unas leyes y unas formas de

poder poco menos que comunes, y entre Europa como cristalización (como ya quedó dicho más arriba) de diferentes naciones y nacionalidades. Ortega veía en el equilibrio europeo —equilibrio entre las distintas formas de ser europeo que eran las distintas naciones y sus respectivas culturas y lenguas— la fórmula que había hecho a Europa y entendía que la dualidad unidad de vida colectiva/idea de nación debía constituir el fundamento de la reconstrucción europea. Madariaga, por su parte, veía en la libertad la esencia misma de la vida europea. Jaspers identificaba Europa con tres palabras: libertad, historia, ciencia.

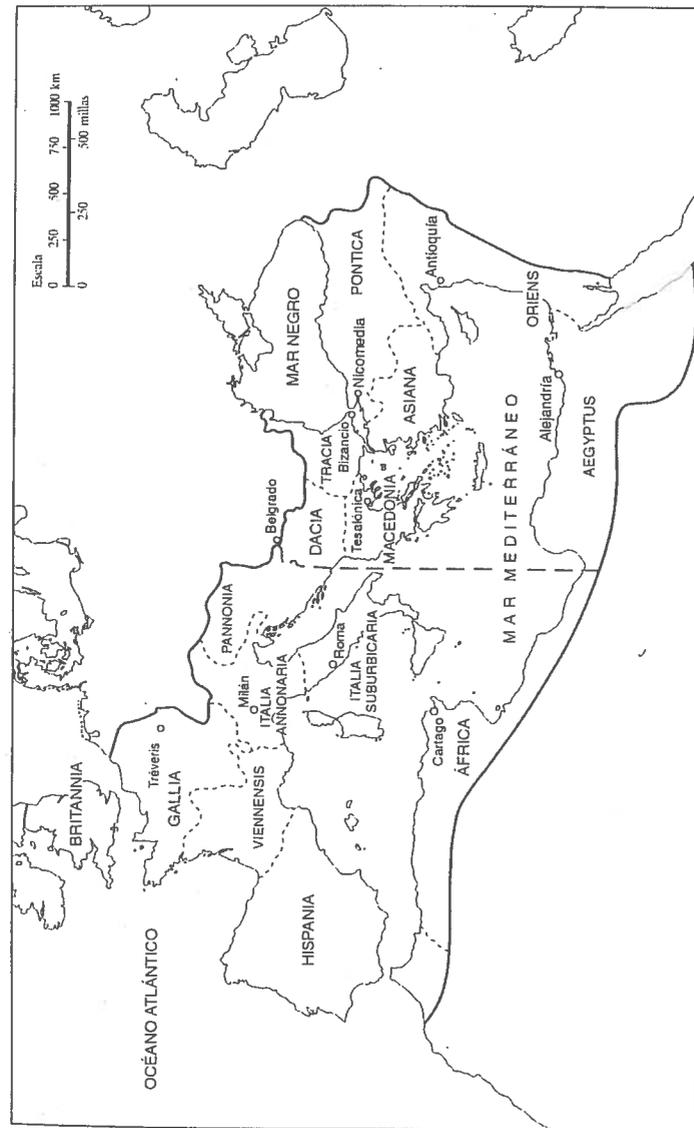
En 1957, el Colegio de Europa y la Universidad de Pennsylvania reunieron una conferencia para definir los valores esenciales de la civilización europea, y por extensión de la civilización occidental. Los puntos principales de las conclusiones fueron:

- el respeto por el valor intrínseco de la persona como tal, como valor superior a toda concepción absoluta del Estado;
- la libertad, como inseparable de la responsabilidad moral del individuo;
- la solidaridad humana y el deber de hacer acceder a todos los hombres a los bienes materiales y espirituales;
- el diálogo, la libre discusión de todas las opiniones, el respeto al otro, la confrontación de las ideas.

Individuo, ciudadanía, libertades, democracia: tales eran, básicamente, los valores que, desde aquella perspectiva, definían a la civilización europea. Sobre esos valores se quiso construir la unidad europea por más que las dificultades políticas, económicas y sociales que surgirían en el camino, la necesidad de optar por una estrategia gradualista que atendiese en primer lugar a lo que parecía más complejo y sustantivo (la unidad económica, la unión aduanera, el mercado común), a menudo lo hicieran olvidar. Jean Monnet, el verdadero artífice de la uni-

*dad europea, decía que las ideas no servían si no se traducían en instituciones, y probablemente llevaba razón. Merced a un hombre como él, más próximo al funcionario que al ideólogo brillante o al líder carismático, Europa tendría ideas e instituciones. Pero Monnet (y con él, todos los grandes europeístas) ambicionaba un proyecto fantástico y quién sabe si imposible: una Europa sin naciones. Porque siempre dijo que Europa o sería transnacional o no sería nada.*

Juan Pablo FUSI AIZPÚRUA



Las diócesis administrativas del Bajo Imperio Romano

## INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en el legado de la Antigüedad clásica, lo primero que aparece es el arte griego, el teatro griego y la filosofía griega; cuando dirigimos la mirada hacia Roma, lo que viene a nuestra mente son probablemente las calzadas romanas y el Derecho romano. Los griegos reflexionaron con profundidad acerca de la naturaleza del Derecho y de su papel en la sociedad, pero el Derecho «real» de los diversos estados griegos no alcanzó un alto grado de desarrollo por lo que no hubo más que una elemental ciencia del Derecho. Los romanos, por contra, no prestaron mucha atención a la Teoría del Derecho; su Filosofía del Derecho fue en gran medida tomada de los griegos. Lo que les interesaba eran las reglas que gobernaban la propiedad individual y las acciones derivadas de ésta. De hecho, las específicas normas que constituyeron el Derecho romano fueron elaboradas por juristas profesionales y llegaron a ser altamente sofisticadas. La superioridad técnica de su razonamiento, que lo ha hecho tan atractivo para los juristas de todas las épocas, explica que el Derecho romano no sea fácilmente accesible para el profano. Inevitablemente sus méritos tienen menor atractivo que el arte o las calzadas. Con todo, a lo largo de los siglos ha jugado un importante papel en la creación de la idea de una cultura común europea.

La mayor parte de lo que conocemos del viejo Derecho romano procede de una compilación de materiales legales realizada en el siglo VI d.C. por mandato del emperador bizantino Justiniano. Los textos que se incluyeron en esta colección fueron el producto de un millar de años de ininterrumpido desarrollo jurídico, durante el cual el Derecho romano adquirió ciertos rasgos que lo caracterizarían definitivamente. Durante

este milenio, aproximadamente desde el año 500 a.C. al año 550 d.C., Roma se expande desde una pequeña ciudad-estado a un imperio mundial. Políticamente se transformó, primero de una monarquía a una república y luego, no lejos del comienzo de la era cristiana, a un imperio. Durante ese tiempo su Derecho se fue adaptando para adecuarse a la cambiante situación social, pero en todo momento se mantuvo el mismo Derecho que en esencia se conformó en la temprana vida romana.

Los textos justinianeos han sido contemplados desde diferentes perspectivas por diferentes personas en diferentes periodos de la historia europea. El renacimiento del Derecho romano comenzó en Italia, constituyéndose ésta en el foco de su estudio y desarrollo a lo largo de Edad Media. En el siglo XVI con el advenimiento del Humanismo, Francia asumió el protagonismo. En el siglo XVII, fue el turno de los holandeses que ofrecieron una nueva visión y en el siglo XIX todavía la doctrina alemana abordó de nuevo la cuestión. Por supuesto, en cada periodo se destacaron diferentes aspectos.

El Derecho romano ha tenido partidarios apasionados y feroces oponentes. Como señalaba H. F. Jolowicz en 1947, estos últimos basaban su oposición en tres cuestiones fundamentales. Primero, habría sido considerado como un sistema extraño, producto de una sociedad esclavista y ajena a cualquier planteamiento social. En segundo lugar, habría sido descrito tanto como un sistema favorecedor de reglas absolutistas como hostil a liberalizar las instituciones políticas. En tercer lugar, habría sido considerado el puntal del capitalismo individualista, potenciando el egoísmo frente al bien común («Political Implications of Roman Law», *Tulane Law Review*, 22 [1947], p. 62). Algunas veces estos argumentos han sido presentados de forma conjunta. El originario programa del partido nazi en Alemania reclamaba que «el Derecho romano, que sustenta el orden materialista mundial, debía ser reemplazado por un Derecho común alemán». Esa actitud motivó que el gran historiador del Derecho que fue Paul Koschaker advir-

tierra de la crisis del Derecho romano y escribiera su *Europa und das römische Recht*, finalmente publicado en 1947.

Cincuenta años más tarde todavía una cierta crisis afecta a los romanistas; con todo, la contribución del Derecho romano a la cultura europea puede ser hoy revisada más detenidamente. Este libro no pretende rivalizar con el de Koschaker. Intenta dar una idea del carácter del antiguo Derecho romano y describir cómo sus textos han constituido una especie de supermercado legal, en el que los juristas de diferentes periodos han encontrado lo que necesitaban en cada momento. Su carácter ha marcado de forma indeleble el pensamiento político y jurídico europeo. De todo esto, de cómo ha sucedido y de sus resultados, es de lo que nos vamos a ocupar en esta obra.

### 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 encasarse 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 fijas 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 preveían 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 habilidoso 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 tardorrepurbanos se sustentaban por entero en su reputación personal. Por otro lado, se recopilaron 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 introducían 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 rompiese 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 desafiaran 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 *index* 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 Proculeyanos 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 Proculeyanos, 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 incorpóreas. Las cosas físicas, ya fueran muebles o inmuebles, habían sido siempre consideradas como tales. Bajo la nueva clase de cosas incorpóreas, 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 incorpóreas. El otro componente que Gayo situó entre las cosas incorpóreas 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 compeljían 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 incorpóreas 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 cancillería 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 terríficos 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 derramaron 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 cancellería 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 atribuyó 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 veinteava 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 extraer. 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 verían 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 galorromanos, 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 justiniano 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, recogiendo 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, ostentadas 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). Nació 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 códice 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 *littera 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 Irnerio 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 (Decretales) de los Papas y fragmentos de Derecho Romano. Inicialmente los juristas civilistas mantuvieron una actitud de desdén hacia ese mare-magno 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 decretales 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 brocados 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 archidiacono 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 compartirían 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 ordalías.

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 Boloña, 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 balbuces. 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 deseara 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 commedia* 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 mantenía 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 Bellaperica (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 Sassoferrato, 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 Todi 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.

Bártolo comprendió que el Derecho había de acomodarse a los hechos. Acerca de la cuestión del poder del emperador sobre las ciudades italianas, fue capaz de añadir algo a las opiniones de Azzo. Aunque para el Derecho el emperador era el señor del mundo, Bártolo observó que en la práctica muchos pueblos no le obedecían. En las ciudades-estado italianas, el pueblo no reconocía superior, hacían leyes como querían y de esta manera, concluyó, poseían *imperium*, con tanto poder dentro de sus territorios como el emperador tenía en general. Comoquiera que habían ejercido este poder durante mucho tiempo, no necesitaban probar ninguna concesión por parte del emperador. En efecto, cuando el pueblo confiere el poder a sus gobernantes, estos últimos son delegados del pueblo, que retiene la autoridad última.

La tendencia práctica de Bártolo puede ilustrarse con su aproximación a los problemas que surgen cuando diferentes normas concurren en un conflicto: entre Derecho civil y Derecho local, entre una ley local y otra y entre Derecho civil y Derecho canónico.

Bártolo abordó la cuestión del conflicto entre el Derecho civil y el Derecho local en una discusión sobre una costumbre de Venecia. Esta costumbre otorgaba validez a un testamento con tres testigos, lo que era directamente contradictorio con la regla romana que exigía un mínimo de cinco testigos (C.6,23,31). Bártolo buscó la razón para declarar nula una costumbre local, concluyendo que si contradecía una ley imperial, por esta razón se presumía que era una mala costumbre. Los emperadores romanos, sin embargo, era sabido que habían admitido la existencia de costumbres locales por vía del privilegio. De ello se sigue la posibilidad de rechazar la presunción de que una costumbre conflictiva es necesariamente una mala costumbre. El Derecho justinianeo pudo invalidar sólo las costumbres ya existentes en su tiempo. Era posible probar que una costumbre posterior era buena, a pesar incluso de encontrarse en oposición con el Derecho justinianeo. Los venecianos conocían mejor sus propias necesidades. Si pensaron que no era

razonable esperar que cinco mercaderes interrumpieran sus actividades comerciales para hacer de testigos de un testamento, una norma que otorgara validez a un testamento con sólo tres testigos sería válida, ya que en caso contrario los últimos deseos del testador quedarían frustrados. De este modo, Bártolo usó argumentos romanos para poner una regla justiniana de su parte.

Aunque Bártolo tuvo que justificar la existencia de un Derecho particular (*Ius proprium*) al lado del *Ius commune*, obtuvo aceptación para la idea de que los estatutos locales debían ser interpretados de acuerdo con los métodos establecidos por el *Ius commune*, de tal modo que se le perjudicase lo menos posible. No existen reglas en el *Corpus iuris* que traten expresamente los conflictos entre diferentes leyes. En tiempos de Justiniano casi todos los que habitaban en el Imperio romano eran ciudadanos romanos, de modo que no surgían estos problemas. En el complejo mundo de las ciudades-estado italianas del siglo XIV, por el contrario, tales problemas eran apremiantes, por lo que se hacían necesarias unas normas generales imperiosamente. Los glosadores mantuvieron que a cada persona le correspondía el Derecho de la comunidad a la que pertenecía como ciudadano. Sin embargo, los problemas surgieron cuando dos comerciantes de diferentes ciudades contrataban entre sí.

Bártolo tomó casos específicos relatados en el *Corpus iuris* y generalizó sus decisiones produciendo un conjunto coherente de reglas prácticas, en ninguna parte expresamente afirmadas en el *Corpus iuris* pero que reclamaban la autoridad de éste. El procedimiento de una acción civil debe estar siempre regido por el Derecho del tribunal en el que la acción se interpone. Sin embargo, por lo que se refiere a las normas de aplicación, la forma del contrato se regiría por el Derecho del lugar donde era concluido, mientras que cualquier cuestión concerniente al cumplimiento del contrato debía regularse por el Derecho del lugar donde habría de llevarse a cabo.

Los conflictos entre el Derecho civil y el Derecho canónico tenían que ser resueltos por métodos conciliatorios. Un problema, en el que los dos Derechos entraban en conflicto, era el relativo a un testamento que el testador había confirmado por juramento y en el que declaraba no cambiar sus términos en un testamento subsiguiente. Los canonistas consideraban que el elemento esencial era el juramento. Para Durante, por ejemplo, no había problema: todo juramento, que pudiera ser cumplido sin menoscabo del alma inmortal de cualquiera, tenía que ser observado. Los civilistas en cambio enfatizaron el principio de libertad de testar. Un testador era libre de cambiar su voluntad y revocar el testamento anterior haciendo un nuevo testamento, en cualquier momento anterior a su muerte. El juramento no le ataba ya que, por significar un límite a esta libertad, era contrario al Derecho.

Juristas posteriores, particularmente los maestros de Orleans, hicieron denodados esfuerzos para reconciliar las dos posiciones, admitiendo la validez de un testamento posterior bajo ciertas condiciones. La cuestión básica era si la ley reconocía un testamento irrevocable. Bártolo resolvió que no lo hacía, si bien, a diferencia de alguno de sus predecesores, no podía ignorar el Derecho canónico. En su opinión un intento de despojar al testador de su libertad de testar era inmoral (*contra bonos mores*) y como tal no podía ser obligatorio ni siquiera en el Derecho canónico. Su conclusión fue recogida en la regla general de que todo lo que es desaprobado por la autoridad del Derecho no es validado por la fuerza de un juramento. Finalmente, el ajuste de Bártolo entre el Derecho civil y el canónico fue aceptado.

Para hacer explícita la razón que parecía estar detrás de las restantes reglas de los textos romanos, Bártolo fue capaz de elaborar un conjunto de nuevas normas, que reclamaban participar de la autoridad del Derecho imperial. Los juristas estaban de acuerdo en que de ahora en adelante nadie podría ser jurista si no era bartolista (*nemo iurista nisi Bartolista*). Sus métodos fueron seguidos por toda una escuela conocida como

los comentaristas, de los cuales el más distinguido fue su discípulo Baldo de Ubaldis.

Baldo dominó la segunda mitad del siglo XIV, muriendo en 1400. Comentó no sólo el Derecho civil sino también el Derecho canónico y el Derecho feudal y perfeccionó la opinión (*consilium*), una discusión sobre las cuestiones jurídicas surgidas de un caso particular. Esta forma de literatura jurídica completó la adaptación del Derecho civil a los problemas contemporáneos.

En el siglo XIV el *Ius commune* consolidó su posición como parte de una cultura cristiana común en Europa. Es esta unidad de la cultura la que explica porqué Derecho y Religión estaban tan íntimamente relacionados en la tardía literatura medieval. A veces la mezcla del Derecho romano y la Teología conduce a un resultado que, a los ojos modernos acostumbrados a la separación de cada disciplina, parece extraño. La avalancha de tratados populares en el siglo XIV abordando el proceso de Satán nos proporciona un ejemplo. Su propósito era doble: primero, mostrar que por el sacrificio de Cristo el diablo había perdido su poder sobre la humanidad y que los hombres podrían pedir la expiación, por ser tanto una cuestión de justicia como de gracia, y segundo, difundir una comprensión de los elementos del proceso judicial, a través del que la justicia se hacía efectiva. Uno de estos tratados, atribuido (falsamente) a Bártolo, fue traducido al alemán y constituye un ejemplo del género.

Satán aparece ante el tribunal de Cristo para interponer una acción contra la humanidad. Se trata de una *actio spoli* para despojarla de sus legítimas posesiones. El demandado no comparece el día establecido y Satán solicita el juicio en rebeldía. Cristo concede un aplazamiento sobre la base de la equidad y en virtud de los poderes discrecionales de todo juez. Al día siguiente la Virgen María aparece como abogada de la humanidad. Satán la rechaza, primero, por que es mujer y por tanto incapaz de ser abogada, y segundo, a causa de su relación con el juez. Cristo desestima la objeción. La Virgen

argumenta que Satán sólo está autorizado para poseer en interés de Dios y Cristo rechaza la *actio spoli*. Satán entonces pretende interponer una acción reivindicatoria, entendiendo que tiene derecho a la humanidad sobre la base del pecado original del hombre y de las palabras que Dios dirige a Adán advirtiéndole que moriría cuando comiese la fruta prohibida. La Virgen plantea una excepción (defensa) afirmando que el mismo Satán fue la causa de la caída del hombre y que como tal no está legitimado para beneficiarse de su propia acción. Satán replica (contestar a una excepción) alegando que si esto era así, la humanidad debía ser condenada por intervención del juez (*officio iudicis*), ya que la justicia no permitiría que un crimen quedara impune. La Virgen objeta que esto equivale a un cambio ilegal de alegato por el demandante y presenta su argumento decisivo: que el voluntario sufrimiento de Cristo por la humanidad ha satisfecho a la justicia. Las pretensiones de Satán son por tanto rechazadas.

Este tratamiento de una cuestión teológica en términos de procedimiento judicial parecía bastante natural en una época en la que Teología y Derecho se consideraban como aspectos gemelos de la misma cultura europea cristiana.

#### EL IMPACTO DEL HUMANISMO

A fines del siglo xv el *Ius commune* desarrollado por los bartolistas había llegado a ser cada vez más influyente en toda Europa, al tiempo que se fundaban nuevas universidades y se formaba un mayor número de juristas en los estudios tradicionales. Sin embargo, cuanto más se adaptaba para encontrar soluciones a problemas contemporáneos, el nuevo *Ius commune* se alejaba del Derecho de Justiniano, del cual derivaba su autoridad. Quienes lo practicaban eran autosuficientes y estaban convencidos de que los textos, glosa y comentarios juntos, contenían todo lo que era necesario para una completa com-

prensión del Derecho. Escribieron en latín medieval y no hicieron concesiones a la elegancia y al buen estilo. Serían de esta manera blanco perfecto para los exponentes de la nueva erudición del Renacimiento.

En el siglo xv los estudiosos italianos habían llegado a ser conscientes de las riquezas de la Antigüedad clásica en todos sus aspectos. Se valían de cualquier elemento que arrojara luz sobre la sociedad antigua y su pensamiento y estudiaron con avidez textos que habían permanecido en estado latente durante siglos. Los textos del Derecho romano habían sido conocidos y estudiados desde el siglo xii, pero sus estudiosos no habían estado muy interesados por lo que aportaban sobre la Antigüedad clásica. Cualquiera que se acercara a los textos del *Corpus iuris* con la actitud crítica del nuevo Humanismo estaba forzosamente destinado a quedar decepcionado si buscaba aclaraciones en el trabajo de los glosadores y comentaristas. A un estudioso humanista se le suscitaban cuestiones que éstos ni siquiera se habían planteado. Quería conocer la autoridad del texto, cómo era de preciso, cuáles eran las situaciones de hecho que están detrás de las decisiones de los juristas clásicos, cuestiones todas que habían sido casi ignoradas por los intérpretes anteriores. De este modo estos humanistas se encontraron vadeando por ellos mismos a través de vanas discusiones, escritas en el bárbaro latín medieval, que arrojaban poca luz sobre lo que ellos querían saber.

Los humanistas de Pavía, al norte de Italia, a mediados del siglo xv resultaron conmocionados por la forma en la que encontraron los textos de los juristas clásicos fragmentados en el Digesto. A sus ojos, Triboniano, ministro de Justiniano encargado de la Compilación, no sólo fragmentó los textos sino que en ese proceso los mutiló e introdujo barbarismos lingüísticos. En su *Elegantiae linguae latinae*, Lorenzo Valla alabó a los juristas clásicos y condenó no sólo a Triboniano sino también a los comentaristas medievales desde Accursio hasta Bártolo por su pobre latín. Su insensibilidad para el lenguaje correcto era evidente en opinión de Valla, por lo que no podrían ser ju-

ristas competentes. Valla demostró que la llamada «Donación de Constantino», un documento por el cual se entendía que el emperador había transferido el poder temporal al Papa y que había sido aceptado como auténtico por la mayoría de los intérpretes medievales del Derecho civil y canónico, era una falsificación. Su prueba se basó en parte sobre el lenguaje utilizado en la Donación y en el anacronismo de entender que Constantino había dado al Obispo de Roma jurisdicción sobre el Patriarca de Constantinopla, quien no existía en esa época. En definitiva, el Humanismo engendró una nueva actitud crítica hacia las fuentes del Derecho.

#### EL HUMANISMO Y EL DERECHO CIVIL

Los humanistas italianos del siglo xv eran conscientes de que los textos del Digesto que estaban a su disposición eran defectuosos. Los glosadores y los comentaristas se habían conformado con la *litera bononiensis*, el texto tradicional que había sido usado en Bolonia ya en el siglo xi y que fue la base de las primeras ediciones impresas del Digesto. Los humanistas afirmaron que el manuscrito de la Biblioteca Laurentina de Florencia (F) era más antiguo y más próximo al original, si bien no era fácil consultarlo, ya que el permiso para hacerlo era raramente concedido.

El humanista Politiano, aunque no era jurista, fue consciente de la necesidad de realizar un minucioso estudio de F, que creía era el manuscrito que Justiniano había enviado al papa Vigilio en el año 550 (como de hecho es posible). Politiano obtuvo permiso de Lorenzo el Magnífico para hacer un cotejo de F con una edición impresa. Trabajó intensamente, anotando al final del *Digestum vetus* que finalizaba de cotejarlo a las 12.30 del 19 de julio de 1490; seis semanas más tarde completaba todo el cotejo. Aunque Politiano publicó sólo algunas de sus investigaciones de F, fortaleció la idea de que el texto

florentino era el arquetipo de la tradición del Digesto y que la mejor versión sería cualquiera que estuviera basada en él.

Los primeros juristas humanistas, surgidos en la primera mitad del siglo xvi, concentraron sus esfuerzos en liberar a los textos de las glosas y comentarios que los solapaban. El francés Guillaume Budé (Budaeus) en sus *Annotationes in Pandectas* de 1508, aunque jurista, mostró más interés por los términos no habituales encontrados en el Digesto y por lo que enseñaba sobre la vida pasada, que por el Derecho mismo. Describió los comentarios, que no prestaban atención a tales cuestiones, como un maligno cáncer de los textos, que había de ser extirpado. Su contemporáneo alemán Ulrich Zäsi (Zasius), funcionario del consejo de la ciudad de Freiburg im Breisgau y profesor de su universidad, calificó a los comentarios como una gigantesca enredadera que había enraizado alrededor de los textos. Zäsi se ocupó de su significado jurídico. Expresó la nueva tendencia humanista en sus *Lucubrationes* (1518): «Si los juristas no se hubieran adherido siempre ciegamente a la autoridad de la glosa y de Bártolo, el verdadero significado de la ley habría sido ahora más claro y de mayor pureza, y la mayoría de los molestos comentarios, llenos como están de errores, desaparecerían. Los únicos intérpretes genuinos son aquellos que intentan explicar las fuentes mismas». Ponía el énfasis más que en encontrar reglas factibles para problemas actuales, en revelar el significado original de los textos de Justiniano.

El jurista más influyente de esta primera parte del Humanismo jurídico fue el italiano Andrea Alciato (Alciatus). Era treinta años más joven que Zäsi, si bien publicó tres pequeños libros que le hicieron ganarse su reputación en el mismo año que éste, 1518. De éstos, fue *Paradoxa* (en el que expuso objeciones a opiniones recibidas) el que tuvo un mayor impacto. Nacido en Milán, Alciato estudió Derecho en Pavía junto a los últimos maestros del método bartolista, Jasón de Mayno y Filippus Decius, pero al mismo tiempo fue captado por la atrayente doctrina humanista. Se impuso a sí mismo la tarea

de combinar los estudios jurídicos y humanísticos, comenzando por la reconstrucción de las instituciones políticas romanas, no sólo desde un punto de vista puramente histórico sino también jurídico.

Alciato enseñó en Avignon desde 1518 a 1522 e introdujo allí el nuevo método jurídico, donde fue aceptado con entusiasmo y llegó a ser conocido como el *mos gallicus*, por contraste con el método bartolista tradicional, ahora llamado *mos italicus*. Desde 1529 Alciato enseñó en Bourges, que llegó a ser el principal centro del Humanismo jurídico. Bourges era un baluarte hugonote, siendo protestantes casi todos los prominentes juristas humanistas. El movimiento quedó seriamente debilitado después de la masacre de San Bartolomé de 1573, cuando muchos de sus líderes huyeron de Francia o fueron asesinados. Hay un claro paralelismo entre sus pensamientos jurídico y teológico. Al igual que los reformistas de la Iglesia discutían la autoridad de los Padres de la Iglesia y proponían un retorno a la palabra pura de la Sagrada Escritura, así los juristas humanistas buscaban revivir el verdadero Derecho de Justiniano, buscando la pureza de las palabras del texto.

Los primeros juristas humanistas cristianos estaban por mejorar la calidad de los textos, si bien, en vez de seguir la guía de Politiano, cotejándolos sistemáticamente con el manuscrito florentino, dependieron en gran parte de conjeturas, usando su conocimiento de la Antigüedad para adivinar lo que el texto debía significar. No fue hasta 1553, casi sesenta años después de la muerte de Politiano, que Lelio Torelli, en colaboración con el distinguido erudito español Antonio Agustín, llevó a cabo una edición del Digesto basada en el manuscrito florentino.

El más grande humanista crítico de los textos fue Jacques Cujas (Cujacius). Admitió la importancia de F, pero comprendió que no debía seguirse servilmente la más difundida interpretación del manuscrito; había que tener en cuenta las conclusiones jurídicas a las que esa interpretación conducía y

considerar si, en todas las circunstancias, era lo que el jurista romano en cuestión había efectivamente escrito. Para Cujas eso suponía compensar la interpretación de F con la *ratio iuris*, esto es, el principio que se halla detrás de toda norma. Hacer esto exitosamente requería por lo general un conocimiento enciclopédico, tanto de los textos del *Corpus iuris* como de los estudios humanísticos sobre la literatura antigua. Cujas fue insuperable en este aspecto y sus trabajos son citados todavía para la interpretación de los textos justinianos. Él y sus colegas comenzaron el estudio de las interpolaciones en los textos del Digesto.

En su tarea de recuperar el verdadero Derecho romano de las ofuscaciones de los glosadores y comentaristas, los humanistas comprendieron que los textos de Justiniano revelaban no sólo el Derecho del siglo VI bizantino sino también el Derecho de los siglos II y III, el periodo de los grandes juristas cuyos trabajos estaban extractados en el Digesto. A esta época la identificaron como el periodo clásico del Derecho romano. Con un cuidadoso trabajo, casi de detective, prácticamente reconstruyeron la Ley de las XII Tablas de principios de la República. Ya en 1515 el francés Aymar du Rivail, que había estudiado en Pavia con los mismos maestros que Alciato, publicó su *Historia iuris civilis et pontificii*. Concentró su relato principal sobre el «origen del Derecho» en el Digesto, el largo fragmento 1,2,2 de Pomponio, completado con el relato de Livio sobre los primeros tiempos de la República. Du Rivail trató de reconstruir los contenidos de las XII Tablas, y, ya que esta ley se decía que estaba inspirada en las leyes atenienses de Solón, incluyó todos los conocimientos existentes acerca de éstas.

Cuando los humanistas distinguieron entre los diversos estratos del Derecho representados en el Digesto, observaron que el estado del Derecho romano se correspondía al estado de la sociedad romana, y que al igual que esa sociedad cambió, así lo hizo el Derecho. En particular, ellos advirtieron que el Derecho de un determinado periodo estaba afectado por la

situación política de la época. Dibujando el mapa del desarrollo del Derecho romano, buscaron paralelismos con los cambios políticos que se estaban produciendo en la Francia contemporánea. Algunos pensaron que el estudio del antiguo Derecho podía ofrecer respuestas a sus propios problemas constitucionales. Pero cuanto más conectaron el Derecho romano con lo que descubrieron sobre la sociedad romana, comprendían cuán diferente era su sociedad del *xvi* de la sociedad de la antigua Roma. Esto les indujo a replantearse si era apropiado pensar en el uso del Derecho romano como modelo para la Francia contemporánea.

Al insistir en la conexión entre el Derecho romano y la antigua sociedad romana, los humanistas ponían en entredicho las pretensiones de validez universal del Derecho. El principal exponente de esta línea de argumentación fue François Toman. Recalcó la distinción entre Derecho público y Derecho privado, señalando que el Derecho público de cualquier país estaba necesariamente relacionado con su forma de gobierno. Pero incluso en el Derecho privado, el Derecho romano cambió con la sociedad y muchas normas devinieron obsoletas. En su *Francogallia* (1573), sostuvo que la Francia de su tiempo era el producto de instituciones francas, no romanas, y que los francos eran un pueblo germánico, intacto para el Derecho romano. Toman argumentó que la propiedad de la tierra francesa estaba esencialmente regida por el Derecho y que, a pesar de la incorporación medieval de los *Libri feodorum* en el *Corpus iuris*, el Derecho feudal era completamente ajeno al verdadero Derecho romano. Tal como lo planteó en su *Antitribonianus*, escrito en 1552 pero publicado póstumamente en 1603, un jurista francés que entrara en un tribunal francés, provisto sólo con su conocimiento de las normas romanas sobre propiedad y sucesión, estaría tan bien cualificado como si hubiera llegado de entre los salvajes americanos. El Derecho civil romano era simplemente inapropiado para el *siglo xvi* francés.

Tanto el criticismo humanista de los textos del Derecho romano como su acento sobre la relación entre éste y la anti-

gua sociedad romana minaron la veneración en la que el *Corpus iuris* había sido tenido. La mayoría de los humanistas reconocieron que, por las soluciones racionales y equitativas de muchos problemas legales perennes, el trabajo de los juristas romanos clásicos no tuvo rival. Ellos se sintieron libres, no obstante, por primera vez para criticar la forma en la que esas decisiones habían sido transmitidas. Las dificultades para descubrir lo que era el antiguo Derecho romano se agravaron por la oscura forma en la que los textos del *Corpus iuris* estaban dispuestos. Ni el Digesto ni el Código tenían un orden racional y contenían muchas repeticiones y antinomias. El resultado fue que hubo demasiado campo para las interpretaciones contradictorias y, en la mente de los simples ciudadanos, los juristas del Derecho civil adquirieron una reputación derivada de los complejos argumentos que utilizaban, los cuales muchas veces servían de clara invitación a la superchería.

#### EL DERECHO CIVIL SE CONVIERTE EN CIENCIA

Los profesores humanistas en Bourges creían que el Derecho podría presentarse del mismo modo que otras disciplinas científicas, concretamente procediendo de manera lógica, desde lo universal a lo particular. Los primeros juristas habían sido notoriamente suspicaces hacia este método y se aferraron con tenacidad al orden tradicional de los textos. Cicerón había llegado a ser un ídolo para los humanistas y ya en la Antigüedad había defendido, infructuosamente, un replanteamiento del Derecho civil como ciencia (*Ius civile in artem redactum*). Los humanistas estaban resueltos a realizar el sueño de Cicerón.

La única parte del *Corpus iuris* que estaba dispuesta de acuerdo con un sistema racional eran las Instituciones. No habían recibido gran atención por parte de los comentaristas, pero de ahora en adelante figurarían destacadamente en el intento de ordenación del Derecho civil de forma más sistemática.

ca. El manifiesto del grupo de Bourges era un corto fragmento de François Duaren (Duarenus) sobre la enseñanza y el aprendizaje del Derecho (*Epistula de ratione docendi discendique iuris*, 1544). Después de fustigar los métodos de enseñanza habituales, argumentó que el Derecho debía ser expuesto en la misma forma que cualquier otra ciencia, procediendo desde lo que nos es universal y familiar a lo que es particular. A este fin recomendó el más breve y sistemático método de las Instituciones como superior a cualquier otro. Entre los pocos humanistas que transitaron desde los programas anteriores a estos que planteaban una nueva disposición estaban François Connan (Connanus), que murió en 1551, y Hugo Doneau (Donellus) (1527-1591).

Connan partió de la división institucional del Derecho en personas, cosas y acciones, pero dispuso las materias que se encontraban bajo estos epígrafes de otro modo. El orden tradicional era racional en la medida en que trataba de las diferentes capacidades de las personas y las diferentes clases de cosas, pero dejaba de ser racional cuando se hacía referencia a las acciones. Connan advirtió que bajo este título Justiniano no abordaba el procedimiento legal, sino que incluía las obligaciones como forma generadora de acciones. Dedujo que las «acciones» comprendían cualquier acto de una persona que pudiera conducir a un procedimiento. Por consiguiente, para él la categoría incluía no sólo las obligaciones sino también los matrimonios, que tradicionalmente habían sido integrados en el epígrafe de las personas, al igual que los testamentos y la sucesión intestada, que habían estado situados previamente entre las cosas. Todas resultantes, en definitiva, de actos que tenían efectos jurídicos.

Doneau fue menos radical y más influyente que Connan. Asumió que el Derecho justiniano debía ser lógico, incluso aunque no lo pareciera, y se aprestó para identificar lo que concebía como su estructura racional subyacente. A la vista de la gran influencia de su trabajo sobre el futuro desarrollo del Derecho civil, sus conclusiones son de sumo interés.

La definición de Derecho de Justiniano otorgó un objetivo a toda norma, a saber: dar a cada uno lo que le es debido (*suum cuique tribuere*). Al igual que el Derecho divino concierne a lo que es de Dios, el Derecho público se refiere a lo que es público y el Derecho privado a lo que forma parte de los sujetos privados. Cuando los juristas romanos se referían al Derecho civil, sin embargo, pensaban esencialmente en el Derecho privado, la materia de cerca de cuarenta y nueve o cincuenta libros del Digesto y de nueve de los doce libros del Código. Así, Doneau concibió su tarea como el análisis de un Derecho que asignaba a los sujetos privados lo que era su *ius* en diversas situaciones. En latín y en muchas lenguas europeas la misma palabra, *ius*, *recht*, *droit*, es usada para indicar tanto el Derecho objetivo, por ejemplo, el Derecho de obligaciones, como un derecho subjetivo, por ejemplo el derecho a vender una cosa, y este doble significado enmascara una potencial ambigüedad que no existe en lengua inglesa. Para Doneau la palabra *ius* normalmente quiere decir un derecho subjetivo perteneciente a un individuo, de modo que el Derecho era para él, en conjunto, un sistema de derechos.

Analizando el esquema institucional, Doneau se concentró sobre el significado de las acciones. Rechazó la interpretación de Connan y observó que en general los juristas romanos usaron la palabra *actio* para referirse a un procedimiento jurídico. Por ello criticó a Justiniano por unir acciones y obligaciones. La conclusión de Doneau fue que el Derecho civil consistía, primero, en saber lo que en Derecho pertenecía a cada individuo, y segundo, en conocer los medios procesales para obtenerlo.

Con anterioridad las normas jurídicas no se diferenciaban claramente de los medios específicos que las hacían efectivas. Ahora, por primera vez, el Derecho privado estaba dividido en Derecho sustantivo, por un lado, concebido como un sistema de derechos subjetivos, y el proceso civil por otro. Lógicamente la identificación de lo que es legalmente debido a cada persona debe necesariamente preceder a cualquier discusión

sobre los medios para obtenerlo. Siendo así, resulta erróneo comenzar el estudio del Derecho privado tratando de las acciones y los procedimientos. Sin embargo, eso es lo que los compiladores del Digesto habían hecho. El sistema institucional, al situar las acciones al final, era por tanto preferible.

La división entre Derecho sustantivo y procesal era la base de los Comentarios de Doneau, divididos en veintiocho libros, de los cuales los primeros dieciséis estaban dedicados al Derecho sustantivo y los últimos doce al proceso civil. Los derechos que comprenden la sustancia del Derecho privado están divididos en dos categorías: lo que es verdadera y propiamente nuestro y lo que nos es debido. La primera categoría incluye tanto aquellos derechos de los que gozan los hombres libres, tales como la vida y la libertad, como nuestros derechos sobre cosas externas. La segunda incluye derechos derivados de lo que otra persona está obligada a hacer para nosotros. De esta manera aunque las obligaciones no son verdaderamente nuestras, en el mismo modo en que nuestra reputación o nuestra casa son nuestros, son derechos que nos pertenecen.

Doneau buscó reproducir la sustancia del Derecho justiniano purgándolo tanto de sus defectos originales como de sus corrupciones medievales. Por ejemplo, la noción romana de propiedad (*dominium*) era indivisible. El tratamiento medieval de la relación feudal entre señor y vasallo, de acuerdo con el cual la propiedad de la tierra estaba dividida entre ellos, no podía sostenerse. ¿Cómo podía entenderse la posición del vasallo? Tradicionalmente había sido visto como una clase especial de usufructo, pero dado que el usufructo quedaba limitado a la vida del propietario, esta explicación resultaba inapropiada. Doneau señaló que, aparte del usufructo, el Derecho romano reconoció un número limitado de derechos sobre cosas pertenecientes a otros, tales como derechos de paso, derechos de garantía o enfiteusis (una especie de arrendamiento por un largo periodo, en el cual al arrendatario se le otorgaban facultades dominicales). Concluyó que todos ellos eran limitaciones de las facultades del propietario, proponien-

do una categoría general de derechos reales ostentados por una persona sobre la propiedad de otra (*iura in re aliena*). Doneau fue el primero en reconocer esta categoría, que llegaría a ser un hito del moderno Derecho civil de propiedad y que pudo servir para proteger los intereses del vasallo.

En su búsqueda de un orden lógico y definitivo para el Derecho, los juristas de fines del siglo XVI explotaron las posibilidades de la imprenta, valiéndose del uso general de tablas, defendido por el lógico francés Peter Ramus. Las tablas indicaban en forma diagramática la relación entre categorías generales y particulares.

Un ejemplo relevante de la aplicación del método *ramista* al Derecho es el *Dicaeologicae lib. III* del erudito alemán Johannes Althusius, aparecido en 1617. El subtítulo señala su propósito: « El Derecho completo en vigor, sistemáticamente presentado, con paralelismos de la ley judía, y completado con tablas». Althusius primero distinguió entre Derecho y hechos, para lo cual recurrió a aquellos acuerdos entre personas que tenían efectos para el Derecho. Basándose sobre la idea de Connan de que en el esquema institucional las acciones no sólo debían entenderse referidas al procedimiento sino también a los actos humanos, Althusius desarrolló la noción de *negotium*. Esta categoría incluye todo negocio que afecta a la vida social del hombre, bien por agregar algo útil o necesario, bien por ayudarle a sortear un obstáculo. El *negotium* se clasifica por sus elementos y sus especies. Los elementos son, primero, los objetos con los que el negocio está relacionado, que están subdivididos a su vez en corporales e incorporales y así sucesivamente, y segundo, las personas involucradas en el negocio, que pueden ser singulares o colectivas, etc. Las especies son los tipos de negocios que pueden ser actos voluntarios, como los contratos, o actos involuntarios, como los delitos. Sustancialmente el discurso de Althusius estuvo basado en el Derecho civil romano, si bien subordinó el contenido a una forma que debía poco al Derecho romano.

La jurisprudencia humanista no quedó restringida al Derecho civil. Hacia fines del siglo XVI la mayor parte del Derecho que se aplicaba por los tribunales de toda Europa era esencialmente concebido como Derecho consuetudinario tradicional. Estaba escasamente influenciado por las leyes, pero sí, en diverso grado, por la memoria del antiguo Derecho romano y por la infiltración del Derecho erudito enseñado en las universidades. Las costumbres de los estados italianos, de España y de la Francia meridional, los *pays de droit écrit*, todavía arrastraban algunos rasgos del barbarizado Derecho romano de los visigodos y de la tradición del Derecho romano enseñado a lo largo del litoral mediterráneo. En la Francia del Norte, los *pays de droit coutumier*, las costumbres locales eran de origen germánico, principalmente franco, si bien la introducción del Derecho romano canónico había producido una clase de juristas profesionales, que aplicaban al Derecho consuetudinario los métodos del Derecho romano y del Derecho canónico. En Alemania, sin embargo, el Derecho consuetudinario permaneció casi intacto frente al Derecho romano.

Unas cuantas costumbres francesas habían sido recogidas por escrito, pero la inexistencia de una recopilación completa de las mismas obligaba a recurrir a la memoria popular de la comunidad y a menos que el ámbito de una costumbre concreta fuera *notoire* o reconocido por todos, era requerida una *enquête par turbe*, en la que los miembros más viejos de la comunidad eran interrogados acerca de la costumbre en cuestión. Éste era un proceso costoso y dilatado en el tiempo y desde mediados del siglo XV los reyes franceses decidieron requerir a las comunidades locales para que recopilasen su Derecho por escrito. Al principio los designios reales chocaron con la inercia local, por lo que se decidió arbitrar un procedimiento que conjugase la autoridad real, la participación de juristas profesionales y la aceptación popular. Se convocaron las

asambleas locales para aprobar la formulación de la costumbre local. El gobierno envió juristas experimentados, generalmente magistrados de los tribunales provinciales, a las asambleas para presidirlas como comisionados reales. Si alguna norma aparecía como injusta era censurada y sería reformada. Estas asambleas normalmente incorporaban juristas profesionales, además de los comisionados que las presidían, que conforme las discusiones devenían más técnicas tendían a encargarse de los procedimientos y a proponer el resultado final, sobre el que la asamblea en su totalidad debía dar su aprobación.

En la primera mitad del siglo XVI todas las costumbres regionales francesas estaban «codificadas» de este modo, presentándose ahora de forma autorizada e inteligible, convirtiéndose además en materia de comentario e interpretación académicos, a la manera del Derecho civil. Fue más fácil identificar lo que eran elementos comunes a todas o a la mayoría de las costumbres. El más importante expositor de las costumbres fue Charles Dumoulin (Molinaeus) (1500-1566). Estudió en Orleans, donde se empapó de la enseñanza tradicional de Bártolo y Baldo. Sin embargo, también se impregnó del espíritu del Humanismo y de este modo aplicó las enseñanzas bartolistas con más libertad que otros autores anteriores. Esto se debió en parte a que, como protestante y nacionalista, tuvo una visión restauradora del bueno y viejo Derecho consuetudinario que consideraba una representación de la más antigua y más pura Francia. En particular rechazó la idea bartolista de que las costumbres escritas, *statuta*, que se contradecían con el *ius commune* debían interpretarse tan restrictivamente como fuera posible.

El principal trabajo de Dumoulin fue su comentario de la *Costumbre de París*, aparecido en 1538. La Costumbre había adquirido forma definitiva en 1510 y el comentario fue escrito en latín. El método de Dumoulin se refleja en el tratamiento que dispensa a las posesiones feudales. Cuestionó la vigencia de los *Libri feudorum* en el *Corpus iuris*. Su compilador

Obertus no ocupaba cargo oficial alguno y era erróneo considerar que esta colección tuviese la misma validez que los textos de Justiniano, aunque hubiera sido así durante trescientos años (*Opera omnia*, 1681, I.115, 815). No obstante, cuando Dumoulin se refirió en detalle a los feudos, respecto a lo contenido en la *Costumbre de París*, estuvo dispuesto a aprovechar la doctrina de los comentaristas. Los principales problemas eran la naturaleza de la posición del vasallo con relación a la tierra y la naturaleza del deber del vasallo para con su señor.

Tradicionalmente la caracterización del interés del vasallo estuvo basada sobre la descripción de Obertus, según la cual el vasallo tenía el derecho a usar y disfrutar de la tierra. A un jurista del Derecho civil, esta construcción del interés del vasallo le recordaría al usufructo de Derecho civil, si bien un tipo de usufructo que, a diferencia del ordinario, sería transmisible de generación en generación. Los juristas civilistas también habían llamado a la posición del vasallo *dominium utile*, por contraste con el *dominium directum* del señor. Dumoulin aceptó este modo tradicional de entender la posición del vasallo, en el que se le otorgaba un usufructo permanente.

Por lo que se refiere a los deberes del vasallo para con el señor hubo una tendencia a caracterizarlos como meras variaciones de la relación entre deudor y acreedor. Tratar la relación feudal como algo puramente económico era sin embargo, en opinión de Dumoulin, omitir un aspecto significativo, a saber: el honor y el respeto debidos por el vasallo a su señor, con independencia de cualquier pago que estuviera obligado a realizar. Dumoulin trató de restaurar el verdadero carácter de la relación feudal y fue capaz de utilizar lo que a primera vista podía parecer un punto trivial, extraído de los comentaristas. Baldo distinguió entre deudas ordinarias y deudas debidas por el vasallo al señor, sobre la base de que en una deuda ordinaria el acreedor ha de fijar el lugar del pago contractualmente o bien venir hasta el deudor para cobrarle, mientras que el deudor feudal, en la medida en que debe sumisión a su

señor, tiene que ir donde el acreedor. Aunque la *Costumbre de París* guarda silencio sobre el lugar del pago de las deudas feudales, Dumoulin insistió en que la posición del vasallo en la relación feudal exigía a éste buscarle para realizar su pago como manifestación de su deber de respeto para con su señor. De esta forma Dumoulin usó las enseñanzas de los comentaristas del Derecho civil de forma ecléctica para combatir la idea de que la relación feudal había devenido en algo puramente económico y para restablecer los antiguos conceptos, que en su opinión eran parte de los fundamentos de la sociedad francesa tradicional.

En su *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae* (*Omnia opera*, 1681, II. 690), Dumoulin abogó por la existencia de un conjunto aceptado de reglas, común a todas las costumbres, con el que las lagunas de costumbres específicas serían colmadas, con preferencia al Derecho civil. Esta idea fue acogida por Guy Coquille (1523-1602) en su *Institution on droit français*. A pesar de la amplitud del título, esta obra se refería sólo a las áreas del Derecho relacionadas con las costumbres y la legislación real, por lo que Coquille tuvo que admitir que para colmar lagunas era a veces necesario recurrir al Derecho civil. Este último funcionaba, sin embargo, claramente como un Derecho subsidiario de última instancia.

#### LA REACCIÓN BARTOLISTA

El fermento de la actividad humanista centrada en Bourges afectó al estudio del Derecho civil en todo el mundo académico y a largo plazo lo transformó. Su impacto inmediato sobre la práctica del Derecho, por contra, fue insignificante. Abogados y notarios en todas partes permanecieron fieles a la tradición bartolista. Esto era así no porque ellos ignoraran el desafío del Humanismo jurídico. Los juristas civilistas habían llegado a ser una formidable fuerza política y social en todos

los países. En Francia fueron aceptados como integrantes de una *noblesse de la robe* y rechazaban cualquier movimiento tendente a subvertir las posiciones de poder que ocupaban en el gobierno estatal y local, gracias a la cualificación que les proporcionaban sus conocimientos.

Fuera de intereses personales, sin embargo, los juristas prácticos del Derecho civil encontraron además que mucha de la enseñanza humanista era irrelevante para sus asuntos diarios. Los argumentos que podían tener peso ante un tribunal no se encontraban en las discusiones humanistas de lo que Ulpiano actualmente significaba sino en los escritos de Bárto-lo y Baldo y sus sucesores. Los comentarios, que tanto ofendían las sensibilidades estéticas de los humanistas, siguieron un patrón que los juristas prácticos enseguida dominaron. Las discusiones previas fueron siempre cuidadosamente citadas y se extrajeron distinciones sutiles entre diferentes situaciones de hecho. Los *Repertoria* abundaban y permitían al jurista práctico encontrar lo que estaba buscando y muchas veces soslayar los preliminares e ir directamente a la discusión de la aplicación actual del Derecho.

Es evidente que el *mos italicus* floreció por el aumento de las reimpressiones de los trabajos de los comentaristas, que durante todo el siglo XVI salieron de las prensas de las imprentas, no sólo en Italia sino también en París y Lyon. En efecto, las obras de los humanistas tuvieron sólo una pequeña circulación, reducida a estudiosos, siendo raro encontrarlas en las bibliotecas modernas, comparadas con las obras dedicadas al *Ius commune*. Este último adquirió ahora sus propios apologistas. Como defensa frente a la dependencia del significado original del texto, se desarrolló la noción de la *communis opinio doctorum*. Baldo había sostenido que, si los principales comentaristas estaban de acuerdo en una doctrina concreta, esa opinión tenía la fuerza de la costumbre. Ahora se afirmaba que tenía mayor autoridad que cualquier texto concreto del propio *Corpus iuris*. Éste fue el último triunfo del comentario sobre el texto en una lucha que había empezado con los glosadores.

Alberico Gentili fue un protestante italiano, que estudió Derecho, enteramente bajo la tradición bartolista, en Perugia. Obligado a dejar Italia por razones religiosas, llegó a Inglaterra en 1580 y dos años más tarde publicó su *De iuris interpretibus dialogi sex*, una feroz defensa del método bartolista contra la escuela humanista francesa. Su argumento estuvo basado en consideraciones prácticas. El propósito de la enseñanza del Derecho civil es preparar estudiantes para ejercitarse en la sociedad moderna. ¿Dónde, se preguntaba, esperaban los profesores humanistas que sus estudiantes fueran después de sus estudios, a la República de Platón o a Utopía? (*Dialogus*, IV).

#### LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

Conforme los estados nacionales de la Europa continental disfrutaban de su recién encontrada soberanía, se establecían tribunales profesionales para asumir importantes asuntos de los tribunales locales, siguiendo uniformemente una variante del proceso romano canónico. Sin embargo, adoptaron el Derecho civil sustantivo sólo cuando el Derecho consuetudinario existente era inadecuado para sus necesidades o de difícil acceso, por no haber sido recogido en forma escrita. Así, en Francia, donde las normas consuetudinarias habían sido generalmente codificadas, la recepción del Derecho romano en la práctica de los tribunales se produjo como un goteo gradual, mientras que en Alemania, como veremos, fue una espectacular inundación. Algunas veces la legislación real promovió este movimiento. En España, por ejemplo, las *Siete Partidas* hicieron cada vez más de contrapeso frente al particularismo local. En 1567 aparecería una colección de nuevas leyes, conocida como *Nueva Recopilación*, dispuesta en nueve libros a imitación del Código de Justiniano.

En todas partes existió la necesidad de un Derecho más completo y técnicamente superior que el ofrecido por los textos de Justiniano, si bien el alcance de su adopción dependía de las circunstancias locales. La situación en Gran Bretaña ilustra el proceso de la recepción. A comienzos del siglo xvi, la parte norte de la isla, Escocia, tenía un Derecho consuetudinario similar al de Inglaterra pero bastante menos desarrollado, ya que, a diferencia de esta última, carecía de un tribunal central con jueces profesionales y de un conjunto de juristas preparados. En 1532 un tribunal permanente de jueces profesionales, *The Court of Session*, fue establecido, adoptando el modelo continental de procedimiento escrito. Hasta donde era posible, aplicó el Derecho tradicional escocés pero en los casos donde no podían encontrar respuestas en ese Derecho, los juristas se volvían hacia el *Ius commune*. Una ley del Parlamento escocés de 1583 se refiere a una norma del Derecho civil como «la disposición del Derecho común», lo que no significaba el *Common Law* inglés sino el *Ius commune*. Tres universidades, en St. Andrews, Glasgow y Aberdeen, habían sido creadas en el siglo xv e introdujeron la enseñanza del Derecho canónico y del Derecho civil. Era frecuente, sin embargo, que los juristas escoceses en formación estudiaran Derecho civil en el continente, primero en Francia y avanzado el siglo xvi en los Países Bajos. Los tribunales escoceses siempre insistieron en que adoptaban una norma de Derecho civil, no porque éste tuviera una especial autoridad en Escocia, sino a causa de su «equidad» o racionalidad. Como fuente del Derecho conveniente para los problemas de la vida diaria del siglo xvi, particularmente aquellos surgidos del desarrollo del comercio, no tuvo alternativa posible.

La situación en Inglaterra fue más compleja. Después de su flirteo con el Derecho civil en la época de Bracton, el *Common Law* inglés había llegado a ser una disciplina altamente sofisticada con un núcleo bastante bien formado de juristas, que habían estudiado en el *Inn of Court* en Londres, una facultad de Derecho en todo menos en el nombre. Este Dere-

cho había, no obstante, devenido en introspectivo y resistente al cambio. Una de sus características era que, como en el procedimiento formulario del Derecho romano clásico, casi el único remedio que el *Common Law* ofrecía eran reparaciones económicas. Cuando otras soluciones fueron necesarias, tales como los requerimientos a una parte para hacer algo o no hacerlo, o la rectificación de un documento, tuvieron que ser buscados en otro lugar. Los litigantes pedían al canciller como «guardián de la conciencia del Rey», que les prestara el auxilio que los tribunales del *Common Law* no podían proporcionarles. Esta jurisdicción de la *Court of Chancery* aplicaba normas que eran colectivamente conocidas como *Equity*, surgida en los siglos xiv y xv.

La mayoría de los cancilleres de la época anterior a la reforma eran clérigos, familiarizados con el Derecho civil y el Derecho canónico y que se movían libremente entre ellos para desarrollar la *Equity*. Por ejemplo, la principal institución de ésta es el *trust*, según el cual el «propietario legal de los bienes» (*trustee*) es compelido a actuar en beneficio de otra persona, el «propietario de equidad» (*beneficial owner*). Para resolver los deberes de los *trustees* respecto al uso de los bienes del *trust*, los cancilleres podían encontrar ayuda en las discusiones del Derecho civil sobre los deberes de los tutores responsables de administrar los bienes de sus pupilos, por debajo de la edad de la libertad. La *Equity* estaba por tanto más abierta a la influencia del Derecho civil que el tradicional *Common Law*.

Inglaterra, por supuesto, tuvo sus tribunales eclesiásticos, que aplicaban el Derecho y el proceso canónico, y también ciertos tribunales que usaron el proceso romano canónico y directamente aplicaron el *Ius commune*. La más importante era el *Court of Admiralty*, que se ocupaba de los conflictos marítimos y otras cuestiones de carácter internacional. Los juristas que acompañaban al ejército en campaña, con funciones de juez y abogado, también usaron el Derecho civil, al igual que lo hicieron los tribunales de los vicecancilleres de las dos universidades inglesas de Oxford y Cambridge.

Los juristas del *Common Law* no tenían acceso a los tribunales de Derecho civil y canónico. Los que ejercían en esos tribunales formaban parte de un gremio, equivalente a los *Inns of Court*, llamado *Doctors' Commons*. Fue a estos doctores a los que el gobierno encomendó la dirección de las relaciones internacionales. La mayor parte de ellos recibieron sus enseñanzas en Oxford y Cambridge. Al romper sus vínculos con Roma, el rey Enrique VIII abolió la enseñanza formal del Derecho canónico, aunque en la práctica los tribunales de la Iglesia de Inglaterra continuaron aplicándolo en cuestiones matrimoniales y testamentarias, tomando incluso en consideración la doctrina continental postreformista. La enseñanza del Derecho civil, por otro lado, fue fortalecida, eligiéndola Enrique VIII, junto con otras materias renacentistas, como el griego, el hebreo y la teología protestante, como las materias de las *Regius Chairs* que estableció en Oxford y Cambridge, cuya nominación correspondía, y todavía es así, a la corona.

#### LA RECEPCIÓN EN ALEMANIA

La temprana adopción del procedimiento romano canónico en Francia y la incorporación de términos y categorías romanas en las costumbres codificadas trajeron consigo la gradual infiltración del Derecho romano en el Derecho francés. Alemania, sin embargo, durante mucho tiempo pareció inmune a su influencia. Era una confederación de principados y ciudades libres unidas bajo el sacro romano emperador. Ni el interés regio por la codificación ni la extendida pericia profesional que caracterizaban la situación francesa, estaban presentes. Existían tribunales de Derecho consuetudinario, integrados por *Schöffen*, respetados miembros de la comunidad local, profanos en el Derecho, cuyo trabajo jurídico era sólo una parte de su actividad diaria y que transmitían su conocimiento de las costumbres por vía oral. Su procedimiento era informal y oral.

la prueba estaba basada en el viejo método de la copurgación (cojuramento). En sus juicios normalmente exponían los hechos y daban sus conclusiones sin explicar como habían llegado a ellas. Su autoridad como custodios de la tradición jurídica de la comunidad dependía del respeto en el que eran tenidos generalmente.

A finales del siglo xv este sistema fue seriamente discutido. Desde el siglo xiii los alemanes habían estudiado Derecho en universidades italianas y francesas, y desde el xiv se habían fundado universidades en países de habla alemana. Praga, fundada en 1348 fue rápidamente seguida por Viena (1365), Heidelberg (1385), Colonia (1388) y varias otras, siendo al principio sus estudiantes casi exclusivamente hombres de Iglesia, y si es que se enseñaba Derecho civil en las mismas era como subsidiario del Derecho canónico. Algunos vocabularios elementales y breviarios de Derecho romano circularon en Alemania en el siglo xv, sugiriendo que algún conocimiento por lo menos del lenguaje del Derecho romano era considerado provechoso por algunos burócratas. Los jueces de los tribunales eclesiásticos, usando el proceso romano canónico, a veces actuando más como árbitros que estrictamente como jueces, tuvieron más tarea que en otras partes de Europa. Para ciertos tipos de casos los litigantes preferían jueces profesionales y procedimiento escrito a jueces profanos y procedimiento oral.

Mientras que los tribunales de *Schöffen* se adhirieron al procedimiento oral tradicional, la influencia del Derecho romano sobre la práctica del Derecho fue necesariamente insignificante. En las últimas décadas del siglo xv, ciertos tribunales de *Schöffen*, como el de la ciudad libre de Frankfurt am Main, acordaron el uso de una forma de procedimiento romano canónico, con alegaciones escritas, redactadas por abogados profesionales. Este cambio no fue legislativo, sino que la iniciativa partió directamente de los litigantes y sus asesores jurídicos. Encontraban que el procedimiento tradicional les resultaba inadecuado para presentar los asuntos ante el tribu-

nal, por lo que la única alternativa disponible para ellos era el procedimiento usado en los tribunales de la Iglesia. El antiguo procedimiento no fue inmediatamente abolido pero sí fue pronto reemplazado.

Los cambios procesales no requirieron necesariamente que el Derecho romano sustituyese al Derecho consuetudinario tradicional. Después de todo en Francia el procedimiento escrito había sido usado durante mucho tiempo por los tribunales que aplicaban el Derecho consuetudinario, sin afectar significativamente a su sustancia, ya que tanto los jueces como los abogados eran juristas preparados. En Alemania, sin embargo, donde las costumbres no estaban codificadas, los menos preparados *Schöffen* encontraron dificultades para hacer frente a los sofisticados argumentos jurídicos, que sustentados en citas de Derecho romano, los abogados de los litigantes empezaron a incluir en las alegaciones escritas que presentaban ante los tribunales. Buscaron la ayuda tanto de funcionarios con formación jurídica como de profesores de la facultad de Derecho de la universidad local, satisfechos así de poder explotar sus específicos conocimientos jurídicos. Insistieron sobre la necesaria prueba de la costumbre no escrita, pudiendo rechazarla, si parecía irracional. Es significativo que en Sajonia, donde excepcionalmente el Derecho consuetudinario había sido recogido por escrito, la influencia del Derecho romano fue menor que en otras partes. De toda esta influencia, la más importante fue la que se produjo en el Derecho de obligaciones, particularmente en el Derecho de contratos, sólo escasamente tratado en el Derecho consuetudinario.

La práctica de solicitar su opinión a la facultad de Derecho de la universidad local se institucionalizó cuando la *Aktenversendung* llegó a ser habitual. El expediente escrito completo del caso era enviado a la facultad, con el requerimiento de que emitiera su opinión colectiva, que el tribunal se sentía obligado a seguir. Aparte de su mejor formación jurídica, se consideraba que los profesores actuaban en el caso sobre unas bases completamente imparciales. En los turbulentos tiempos

de los siglos XVI y XVII los jueces de los tribunales locales resultaban aliviados de verse relevados en parte de la responsabilidad de algunas de las impopulares decisiones que adoptaban. Esta práctica recibió el estímulo oficial de una ley imperial en materia penal, la *Carolina*, promulgada por el emperador Carlos V en 1532. Su último artículo, el 219, requería a los jueces, que no estaban formados o experimentados en el Derecho imperial, a pedir consejo «en la más cercana universidad, ciudad u otra fuente de conocimiento jurídico». Como resultado, la preparación de estos dictámenes llegó a ser la mayor actividad de las facultades de Derecho alemanas. Esto supuso un Derecho académico en contacto con la práctica jurídica, si bien este avance tuvo a veces como contrapartida un declive de la calidad de la enseñanza de los profesores y de sus estudios más reflexivos.

La facilidad y rapidez con que el Derecho romano fue recibido en Alemania a principios del siglo XVI fueron sorprendentes. Los motivos fueron principalmente prácticos, si bien el clima intelectual era el apropiado. El Renacimiento, interesado por la herencia de la Antigüedad clásica, floreció en Alemania, y los humanistas alemanes no se separaron de la práctica del Derecho tanto como sus homólogos franceses. Inevitablemente, sin embargo, el Derecho recibido tenía que ser en la práctica aceptable para los tribunales, lo que significó que la recepción fue del *mos italicus* más que del *mos gallicus*.

Un factor que contribuyó a ello fue el empuje constante del Sacro Imperio Romano. Los emperadores reconocieron que el Derecho imperial del *Corpus iuris*, que había llegado a ser un *Ius commune* para una parte importante de Europa, podría, si se adoptaba generalmente, constituir un factor de unificación para sus diversos territorios. Favorecieron la idea de una *translatio imperii*, una transferencia del imperio de la antigua Roma a Alemania. Se pensaba que esto había ocurrido formalmente cuando en el siglo XII el emperador Lotario fue persuadido por Irnerio (cuyo nombre podía haber sido una variante de Werner) para adoptar las leyes romanas como

propias, de modo que el Imperio llegó a ser el Sacro Imperio Romano «de la nación alemana». La leyenda de Lotario fue refutada por Hermann Conring en su *De origine iuris Germanici* en 1643.

La existencia de textos de Derecho civil que sustentaran el poder absoluto imperial y que principalmente eran citados por los funcionarios que reclutaron los gobiernos de los principados, no disminuyeron el favor que los príncipes germanos otorgaban al Derecho romano. El Derecho civil ofrecía la ventaja de establecer un estado burocrático, a través del cual los príncipes podrían gozar de enorme independencia respecto a los señores feudales. En toda Europa el Derecho empezó a ser visto menos como un conjunto de reglas consuetudinarias tradicionales y más como una legislación, promulgada en nombre del príncipe e interpretada por un tribunal supremo para sus dominios.

El tribunal supremo para el Sacro Imperio Romano era la *Reichskammergericht*, en la que era de prever que los intereses contrapuestos del emperador y los príncipes más poderosos estarían equilibrados. Su jurisdicción se ocupaba principalmente de apelaciones. En 1495 fue reformada para asegurar que los dieciséis magistrados fueran representativos de los más diversos y poderosos intereses; la mitad de ellos tenían que pertenecer por lo menos al estamento de los caballeros y la otra mitad ser juristas de formación. Después de 1548 todos sus miembros tenían que ser juristas. El tribunal adoptó el proceso romano canónico, teniendo que decidir «de acuerdo con el Derecho común del Imperio y también con las correctas, justas y aceptadas leyes y costumbres». La prueba de la costumbre local no escrita resultaba siempre difícil en la práctica y hasta que el tribunal elaboró su propia costumbre judicial, a partir de sus propias decisiones, hubo una continua presión para adoptar el Derecho romano como *Ius commune* o *gemeines Recht* de todo el Imperio.

La recepción del Derecho romano en Alemania no se alcanzó sin oposición. El malestar social del siglo XVI, puesto de

manifiesto en sublevaciones tales como la guerra de los campesinos de 1524-1525, fue acompañado por protestas contra los juristas burocráticos que eran los representantes más visibles del gobierno. Hasta cierto punto éste no era un ataque contra los juristas del Derecho civil específicamente, sino más bien expresión de la imagen de los juristas en general como baluartes del poder establecido y opuestos a las reformas. Cuando Shakespeare describe la rebelión de Jack Cade en Inglaterra en 1450, provoca que un colaborador de Cade dijera «Lo primero que haremos es matar a todos los abogados» (*Enrique VI*, 2, IV.2). En Alemania, sin embargo, los arribistas juristas del Derecho civil, con sus nuevas prácticas, incomprensibles para los profanos, y los pingües salarios de que disfrutaban, fueron además identificados con la desaparición de las antiguas maneras. La coincidencia temporal de las reformas procesales con los comienzos de la Reforma significó que el Derecho civil y el Derecho canónico, ambos emanados de Roma, podían caracterizarse como importaciones procedentes de la Ley de Dios, expresada en la Sagrada Escritura.

Los juristas en Alemania, como en Italia y Francia, tuvieron pretensiones sociales, insistiendo en que los doctores del Derecho eran *milites legum*, caballeros juristas, iguales en *status* a los caballeros militares. Se les veía más interesados en excitar el antagonismo entre las partes en conflicto que en solventar las disputas pacíficamente. Frente a cualquier pretensión podían encontrar un contraargumento que, aunque fuera engañoso, les permitiera aprovecharse de la enorme variedad de recursos que ofrecían los tribunales profesionales. Eran considerados como un privilegio del rico, que podía pagar por sus servicios y así prolongar los procedimientos jurídicos indefinidamente, a la vez que una maldición del pobre, que sólo podría permitirse ser representado por impostores mal preparados pero de mucha labia, que falsamente afirmaban ser juristas formados. Como clase los juristas eran considerados como individuos sin escrúpulos y malos cristianos (*Juristen böse Christen*), existiendo muchas historias populares de

cómo San Pedro esperaba en vano a la puerta de cielo que apareciera un jurista.

A pesar de todo este ambiente y frenesí, sin embargo, era demasiado tarde para volverse atrás. Los juristas del Derecho civil estaban allí para quedarse. Después de alguna primera vacilación, influyentes figuras como Philip Melanchthon ensalzaron las virtudes del Derecho romano como un sistema por encima de cualquier insignificante enfrentamiento y como el único Derecho imparcial productor de paz y orden.

#### LA PRÁCTICA JUDICIAL COMO UNA FUENTE DEL DERECHO

Conforme los tribunales llegaron a ser exclusivamente profesionales, fueron más conscientes de los elementos civiles y consuetudinarios presentes en el Derecho que ellos aplicaban. Era admitido que cada tribunal tenía su propia práctica, que constituía una costumbre forense, *usus fori*, cuya prueba podría ser encontrada sólo en las decisiones del tribunal. Los litigantes por tanto necesitaban tener acceso a tales decisiones, particularmente si las sentencias eran «motivadas», en el sentido de que el tribunal daba sus razones para la decisión e indicaba qué autoridades seguía. El tribunal más prestigioso de Europa para dictar tales sentencias era la Rota romana, el cual no era sólo un tribunal de apelación para la Iglesia católica romana de todos los países sino que también conocía de las materias seculares suscitadas en los estados papales. Se publicaron recopilaciones de las sentencias de la Rota desde el siglo XIV, cuando el tribunal residía en Avignon. El primer recopilador fue un *auditor* (o juez) inglés, llamado Thomas Fastolf, familiarizado con la práctica inglesa de recopilar precedentes judiciales en *year books*.

Donde los tribunales seculares no razonaban sus decisiones, los jueces individualmente emprendieron ellos mismos la compilación y publicación de decisiones judiciales selecciona-

das, facilitando su impresión posterior. Guy Pape, un juez del Parlamento del Dauphiné en Grenoble, elaboró una colección de decisiones del tribunal, que fue publicada póstumamente en 1490. El Dauphiné fue principalmente un área de *Droit écrit*, por lo que en la recopilación de Pape se citan textos de Derecho civil y canónico y comentarios al respecto. La más temprana colección de un tribunal secolar italiano fue el volumen de Matthaëus de Afflictis sobre las *Decisiones Sacri Regii Consilii* de Nápoles, publicado en 1499.

Las decisiones de la *Reichskammergericht* no estaban motivadas y en 1563 Joachim Mynsinger, un antiguo magistrado de este tribunal, publicó *Singularium observationum indicii imperialis camerae centuriae quattuor*, en la que explica, frente al inicial descontento de sus compañeros magistrados en el tribunal, las razones de las decisiones adoptadas por éste en casos seleccionados. Su propósito era realzar la reputación del tribunal, para lo cual tuvo en cuenta a los mejores autores del *Ius commune*, si bien no expuso las razones de éstos para tomar sus decisiones.

La máxima del Derecho civil, enunciada por Justiniano, fue *non exemplis sed legibus iudicandum* (C.7,45,13): los jueces deben interpretar el derecho y no sólo limitarse a seguir el precedente. Las primeras recopilaciones citan principalmente autoridades de Derecho civil, a veces sugiriendo que los jueces estaban haciendo ostentación de su familiaridad con el Derecho aprendido. A fines del siglo XVI, sin embargo, las recopilaciones rutinariamente citaban decisiones anteriores del tribunal como precedentes, con la consecuencia de que el tribunal, aunque no obligado a hacerlo así, las seguiría normalmente. El uso forense establecido por cada tribunal, y evidenciado en las colecciones recopiladas por los jueces y abogados del mismo demostraban la mezcla precisa de elementos consuetudinarios y romanos.

Quien únicamente podía declarar con autoridad para un determinado territorio qué se había recibido del Derecho romano y qué se había rechazado era su propio tribunal supre-

mo. Un significativo trabajo que utilizó las recopilaciones para este propósito fue el *Legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis terris iurisdictionibus et dominiis regni Franciae* (1563) de Philibert de Bugnyon, que región por región indicaba los textos de Derecho civil que no habían sido recibidos.

Existía entonces una distinción entre el *Ius commune* y los *usos fori* de una región. Esto suscitó la cuestión de la carga de la prueba en casos dudosos. ¿Era el *Ius commune* Derecho salvo que se demostrase que había sido rechazado por el tribunal o era sólo Derecho si podía demostrarse que había sido recibido? Este punto fue la cuestión de mayor debate en la literatura alemana del siglo XVII. Los argumentos estaban basados sobre los comentarios bartolistas y centrados en si tal costumbre sería tratada como hecho y probada en el mismo modo que éstos. Johan Schilter, en su *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, originalmente publicado en 1675, planteó una vía intermedia: «La fuerza y el espíritu del Derecho romano hoy entre nosotros reside en su capacidad de adaptación». La recepción había producido una presunción general de que el *Ius commune* debía ser aplicado si era conveniente y siempre que no hubiese una norma específica local o costumbre reconocida en contrario. En ausencia de una práctica contraria, los abogados debían citar los textos apropiados de Derecho civil para auxiliar al tribunal.

#### EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO NATURAL

Aparte del uso del *Ius commune* en la práctica judicial, el Derecho civil continuó formando parte de una amalgama literaria cristiana que incluía también al Derecho canónico y la Teología. El siglo XVI conoció la aparición de problemas sin precedentes, que tuvieron que ser confrontados con el fondo de este pensamiento. Uno de los problemas más apremiantes era el relativo al *status* de los habitantes indígenas de los do-

minios españoles en el Nuevo Mundo. Francisco de Vitoria, dominico, profesor de Teología en Salamanca, lo abordó en sus *Relecciones de Indis*, escritas en 1532.

Hasta entonces la comunidad que, a efectos jurídicos, tenían en mente los estudiosos del Derecho quedaba restringida a los países cristianos bajo los poderes gemelos del Papa y el emperador. Vitoria rechazó la pretensión del papa Alejandro VI en 1493 de ostentar el poder para dividir los territorios recién descubiertos entre España y Portugal. En su opinión, ni el emperador podía reclamar soberanía sobre todo el mundo ni la soberanía temporal del Papa se extendía a los bárbaros. Vitoria argumentó que el *Ius gentium* de los textos romanos, en los que el Derecho se suponía compartido por todos los pueblos, podía ser comprendido también como *Ius inter gentes*, esto es, como un conjunto de reglas que gobernaban las relaciones entre un pueblo y otro. Este Derecho no estaba basado en compartir creencias religiosas sino en la naturaleza de la humanidad. El *Ius gentium* es definido, en Instituciones 1,21, como lo que la razón natural había dejado entre todos los pueblos. En opinión de Vitoria, por tanto, las relaciones entre España y sus dominios recientemente adquiridos debían regirse por este Derecho general de las naciones.

Vitoria rechazó el argumento, también basado en el Derecho romano, de que aquellos territorios eran *res nullius*, no pertenecientes a nadie, y así disponibles para el primer ocupante. Por el contrario, para el Derecho natural, los indios locales tenían la completa propiedad de su territorio aunque fueran paganos. Ni siquiera los herejes perdían sus derechos de propiedad. El Derecho natural aplicable entre naciones permitía a los españoles viajar libremente y comerciar, si bien no les permitía despojar a los indios de sus tierras contra su voluntad o atacarles, ni siquiera si ellos no estaban dispuestos a convertirse en cristianos y se encontraban por tanto en estado de pecado mortal.

El combate de Vitoria por los derechos de los pueblos indígenas del Nuevo Mundo estuvo basado primeramente sobre

la justicia y la moralidad, pero sus argumentos clave tenían mucho de las ideas derivadas del Derecho romano. Fueron desarrollados por su sucesor en Salamanca, el dominico Domingo de Soto, por Diego de Covarrubias, obispo de Segovia, que era tanto civilista como canonista, y particularmente por el jesuita Francisco Suárez. El tratado de este último *De legibus*, publicado en 1612, es el más sofisticado exponente de la Neoescolástica española. Afirmó que la fuerza obligatoria del Derecho natural estaba basada sobre la razón más que sobre la voluntad de Dios (II.6), pero observó que en la práctica lo que la razón prescribía podía variar de acuerdo con las circunstancias (II.14.12). Suárez rechazó la opinión bartolista de que el príncipe era el delegado del pueblo y sólo mantenía el poder de acuerdo con la voluntad del pueblo. En su opinión, el pueblo transfirió el poder al príncipe absoluta e irrevocablemente (III.4). Lógicamente el príncipe debía ser *legibus solutus* y no podía estar limitado siquiera por sus propias leyes. Estos neoescolásticos españoles desarrollaron la unión entre el método aristotélico y el Derecho romano, comenzada por Santo Tomás de Aquino. Esto les permitió elaborar teorías generales, por ejemplo en referencia a la responsabilidad contractual, que tuvieron gran influencia en autores posteriores. Sus opiniones tuvieron, no obstante, muy poco efecto sobre la actuación cotidiana de los colonizadores en el Nuevo Mundo.

Autores posteriores continuaron separando las proposiciones más generales que se encontraban en los textos romanos de las declaraciones que eran claramente aplicables sólo para el Derecho civil, en sentido estricto. Dichas afirmaciones más generales fueron identificadas como Derecho natural y de las naciones y ciertamente varias de ellas habían sido expresamente atribuidas en los textos originales a la «razón natural». Desde entonces se entendió que un hombre virtuoso debería actuar conforme a los principios de la naturaleza, en el entendimiento de que tales declaraciones eran aplicables no sólo como reglas de Derecho sino también como principios de moralidad personal.

En el contexto del Derecho natural y de las naciones se concedió una renovada importancia a las máximas recogidas en el último título del Digesto (50,17): por ejemplo, nadie debe enriquecerse en detrimento de otro (206); nadie puede transferir a otro un mejor derecho que el que posee (54); nadie es culpable de deshonestidad si ejerce su propio derecho (55); quien sufre una pérdida por su culpa no se considera que haya perdido nada (203); en igualdad de condiciones, el poseedor debe ser considerado la mejor parte (128). Muchas de estas máximas habían sido elaboradas por juristas clásicos como parte de su justificación de una decisión específica y habían sido convertidas en máximas generales por el simple procedimiento de extraerlas de su contexto. Ya que expresaban verdades que no necesitaban ser justificadas, como cuando en inglés una declaración se introduce por «it stands to reason that»\*, eran consideradas como evidentes. Estas máximas fueron tenidas en alta estima por aquellos que querían presentar el Derecho como una disciplina racional, sirviendo como principios generales de los cuales, por deducción lógica, se extraían reglas específicas. Proporcionaron una surtida cantera de la que los filósofos morales obtendrían argumentos con el soporte de siglos de autoridad.

#### EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Las florecientes naciones estado del siglo XVI requirieron el desarrollo de un derecho internacional público (*Ius inter gentes*), como propuso Vitoria. Pero el efecto divisivo de la Reforma sobre lo que parecía ser una comunidad de pueblos cristianos tuvo tal significación que el Derecho hubo de separarse de la Teología. En todos los países europeos la diplomacia había estado tradicionalmente en manos de juristas, los cuales

\* «Es evidente que» o «Es lógico que» [N. de los T.].

negociaban entre sí sobre la base de un conjunto común de ideas jurídicas. Uno de los primeros autores que establecieron el Derecho que regiría las relaciones entre los estados fue el bartolista italiano, establecido en Inglaterra, Alberico Gentili.

En 1584 el embajador español en la corte de la reina Isabel, Don Bernardino de Mendoza, fue denunciado por haber estado implicado en un complot para liberar de prisión a María, reina de los escoceses, y hacerla reina de Inglaterra. El Consejo privado pretendió castigar a Mendoza pero consultó antes a Gentili sobre la viabilidad jurídica de hacerlo. Éste opinó que la inmunidad criminal de los embajadores según el Derecho civil impedía cualquier condena, de modo que Mendoza fue sólo deportado. Poco después Gentili publicó el primer tratado especialmente dedicado a una materia de Derecho internacional, *De legationibus*. En esta obra Gentili dio cuenta de la práctica diplomática desde los tiempos romanos y muy especialmente del Derecho romano de relaciones internacionales, el *Ius fetiale*. Estudió los textos del *Corpus iuris* distinguiendo cuidadosamente entre el Derecho civil y el Derecho natural y de las naciones. El Derecho internacional, reclamaba, está fundado sobre este último. En 1587 la reina Isabel nombró a Gentili *Regius Professor* de Derecho civil en Oxford, escribiendo en los años que siguieron varios ensayos sobre el Derecho de la guerra, que fueron publicados de forma conjunta en Hanau en 1598, con el título de *De iure belli, lib. III*. Gentili de este modo comenzó el proceso de creación del Derecho internacional como una disciplina distinta fuera de los materiales del Derecho civil. El proceso se completó una generación más tarde por Grocio.

#### TEORÍA Y PRÁCTICA EN HOLANDA

Los Países Bajos en el siglo xv formaban parte de los dominios de los duques de Borgoña y en el siglo xvi recayeron en

Carlos V, que era duque de Borgoña y rey de España, además de emperador. La segunda mitad del siglo xvi estuvo marcada por una serie de revueltas contra los gobernadores españoles y la eventual separación de las siete provincias del norte, que en 1579 formaban la Unión de Utrecht. Cada provincia retuvo sus propios tribunales y su Derecho particular, si bien Holanda, que generaba aproximadamente la mitad de la riqueza de las Provincias Unidas, era la más importante. Amsterdam reemplazó a Amberes como principal centro comercial, por el cual pasaba el comercio del valle del Rin, al tiempo que sus mercaderes finalmente llegaron a dominar el tráfico comercial mundial.

Aún antes de su independencia formal, la primera universidad de las provincias del norte fue creada en 1575 en Leyden, Holanda, para ofrecer un contrapeso protestante a Lovaina, en los católicos Países Bajos del sur. Allí, como en España, la Inquisición había reprimido cada vez más la difusión de cualesquiera ideas que parecieran amenazar el orden tradicional de las cosas. Desde el principio a la facultad de Derecho de Leyden le fue concedido un importante lugar en la Universidad. En el cortejo solemne de apertura del curso, la Sagrada Biblia y los Cuatro Evangelios eran seguidos por cuatro juristas romanos: Juliano, Papiniano, Ulpiano y Triboniano.

Además de Holanda, otras importantes provincias no se quedaron atrás y universidades con facultades de Derecho fueron fundadas en Franeker, en Frisia, en 1585, Groningen en 1614, Utrecht en 1636 y Hardewijk, en Gelderland, en 1648. El Derecho de las Provincias Unidas fue en gran parte creado por profesores holandeses, especialmente los de Leyden, y por los jueces de los altos tribunales de las provincias, particularmente la *Hooge Raad* de Holanda. A través de su síntesis de ciencia y práctica jurídicas, Holanda condujo al resto de Europa en el siglo xvii por el camino en el que Francia había marcado el paso durante el xvi.

En sus primeros años Leyden fue capaz de atraer al humanista protestante francés Hugo Doneau, después de su huida

de Francia. Enseñó allí desde 1579 a 1587 sucediéndole Everard Bronchorst, que había recibido su formación en universidades alemanas. Éste determinó el tono característico del Derecho de las universidades holandesas. Dicho tono era una combinación de lo que llegó a ser considerado como una elegante y al mismo tiempo práctica forma de aproximarse al Derecho, en suma, una moderada amalgama del *mos gallicus* con el *mos italicus*. Los estudiantes iban a ser preparados para la práctica judicial si bien deberían primero ser instruidos en los principios fundamentales del Derecho.

Bronchorst insistió en la importancia que para el estudiante de Derecho, al principio de sus estudios, tenía el aprendizaje de los principios básicos del Derecho que se encontraban en el último título del Digesto y de las Instituciones. Para él las *regulae* de Digesto 50,17 eran los primeros principios del Derecho, equivalentes a las máximas de los dialécticos, los *problemata* de los geométricos y los aforismos de los médicos. «Tratan en un breve compendio todas las materias que son discutidas finalmente en el vasto océano del Derecho y proporcionan un índice general del Derecho universal». El ejercicio de la abogacía ante los tribunales fue enseñado a través de las *disputationes*, en las que los estudiantes hacían referencia a los comentaristas de la tradición bartolista.

El producto más excelente de la facultad de Derecho de Leyden fue Hugo Grocio (1583-1645), un niño prodigio que entró en dicha facultad a la edad de once años. Aunque no le enseñó directamente Doneau, resultó altamente influido por éste. Completó sus estudios en Orleans, donde se doctoró. Como resultado de su participación en una disputa teológica con implicaciones políticas, fue encarcelado y usó su forzado ocio para escribir, en holandés, una *Introducción a la Jurisprudencia* de Holanda (*Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheit*), finalmente publicada en 1631. En este trabajo Grocio trató al Derecho de Holanda como un sistema propio. No sería ya más un apéndice del Derecho civil sino una mezcla de la costumbre germánica y el Derecho romano, objeto de legis-

lación, no circunscrita ésta a los estrechos límites de un *statutum* local. En la tradición de Doneau, Grocio se ocupó sólo del Derecho sustantivo y no del procesal. En orden a retener la división tripartita de las Instituciones, dividió el Derecho en personas, cosas y obligaciones. Después de escapar del cautiverio, Grocio tuvo que pasar el resto de su vida como refugiado político, principalmente en Francia, donde fue embajador de Suecia.

En 1625 publicó en París su más conocido trabajo *De iure belli ac pacis*. En este tratado, Grocio, siguiendo las ideas bosquejadas por Suárez y Gentili, basó firmemente el Derecho internacional sobre el Derecho natural, derivado de la naturaleza del hombre, que pretendía ser independiente del Derecho civil. Los principios básicos de este Derecho eran axiomáticos y evidentes. Grocio afirmó, explicando sus ideas sobre el Derecho, que había abstraído su opinión de cada hecho particular en el mismo modo que los matemáticos consideran sus figuras abstraídas de los cuerpos (*prolegomena*, 58). Las normas de Derecho natural podían ser elaboradas de dos modos, *a priori*, por deducción lógica de los principios básicos, o *a posteriori*, por observación de las normas que estaban en la práctica común del Derecho de todos los pueblos civilizados. Si una norma era aceptada en todas partes como Derecho, eso era una buena prueba de su origen en la razón natural, compartida por toda la humanidad. Grocio prefirió este segundo método e ilustró los preceptos del Derecho natural con abundancia de ejemplos. Lo que la razón natural prescribía a menudo volvía a ser aquello que era establecido o que podía ser inferido de los textos de Justiniano.

El tratado de Grocio estaba erizado de referencias a los textos de Derecho civil, aducidos para sustentar proposiciones que pretendían ser Derecho natural. Grocio afirmó que este Derecho no era dictado por Dios, puesto que, y así lo expuso, existiría incluso si aceptamos que no hay Dios o que los asuntos humanos no le conciernen (*prolegomena*, II y I. I. 10.5). Así, las nociones romanas de ocupación de las cosas no perte-

necientes a nadie fueron adaptadas a la conquista de nuevos territorios y el Derecho romano de contratos a los tratados internacionales. El Derecho natural fue presentado como una extensión o logro del Derecho civil romano. El último no consideraba que toda promesa fuese obligatoria, si bien en Derecho natural cada firme promesa lo es y así los tratados, una vez concluidos, deben ser mantenidos. La máxima era *pacta sunt servanda*.

Contemporáneo de Grocio, Arnold Vinio estudió en Leyden y permaneció allí como profesor. Fue él quien perfiló la ciencia jurídica holandesa como una mezcla de elementos de Derecho romano, consuetudinario y natural. Vinio se hizo un nombre con su completo comentario de las Instituciones de Justiniano, que pretendía ser a la vez académico y forense. En esta obra, que apareció en 1642, usó al tiempo las ideas de los principales humanistas franceses, tales como Cujas y Hotman, y aquellas de los glosadores y bartolistas, así como los más recientes exponentes de la práctica judicial alemana, como Mynsinger. Además, aunque su trabajo estaba dedicado a una exposición de las Instituciones de Justiniano, lo refirió a la práctica legal holandesa, con citas de la colección de decisiones del Gran Consejo de Malinas (en el sur de Holanda). Vinio también hizo uso a la vez del *Inleidinge* de Grocio y de su *De iure belli ac pacis*. La naturaleza enciclopédica del libro de Vinio, que compartía el familiar esquema de las Instituciones, lo convirtió en una obra de referencia hasta finales del siglo XVIII. Vinio también publicó una versión más corta, o *Notae*, dirigida exclusivamente a estudiantes, en la que buscaba explicar las Instituciones, conforme a las mejores ideas humanistas, si bien con pequeñas referencias a la práctica. Cien años más tarde estas breves notas fueron recomendadas por Lord Mansfield en Inglaterra como la mejor introducción al Derecho romano para un caballero, y fueron también estudiadas por John Adams, más tarde segundo presidente de los Estados Unidos, cuando era estudiante en el Harvard College.

Vinio fue un autor ecléctico, que buscó presentar el Derecho civil romano como una fuente de las nociones básicas del Derecho universal derivadas de la naturaleza, por un lado, y de la práctica jurídica, por otro. Otros autores concentraron su atención más específicamente sobre el Derecho de las Provincias Unidas y marcaron sus diferencias con el puro Derecho civil. Simon Groenwegen van der Made recorrió todo el *Corpus iuris* y cuidadosamente señaló qué textos habían sido rechazados o ignorados en la práctica. Siguiendo el modelo usado por el francés Bugnyon un siglo antes, publicó sus resultados en un tratado sobre lo que no era el Derecho (Leyden, 1649). Tres años más tarde su contemporáneo Simon van Leeuwen publicó *Paratitula iuris novissimi, dat is Een kort begrip van het Rooms-Hollandts Reght*, y acuñó así el título Derecho romano holandés, por el que el Derecho de las Provincias Unidas y sus colonias llegó a ser conocido.

Por lo que se refiere al Derecho privado, la labor de la escuela holandesa del siglo XVII fue sintetizada de manera magistral por Johannes Voet, otro profesor de Leyden, en su *Commentarius ad Pandectas*, que publicó en dos volúmenes in folio en 1698 y 1704. Aunque siguió el orden de los títulos del Digesto, Voet dispuso el material dentro de cada título diferentemente. Primero se explica el Derecho romano y luego el Derecho moderno con la cita completa de las autoridades relevantes. El Derecho natural, en gran parte tomado de Grocio, es mencionado pero ocupa sólo un modesto lugar.

Quizá el mayor innovador de los juristas romano-holandeses fue Ulrich Huber, que no pertenecía a Holanda sino a Frisia, donde la recepción del Derecho civil romano fue superior que en otras provincias. En su *De iure civitatis lib. III*, publicado en 1672, elaboró, en gran parte desde materiales romanos, un Derecho del estado, que llamó la «nueva disciplina del Derecho público universal». En sus *Praelectiones iuris civilis*, publicadas entre 1678 y 1690, creó, otra vez a partir de materiales romanos, la disciplina moderna de los conflictos de leyes, para abordar casos en los que están implicadas varias normas

de Derecho privado. En su *Heedendaegse Rechtsgeleertheyd*, de 1698, elaborado sobre el *Inleidinge* de Grocio, pero con referencia a la práctica frisia, dio cuenta del Derecho actual y con gran riqueza de detalles situó el Derecho en su entorno.

El extendido respeto mostrado en toda Europa hacia los maestros holandeses se atestigua por el gran número de ediciones extranjeras de sus principales trabajos en los siglos xvii y xviii. Así el Comentario de Bronchorst tuvo catorce ediciones en Alemania, Francia y el sur de los Países Bajos. Del comentario de Vinio sobre las Instituciones sólo en Lyon se hicieron nueve ediciones entre 1666 y 1777, a la vez que doce en Venecia entre 1712 y 1804, tres en Nápoles, cinco en Valencia y una traducción al español (Barcelona 1846-1847). Los comentarios de Voet sobre el Digesto fueron editados en diecisiete ocasiones en Francia, Alemania, Italia y Ginebra, así como una traducción al italiano en seis volúmenes (Venecia 1837-1840).

Hacia finales del siglo xvii el Derecho civil romano había penetrado la cultura protestante del norte de Europa lo mismo que había formado parte previamente de la Europa católica. Ello se evidencia en la proliferación de breves resúmenes destinados a popularizar los aspectos esenciales de éste, especialmente las Instituciones, así como para ayudar a los estudiantes a memorizarlos; algunos aparecían redactados mediante aforismos e incluso en verso. La inmensidad del Digesto demandaba una forma de actuar diferente y se hicieron esfuerzos para aprovechar el poder de las imágenes para difundir el conocimiento de las materias incluidas en él. El *Memoriale iuris civilis romani* de Johannes Buno, publicado en Hamburgo en 1673, es el más ambicioso de estos esfuerzos, puesto que ilustra con detallados grabados los temas de todos los libros del Digesto. Al año siguiente Buno lo completó con un volumen similar para el Código, las Novelas y los *Libri feudorum*. En Frisia, donde existía una tradición de fabricación de azulejos pintados, Sybrant Feytema produjo en los años ochenta del siglo xvii una serie de azulejos que ilustraban varios títu-

los del Digesto, cada azulejo marcado destacadamente con el número del título pertinente. Al igual que los grabados de Buno, en los azulejos no aparecen representadas las normas jurídicas en su marco romano original sino que las sitúan en el mundo real del tardío siglo xvii, de modo que las ropas de los protagonistas, sus armas y sus casas son obviamente los del norte de Europa.

## 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 reconcinnatum* 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 instituía 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, canceller 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 pareció 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 la-

bor de Pothier aparecieron entre 1748 y 1752 proporcionándole a su autor fama internacional.

Por ese tiempo fue designado «Real Profesor» de Derecho francés en la Universidad de Orleans transitando así desde el Derecho romano expuesto en latín, hacia el Derecho consuetudinario expuesto en francés. En sus *Coutumes d'Orléans*, publicadas en 1761, reanudó la ordenación del Derecho consuetudinario donde Dumoulin la había dejado. Comparando las costumbres de Orleans con el resto de costumbres importantes, proporcionó de hecho una introducción al Derecho consuetudinario francés en general. Más adelante se movería desde lo general a lo particular, escribiendo una serie de tratados referentes a los asuntos esenciales del Derecho privado, presentando juntos los elementos romanos y consuetudinarios. El más famoso fue el *Traité des Obligations*, cuyo material deriva fundamentalmente del Derecho romano. Los conceptos generales del Derecho siempre se encontraban acompañados de ejemplos aclaratorios que mostraban la dinámica de la norma en la práctica. Esta obra de Pothier fue rápidamente traducida a otras lenguas y se convirtió en el modelo a seguir para las transacciones jurídicas en toda la Europa del XIX.

El Código civil promulgado en 1804 se ocupaba del Derecho civil de acuerdo con el esquema seguido por las Instituciones, aun cuando omitía las cuestiones tratadas en las Ordenanzas reales. Tuvo que ser completado con otros cuatro códigos dedicados al procedimiento civil, al Derecho penal, al procedimiento criminal y al Derecho mercantil. Los redactores del Código civil se apoyaron sólidamente en Pothier, especialmente en la sección dedicada a las obligaciones y en menor medida en Domat. Existen, con seguridad, elementos consuetudinarios en el Código francés tales como el principio de que la *possession vaut titre*. Sin embargo, los artículos reflejan esencialmente la predominancia del Derecho romano al tiempo que están ordenados en una oscurecida versión del esquema de las Instituciones. Los artículos están redactados en un lenguaje claro y conciso comprensible para el hombre co-

riente. Están reunidos en tres libros de tamaño desigual, el primero se ocupa de la persona y el segundo de las cosas, la propiedad y sus modificaciones. El tercer libro, que contiene unos 1.500 de los 2.281 artículos del Código, está especialmente dedicado a los diferentes modos de adquirir la propiedad y contiene todas las normas no incluibles en los dos primeros libros. Aunque reformado en detalle, el Código francés aún está en vigor.

#### LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA

Hacia el final del siglo XVIII, debió parecer a cualquier observador desapasionado que el Derecho romano había dejado de ser un elemento vital en el pensamiento europeo. Subsistió, por supuesto, un sedimento permanente de términos provenientes del Derecho romano en el discurso moral y político y en la diplomacia internacional. Por ejemplo, en 1789 Thomas Jefferson, escribiendo desde París a James Madison en América, para instarle a la revisión de la Constitución de los Estados Unidos en cada generación, señaló que era evidente por sí mismo que «la tierra pertenece en usufructo a los vivos». El usufructo no era un término usado por los juristas del *Common Law*, pero Jefferson dio por seguro que cualquier hombre instruido lo comprendería.

Sin embargo, la función tradicional del Derecho romano como una fuente de ideas jurídicas parecía haber acabado con la promulgación de los códigos, e, incluso allí donde el Derecho todavía no estaba codificado, era visto a menudo como anticuado e irrelevante. Fue en esta época cuando J. W. Goethe observó que el Derecho romano era como un pato. Algunas veces aparece prominente, nadando sobre la superficie del agua; otras veces está oculto de la vista, buceando en medio de las profundidades. Pero está siempre ahí. Justo en el momento en que el Derecho romano parecía haber llegado a no

ser más que un tema de estudio de especialistas en la Antigüedad, de repente adquirió nueva vida.

El espectacular resurgimiento del Derecho romano a inicios del siglo XIX está asociado a la reacción contra la Codificación y las nociones jurídicas que la misma implicaba. La historia de este renacimiento comienza con la obra *Decline and Fall of the Roman Empire* de Edward Gibbon, cuyos primeros volúmenes aparecieron en 1776. En el capítulo cuarenta y cuatro Gibbon afirmó que «las leyes de una nación forman la parte más instructiva de su historia». Procedió luego a examinar la «revolución de casi mil años desde las XII Tablas a Justiniano» dividiéndola en tres periodos, cada uno diferenciado por un tipo específico de actividad jurídica. El más importante fue el periodo intermedio (o clásico). Gustav Hugo en Gotinga tradujo este capítulo al alemán y observó que Gibbon había evitado el método dominante anteriormente en el Derecho, a favor del método de Montesquieu, para quien era necesario relacionar las instituciones jurídicas con las circunstancias concretas de una sociedad.

Observando el Derecho romano de este modo demostró que el principal agente de desarrollo jurídico no era la legislación sino el debate entre los juristas, con lo que Hugo desafió a la ortodoxia dominante en su día con afirmaciones como que «las leyes no son las únicas fuentes de la verdad jurídica». El modelo para Hugo y sus colegas no era el Derecho del legislador Justiniano sino el Derecho del siglo II d.C., cuando el emperador concedió, según parece, a los juristas el control sobre el desarrollo del Derecho a través del argumento y del debate y la concesión a sus opiniones de autoridad legal. Eran los juristas, por tanto, quienes tenían la primera responsabilidad de elaborar el Derecho.

La estela de Hugo fue seguida por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y la Escuela histórica alemana que él fundó. Su manifiesto fue el panfleto que Savigny publicó en 1814 titulado «Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia». Lo escribió para replicar a la pro-

puesta, realizada por A. F. J. Thibaut, de elaborar un Código civil común para todos los estados alemanes, que los unificaría jurídicamente al modo en que el *Code civil* había unificado el Derecho en Francia.

El Derecho no era, argumentaba Savigny, en exclusiva una construcción de la razón, como los iusnaturalistas lo habían presentado, sino un producto de la tradición y del *ethos* de una sociedad concreta. Cada institución de una nación, como su lengua y su Derecho, reflejaría este carácter popular y cambiaría como la sociedad cambia. La legislación se perfila además como un instrumento para el desarrollo jurídico, tanto como la costumbre y la práctica lo son en los primeros estadios de la sociedad, y como lo es también el debate de los juristas cuando la sociedad está más desarrollada. El Derecho surge por fuerzas internas que operan silenciosamente, no por la arbitraria voluntad de un legislador. En la primera etapa de una sociedad, el Derecho no es lo suficientemente técnico para ser presentado en forma de código; en el periodo de declive de una sociedad falta la pericia necesaria para elaborar un código. El único periodo posible es el intermedio, cuando se da la máxima participación popular y un alto nivel de preparación técnica, no representada por legisladores sino por juristas académicos. Pero precisamente a causa de estos factores, toda una época no había necesitado de un código.

El esquema de Savigny de desarrollo jurídico fue claramente una generalización de una determinada visión de la historia jurídica romana que consideró el Derecho de la República como muy elemental, y para la cual el Derecho de Justiniano era el producto de una sociedad en declive, al tiempo que identificaba el periodo clásico como el de la madurez. Ignorando los datos acerca del desacuerdo existente entre los juristas clásicos, Savigny sostuvo que los trabajos de éstos, lejos de emplearse en polémicas, muestran bastante menos personalidad que otros tipos de literatura: «Todos cooperan, de la manera que sea, en la única y gran obra». Su modo de proceder tiene la certeza de las matemáticas. De esta forma fueron

capaces de introducir nuevas instituciones sin desechar las antiguas: «una juiciosa mezcla de principios permanentes y progresivos».

Savigny no buscó aplicar sus esquemas sobre la evolución jurídica a todas las sociedades sino sólo a las «naciones más nobles», una categoría que para él incluía claramente no sólo a los romanos sino también a los alemanes. Tuvo, sin embargo, dificultades para aplicar su esquema de desarrollo a la historia jurídica alemana a consecuencia de la ruptura causada por la recepción del Derecho romano. Savigny vio esto como el resultado de una necesidad. Para los alemanes no hubo alternativa a la adopción del Derecho romano en el siglo XVI. El Derecho romano no era un Derecho nacional sino supranacional, el cual, declaró, no podría considerarse más una posesión exclusivamente nacional como podían ser la religión o la literatura.

Las ideas de Savigny fueron recibidas entusiásticamente, no sólo en Alemania sino también en otras partes de Europa, por todos aquellos que por diversas razones recelaban de la reforma legislativa y la Codificación. La noción del espíritu popular (*Volkgeist*), enunciada por sus seguidores, tiene una cualidad mística que está completamente ausente de la concepción más racional del espíritu de las leyes de una sociedad, pero que iba bien al Romanticismo de principios del siglo XIX. Algunos estudiosos alemanes no estaban, sin embargo, convencidos por la justificación de Savigny de la recepción del Derecho romano. Inspirados por el nacionalismo alemán, consideraban que el *gemeines Recht*, la versión del *Ius commune* que todavía se aplicaba en la mayoría de los estados alemanes, excepto Prusia y Austria, era un Derecho extranjero.

En la década de los cuarenta del siglo XIX la Escuela histórica alemana se dividió en dos grupos, romanistas y germanistas, ambos con características muy intensas y definidas. Para los germanistas el Derecho romano era un Derecho extranjero y su influencia era parecida a un virus que hubiera infectado el Derecho germánico puro y menguado su desarrollo. El

historiador del Derecho Heinrich Brunner se refiere a la influencia del Derecho romano en los siglos XII y XIII sobre Bracton y Beaumanoir como una «profiláctica inoculación», que permitió a los Derechos inglés y francés escapar más tarde a una recepción completa. El historiador del Derecho F. W. Maitland, simpatizó con los germanistas que estaban buscando las raíces del Derecho consuetudinario germánico y caracterizó sus esfuerzos de esta manera: «Cada resto y fragmento del viejo Derecho alemán era cariñosa y científicamente recuperado y editado. Cualquiera de éstos era rastreado a través de su devenir y su origen. La fuerza motriz de este prolongado esfuerzo ... no era una anticuada pedantería, sino una curiosidad puramente desinteresada. Hubo ciencia, pero hubo también amor».

Los romanistas, por otro lado, liderados por el mismo Savigny, buscaron tanto purificar el Derecho romano de su adulteración por decadentes elementos no romanos como extraer los principios universales inherentes a los textos. La primera tarea de Savigny fue recuperar la versión más precisa de los textos de Justiniano y documentar su tránsito a través de la Edad Media hasta su propia época. Puso los fundamentos para ello con su monumental *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, el fruto de su investigación personal sobre manuscritos de las principales bibliotecas de Europa. Describió con riqueza de detalles la supervivencia de los textos del Derecho romano en los tiempos oscuros y el renacimiento de su estudio en el siglo XII. Los partidarios de la Escuela histórica atribuyeron a la intervención de la providencia un significativo acontecimiento que ocurrió justo en el momento en que Savigny inauguró la escuela. La dependencia de los textos de Justiniano para descubrir el Derecho romano clásico quedó menguada enormemente por el descubrimiento de Niebuhr, en la biblioteca de la catedral de Verona, de un texto original de las Instituciones de Gayo.

Los romanistas alemanes no estaban interesados en rastrear el modo en que el Derecho romano había sido adaptado para servir a las necesidades de la sociedad contemporánea por obra de los comentaristas o de los autores de la Escuela holandesa. En un espíritu de revivido humanismo, querían revelar la inherente estructura teórica que estaba implícita en sus textos. El modelo de Savigny era el del humanista Hugo Doneau, de finales del siglo xvi. En un temprano trabajo sobre el derecho de posesión (1803), que le sirvió para ganarse su reputación como jurista, Savigny observó en el prefacio que Doneau era el único jurista anterior que tenía una clara visión de lo que requería el estudio del Derecho romano. A partir de ciertos textos que establecían que se requería no sólo un control físico sino también una intención especial por parte del poseedor, Savigny localizó el principio fundamental de la posesión: ser una manifestación de la voluntad humana, al tiempo que reordenaba los textos romanos sobre la posesión en orden a ilustrar este principio.

La Pandectística, tal como llegó a ser llamada la aproximación decimonónica alemana a los textos del Derecho romano, debía mucho a aquellos autores iusnaturalistas que percibieron el Derecho como una suerte de matemática jurídica. Savigny esperaba demostrar que era todavía posible usar los conceptos científicos derivados de las pandectas para solucionar los problemas contemporáneos.

El problema social que preocupaba en Alemania en la primera mitad del siglo xix era la posición de los campesinos y la necesidad de liberarlos de algunos pesados vestigios del feudalismo. Conforme a la versión alemana del *Ius commune*, los campesinos podían ser considerados *coloni*. En el Derecho romano tardío los *coloni* eran arrendatarios que estaban sujetos a la tierra en una manera que anunciaba la servidumbre medieval. Savigny señaló que esta concepción del colona-

to era producto del periodo de declive jurídico romano y que no serviría de modelo para los campesinos del siglo xix. Por el contrario para el verdadero Derecho romano (el clásico) los *coloni* habían sido libres arrendatarios de la tierra, versión que era el mejor modelo que la ciencia jurídica podía recuperar.

Savigny buscó despojar al Derecho romano del bagaje que había acumulado con el objeto de adaptarse a la relación feudal. Como Doneau había demostrado, la noción de una propiedad dividida, con un *dominium directum* asignado al señor y un *dominium utile* asignado al vasallo, no tenía cabida en el verdadero Derecho romano. Pero si el señor y el vasallo no compartían el *dominium* ¿cómo serían caracterizados sus respectivos intereses? La noción romana de servidumbre, o carga sobre la tierra, podría ser usada para caracterizar tanto el interés del señor como el del vasallo. Las servidumbres eran o personales o prediales. La principal servidumbre personal era el usufructo, el derecho a disfrutar de la tierra de por vida, que había sido además por mucho tiempo usado como modelo para el interés del vasallo, pero con la reserva de que éste era un interés permanente. Si el señor era considerado el propietario, entonces el vasallo podía ser considerado como un tipo de usufructuario de la tierra. Ahora, sin embargo, se argumentaba que encajaba mejor con el estado actual de la relación feudal, considerar al vasallo como propietario, y en ese caso, el interés residual del señor se asemejaba más a una servidumbre predial, tal como un derecho de paso sobre la tierra. La importancia de esta analogía era que una servidumbre predial podría extinguirse por prescripción. Si la persona titular del derecho de paso dejaba de ejercitarlo, o si el propietario bloqueaba el paso y la persona titular no hacía nada acerca de ello durante un cierto periodo, entonces la tierra quedaría liberada de la carga que pesaba sobre ella. La puerta estaba abierta para la idea de que por prescripción el propio vasallo podría liberarse de las cargas feudales.

La búsqueda de un Derecho romano purificado, a través del cual los profesores podrían encontrar soluciones a los pro-

blemas sociales de Alemania sin recurrir a la reforma legal, tuvo un éxito limitado entre los jueces y los juristas prácticos. Estaban esperando argumentos legales que pudieran justificar lo que querían hacer en cualquier caso; a saber, liberar a los campesinos de sus cargas feudales, si bien el programa de la Escuela histórica que pedía reformas a través del desarrollo doctrinal académico no se ejecutó con suficiente celeridad. La necesidad de reformas era demasiado apremiante y fue la legislación que siguió a la Revolución de 1848 la que realmente liberó a los campesinos.

El programa propuesto por Savigny, dirigido a encontrar los principios centrales del Derecho romano, iniciado en el tratado sobre la posesión, se extendió al ámbito completo del Derecho privado en su significativamente titulado *System des heutigen römischen Rechts* (*Sistema del Derecho romano actual*), que apareció entre 1840 y 1849. Para Savigny no había contradicción entre sus estudios históricos y su Pandectística; ambos ilustraban las dos caras del mismo fenómeno. Para sus seguidores, sin embargo, la Pandectística llegó a ser menos histórica y más racional. En la década de los cincuenta del siglo XIX era claro que si el Derecho romano debía tener relevancia en la Alemania contemporánea, habría de ser reinventado otra vez. En el lugar del Derecho romano, como el Derecho que reconocería la máxima libertad para la voluntad humana, como el *System* de Savigny lo describió, el signo de los tiempos requería un Derecho romano que expresara los valores materialistas de la sociedad burguesa.

Desde mediados de siglo era obvio que el Derecho alemán se estaba moviendo inexorablemente hacia la codificación y que, puesto que eran los profesores quienes prepararían el código, serían los jueces quienes lo interpretarían y le darían efectividad. Se promulgó un Código de comercio para toda Alemania en 1861, si bien no estuvo basado en el Derecho romano sino sobre las prácticas comerciales, que habían inspirado las ordenanzas comerciales francesas del siglo XVII. La realidad escueta era que el Derecho romano, que reconocía a las partes

gran libertad para moldear sus transacciones como desearan, no se compadecía con los complejos mecanismos legales de la moderna vida comercial. El historiador económico Max Weber destacó el hecho de que, a pesar de la naturaleza liberal del Derecho romano privado, ninguna de las instituciones jurídicas características del capitalismo moderno provenían de aquel. Como ejemplos citaba los bonos con rendimiento anual, los títulos al portador, las acciones, las letras de cambio, las sociedades mercantiles (en su moderna dimensión capitalista) y las hipotecas como operación financiera.

Los romanistas concentraron entonces sus esfuerzos en preparar el fundamento del Código civil. Reconocieron que la contribución del Derecho romano habría de ser en forma de destilación de principios que pudieran ser incorporados a un código, en tanto que apropiados para una sociedad orientada hacia el comercio. A este fin el Derecho romano tenía que ser purgado de aquellas características que recordaban a la sociedad no industrial que le daba origen, al tiempo que se subrayarían aquellas circunstancias que animaban a los empresarios. Además, con el fin de establecer los fundamentos del nuevo código en la Pandectística, los romanistas estaban legitimados para proclamar que se trataba de un Derecho apolítico e imparcial y que ellos, como sus exponentes, estaban por encima de la política.

Los dos romanistas alemanes más sobresalientes de la segunda mitad del siglo XIX fueron Rudolf von Ihering y Bernhard Windscheid, los cuales, casi contemporáneos, murieron ambos en 1892. Ihering poseyó un profundo sentido de la ironía y puso el acento sobre conceptos que, con independencia de su éxito, caracterizaron a la Pandectística dominante. En sus tres volúmenes, auténticas piezas maestras, sobre el espíritu del Derecho romano (*Der Geist des römischen Rechts*), cuyo primer volumen apareció en 1852, escribió lo siguiente:

La aspiración de la lógica de convertir a la jurisprudencia en matemáticas jurídicas es un error y proviene de un concepto equivocado del Derecho. La vida no existe por los conceptos sino los conceptos

por la vida. No es la lógica la que permite que exista sino que es demandada por la vida, por las relaciones sociales, por el sentido de la justicia - la necesidad lógica o la imposibilidad lógica son irrelevantes [II. 2. introd. 69].

El Derecho romano, sostuvo Ihering, no estaba basado sobre principios morales, como habían mantenido los iusnaturalistas, sino sobre necesidades económicas; su principio director era la autopromoción. Ihering no rechazó completamente el carácter nacional como un factor determinante del Derecho. El estado ideal para el desarrollo jurídico era un equilibrio entre las fuerzas conservadoras y las progresistas que permitían al Derecho desarrollarse lenta pero seguramente. Como ejemplos de pueblos cuyo carácter poseyó dicho equilibrio, citó a los antiguos romanos y al pueblo inglés. No obstante, Ihering rechazó la noción de espíritu nacional de la Escuela histórica como un factor determinante del Derecho. La presencia de las ideas romanas en el Derecho alemán era incompatible con tal noción. La característica de un pueblo que progresa era precisamente su capacidad para asimilar ideas e instituciones externas. Ésta se habría mostrado en la incorporación que los romanos hicieron de las normas del *Ius gentium* para complementar el *Ius civile*. Un Derecho que progresa, concluyó, está caracterizado no por la nacionalidad sino por la universalidad.

En 1857 Ihering fundó una revista científica en la que buscaba mostrar el potencial del Derecho romano para abordar los problemas modernos. Como expresó en el primer número, su lema era «a través del Derecho romano, más allá del Derecho romano». Un ejemplo importante de ello es el propio ensayo de Ihering sobre la doctrina de la *culpa in contrahendo*, o culpa en la formación de un contrato que resultaba frustrado o inconcluso. Valiéndose de un par de textos del Digesto, construyó sobre ellos una elaborada teoría conforme a la cual podría existir una responsabilidad contractual, incluso aunque no llegara a haber contrato.

Windscheid forjó su reputación con un libro sobre la acción en el Derecho romano, publicado en 1856. Savigny había considerado la acción romana en gran parte como Doneau la había visto, esto es, las acciones existían para dar efecto a derechos subjetivos preexistentes, basados sobre la justicia. Windscheid demostró que el pretor, representando al Estado romano, concedía una acción cada vez que la política estatal entendía que un remedio jurídico era apropiado. El pretor no se preocupó de los derechos. Cuando decidía qué remedios conceder, se guiaba por su sentido de las necesidades económicas del momento.

Los nuevos pandectistas no admitieron que estaban abogando por una determinada filosofía política, sino que la ciencia jurídica que ellos decían haber descubierto en el Derecho romano revelaba un Derecho altamente individualista. Se alentó la libertad contractual sin ningún miramiento hacia la desigualdad de las partes contractuales. Dieron la máxima protección a la propiedad privada y redujeron al mínimo la responsabilidad de los hombres de negocios por los perjuicios causados a otros en el curso de sus operaciones. Windscheid resumió sus logros en su obra de tres volúmenes sobre el *Pandektenrecht* (1862-1870), de los que fueron publicadas siete ediciones antes de su muerte en 1892. La obra ha sido justamente comparada con la gran glosa de Accursio. Sintetizó la labor de la Pandectística con autoridad y moderación y lo organizó en un bien ordenado sistema de fácil consulta. Su influencia sobre el contenido del Código civil alemán (BGB) de 1900 fue inmensa.

El esquema del BGB no sigue el orden de las Instituciones sino que está influenciado por otros órdenes anteriores, en particular los sistemas geométricos cristianos, retornando a Pufendorf y Domat, en los que se procedía de lo general a lo particular. Primero, hay una Parte General en la que se exponen las normas comunes a todo tipo de transacción jurídica y que incluiría la parte del Derecho de la persona, tratando la capacidad jurídica. Se pone énfasis sobre la noción de *Rechts-*

*geschäft*, que sería esencialmente el *negotium* de Althusius, esto es, cualquier expresión de la voluntad por la que una persona pretende producir un cambio en su posición jurídica. Luego siguen cuatro libros consagrados a obligaciones, cosas, Derecho de familia y sucesiones. Aunque el orden de su tratamiento no es el de las Instituciones, las categorías sobre las que está elaborado y muchas de sus normas sustantivas son reconociblemente romanas.

El desarrollo hasta aquí descrito hizo de la ciencia jurídica alemana la fuerza dominante en el pensamiento jurídico europeo. Pero en verdad, el patrón ideal de Código civil en el XIX, copiado por las naciones que codificaban su Derecho, fue el *Code civil* francés, modelo para los códigos holandés, belga, italiano y español. Pero cuando se piensa en la ciencia jurídica, en el sentido de la interpretación que se hace del Derecho por los juristas, la escuela alemana reina de manera suprema. Los estudiantes acudieron en tropel a las grandes facultades de Derecho alemanas en la forma en que habían ido a Italia en el siglo XII, a Francia en el siglo XVI y a Holanda en el XVII. Así sucedió incluso con algún jurista del *Common Law* inglés.

#### LA CIENCIA JURÍDICA DEL SIGLO XIX FUERA DE ALEMANIA

Durante una parte importante del siglo XIX, la ciencia jurídica en Francia estuvo dominada por la «Escuela de la exégesis», que trató de realizar una ruptura completa entre el texto del Código, tal como fue promulgado, y las fuentes de las que derivaba. Sus miembros consideraban las palabras del texto claras y comprensibles y buscaban por encima de todo la certeza en su interpretación. En la segunda mitad del siglo la Escuela exegética llegó a estar influenciada por las ideas pandectistas de los conceptos jurídicos generales. En la época de Napoleón el *Code civil* había sido aplicado al territorio alemán del Rin, donde permaneció en vigor durante todo el siglo XIX. Sobre el

mismo, autores alemanes escribieron tratados, algunos de los cuales fueron traducidos al francés.

En la primera mitad del siglo XIX los estudiosos italianos estuvieron muy influenciados por la Escuela exegética francesa. Después de la publicación del Código civil italiano en 1865, inmediatamente precedido por la unificación del país, la doctrina italiana tomó la Pandectística como su modelo. Obras como el *Pandektenrecht* fueron traducidas al italiano por importantes juristas, al tiempo que los más significados romanistas alemanes, como Ihering, fueron agasajados en sus visitas a Italia.

En Inglaterra el debate del siglo XIX entre aquellos que favorecían la legislación como instrumento de reforma y aquellos que se oponían a ello, se trasladó en gran medida al ámbito del Derecho romano. Esto fue así porque la cuestión figuraba destacadamente en la reforma de la educación jurídica inglesa a mediados del siglo XIX. Oxford y Cambridge habían mantenido la antorcha del Derecho romano parpadeante si bien los *Inns of Court* de Londres habían dejado de estar activos como instituciones de enseñanza. La enseñanza del Derecho inglés no había sido introducida en las antiguas universidades hasta el siglo XVIII, y produjo los enciclopédicos *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone, basados en el esquema de las Instituciones. Sin embargo, no fue realmente hasta el siglo XIX que comenzó en Inglaterra una educación jurídica parecida a lo que continentalmente se entiende por ésta.

El University College London, cuya fundación se debió en gran parte a la influencia de Jeremy Bentham, creó a la vez cátedras de *Common Law* inglés y de Jurisprudencia, en el sentido de teoría del Derecho. John Austin, un discípulo de Bentham, fue nombrado para esta última en 1826 e inmediatamente se desplazó a Bonn para formarse. La teoría general del Derecho de Austin fue tomada de Bentham, pero su análisis de los conceptos jurídicos procedía de los romanistas alemanes. Buscó estructuras sistemáticas y análisis rigurosos de los conceptos jurí-

dicos generales y los encontró en obras tales como el tratado de Savigny sobre la posesión (del cual dijo «de todos los libros sobre Derecho, éste es el más consumado y magistral») y el Sistema de Derecho de pandectas de Thibaut. El contraste entre tales obras y las del Derecho inglés era llamativo: «Ir del estudio del Derecho inglés al estudio del Derecho romano, es escapar del imperio del caos y la oscuridad a un mundo que parece por comparación la región del orden y la luz». En 1845 Nathaniel Lindley (más tarde Lord Lindley) publicó una traducción de la parte general de la obra de Thibaut bajo el título *Introduction to the Study of Jurisprudence*.

Un entusiasta publicista del Derecho romano en el sentido pandectístico fue Henry Sumner Maine, que había sido *Regius Professor* de Derecho civil en Cambridge. En 1856 en un ensayo en el que lamentaba «la inmensidad de la ignorancia a la que estamos condenados por la ignorancia del Derecho romano», ilustró el valor de un aprendizaje del Derecho romano que proporcionara un conjunto de categorías e infundiera un modo especial de razonar. Estos últimos habían penetrado el discurso de la filosofía moral desde el siglo XVII y habían dominado el Derecho y las relaciones internacionales. Así, el Derecho romano «se convirtió rápidamente en la lengua franca de la jurisprudencia universal».

En 1859 un anónimo colaborador del *Law Magazine* escribió sobre el Derecho romano:

Es obvio que sus definiciones y clasificaciones, su modo de pensar y las conexiones internas entre sus partes son para nosotros incomparablemente más importantes que sus detalles más diminutos. El mérito duradero del Derecho romano es que se trata de la obra de un pueblo que parece haber sido elevado para ese fin especial en un tiempo en que la vocación de las razas parecía haber sido más determinada e individualizada de lo que lo están ahora. No podemos por tanto prescindir de los romanos para enseñarnos Derecho, como no podemos tampoco hacerlo de los griegos para enseñarnos arte [*Law Magazine* NS, 7, 1859, pp. 382-3].

En varias áreas la influencia de la ciencia jurídica alemana se infiltró en el «Derecho del caso» inglés. En el siglo XVIII, bajo la influencia de jueces como Lord Mansfield, hubo una tendencia a buscar los principios generales de la jurisprudencia en obras francesas tales como las de Domat y Pothier, particularmente el tratado de este último sobre obligaciones. En el siglo XIX, los principios generales fueron buscados más bien en la Pandectística alemana.

Un problema era la naturaleza de la personalidad de las corporaciones, tales como las sociedades anónimas. A mediados de siglo la teoría más popular entre los juristas ingleses era la de Savigny. Sólo los seres humanos tenían capacidad jurídica, de modo que los grupos de personas sólo podrían tener personalidad jurídica a través de una ficción. Austin introdujo el uso inglés del término «persona jurídica», una traducción de la *juristische Person* de Savigny. De acuerdo con esta teoría, las sociedades eran completamente distintas de sus miembros. Hacia el final del siglo Maitland señaló que en la misma Alemania, la teoría de la ficción había dado pie a la teoría realista, basada sobre la idea de que un sujeto colectivo era un organismo con una voluntad de grupo, de manera que el Derecho debe tomar en consideración la naturaleza de aquellos que regían la sociedad. La teoría de la ficción fue seguida por la Cámara de los Lores en el caso Salomon (1897 A.C.22), mientras que la teoría realista lo fue en el caso Daimler (1916 2 A.C.307).

Otro problema concernía a la naturaleza de la posesión, de tal modo que la insistencia de Savigny sobre una relación especial mental y física, entre el poseedor y la cosa poseída era frecuentemente citada como si tuviera una aplicación para todo sistema jurídico desarrollado. Igualmente la opinión de Savigny sobre el Derecho de contratos estaba basada sobre la teoría de la voluntad y en que todos los contratos requerían un consenso subjetivo, en el sentido de un efectivo acuerdo de voluntades, lo que fue generalmente aceptado, incluso aunque el *Common Law* hubiese reconocido frecuentemente un con-

trato si las partes se habían comportado de forma tal que des-pertasen expectativas razonables en la otra. Las ideas pandectísticas fueron adoptadas como conceptos jurídicos generales y por lo tanto aplicables a cualquier sistema jurídico desarrollado.

En la segunda mitad del siglo XIX, la influencia pandectística en Inglaterra fue contrarrestada por una teoría, también basada sobre el Derecho romano, pero contemplado desde una perspectiva diferente. En lugar del Savigny de las pandectas, el modelo era ahora Savigny el fundador de la Escuela histórica. La versión inglesa de la teoría de que el desarrollo jurídico sucede por sí mismo, sin la necesidad de la legislación, fue expuesta en el tratado de Derecho antiguo de Sir Henry S. Maine, cuyo subtítulo era «Su conexión con la historia de la sociedad primitiva y su relación con las ideas modernas».

Igual que Savigny había basado su reflexión de la evolución jurídica sobre los Derechos de las «naciones más nobles», así Maine limitó la suya a las «sociedades progresistas» (una noción que obtuvo del autor francés Charles Comte). Estas últimas resultaron ser la romana y la inglesa. El Derecho romano proporcionó a Maine un modelo jurídico, desarrollado durante más de un milenio sin ruptura evidente alguna, estructurando su concepción del Derecho antiguo alrededor de las instituciones jurídicas romanas con referencias ocasionales a las de otras sociedades indoeuropeas.

En Roma la monarquía fue reemplazada por una república dominada por patricios, cuya interpretación del *Ius civile* llevó a los plebeyos a demandar la promulgación de las XII Tablas. Maine generaliza la experiencia romana, manteniendo que en el periodo más primitivo de la sociedad, los reyes inspirados divinamente dictaban juicios aislados, llamados *the-mistes*. Posteriormente los reyes perdieron su poder sagrado y fueron reemplazados por pequeños grupos de aristócratas. Tu-vieron el monopolio del conocimiento de las costumbres tradicionales pero abusaron de su poder de interpretación, produciéndose agitaciones populares para la recopilación de las

costumbres, en lo que Maine llamó «códigos antiguos». El esquema es reconociblemente romano si bien no es fácilmente discernible en otras sociedades y particularmente no tiene paralelo en Inglaterra.

En subsiguientes periodos de cambio jurídico, Maine fue más afortunado. Ciertos mecanismos de cambio jurídico se encuentran tanto en el Derecho romano como en el Derecho inglés. Éstos incluyen la adopción de ficciones para producir nuevas situaciones dentro de las categorías establecidas y la introducción de la equidad para modificar la rigidez del Derecho tradicional, a través del control de los remedios del pretor romano y el canciller inglés. La elaboración del Derecho por la legislación como un mecanismo de cambio jurídico parecería más tarde.

El aspecto más influyente de los estudios de Derecho romano de Maine es el impulso que dan al estudio de la sociedad primitiva. Demostró que ésta no empieza con el individuo sino con el grupo familiar. La familia primitiva estaba dominada por el patriarca. Los miembros están sujetos al poder del *paterfamilias*. Esta forma de la familia primitiva explica la primitiva historia de los testamentos, la propiedad, el contrato y el delito. El Derecho romano, como el Derecho de una sociedad que progresa, se distinguió por la disolución gradual de la dependencia familiar y el crecimiento de la obligación individual en su lugar. «Lo individual sustituye a la familia como unidad que las leyes civiles tienen en cuenta ... parecemos haberlos movido constantemente hacia una fase de orden social en la que todas las relaciones surgen del libre acuerdo de los individuos». El *status* de esclavo, el de mujer bajo tutela y el de hijo bajo potestad desaparecen, para ser reemplazados por el libre acuerdo de los individuos. De esta manera, concluye Maine, «el movimiento de las sociedades progresistas ha sido hasta ahora un movimiento del *status* al contrato» (cap. 5).

Austin había generalizado las instituciones específicas del Derecho romano y ahora Maine generalizó la evolución histórica de esas instituciones. El mismo Maine entendía que su

método estaba basado sobre el de las ciencias naturales. Al principio de *Ancient Law* afirma que las rudimentarias ideas del Derecho de las sociedades primitivas son «para el jurista lo que las primeras cortezas de la tierra son para el geólogo». El origen de las especies de Charles Darwin apareció casi al mismo tiempo que el *Ancient Law* de Maine y los lectores pudieron apreciar la similitud. Al igual que los animales evolucionan gradualmente, así, le parecía, lo hacen las sociedades. La prueba de los cambios en sus estructuras puede ser encontrada en los cambios de su Derecho. El Derecho romano, con su récord único de ininterrumpido cambio durante mil años, evidenciado por todas partes en documentos escritos, fue visto como la clave para el descubrimiento de la evolución de las sociedades que progresan.

Aunque muchas de sus afirmaciones concretas fueron discutidas más adelante y varios autores se hicieron un nombre refutándolas, la aproximación general de Maine tuvo considerable influencia sobre los primeros estudios de antropología y sociología. Por ejemplo, en la famosa obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* de Ferdinand Tönnies (1887), los dos tipos de grupo social que se contrastan, comunidad y sociedad, están fundamentados en la distinción de Maine entre sociedades basadas sobre el *status* y aquellas otras basadas en el contrato. Para mostrar la conexión entre las antiguas instituciones jurídicas romanas y las circunstancias de la sociedad romana primitiva, Maine estableció la conexión entre Derecho y sociedad en una manera que resultaría fructífera para el desarrollo de las ciencias sociales.

## EL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XX

Con la entrada en vigor del Código civil alemán en 1900, el Derecho romano dejó de ser aplicable, incluso de una forma modernizada, en cualquier estado europeo importante. La única excepción es la República de San Marino, que rechazó la idea de un Código civil y aplica todavía el no codificado *Ius commune*. En los sistemas jurídicos codificados el Derecho civil romano ya no tuvo más ninguna aplicación en los tribunales, aunque en los sistemas jurídicos no codificados sus textos ocasionalmente se citan a título de ejemplo como principios jurídicos generales.

Así, en un caso inglés de 1987, referente a los derechos de dos partes cuyo petróleo había sido mezclado en la bodega de un petrolero, el juez tuvo en consideración ciertos viejos casos ingleses, que sugerían que cuando la mezcla había sido hecha equivocadamente por una de las partes, la otra estaba autorizada para hacerse con la totalidad del petróleo mezclado. Habiendo decidido que no estaba limitado por el precedente, es decir obligado a seguir cualquiera de ellos, afirmó que era libre para adoptar «la regla que la justicia requería» y procedió a aplicar la regla romana de la *confusio*. Según ésta se habría dividido el petróleo entre las partes, de acuerdo con sus respectivas cuotas (que podrían ser determinadas con precisión), y acordado una demanda separada por daños para cualquier pérdida causada por culpa (1,2,1,27).

El virtual cese de las referencias al Derecho romano en la práctica no tuvo efecto inmediato sobre su destacada posición en los planes de estudio de la facultades de Derecho europeas, donde era presentado como el fundamento sobre el que se basaban las instituciones del moderno Derecho civil codificado. Sin embargo, liberados de la necesidad de ayudar al desarrollo del Derecho vigente, los profesores de Derecho romano hicieron su materia mucho más histórica que lo que había sido. El objetivo era ahora reconstruir el estado del De-

recho romano clásico en su cima del siglo II y primera parte del III.

Los romanistas se concentraron sobre el estudio de los textos justinianos más que sobre las interpretaciones de sus diversos comentaristas. Inestimables herramientas fueron las proporcionadas por el estudioso alemán Otto Lenel, que reconstruyó el texto del edicto del pretor y también proporcionó una *Palingenesia iuris civilis*, en la cual reordenó todos los fragmentos del Digesto de Justiniano hasta donde le fue posible según el orden en el que aparecían en las obras clásicas de las que habían sido extraídos.

El estudio de los textos se concentró sobre la purificación de éstos por medio de la identificación de las interpolaciones, atribuibles a los editores postclásicos o a los compiladores del Digesto. Los humanistas del siglo XVI habían comenzado esta labor, que ahora se retomaba con renovado vigor, de modo que el periodo entre las dos guerras mundiales estuvo dominado por la «caza de las interpolaciones». Los cambios en los textos se identificaban bien formalmente, por el uso de expresiones latinas concretas, que eran estigmatizadas como bizantinas y no clásicas, o sustancialmente, por el hecho de que el texto pareciera mantener una doctrina de la que podía demostrarse su no clasicismo. El problema era que cada uno de estos criterios era una petición de principios. No sabemos con certeza la clase de latín que escribía en el siglo III por ejemplo Ulpiano, quien no era en realidad romano de origen sino que provenía de Tiro en el Mediterráneo oriental. Y no podemos saber cómo era el Derecho clásico en la mayoría de sus cuestiones excepto a través de los muchos textos que están bajo examen. En cualquier caso, el Derecho clásico no era un todo homogéneo sino que estaba marcado por los desacuerdos entre los juristas, muestras de lo cual subsistían en los textos, a pesar de los esfuerzos de los compiladores del Digesto para eliminarlas.

Los excesos de la cacería de la interpolación hicieron que el estudio del Derecho romano pareciera a muchos juristas no especializados un deporte esotérico completamente irrelevan-

te para el Derecho moderno. Como resultado, el péndulo del criticismo de los textos en la segunda mitad del siglo XX se desplazó al extremo opuesto. Se reconoció que muchos de los signos de alteración de los textos del Digesto respondían a la necesidad de los compiladores para abreviarlos, más que a su deseo de hacer cambios sustanciales. En la mayoría de los casos, por tanto, asumirían que en su estado presente los textos recogen lo que es sustancialmente la doctrina clásica.

Los principales países europeos han contribuido en el siglo XX al estudio del Derecho romano, si bien las más importantes escuelas han estado concentradas en Alemania e Italia. Las facultades de Derecho de la universidades italianas tienen más de cien cátedras dedicadas a la materia. Cuando después del colapso del comunismo, los países de Europa del Este se preocuparon por reestablecer sus credenciales como partícipes de la tradición de la cultura jurídica occidental, revivieron el estudio del Derecho romano y le dieron más preeminencia en los currícula de las facultades de Derecho.

Mientras que en el siglo XIX no hubo una nítida división entre los estudiosos del Derecho romano y del Derecho civil moderno, el siglo XX ha visto ensanchado la separación entre los dos. En general, en la reforma de los principales códigos civiles europeos se ha procedido paulatinamente y por partes, aunque dos países, Italia y Holanda, han introducido nuevos códigos completos. Italia en 1942 y Holanda en 1992 (este último todavía carece de parte final). En ambos casos los comentaristas han significado cierto debilitamiento del rigor terminológico que caracteriza a los códigos decimonónicos.

A mediados de siglo existió un movimiento radicado en Alemania para ubicar el estudio del Derecho romano en el extenso contexto de la «historia jurídica antigua». Se hicieron esfuerzos para relacionar el Derecho romano con la creciente información que se generaba sobre otros Derechos de la Antigüedad, en particular las diversas leyes griegas y el Derecho mesopotámico. El estudio de este último está basado en el gran número de tablas que recogiendo actos jurídicos han sido des-

cubiertas por arqueólogos. Tal evidencia es valiosa como muestra del Derecho en acción, pero su contribución como argumento jurídico es escasa. Ninguno de estos sistemas jurídicos de la Antigüedad parece haber desarrollado una clase especial de juristas, comparable a la de los juristas romanos. El hecho es que disponemos de una recopilación de los debates de los juristas clásicos que ha dado al Derecho romano la rica textura que hace valioso su estudio aún hoy.

El movimiento europeo y las instituciones que ha generado han traído, durante las dos últimas décadas, un renacimiento del interés por el Derecho justiniano, como Derecho de una antigua Europa unificada, y aún más por la existencia del *Ius commune* medieval, que trascendió las fronteras nacionales y fue expuesto en todas partes en la misma forma y en la misma lengua. Las instituciones jurídicas de la Unión Europea son frecuentemente descritas formando parte del comienzo de un nuevo *Ius commune*. La diferencia, a veces pasada por alto, es que el *Ius commune* medieval fue adoptado por toda Europa voluntariamente, a través del reconocimiento de su superioridad a cualquier otra alternativa, mientras que el nuevo *Ius commune*, como, por ejemplo, las normas de la responsabilidad por productos defectuosos, es impuesta desde arriba en interés de la uniformidad.

Sin embargo, la idea de que el Derecho de la Unión Europea no es en algún sentido una cosa nueva sino más bien una reanudación de una unidad cultural y jurídica, que una vez existió en todo el continente, ha encendido el interés por lo que es descrito como «la tradición civil». Este interés traza el desarrollo de las doctrinas jurídicas desde el Derecho de Justiniano hasta los códigos modernos y hace públicas las contribuciones de los estudiosos de diferentes países sobre dicha cuestión. El resultado de tales estudios ha puesto de relieve el alcance con el cual los conceptos jurídicos elaborados por los romanos han sobrevivido de forma reconocible a todos los cambios impuestos sobre ellas por parte de aquellos que trataban de adaptarlas a las necesidades actuales.

## APÉNDICE

## ABREVIATURAS

C.	Código de Justiniano
<i>Character</i>	P. Stein, <i>The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays</i> , London 1988
C. Th.	Código Teodosiano
D.	Digesto de Justiniano
I.	Instituciones de Justiniano
<i>TvR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
<i>ZSS (RA)</i>	<i>Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)</i>

## TABLA CRONOLÓGICA

a.C. 753	Fundación de Roma
509	Orígenes del periodo republicano
450	Promulgación de la Ley de las XII Tablas
367	Establecimiento de la Pretura
44	Asesinato de Julio César
d.C. 14	Muerte de Augusto
161 (aprox.)	Instituciones de Gayo
212	<i>Constitutio Antoniniana</i>
312	Conversión de Constantino al Cristianismo
395	División del Imperio en oriental y occidental
438	Código Teodosiano
476	Caída del Imperio de Occidente
506	Breviario de Alarico
527-65	Mandato de Justiniano
800	Coronación de Carlomagno
1140 (aprox.)	<i>Decretum</i> de Graciano
1230 (aprox.)	<i>Glossa ordinaria</i> de Accursio
1256-65	<i>Las Siete Partidas</i>
1313-57	Bártolo
1495	Establecimiento de la Corte Imperial
1527-91	H. Doneau
1588-1657	A. Vinnio
1625	<i>De iure belli ac pacis</i> de Grocio
1646-1716	G. W. Leibniz
1673	<i>De officio hominis et civis</i> de Pufendorf
1690	<i>Les lois civiles dans leur ordre naturel</i> de Domat
1699-1772	R. J. Pothier
1779-1861	F. K. von Savigny
1794	<i>Allgemeines Landrecht</i> prusiano
1804	Código civil francés
1812	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> austríaco
1817-92	B. Windscheid
1818-92	R. von Ihering
1822-88	Sir Henry S. Maine
1900	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> alemán

## BIBLIOGRAFÍA

### EL DERECHO ROMANO EN LA ANTIGÜEDAD

Para el desarrollo general del antiguo derecho Romano, véanse H. F. Jolowicz y B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972; W. Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford, 1966 [*Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1988]; A. A. Schiller, *Roman Law Mechanisms of Development*, La Haya/París, Nueva York, 1978; B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1988. Para los textos y la traducción de todas las normas romanas desde la Ley de las XII Tablas, M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, 2 vols., Londres, 1996. Una traducción (al inglés) de la Ley de las XII Tablas, el Edicto del Pretor y de otras fuentes puede consultarse en A. C. Johnson, P. R. Coleman-Norton y F. C. Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, Texas, 1961 [*Ley de las XII Tablas* (ed. y trad. C. Rascón y J. M. García González, Madrid, 1993)]. Para el final del Imperio resulta aún valiosa, E. Gibbon, *Decline and Fall of the Roman Empire, 1776-1788* [*Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*, Madrid, 1984], que puede ser completada con A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire, 284-602*, Oxford, 1964.

*Corpus iuris civilis*, I: *Digesta*, ed. T. Mommsen y P. Krueger, Berlín, 1954; II: *Codex*, ed. P. Krueger, Berlín, 1954; III: *Novellae*, ed. R. Schoel y G. Kroll, Berlín, 1954. El texto del Digesto se encuentra publicado con traducción al inglés en *The Digest of Justinian*, ed. A. Watson, Filadelfia, 1985; las Instituciones con traducción (al inglés) de P. Birks y G. McLeod, Londres, 1987 [*Corpus iuris Civilis* puede consultarse en *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (trad. Luis García del Corral), ed. facsimilar, Valladolid, 1988]. Para la compilación, T. Honoré, *Tribonian*, Londres, 1978; D. Osler, «The compilation of Justinian's Digest», *ZSS(RA)* 102, 1985, p. 130; Gaius, *The Institutes of Gaius*, con traducción (al inglés) de W. M. Gordon y O. Robinson, Londres, 1988 [Gayo, *Instituciones* (trad. Hernández Tejero), Barcelona, 1988]; *The Theodosian Code and Novels*, trad. (al inglés) con comentarios de C. Pharr, Princeton/Londres, 1952.

Frier, B., *The Rise of the Roman Jurists*, Princeton, 1985.

González, J., «The Lex Irnitana: a new Flavian municipal law», *Journal of Roman Studies*, 76, 1986, p. 147.

- Honoré, T., «The making of the Theodosian Code», *ZSS(RA)*, 103, 1986, p. 133.
- , *Ulpian*, Oxford, 1982.
- Levy, E., *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, Filadelfia, 1951.
- , *Weströmisches Vulgarrecht II: Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.
- Schiller, A. A., «Jurists' Law», *An American Experience in Roman Law*, Go-ttinga, 1971, p. 148.
- Sherwin-White, A. N., *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973.
- Stein, P., *Regulae iuris: From Juristic Rules to legal Maxims*, Edimburgo, 1966.
- , «The development of the Institutional system», en *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, P. Stein y A. Lewis (eds.), Londres, 1983, p. 151.
- , «Ulpian and the distinction between *ius publicum* and *ius privatum*», en *Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum*, Amsterdam, 1995.

#### EL RENACIMIENTO DEL DERECHO JUSTINIANO

Las obras de referencia para el derecho medieval y el derecho de la edad moderna temprana son: F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford, 1995 [*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, 2000]; M. Bellomo, *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, Washington, D.C., 1995 [*La Europa del Derecho Común*, Roma, 1996]; O. F. Robinson, T. D. Fergus y W. M. Gordon, *An Introduction to European Legal History*, Londres, 1994; P. Vinogradoff, *Roman Law in the Medieval Europe*, Oxford, 1929; *The Roman Law Tradition* (recopilación de trabajos), ed. A. D. E. Lewis y D. J. Ibbetson, Cambridge, 1994; los diferentes volúmenes de *Ius Romanum Meddii Aevi*, Milán desde 1961; J. A. C. Smith, *Medieval Law Teachers and Writers. Civilist and Canonist*, Ottawa, 1975; F. Calasso, *Medio Evo del Diritto*, I, Milán, 1954; H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Múnich, 1973; A. Padoa-Schioppa, *Il Diritto nella Storia d'Europa, Il medioevo*, I, Padua, 1995.

- Aubert, J. M., *Le droit romain dans l'ouvre de Saint Thomas*, París, 1955.
- Bartlett, R., *The Making of Europe: Conquest, Colonization and Cultural Change 950-1350*, Londres, 1993, p. 289.
- Bellomo, M., *Saggio sull'Università nell'eta del diritto commune*, Cattania, 1979.
- Berman, H., *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983 [*La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, 1996].
- Brundage, J., *Medieval Canon Law*, Londres, 1995.

- Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, ed. J. H. Burns, Cambridge, 1988.
- Cancelli, E., «Diritto romano in Dante», en *Enciclopedia Dantesca*, 11, p. 472.
- Cortese, E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1992.
- Dawson, J. P., *A History of Lay Judges*, Cambridge, Mass., 1960, cap. 2.
- Feenstra, R., «L'Ecole de droit d'Orleans au treizième siècle et son rayonnement dans l'Europe medievale», *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 13, 1992, p. 23.
- Fowler-Magerl, I., *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, *Ius Commune Sonderhefte* 19, Francfort del Meno, 1984.
- Gacto, E., J. A. Alejandro García y J. M. García Marín, *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982.
- García y García, A., «The faculties of law», en *A History of the University in Europe*, vol. I., ed. H. De Ridder-Symoens, Cambridge, 1992, cap. 12.
- Gilmore, M. P., *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, Cambridge, Mass., 1941.
- Gouron, A., *La science du droit dans le midi de la France au Moyen Age*, Londres, 1984.
- , «Coutume contre loi chez les premiers glossateurs», en *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'état*, ed. A. Gouron y A. Rigaudiere, Montpellier, 1988, p. 117.
- Graciano, *The Treatise on Laws* (Decretum DD. I-20), trad. A. Thompson, con la Glosa Ordinaria, trad. J. Gordley, Washington D.C., 1993.
- Helmholz, R. H., *The Spirit of Classical Canon Law*, Atenas, G, 1996.
- Kuttner, S., «The revival of jurisprudence», en *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, ed. R. L. Benson y G. Constable, Oxford, 1982, p. 301.
- Müller, W. P., «The recovery of Justinian's Digest in the middle ages», *Bulletin of Medieval Canon Law*, NS 20, 1990, p. 1.
- Paradisi, B., «Il giudizio di Martiri: alle origini del pensiero giuridico bolognese», *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Accademia dei Lincei*, series IX, vol. V, 1994.
- Pennington, K., *The Prince and the Law, 1200-1600*, Berkeley, Calif., 1993.
- Powell, J. M., *The Liber augustalis or Constitutions of Melfi*, Syracuse, N.Y., 1971.
- Radding, C., *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna 850-1150*, New Haven, 1988, y la recensión de A. Gouron, en *TvR*, 57, 1989, p. 178.
- Schmugge, L., «Codicis Justiniani et Institutionum baiulus», *Ius Commune*, 6, 1977, p. 1.
- Stein, P., «The Civil Law doctrine of custom and the growth of case law», *Studi G. Gorla*, Milán, 1994, p. 1371.
- , Introducción a *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, *Selden Soc. supp. ser. 8*, 1990.
- , «The Vacarian School», *Journal of Legal History*, 13, 1992, p. 23.

- Van Caenegem, R. C., Procedure (History). *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, 2.
- Van Kleffens, E. N., *Hispanic Law Until the End of the Middle Ages*, Edimburgo, 1968.
- Vodola, E. F., «Fides and culpa: the use of Roman Law in ecclesiastical ideology», en *Authority and Power: Studies for W. Ullman*, ed. B. Tierney y P. Linchan, Cambridge, 1980, p. 83.
- Weimar, P., «Argumenta Brocardica», *Studia Gratiana*, 14 (Collectanea S. Kuttner IV), Bolonia, 1967, p. 89.
- , «Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit», *Ius Commune*, 2, 1969, p. 47.
- Winkler, J. F., «Roman law in Anglo Saxon England», *Journal of Legal History*, 13, 1992, p. 101.

#### EL DERECHO ROMANO Y LA NACIÓN ESTADO

Véanse las obras citadas del capítulo anterior; además: A. Watson, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass., 1981; H. Coing, *Europäisches Privatrecht, 1500-1800*, Múnich, 1985 [*Derecho Privado Europeo*, trad. A. Pérez Martín, Madrid, 1996].

- Baker, J. H. (ed.), *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlín, 1989.
- Bartolo da Sassoferrato. *Studi e documenti per il VI Centenario*, Milán, 1962.
- Carey Millar, D. L. y R. Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlín, 1997.
- Dawson, J. P., «The codification of the French customs», *Michigan Law Review*, 38, 1940, p. 780.
- , *The Oracles of the Law*, cap. 3, Ann Arbor, Mich., 1968.
- D'Entrèves, A. P., *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, Londres, 1970.
- Feenstra, R. y C. J. D. Wal, *Seventeenth Century Leiden Law Professors*, Amsterdam, 1975.
- y R. Zimmermann (eds.), *Das römische-hollandische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17 und 18. Jahrhundert*, Berlín, 1992.
- Ferrary, J. L., «Aymar Du Rivail et ses "Historiae iuris civilis et pontificii libri quinque"», *Bulletin de la Société Nationale des Antiquaires de France*, 1992, p. 116.
- Grossi, P. (ed.), *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno), Florencia, 1973.
- Helmholz, R. H., *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, 1990.

- Kelley, D. R., *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law and History in the French Renaissance*, Nueva York, 1970.
- , *François Hotman*, Princeton, N.J., 1972.
- Kunkel, W., «The reception of Roman Law in Germany: an interpretation», en *Pre-Reformation Germany*, ed. G. Strauss, Londres, 1972.
- Maffei, D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milán, 1956.
- Osler, D., «Budaeus and Roman Law», en *Ius Commune*, 13, 1985, p. 195.
- Panizza, D., *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padua, 1981.
- Rowan, S., «Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance», *Ius Commune Sonderhefte*, 31, Francfort del Meno, 1987.
- Spruit, J. E., *Le droit romain, sujet d'une decoration murale du 17<sup>e</sup> siècle*, Arnhem, 1989.
- Stein, P., «The influence of Roman law on the law of Scotland», *Juridical Review*, 1963 [*Character*, 319], p. 205.
- , «Bartolus, the conflict of Laws and the Roman law», en *Multum non Multa: Festschrift K. Lipstein*, ed. P. Feuerstein y C. Parry, Heidelberg, 1980 [*Character* 83].
- , «Civil Law Reports and the case of San Marino», en *Römisches Recht in der europäischen Tradition: Symposion F. Wieacker*, ed. O. Behrends, M. Diesselhorst y W. E. Voss, Ebelsbach, 1985, p. 323 [*Character*, 115].
- , «Legal humanism and legal science», en *TvR*, 54, 1986, p. 297 [*Character*, 91].
- , «Donellus and the origins of the modern civil law», *Mélanges F. Wubbe*, Friburgo, 1993, p. 439.
- Strauss, G., *Law, Resistance and the State: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, Princeton, 1986.
- Van den Bergh, G. C. J. J., *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725): Dutch Legal Scholarship between Humanism and Enlightenment*, Oxford, 1988.
- Van ver Merwe, D., «Ramus, mental habits and legal science», en *Essays on the History of Law*, ed. D. P. Visser, Ciudad del Cabo, 1989, p. 32.
- Vismara, G., «La revoca del testamento giurato nella dottrina da Guglielmo Durante a Bartolo da Sassoferrato», en *Etudes du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, II, París, 1965, p. 1007.
- Whitman, J. Q., «The Seigneurs descend to the rank of creditors», *Yale Journal of Law and Humanities*, 6, 1994, p. 249.
- Ziegler, K.-H., *Völkerrechtsgeschichte*, Múnich, 1994.
- Zimmermann, R., «Der europäische Character des englischen Rechts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, I, 1993, p. 4.

En general, K. Zweigert y H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, Oxford, 1977; H. Coing, *Europäisches Privatrecht, II: 1800 bis 1914*, Múnich, 1989 [*Derecho Privado Europeo*, trad. A. Pérez Martín, II, Madrid, 1996]; A. Gambaro y R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Turín, 1996.

Arnaud, A. J., *Les origines doctrinales du code civil français*, París, 1969.

Austin, J., *Lectures on Jurisprudence*, Londres, 1885.

Bauer, B. y H. Schollosser, *W. X. A. Frhr. von Kreittmayr, 1705-1790*, Múnich, 1991.

Brunner, H., *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1919, p. 264.

Cappellini, P., *Systema iuris I: genesi del sistema e nascita della scienza delle pandette*, Milán, 1984.

Choe, B. J., *Culpa in contrahendo bei R. von Ihering*, Gotinga, 1988.

Diamond, A. (ed.), *The Victoria Achievement of Sir Henry Maine. A Centennial Reappraisal*, Cambridge, 1991.

Dilcher, G., «Die janusköpfige Kodifikation- Das preussische ALR 1794», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1974, p. 446.

Eckermann, J. P., *Conversations with Goethe*, trad., J. Oxenford, Everyman eds., Londres, 1971, p. 313.

Falk, U., *Ein Gelenter wie Windscheid*, Francfort del Meno, 1989.

Graziadei, M., «Changing images of the law in XIX century English thought (the continental impulse)», en *The Reception of Continental Ideas in the Common Law 1820-1920*, ed. M. Reimann, Berlín, 1994.

Hilaire, J., *Introduction historique au droit commercial*, París, 1986.

Horn, N., «Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck», en *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, ed. W. Wilhelm, Francfort del Meno, 1972, p. 170.

John, M., *Politics and the Law in the Late-Nineteenth Century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989.

Knütel, R., «Rechtseinheit und Römisches Recht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994, p. 244.

Luig, K., «The institutes of national law in the seventeenth and eighteenth centuries», *Juridical Review*, 1972, p. 193.

—, «Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius», *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift H. Coing*, Múnich, 1982, p. 177.

—, «Die Wurzeln des aufgeklärten Naturrechts bei Leibniz», en *Naturrecht-Spataufklärung-Revolution*, ed. O. Dann y D. Klippel, Hamburgo, 1994, p. 61.

Maitland, F. W., «Introduction to O. Gierke», *Political Theories of the Middle Ages*, Cambridge, 1900 [*Introducción a O. Gierke*, *Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid, 1995].

Rückert, J., «Savigny's Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute», *TvR*, 61, 1993, p. 65.

Schwennicke, A., *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Francfort del Meno, 1993.

Stein, P., «Civil law maxims in moral philosophy», *Tulane Law Review*, 48, 1974, p. 1075.

—, «Legal theory and the reform of legal education in mid-nineteenth century England», en *L'Educazione Giuridica II*, ed. A. Giuliani y N. Picarda, Perugia, 1979, p. 185 [*Character*, 231].

—, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Cambridge, 1980.

—, *Indian Oil Corp. Ltd. v. Greenstone Shipping S.A.* [1987], 3 All. 893, *Cambridge Law Journal*, 46, 1987, p. 369.

Strakosch, H. E., *State, Absolutism and the Rule of Law: The Struggle for the Codification of the Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sydney, 1967.

Tarello, G., «Sistemazione e ideologia nelle Lois civiles di Jean Domat», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1972, p. 1959.

Von Ihering, R., *Beiträge und Zeugnisse*, ed. O. Behrends, Gotinga, 1992.

Wesener, G., *Einflüsse und Geltung des römischgemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16 bis 18 Jahrhundert)*, Viena, 1989.

Whitman, J., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, N.J., 1990.

Wieacker, F., *Rudolf von Ihering*, ZSS(RA) 86, 1969, p. 1.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ciudad del Cabo, 1990.

## ÍNDICE ALFABÉTICO

- Abogados, 24.  
 Acciones, 1, 6, 11, 15, 16, 20, 27, 29,  
 45, 83, 89, 112, 113, 115, 159, 171  
 Accursio, 69, 70, 74, 90, 97, 105  
 Accursio, Francis, 93  
 Acreedores, 9  
 Acuerdos, 115  
 Adriano, emperador, 23, 20  
 Afflictis, M. de, 131  
 Agustín, Antonio, 108  
 Aimerico, 83  
 Alarico, 42, 46, 48  
 Alberico, 81  
 Alciato, 107-109  
 Alcuino, 58  
 Alejandro III, papa, 84  
 Alejandro VI, papa, 133  
 Alemania, 2, 78, 124, 127, 128, 142,  
 152, 164, 175, 181  
     Ciencia jurídica, 127, 128, 166-169  
     Codificación en, 155, 168, 169, 171,  
     172  
     Derecho consuetudinario de, 116,  
     124, 126  
     Escuela histórica, 161-165  
 Alfonso X, el Sabio, 94, 95  
 Althusius, J., 115, 172  
 Anglosajones, 57  
 Apelaciones, 35, 83, 84, 128  
 Aquino, Sto. Tomás, 97, 134  
 Ashburnham, libros de Derecho, 79  
 Augusto, emperador, 20, 23, 34  
 Austin, John, 173, 175, 177  
 Austria, 33, 145, 155-157, 164  
*Authenticum*, 62, 89  
 Azzo, 69, 87, 92, 100  
 Balcanes, 52  
 Baldo de Ubaldis, 103, 117, 118, 120  
 Bártolo, 98-103, 105, 107, 117, 120  
*Basilica*, la, 52  
 Bassiano, G., 68, 69, 83, 90  
 Beaumanoir, Philippe de, 95, 165  
 Beauvaisis, 96  
 Beckmann, Nicholas von, 145  
 Beda, 58  
 Beirut, 48  
 Bellapertica, Petrus de, 98  
 Bizancio, 32, 48, 56  
 Bluhme, F., 50  
 Bolonia, 64-66, 68, 70, 75-82, 84, 86,  
 90, 95, 97-99, 106  
 Bourges, 108, 111, 112, 119  
 Bracton, 88, 92, 93, 96, 122, 165  
 Breviario de Alarico, 46, 47, 55  
 Brocardos, 68, 73  
 Bronchorst, 137, 138, 142  
 Budé, Guillaume (Budaeus), 107  
 Bugnyon, P., 141  
 Búlgaro, 67, 68, 86, 90  
 Buno, Johannes, 142  
 Burgundios, 43, 46, 47, 79  
 Cambridge, Universidad de, 124, 173  
 Canterbury, 57, 81  
 Caracalla, emperador Antoninus, 29,  
 31, 150  
 Carlomagno, 58, 59  
 Casos, 26, 30, 101  
 Castilla, 94, 95, 147  
 Cataluña, 80, 94  
 Cicerón, 9, 24, 111, 151  
 Cino de Pistoia, 98, 99

Ciudadanos, 4, 5, 17, 18, 21, 27  
No ciudadanos, 17, 18, 25  
Coacciones, 14, 15, 16  
Cocceji, Samuel von, 156  
*Codex Gregorianus*, 41  
*Codex Hermogenianus*, 41  
*Codex secundus*, 61  
*Codex Theresianus* (1766), 157  
Codificación, 124, 146, 147, 153, 161, 172, 179  
Código de Eurico, 45, 54  
Código de Justiniano, 49, 51, 56, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 79, 80, 81, 85, 90, 98, 111, 121  
*Cognitio*, procedimiento, 35  
Cojuradores, 54, 55  
*Collectio Britannica*, 62  
Comentarios, 27, 30, 99, 107  
Comentaristas, 99, 105, 106, 109, 118, 119, 120, 138, 166, 180, 181  
Connan, 112, 113, 115  
Constantino, emperador, 34  
Constantinopla, 32, 33, 44, 45, 48, 106  
*Véase también* Bizancio  
Constituciones, 21, 41, 45, 46, 49, 51  
*Véase también* Novelas  
Constituciones de Melfi, 93  
Contratos, 19, 27, 28, 29, 55, 95, 115, 126, 140, 144, 151, 175  
Coquille, Guy, 119  
*Corpus iuris civilis*, 47, 51, 61, 66, 67, 68, 73, 74, 79, 82, 83, 89, 90, 97, 98, 99, 101, 105, 109, 110, 111, 117, 120, 127, 136, 141  
Cosas, 27, 28, 29, 37, 112, 114, 139, 152, 159, 161, 172  
Costumbre de París, 146, 147  
Covarrubias, D., 134  
Cristiandad, 34, 44, 96, 132, 133, 150  
Cuatro Doctores, 67, 83  
Cujas, 108, 109, 140, 150  
  
Dante, 97, 98  
Daños, 6, 7, 8, 27, 56, 152, 179  
  
Deberes, 96, 118, 123, 151, 153  
Decius, Flippus, 107  
*Decretum*, 70, 72  
Delitos, 29, 73, 115, 144, 152  
Derecho canónico, 36, 51, 60, 70-75, 81, 82, 84, 88, 92, 94, 96, 98, 100, 102, 103, 116, 122, 123, 124, 129, 132  
Derecho civil, 13, 14, 15, 16, 19, 26, 27, 30, 31, 51, 64-75, 77-82  
Derecho común, 93, 122, 128  
Derecho consuetudinario, 4, 6, 54, 89, 94-97, 116-119, 121, 124, 126, 144, 146, 153, 157, 159, 160, 165  
Codificación del, 95, 96, 116-119  
Derecho de los pueblos, 18  
Derecho escrito, 39, 40, 42, 90, 146  
Derecho feudal, 88, 89, 103, 110  
Derecho internacional, 135, 136, 139  
Derecho justiniano, 52, 56, 61, 62, 65, 68, 74, 100, 112, 157, 182  
Estudio escolástico de, 64-70  
Redescubrimiento del, 61-64  
*Véase también* Justiniano; Digesto  
Derecho local, 71, 82, 88, 92, 95, 97, 100  
*Véase también* Derecho consuetudinario  
Derecho lombardo, 56, 63, 78, 94  
Derecho mercantil, 146, 147, 160  
Derecho natural, 18, 132-136, 139, 141, 146, 148-155, 157, 158  
Derecho penal, 74, 95, 147, 160  
Derecho privado, 19, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 34, 74, 110, 113, 114, 141, 142, 152, 155-158, 160, 168  
Derecho público, 5, 9, 30, 74, 110, 113, 141, 156, 159  
Derecho romano  
Argumentos a favor y en contra, 2, 3  
Clasificación, 26-29  
Estudio académico de, 75-78  
Influencia, 43-47

Orígenes, 1, 4-9  
Periodo clásico, 26-31  
Periodo imperial, 20-52  
Periodo republicano, 3-19  
Provincialización de, 38  
Recepción, 121-130  
y cambio social, 109-111, 177  
y sociedad moderna, 166-170  
*Véase también* Derecho civil; Derecho justiniano  
Derecho sustantivo, 83, 113, 114, 139, 146  
Derecho vulgar, 37, 47, 53, 58  
Desarrollo jurídico, 17, 22, 23, 49, 51, 162, 163, 170, 176  
Deudor, 9, 28, 29, 118  
Digesto, 49-52, 56, 61-67, 69, 73, 79, 81, 85, 86, 90, 93, 95, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 113, 114, 135, 139, 141, 142, 147, 152, 159, 170, 180, 181  
Redescubrimiento del, 61, 68  
Texto Florentino del, 61, 106, 108  
Dinamarca, 96  
Diplomacia internacional, 135, 136, 161  
Disputas, 5, 9, 12, 17, 26, 129, 147  
Domat, Jean, 151, 152, 160, 171, 175  
Donación de Constantino, 106  
Doneau, Hugo, 112-115, 137, 138, 146, 166, 167, 171  
Duaren, F., 112  
Duck, Arthur, 144  
Dumoulin, Charles, 117-119, 160  
Durante, G., 84, 85, 102  
  
*Ecloga*, 52  
Edicto de Liutprando, 55, 56  
Edicto de Teodorico, 45, 46  
Edicto del pretor, 20, 24, 27, 40, 49, 180  
Eduardo I, Rey de Inglaterra, 93  
Egipto, 21, 33, 38  
Emancipación, 10, 11  
  
Emperador, poder legislativo de, 85-88, 99, 100, 133  
Enrique VI, emperador, 86  
Enrique VIII, Rey de Inglaterra, 124  
*Epitome Gai*, 40, 46, 47  
*Epitome Juliani*, 57, 62, 64  
Equidad, 68, 103, 122, 144, 177  
*Equity*, 123  
Esclavos, 9, 26, 57  
Escocia, 122  
Escuela Histórica, 161-165, 168, 170, 176  
España, 22, 33, 43, 46, 47, 94, 116, 121, 133, 137, 147, 148  
Estatuto personal, 27, 88, 112, 175, 177  
Estudiantes de Derecho, 75-78, 97, 98  
Ética, 65  
*Exceptiones Petri*, 79  
*Expositio*, 64  
  
F., manuscrito, 106, 108, 109  
Facultades de Derecho, 78, 94, 126, 137, 144, 172, 179, 181  
Familia, 7, 8, 26, 27, 55, 151, 172, 177  
Fastolf, Thomas, 130  
Federico II, emperador, 78, 93, 95  
Federico Barbarroja, emperador, 77, 86  
Federico el Grande, Rey de Prusia, 156, 159  
Federico Guillermo I, Rey de Prusia, 155  
Feytema, S., 142  
Fideicomiso, 152  
Florencia, 61, 106  
Fórmula, 11, 15, 19, 36  
Francia, 2, 79, 80, 85, 90, 91, 95, 96, 98, 108, 110, 120, 121, 126, 142, 146, 147  
Codificación en, 146, 147, 158-161, 163, 172  
Derecho consuetudinario en, 116-119, 121, 126, 160

Franco, 32, 46, 47, 63  
Franco ripuarios, 57  
Fraude, 16  
Frisia, 137, 141, 142

Galia, 21, 43, 45-48  
Gayo, 27  
    Instituciones de, 27-29, 40, 41, 46, 47, 165  
Gelasio I, papa, 44, 59  
Gentili, Alberico, 121, 136, 139  
Germánicas, tribus, 42, 44  
Gibbon, Edward, 31, 33, 162  
Glosadores, 64-70, 72, 75, 81, 82, 83, 87, 90, 101, 105, 106, 109, 121, 140  
Goethe, J. W., 161  
Graciano, 70, 71, 73  
Gregorio IX, papa, 73  
Griega, lengua, 22, 32, 33, 52, 56  
Grocio, Hugo, 136, 138, 140, 142, 150  
Groenewegen van der Made, Simon, 141  
Gundobado, rey de los burgundios, 46

Heineccius, J. G., 145  
Herencia, 26, 28, 30  
*Hexabiblos*, 52  
Holanda, 136, 137, 138, 140, 141, 145, 172, 181  
Homicidio, 8, 55, 74  
Honorio III, papa, 78, 80  
Hotman, F., 140  
Huber, Ulrich von, 141  
Hugo, Gustavo, 162  
Humanismo, 2, 104-106, 108, 117, 119, 166

Iglesia católica, 130  
Ihering, Rudolf von, 169, 170, 173  
Ilustración, 153  
Imperio de Occidente, 42, 47  
Imperio de Oriente, 44, 47

Inglaterra, 43, 57, 60, 81, 88, 91, 92, 93, 96, 121, 122, 123, 124, 129, 136, 140, 147, 173, 176, 177  
Instituciones de Justiniano, 51, 52, 56, 57, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 79, 80, 81, 89, 111, 112, 133, 138, 139, 140, 142, 146, 147, 148, 151, 152, 155, 160, 171, 172, 173  
Interdictos, 15, 21, 37  
Interpolaciones, 51, 109, 180  
Interpretación, 4, 5, 9, 10, 11, 24, 25, 63, 65, 67, 68, 71, 80, 94, 108, 109, 117, 172, 176  
*Interpretationes*, 42, 47  
Irnerio, 65, 67, 69, 70, 83, 90, 127  
Irni, 22  
Isidoro, san, 58, 65  
Italia, 2, 21, 31, 33, 42, 43, 45, 48, 55, 56, 57, 58, 64, 96, 120, 121, 129, 142, 172, 173, 181  
    Código civil, 173, 181  
    Escuelas de Derecho, 75-78, 79, 82, 98, 105, 181  
*Iudex*, 6, 8, 12, 13, 15, 19, 24, 35, 36  
*Ius commune*, 59, 75, 94, 101, 103, 104, 117, 120, 122, 123, 127, 128, 131, 132, 154, 155, 157, 164, 166, 179, 182  
*Ius gentium*, 17, 18, 133, 170  
Ivo, San, 60, 62

Jefferson, Thomas, 161  
Jerónimo, san, 43  
Jolowicz, H. F., 2  
jueces, 12, 14, 35, 36, 41, 43, 53, 55, 64, 69, 73, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 99, 104, 122, 123, 125, 126, 127, 130, 131, 137, 156, 168, 175, 179  
juicios, 35, 72, 84, 103, 125, 144, 176  
Juliano, 20, 39, 86, 90, 137  
Jurado, 91  
Juramentos, 6, 83, 84, 102  
Jurisprudencia, 29, 66, 80, 116, 138, 157, 162, 169, 173, 174, 175

Juristas, 1, 3, 11, 12, 21, 27, 36, 39, 40, 41, 44, 51, 52, 54, 55, 59, 62-64, 66, 70, 71, 74, 80, 82, 83, 84, 86, 87, 89, 92, 93, 98, 102, 104, 111, 113, 115-118, 120, 122-124, 126, 129, 130, 141, 145, 149, 152, 161-163, 168, 172, 175, 180  
    clásicos, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 38, 49, 50, 105, 106, 109, 111, 135, 137, 163, 182  
    como clase social, 17, 19, 26, 85, 116, 119, 120, 128, 129, 182  
    humanistas, 105-108  
Justiniano I, emperador, 1, 47-49, 51, 52, 56-59, 61-63, 66, 67, 70, 73, 74, 89, 93, 95, 97, 101, 104-109, 112, 113, 118, 121, 122, 131, 139, 140, 146-148, 152, 159, 162, 165, 180, 182  
    Véase también Derecho justiniano

Koschaker, Paul, 2  
Kreittmayr, W. X. A. von, 155

Latín, 30, 37, 45, 47, 48, 52, 54, 59, 80, 95, 96, 105, 113, 117, 146, 160, 180  
Laurentinus Hispanus, 72  
Leeuwen, Simon van, 141, 145  
Legados, 26  
Leibniz, G. W., 148, 149  
Lenel, Otto, 180  
León el Sabio, emperador, 52  
*Lex Oppiam*, 18  
*Lex Romana Burgundionum*, 46, 55  
*Lex Romana canonice compta*, 57  
*Lex Romana Curiensis*, 55  
*Lex Romana Visigothorum*, véase también Breviario de Alarico, 46  
Ley de citas, 40, 41, 49, 55  
Ley de las XII Tablas, 4-11, 14, 21, 109, 162, 176  
Leyden, 137, 138, 140, 141  
*Liber extra*, 73, 74  
*Liber pauperum*, 81, 92

*Liber sextus*, 73  
*Libri feudorum*, 89, 117, 142  
Lindley, Nathaniel, 174  
Livio, 9, 18, 109  
*Lo Codi*, 80  
Lotario, 86, 87  
Lotario, emperador, 127, 128

Magistrados, 6, 7, 8, 11, 12, 20, 30, 35, 38, 87, 117, 131, 159  
Maine, Henry Sumner, 174, 176, 177, 178  
Maitland, F. W., 63, 165, 175  
Mansfield, Lord, 140, 175  
María Teresa, emperatriz, 157  
Martini, Karl Anton von, 157, 158  
Martino, 67, 68, 79, 86, 90  
Matrimonio, 57, 71, 73, 75, 88, 95, 112, 148  
Máximas, 67, 69, 73, 135, 138  
Mayno, Jason de, 107  
Melanchton, Philip, 130  
Menores, 7, 17  
Milán, 32, 34, 43, 107  
Modestino, 41  
Montesquieu, 154, 155, 162  
Mucius Scaevola, 26, 27  
Mynsinger, Joachim, 131, 140

*Negotium*, 115, 172  
Novelas, 46, 49, 51, 52, 56, 57, 62, 63, 142  
Nuevo Mundo, 133, 134

Obertus, 89, 118  
Obligaciones, 15, 28, 29, 37, 88, 112, 113, 114, 126, 139, 146, 150, 152, 160, 172, 175  
Opinion (*consilium*), 12, 41, 55, 103  
Orleans, 81, 97, 98, 159  
Ostrogodos, 45, 46  
Oxford, Universidad de, 77, 81, 123, 124, 136, 173

Países Bajos, 122, 136, 137, 142  
*Pandectas*, 107, 141, 166, 174, 176  
 Pandectística, 152, 166, 168, 169, 173  
 Pape, Guy, 131  
 Papiniano, 30, 31, 41, 47, 55, 137, 149, 150  
 Paráfrasis, 52  
*Paterfamilias*, 8, 10, 27, 177  
 Patricios, 4, 176  
 Paulo, 30, 36, 40, 41, 46, 49  
 Pavía, 58, 63, 64, 94, 105, 107, 109  
 Pedro de Cardona, 80  
 Pepo, 64, 65  
 Peregrinos, véase también no ciudadanos, 17, 18  
 Persona jurídica, 175  
 Placentino, 80  
 Plebeyos, 4, 5, 11, 176  
 Poder legislativo, 72, 85, 86, 87  
 Politiano, 106, 108  
 Pomponio, 109  
 Pontífices, 4, 5, 10, 11, 19  
 Posesión, 15, 26, 37, 88, 152, 166, 168, 174, 175  
 Pothier, R. J., 158, 159, 160, 165  
 Precedentes, 13, 23, 130, 131, 179  
 Pretor, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 28, 30, 36, 49, 171, 177, 180  
 Principio personalista, 47, 54, 56  
 Principios generales, 68, 135, 175  
 procedimiento, 6, 8, 9, 11, 12, 15, 19-22, 29, 34, 35, 36, 55, 72-74, 82-85, 91, 93, 95, 96, 101, 104, 112-117, 122-126, 129, 146, 147, 155, 160  
 Proculeyanos, 25  
 Propiedad, 1, 8, 13, 15, 18, 26, 27, 29, 37, 55, 56, 65, 72, 86, 89, 95, 110, 114, 115, 133, 151, 152, 161, 167, 171, 177  
 Protestantes, 108, 117, 124, 137, 142  
 Provenza, 79, 80  
 Pufendorf, Samuel, 150, 151, 171  
 Ramus, Peter, 115  
 Ravanis, Jacobus de, 98  
 Rávena, 43, 56  
*Reichskammergericht*, 128, 131  
 Relaciones feudo-vasalláticas, 89  
 Remedios, 11, 13, 15-19, 171, 177  
 Rivail, Aymar de, 109  
 Ródano, Escuela de, 79, 80  
 Rogerio, 80  
 Roma, 1, 2, 4, 7, 9, 10, 12, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 31, 43, 44, 57, 58, 59, 62, 76, 77, 84, 106, 124, 127, 129, 145, 176,  
 Rota Romana, 130  
 Rusia, 52  
 Sabinianos, 25, 26  
 Sabino, Masurio, 26, 27  
 Sacro Imperio Romano, 59, 88, 127, 128  
 Satán, juicio de, 103  
 Savigny, F. K. von, 162-168, 171, 174, 175, 176  
 Schilter, J., 132  
 Sentencias de Paulo, 46  
 Sicilia, 78, 95  
*Siete Partidas*, Las, 95, 121, 147, 148  
 Solón, Leyes de, 5, 109  
 Soto, Domingo de, 134  
*Speculum iudiciale*, 81, 84  
 Stefan de Tournai, 72  
*Stipulatio*, 14  
 Struve, G. A., 145  
 Suárez, C. G., 156  
 Suárez, Francisco, 134, 139  
 Sucesiones, 49, 95, 152, 172  
 Suecia, 139, 145  
 Suiza, 55  
 Sunesen, Anders, 96  
 Talión, 7  
 Teodorico el Grande, 45, 46  
 Teodoro de Tarso, 57  
 Teodosio I, emperador, 33, 34, 41

Teodosio II, emperador, 41, 86  
 Código de, 42, 46, 49  
 Teófilo, 52  
 Teología, 66, 77, 81, 96, 103, 104, 124, 132, 133, 135  
 Teoría de la ficción, 175  
 Tertuliano, 36  
 testamentos, 19, 24, 26, 100, 101, 102, 112, 144, 149, 150, 152, 177  
 Thibaut, A. F. J., 163, 174  
 Thomasius, C., 153, 155  
 Torelli, L., 108  
*Tres libri*, 62, 81, 89  
 Triboniano, 48, 105, 137  
 Tribunales, 6, 29, 35, 54, 55, 65, 69, 70, 71, 72, 82, 83, 85, 88, 91, 92, 93, 96, 101, 103, 110, 116, 117, 120-132, 137, 138, 144, 147, 153, 154, 156, 179  
*Trivium*, 66  
 Tübingen, libros de Derecho, 79  
 Ulpiano, 30, 31, 36, 40, 41, 49, 86, 97, 120, 137, 180  
 Unión Europea, 182  
 Universidades, 77, 78, 82, 94, 104, 107, 116, 122, 124, 125, 126, 127, 137, 138, 144, 146, 148, 155, 158, 160, 173, 181  
 Usufructo, 114, 118, 152, 161  
 Vacario, 81, 92  
 Valentiniano III, emperador, 41, 42, 43  
 Valla, Lorenzo, 105, 106  
 Vándalos, 32, 43, 44, 48  
 Venecia, 9, 100, 142  
 Venta triple, regla, 10, 11  
*vindicatio*, 37, 89  
 Vinio, A., 140, 141, 142, 148  
 Visigodos, 34, 42, 43, 45-47, 53, 63, 79, 94, 116  
 Vitoria, Francisco de, 133, 135  
 Voet, Johannes, 141, 142  
 Weber, Max, 169  
 Wexionius, Michael, 144  
 Windscheid, B., 169, 171  
 Wolff, Christian, 153  
 Zasius, 107  
 Zeiller, Franz von, 158