

Nueve siglos de romanismo jurídico

Según la conocida descripción de Albertario, muy presente en la manualística¹, la expresión «derecho romano» ha sido utilizada para designar, bien el derecho elaborado en las distintas épocas históricas de Roma hasta la compilación de Justiniano, bien la misma citada compilación o bien la enorme influencia en la civilización occidental de las Edades Media y Moderna en casi todos los países europeos hasta el siglo XVIII y en Alemania incluso hasta las postrimerías del siglo XIX y es, por ello, que el estudio del derecho romano no ha tenido siempre un carácter histórico. La primera de las acepciones señaladas contempla el derecho romano como conjunto o conjuntos normativos relativos a un determinado contexto espacio-temporal; la segunda, equivale a «derecho justiniano»; y la última acepción identifica el derecho romano con lo que se ha denominado genéricamente «romanismo» o «tradición romanística», cuyo punto de partida lo constituye el fenómeno histórico-jurídico conocido con la expresión de «recepción del derecho romano».

Efectivamente, la expresión «derecho romano» también puede ser utilizada para designar en un sentido impropio y traslaticio «la tradición histórica que sobrevive después de la caída del Imperio romano de Occidente a través de la Edad Media y hasta nuestros días»². Por «romanismo» o «tradición romanística» cabría entender en términos generales el proceso de transfusión ininterumpida del derecho romano a lo largo de la historia determinante de la configuración de los derechos europeos y de manera mediata y con mayor o menor intensidad en la de los derechos de otros muchos pueblos de diversos continentes. Este fenómeno sin parangón en la historia ha constituido siempre una de las principales razones de la admiración que han profesado los juristas de todos los tiempos hacia el derecho romano. En efecto, como señala Álvarez Suárez³, «constituye un tópico de todos los estudios históricos que tratan de explicar la significación del Derecho romano y la trascendencia actual de su cultivo, la afirmación de que no existe en toda la historia universal fenómeno más sorprendente y admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia».

En términos generales podría compararse la tradición romanística con el movimiento de un péndulo, pues ha oscilado entre dos posiciones opuestas: la dogmática y la historia.

El derecho romano se forma como un derecho netamente consuetudinario cuya evolución fue debida casi exclusivamente a la espontaneidad, versatilidad y progresividad de la *interpretatio iuris* de los jurisconsultos – revelador de la extraordinaria importancia de la actividad jurisprudencial es el pasaje del *enchiridium* pomponiano contenido en D. 1.2.2.13: ‘*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius perducere*’ y la *iuris dictio* de los magistrados – bien lo expresa el

¹) E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milano, 1935, p. 1. También es muy indicativa de que el estudio del derecho romano no siempre ha tenido el sentido unívoco de estudio histórico la conocida afirmación de R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, en «Jus», II, 1951, p. 144, de que por «derecho romano» se ha entendido históricamente hasta cinco cosas distintas: como derecho histórico, como tradición romanística, como derecho común europeo, como Pandectística y como ciencia del derecho romano histórico.

²) E. VALIÑO, *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1991, p. 6.

³) U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, p. 5.

primer fragmento de las Instituciones de Marciano, D. 1.1.8: '*ipsum ius honorarium uia uox est iuris civilis*', mientras que en ínfima proporción contribuyeron a la formación de ese derecho las leyes, los plebiscitos o los senadoconsultos o, en general, las formas de producción normativa «estatal».

Históricamente podría decirse que el derecho romano ha experimentado tres «recepciones», como apunta Wacke ⁴: una primera recepción o «recepción teórica», que es la recepción por antonomasia, que fue la acontecida en los siglos XII-XIII gracias a la actividad de glosadores y post-glosadores; una segunda, que llegó con el Humanismo jurídico en los siglos XV y XVI y que fue la recepción propiamente dicha en Alemania; y la tercera, una recepción tardía, que tuvo lugar en el siglo XIX a través de la Escuela Histórica del Derecho con Savigny a la cabeza y de la Pandectística, cuyo principal representante fue Windscheid ⁵.

Durante la Alta Edad Media en el Occidente bárbaro adquirió de nuevo la costumbre el protagonismo como fuente de producción del derecho. Entre el dogmatismo y el historicismo se desenvolvería la tradición romanística desde que acaeciese el fenómeno que convencionalmente se ha venido designando con la expresión de «recepción del derecho romano». Ésta acontece merced a la renovación jurídica llevada a cabo en el siglo XII por los glosadores de la Universidad de Bolonia a través de una actividad interpretativa y creadora de una nueva jurisprudencia ⁶. Pero los glosadores, los comentaristas y los intérpretes no se limitaron a una elaboración teórica y a una aplicación práctica del derecho romano justinianeo sino que su actividad originó la formación de una nueva ciencia jurídica, cuyo objeto no se limitó al derecho romano sino que también abarcó el derecho longobardo, el derecho estatutario comunal, las costumbres regionales y locales, la legislación imperial y el derecho canónico. Con todos estos elementos intentaron crear un sistema jurídico orgánico de derecho común, en el que el derecho romano gozaba de una autoridad preeminente y de un carácter integrador y subsidiario respecto a todas las anteriores fuentes jurídicas.

El siglo XVI conoció un desarrollo del derecho público paralelo a la consolidación de los

⁴) A. WACKE, *Die Rezeption römischen Rechts in Europa. Ein einführender Überblick*, en «Orbis Iuris Romani», I, 1995, p. 150 (traducido al castellano por J.M. BLANCH NOUGUÉS en A. WACKE, *Estudios de derecho romano en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, p. 18 s.).

⁵) El Derecho inglés se halla al margen de la tradición jurídica romanista acontecida en la Europa continental y el *common law* presenta su propio desarrollo. Las dos tradiciones, la continental y la inglesa son históricamente divergentes y se diferencian, como expone A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 482 ss., en tres puntos principales: 1.º Mientras que en el continente el *Corpus Iuris* fue acogido como *ratio scripta*, surgió una élite europea de juristas y se desarrolló un *ius commune*, en Inglaterra hubo, en cambio, una férrea oposición al derecho romano y se desarrolló el llamado *common law*, es decir, un derecho común independiente de la tradición romanística, basado en los usos anglo-normandos y cultivado por juristas conocedores de los mismos; 2.º Mientras que el derecho común se desarrolló a través de una jurisprudencia autorizada capaz de influir decisivamente en la práctica forense, el *Common Law* se desarrolló como derecho de los jueces al haberse producido una precoz unificación de la administración judicial en torno a la Corte londinense; la ley y el derecho escrito tuvieron un mero valor marginal y el *common law* se desarrolló empíricamente como *case law*, constituido por estratos sucesivos de precedentes judiciales; 3.º Mientras que el derecho común continental acabó entrando en una crisis de credibilidad y de certeza que concluyó con las codificaciones de los derechos nacionales, la tradición del *common law* nunca conoció un fenómeno similar; para el espíritu jurídico inglés que se basa en la idea de derecho como tal y no en el primado legislativo, la certeza jurídica no hay que encontrarla en la ley sino en la autoridad vinculante de los precedentes judiciales. Puede afirmarse que el *common law* representa una combinación de la exigencia de certeza con la de desarrollo del derecho y en ese sentido tal concepción resulta paradójicamente más próxima a la del derecho romano clásico que la europea continental. La expresión *common law* presenta varias acepciones: la más amplia lo identifica con el sistema jurídico anglo-americano; en un sentido más restringido *common law* se opone a *equity*, la cual se caracteriza por la aplicación de remedios procesales extraños al *common law*; en tercer lugar *common law* es un concepto opuesto a *statute law*, el cual consiste en el derecho de proveniencia estatal, del órgano legislativo en cuestión, es decir, el derecho escrito no producido judicialmente. Para un amplio y exhaustivo repertorio bibliográfico sobre la historia del derecho inglés y del *common law* véanse p. 686-697 de la citada obra de A. Cavanna.

⁶) Ciertamente los orígenes de la nueva ciencia jurídica europea se hallan estrechamente ligados al desarrollo de las primeras universidades europeas. Sobre el origen, desarrollo, constitución y organización de las universidades medievales y el impulso dado a los estudios jurídicos en los inicios de su andadura histórica véase H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, München, 1973, p. 41 ss.

poderes absolutos y a una acentuación de la actividad legislativa de las monarquías y principados, mientras que el derecho privado se vio en escasa medida afectado por la legislación estatal. Posteriormente, acontecería una profunda transformación de las tradicionales estructuras de los ordenamientos jurídicos, pues a aquel derecho común, caracterizado por una pluralidad y jerarquía de fuentes, sucederían múltiples sistemas nacionales de derecho codificado, constituidos por complejos normativos unitarios sistemáticamente ordenados. A esta crisis del derecho común contribuyeron nuevas tendencias de carácter filosófico e histórico presentes en la jurisprudencia de la Edad Moderna. Por un lado, la escuela humanística desdeñó el derecho justiniano y su seguimiento acrítico por los glosadores y comentaristas al preocuparse por la reconstrucción crítica del pensamiento jurídico de la jurisprudencia romana clásica. Por otro, la Escuela de Derecho Natural manifestó la necesidad de una renovación de la vida jurídica, la cual había de basarse en la seguridad jurídica. Era, pues, contraria a la disparidad y heterogeneidad de fuentes jurídicas y por ello abogaría por su abrogación. Junto a ello la creciente afirmación de las soberanías estatales implicaba una administración centralizada y una unificación del ordenamiento jurídico basada en la ley, en el monopolio normativo estatal.

Las tres principales corrientes filosóficas que se irán afirmando desde el siglo XVII confluirán en una renovación de la concepción del derecho en los términos indicados: el iusnaturalismo de Grocio; el liberalismo de Locke, para quien el derecho natural se identifica con el derecho privado y el derecho público tiene como razón de ser la garantía de aquel derecho natural; y el absolutismo de Hobbes, quien sólo acepta únicamente como fuente del derecho la voluntad del monarca.

En el siglo XVIII se enfatiza todavía más la exigencia de una radical reforma del derecho y se reclama la derogación de las fuentes históricas y la creación de un nuevo orden jurídico basado en la codificación de un sistema orgánico, completo, cerrado, conforme a la naturaleza y asequible al entendimiento de un ciudadano cualquiera. Los iusnaturalistas del siglo XVIII encontraron en el derecho romano los principios de ese derecho verdaderamente universal y fundado en la razón natural. Los sistemas de la Pandectística y de la dogmática alemanas pondrían las bases de una ciencia universal del derecho.

Por último, la conclusión del proceso de codificación en Europa, en Alemania en 1900 con la promulgación del «Bürgerliches Gesetzbuch», supondría un punto de inflexión en la tradición jurídica romanística y la transformación de la ciencia del derecho romano actual en una ciencia jurídica histórica ⁷.

1. Como afirma Wieacker ⁸ los inicios del orden jurídico europeo se hallan en la conjunción de las tres fuerzas básicas imperantes al final de la Edad Antigua: los restos de la organización del Imperio Romano Occidental, la Iglesia romano-cristiana y la nueva conciencia de los pueblos que se apoderaron del Occidente romano y que se habían impregnado de su cultura jurídica. Cada una de estas tres fuerzas realizaría aportaciones insustituibles a la cultura jurídico-privada europea. La primera aportó una concepción del derecho como creación científica; la segunda, unos nuevos valores ético-sociales informadores del derecho y que serían constitutivos de la ética europea hasta muy entrado el siglo XVIII; la tercera produjo la transformación de la sociedad bajo-romana y originaría las instituciones políticas de la Alta Edad Media así como también condujo a la descomposición de un orden jurídico universal en una pluralidad de comunidades jurídicas.

El nacimiento de la ciencia jurídica europea hacia el año 1100 aproximadamente formó parte

⁷ Para una detallada descripción sobre la cuestión del método jurídico seguido en cada uno de los estratos de la historia del pensamiento jurídico véase la reciente obra de J. SCHRÖDER, *Rechts als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historische Schule (1500-1850)*, München, 2001.

⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* ², Göttingen, 1996, p. 26. Existen numerosas traducciones de esta obra a varios idiomas. Fue vertida al castellano por F. FERNÁNDEZ JARDÓN en 1957 para la editorial Aguilar y más recientemente ha sido reeditada dicha traducción por la editorial Comares: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Granada, 2000.

de un movimiento general de revitalización de la cultura antigua en todos los aspectos y en especial tuvo como desencadenante el redescubrimiento en la Biblioteca de Pisa de la gran obra de la literatura jurídica romana, el Digesto de Justiniano, hacia el año 1090. Se trata en concreto del hallazgo por el jurista Irnerio de una copia del siglo VII del Digesto en dos tomos, que sería conocida después como la «Florentina». La recuperación de todo el *Corpus Iuris* se dilataría a lo largo de todo el siglo XII. Al hecho del descubrimiento siguió la instauración del estudio del derecho romano justiniano en el *Studium* de Bolonia, que luego se extendería a otras muchas universidades europeas. El *Corpus Iuris* medieval se dividía en cinco volúmenes: *Digestum vetus* (del libro I al título II del libro XXIV), *Digestum Infortiatum* (del título III del libro XXIV al libro XXXVIII), *Digestum novum* (del libro XXXIX al I); el cuarto volumen contenía los nueve primeros libros del *Codex*, y el quinto volumen sus tres últimos libros (*Tres libri*) y, además, las Instituciones y 97 de las 134 Novelas de Justiniano en la versión del *Epitome Iuliani* repartidas en nueve *collationes*; al quinto volumen se agregaría en la primera mitad del siglo XIII una décima *collatio* integrada por el Tratado de Constanza, constituciones de los emperadores romano-germánicos y los *Libri Feudorum*, una colección de costumbres feudales del siglo XII.

Los estudiantes de Bolonia procedentes de toda Europa garantizarían la difusión de la concepción boloñesa del derecho basada en la obra de Justiniano a pesar de la inicial resistencia a la recepción que se produjo en algunos países como Francia, donde se aceptaron principios romanos *non ratione imperii sed imperio rationis*; o Inglaterra, donde los reyes Esteban y Enrique IV prohibieron la enseñanza del derecho romano – es célebre la expresión «*nolumus Angliae leges mutare*» pronunciada por el Parlamento inglés en 1236 – que pretendía introducir Vacario, doctorado en Bolonia y autor del *Liber Pauperum*, versión condensada del Código de Justiniano con materiales procedentes del Digesto. No obstante Inglaterra no quedó exenta de la influencia del derecho romano⁹.

La construcción doctrinal a partir del material justiniano llevada a cabo por el *Studium* de Bolonia, si bien novedosa en cuanto al objeto, tiene, sin embargo, como precedente, según la común opinión¹⁰, en lo relativo al *modus operandi* la actividad exegética desenvuelta en el norte de Italia por las Escuela de Pavía y Rávena, actividad que consistía en el estudio crítico y exegético de textos de la Antigüedad y sobre todo del derecho longobardo, tal como se hallaba éste contenido en el *Liber Papiensis*. Un grupo de los glosadores de Pavía, los llamados *antichi*, se caracterizó por su predisposición a emplear el derecho romano como instrumento para suplir e interpretar el derecho longobardo, tal como evidencia la *Expositio Liber Papiensis* de 1070, llena de referencias a las Instituciones de Justiniano, al Código y al *Epitome Iuliani*¹¹.

Pero sería la Escuela boloñesa de los glosadores, contemporánea del emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico Federico I Barbarroja, la que aportaría en el marco de ese propicio ambiente cultural el estudio exegético del *Corpus Iuris* llegando a convertirse aquella Escuela en *nutrix legum* de Europa y en un modelo a seguir por otras universidades europeas. La citada obra supuso en aquel momento una auténtica revelación jurídica cuya autoridad perduraría durante muchos siglos, hasta muy avanzado el siglo XVIII. Pero este éxito del derecho romano justiniano en el ambiente bajo medieval no fue fruto de la casualidad sino que se basó ante todo en la perfecta consonancia del método de los glosadores con la mentalidad medieval y tuvo, además, en especial

⁹) Cfr. R. REIMANN, *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993, R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, en «Juristenzeitung», 1992, p. 8 ss., y ID., *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, en «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», 1993, p. 4 ss.

¹⁰) En contra B. BRUGI, *Il metodo dei glossatori bolognesi*, en «Studi S. Riccobono», I, Palermo, 1936, p. 23 ss., para quien tanto los escolares de Bolonia como los de Pavía y Rávena utilizaron las reglas de la lógica aristotélica y fueron educados en el *trivium*. Sin embargo, existe una gran diferencia entre la Escuela boloñesa y las precedentes: la glosa de Bolonia se caracteriza por un extraordinario dominio de las fuentes, por el conocimiento del fundamento de los principios de derecho a los que reconducían la decisión de los casos y, por último, por la aplicación de un método propio y específico que a la postre prepararía la doctrina del derecho común.

¹¹) Sobre este tema véase P. VACCARI, *Diritto longobardo e letteratura longobardistica intorno al diritto romano*, en «Ius Romanum Medii Aevi», I. 4 b ee, Milano, 1966.

un marcado fundamento político, pues la idea de «imperio» ligada indiscutiblemente a Roma y a su derecho, no era sino la propia expresión histórica de la concepción política medieval, pues el imperio era considerado dogmáticamente como la forma política por excelencia de la comunidad humana. En fin, como señala Wieacker¹², la extraordinaria trascendencia de la construcción jurídica de los glosadores tras el redescubrimiento del *Corpus Iuris* no derivó de un mero interés científico especializado sino del hallazgo de un fundamento seguro para la ética política y social de aquel momento histórico. A ello cabría añadir, como ha indicado Margadant¹³, que el contexto histórico en que se produce el hallazgo, el del florecimiento cultural carolingio, favoreció que se extrajera de la obra justiniana todo el provecho posible. De hecho, a comienzos del siglo XII se produjo una suerte de «pre-renacimiento», un auge cultural desenvuelto sobre todo en torno a las primeras universidades y favorecido por la tolerancia religiosa del emperador Federico II. Otros factores decisivos para el triunfo del derecho justiniano fueron, sin duda, de índole política y económica. En efecto, los emperadores vieron en el derecho romano justiniano un fundamento legitimador de la idea imperial y un elemento unificador del inextricable panorama jurídico existente en Europa; y las relaciones comerciales internacionales cada vez más intensas se resentían de la carencia de un marco jurídico homogéneo.

El método, llamado «método escolástico», de la ciencia jurídica de los glosadores parte del presupuesto de la concepción teológica y científica medieval, que con raíces en el idealismo neoplatónico vincula indisolublemente fe y razón, lo que trasladado al plano del derecho equivale a una correlación entre autoridad y razón. Se produce, de este modo, una servidumbre de la razón humana a la autoridad incontestable, a la *ratio scripta* – expresión, sin embargo, no acuñada por los glosadores¹⁴ – que representará el *Corpus Iuris* y por extensión el derecho romano. Por ello, la crítica y la exégesis de los glosadores no se propone como objetivo la depuración histórica y la crítica de la autenticidad de los textos sino la captación de su verdadero sentido, el esclarecimiento de la verdad encerrada en cada uno de ellos, pues por su *auctoritas*, concepto ya semánticamente asimilado al de «verdad», tales textos una vez esclarecidos resultaban incuestionables. Para llegar a captar la verdad que encierran los textos jurídicos justinianos los glosadores se servirían de la gramática y de la lógica aristotélicas. Por medio de *distinctiones* y *subdistinctiones*, divisiones y subdivisiones eliminan las antinomias y se llega a una artificiosa armonización de los textos. La interpretación de los textos se realiza a través de un proceso puramente lógico basado en el esquema tesis-antítesis-síntesis o solución¹⁵. Este modo de proceder en el estudio y en la enseñanza del derecho favorece una visión sistemática y unitaria del mismo. El que podría considerarse como fundador de la ciencia jurídica europea, Irnerio, cabeza, como es bien sabido, de la Escuela de los glosadores, era a la sazón gramático y lógico¹⁶.

¹²) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 52.

¹³) G.F. MARGADANT S., *El significado del Derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, 1969, p. 19.

¹⁴) Sobre la expresión '*ratio scripta*' véase A. GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt M., 1981, primera monografía dedicada a la investigación de este concepto. Según nos informa el autor, el texto jurídico más antiguo en que aparece utilizada la expresión es el art. 18 de la *Coûtume d'Alais* de entre 1216 y 1222. En él la expresión «*razons escricha*» equivale al derecho romano. De los orígenes franceses de la misma da testimonio un pasaje de G.W. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, Leipzig-Halle, 1748, reimpr. inalt., 1974. La expresión '*ratio scripta*', concluye el autor (p. 155), ha tenido en la historia tres significados distintos si bien siempre vinculados al derecho romano. Así, nació la expresión para designar el derecho romano en cuanto derecho escrito; en el siglo XVI en cuanto depósito de equidad y desde finales del siglo XVII como expresión relativa al derecho natural. J. Domat definirá en 1689 en su obra *Les lois civiles* la '*ratio scripta*' como el «derecho natural escriturado por la razón en los libros de derecho romano».

¹⁵) Sobre el método de trabajo de los glosadores, el aparato de glosas y los tipos de obras característicos de la Glosa medieval véase P. WEIMAR, en COING, *Handbuch*, I, cit., p. 168 ss.

¹⁶) Según Odofredo, corresponde a un profesor del que sólo se conoce su patronímico en diminutivo, «Pe-po», haber iniciado la enseñanza del derecho romano, de *legere in legibus*. Cfr. N. TAMASSIA, *Odofredo*, en «Atti e memoria della Reale Deputazione di storia patria per le province di Romagna», XI-XII, Bologna, 1894, p. 88 ss. (= *Scritti*

A Irnerio le corresponde el mérito de haber dado autonomía y secularizado la enseñanza del derecho en los estudios de Medioevo y haber puesto los cimientos de la ciencia jurídica moderna con su peculiar método exégetico de trabajo, aunque también se le puede considerar, como afirma Cortese¹⁷, el responsable del inicio de la separación entre ciencia jurídica y práctica forense, entre el círculo de doctos, afectos a empresas filológicas, y el de los prácticos del derecho con una mayor sensibilidad hacia las cuestiones procesales y hacia el derecho longobardo, el cual tiende a ignorar el *Studium* boloñés. De la forma de trabajo de Irnerio deriva la denominación de «glosadores», que consistía en la realización de glosas, es decir, sucintos aclaraciones, comentarios o explicaciones de los textos en los interlineados (*glossae interlineares*), que se fueron extendiendo paulatinamente a los márgenes del texto (*glossae marginales*). El método de los glosadores es la exégesis, basada en las operaciones de la lógica y la dialéctica aristotélicas, que conducen a inquirir principios, a sintetizar ideas y a armonizar contradicciones. Además de las glosas serán también características de los glosadores otros tipos de literatura jurídica: las *Summae* o extractos, las obras de *Casus* o exposiciones de casos análogos a los de los textos justinianos y la inducción y formulación de reglas generales, género éste cuyo cultivo resultó después especialmente grato a los postglosadores.

Resultado de la actividad de los glosadores será la creación de un sistema autoritario y dogmático de normas con el valor de verdad absoluta, pues los glosadores sacralizaron los textos justinianos al aproximar su autoridad a la de los textos bíblicos y estimarlos como un *donum Dei*. De este modo, llegó a producirse una identificación entre teología y derecho en sus métodos y en sus fines. Quizá en esta dogmática de los glosadores habría que buscar las raíces de la moderna corriente dogmático-jurídica.

Ahora bien, la actitud metodológica de los glosadores de apego al texto por su autoridad o de sumisión incondicional a la compilación justiniana que acabamos de describir no fue tan sólo, como tradicionalmente se ha aceptado sobre todo a partir de Wieacker, una consecuencia necesaria de la concepción filosófica bajomedieval, sino que, como ha argumentado Sainz-Ezquerria¹⁸, existió a comienzos del siglo XII un factor político concreto que fue decisivo en la conformación de aquella actitud metodológica de los glosadores ante el derecho romano. Efectivamente, se trata de la adscripción incondicional de los glosadores a la causa imperial en el marco del problema histórico de la rivalidad y en ocasiones hostilidad entre Iglesia e Imperio, época de los emperadores Enrique IV y Federico I, existente desde finales del siglo XI. La opción por la causa imperial también comportará la oposición de los glosadores a la autonomía estatutaria de las ciudades del norte de Italia frente al impulso centralista imperial. Por ello el apego de los glosadores al texto tiene en realidad un fundamento metajurídico y no una mera actitud reverencial hacia la obra justiniana, pues el texto sirve de sostén jurídico a la autoridad imperial y el respeto al texto es el respeto a la voluntad imperial. Por ello, como muestra Sainz-Ezquerria¹⁹, cada vez que se produce una disociación entre

di storia giuridica, II, Padova, 1967, p. 337 ss.) Reproducimos a continuación el pasaje en que Odofredo alude a la figura de Pepo (p. 393): D. 1.1.6: «*Dominus Yr. qui fuit apud nos lucerna iuris i. e. primus qui docuit in civitate ista: Nam primo cepit studium esse in civitate ista in artibus, et cum studium esset destructum Rome, libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravenne, et de Ravenna ad civitatem istam. Quidam dominus Pepo cepit auctoritate sua legere in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit. Sed dominus Yr. dum doceret in artibus in civitate ista, cum fuerunt deportati libri legales, cepit per se studere in libris nostris, et studendo cepit legere in legibus, et ipse fuit maximi nominis, et fuit primus illuminator scientie, et quia primus fuit qui fecit glosas in libris nostris, vocamus eum lucernam iuris*».

¹⁷) E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale* 2, Roma, 1996, p. 23.

¹⁸) J.M. SAINZ-EZQUERRA, *La glosa y el texto jurídico: un análisis de historia y método*, en «Estudios F. Hernández-Tejero», II, Madrid, 1994, p. 505 ss.

¹⁹) Este autor analiza en p. 509 y ss. cómo los glosadores afrontan la cuestión de la relación entre costumbre y ley, es decir, si la ley podía ser abrogada por una costumbre, cuestión trascendental pues de la solución a la misma dependía la legitimación jurídica de la política centralista del imperio, cuyo derecho era eminentemente legislativo, frente a las tendencias de secesionismo jurídico de las ciudades del norte de Italia, el derecho de las cuales era básicamente de carácter consuetudinario, apoyadas por la Iglesia que veía en ello el modo de debilitar políticamente al emperador. Del dictamen de los juristas de Bolonia se hizo depender la solución. Para el emperador la solución había de ser obviamente negativa, contraria al prevailecimiento de la costumbre *contra legem* pero los textos justinianos

el texto justiniano y la voluntad imperial los glosadores se afanan por justificar el prevalecimiento de la autoridad imperial haciendo una exégesis del texto favorable a esta última. Existió, pues, junto a una actitud de respeto acrítico al texto justiniano, consecuencia de una inercia metódico-intelectual de raíces teológicas característica de la mentalidad medieval, un claro motivo histórico-político que condicionó la actividad jurídica de los primeros glosadores afines por diversas razones a la causa imperial: la construcción de la unidad política del Imperio buscando su legitimación y fundamento jurídico en el derecho romano.

A Irnerio le sucedió la generación de los llamados «Cuatro Doctores»: Búlgaro, autor de glosas a todo el *Corpus*, del *Ordo Iudiciorum* y de las *quaestiones disputatae*; Jacobo, autor de glosas que contienen abundantes *regulae*; Hugo, autor de glosas, *distinctiones* y de una súpula sobre el duelo judicial; y Martín de Gosia, autor asimismo de *glossae*, de una *distinctio* sobre el interés y de una súpula sobre el cómputo del parentesco. Posteriores fueron, entre otros, Rogerio, autor de *disensiones dominorum* y de *quaestiones*, y Juan Bassiano, quien perfeccionó el método de comentario y explicación de los textos, siguiendo un proceso de análisis que se iniciaba con la exposición somera del problema jurídico objeto del pasaje, a ello seguía la exposición de otros textos contrapuestos y la relación de soluciones aportadas por los juristas, después se indicaban todas las reglas o brocardos que podían ser de aplicación al caso en cuestión, finalizaba el análisis con una explicación conclusiva en torno al problema jurídico teniendo en cuenta el derecho en su conjunto.

Otra generación de glosadores italianos, corresponde ya a finales del siglo XII y primer tercio del siglo XIII, está representada por los trabajos de Placentino, Azón, Odofredo y Acursio. Azón, discípulo de Juan Bassiano, sintetizó las discusiones que sobre supuestos concretos habían mantenido las generaciones precedentes de glosadores y realizó a tal fin una *Summa codicis* que llegó a hacerse imprescindible en la práctica forense. Acursio reunió las glosas y exégesis de todos los glosadores anteriores a las suyas propias y compuso la que sería conocida como *Glossa ordinaria* o también denominada *Magna glossa* en 1227, obra que compuesta de 96.000 glosas llegaría a ser equiparada en autoridad al mismo Digesto, a convertirse en la principal fuente del derecho romano y con la que, en definitiva, alcanzaría su punto álgido el primer estrato histórico que atravesó la ciencia jurídica europea tras la recepción boloñesa del derecho romano. Sin embargo, a pesar de que la Glosa de Acursio es el texto jurídico más conocido y difundido en la Edad Media y de que tiene una importancia universalmente reconocida no había sido objeto de un estudio profundo hasta muy entrado el siglo XX, como denunció en su momento Astuti²⁰. Como señala Stein²¹ la autoridad de la Glosa es el origen de la idea de considerar que un autorizado comentario académico sobre un texto legislativo constituye una verdadera fuente del derecho. El modelo del *Studium* boloñés fue acogido en muchas de las universidades que comenzaban a surgir en toda Europa. En la segunda mitad del siglo XIII la escuela de glosadores más destacada será la llamada «Escuela de Orleans», cuyos máximos representantes fueron los clérigos Jacques de Revigny y Petrus de Bellapertica, cuyos comentarios se caracterizaron por una interpretación más libre y abierta y basada en la lógica y en la analogía.

no parecían avalar con claridad esta solución. Se trata de los pasajes discrepantes entre sí: D. 1.3.32.1 (Iul. 84 *dig.*) y *Inst. inst.* 1.2.11. Irnerio en su dictamen sobre esta cuestión se muestra favorable a la tesis de la nulidad de la *consuetudo contra legem* basándose en el pasaje ulpiano. D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*), que trata en realidad de la cuestión de derecho privado relativa a la extinción de las obligaciones por el principio del *contrarius actus*. Por el contrario, Búlgaro se aferra al tenor literal de los textos justinianos y, aunque aparentemente parece ésta una posición contraria al interés imperial, en realidad no trata sino de favorecer dicho interés. Martín de Gosia apoya la causa imperial en esta cuestión apelando a la *aequitas* y a la acomodación del texto a la voluntad imperial.

²⁰) G. ASTUTI, *La «Glossa» Accursiana*, en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, I, Napoli, 1984, p. 279 ss. (= «Atti del Convegno Internazionale di studi accursiani [Bologna 21-26 ottobre 1963]», II, Milano, 1968, p. 289 ss.). Sólo en 1935 P. TORELLI publicó el volumen *Per l'edizione critica della glossa accursiana alle Istituzioni*, en el cual anunciaba su futuro programa de trabajo pero del que sólo vería definitivamente la luz un solo fascículo en 1939 titulado *Accursii Florentini Glossa ad Institutiones Iustiniani imperatoris. Liber I*. Hasta la fecha no ha vuelto a llevarse a cabo todavía una completa edición crítica.

²¹) P.G. STEIN, *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*³, Frankfurt M., 1999, p. 85.

El análisis exegético y la exposición dogmática y sintética propios de los glosadores y también la actividad de los posteriores bartolistas sería conocida ulteriormente bajo la denominación genérica de *mos Italicus*, el cual sería el método de investigación y de enseñanza que hasta el radical cambio de planteamiento metodológico protagonizado por el humanismo renacentista en el siglo XVI imperaría en las facultades y escuelas de derecho europeas. El método de los glosadores contribuiría, además, a fomentar un ideal de globalización jurídica en un mundo en franca descomposición jurídica al otorgar al derecho romano un valor iusnaturalístico y universal. La generalización del derecho romano no se consiguió pues la concepción jurídica medieval se regía por el criterio del primado de la especialidad de la norma y así hacía prevalecer la norma personal o local sobre la de ámbito más general. Al menos los glosadores obtuvieron el reconocimiento del derecho romano como derecho de valor universal y subsidiario al lograr convencer de su carácter iusnaturalísticamente justo y sobre todo sentaron los cimientos de la ciencia jurídica occidental.

Conviene precisar a continuación cuál es el sentido de la expresión «recepción del derecho romano». Como es sabido la actividad de la escuela de los glosadores, a la que seguiría la de los postglosadores, desencadenó en Europa el fenómeno jurídico que se ha venido designando con la expresión «recepción del derecho romano». Por «recepción de un derecho» debe entenderse en términos generales, como señala Wieacker²², «asimilación de un derecho», es decir, no aceptación sin más por un pueblo de un derecho extraño sino hacer de tal derecho parte integrante de su propia vida y pensamiento. Pero la «recepción» a la que se hace referencia por antonomasia, es decir, el acontecimiento de relevancia jurídica con repercusión general acaecido en la Baja Edad Media con ocasión de la actividad de la Escuela de Bolonia no tuvo exactamente como objeto un derecho, en concreto el derecho romano justiniano, en sí mismo considerado y con todos sus presupuestos históricos y sociales, sino el método y la construcción doctrinal de una ciencia jurídica a partir de un material jurídico, el justiniano; en otros términos, el objeto de la recepción fue el derecho justiniano *in complexu* pasado por el tamiz de la interpretación de los glosadores primero y de los comentaristas después. En este sentido Wieacker llega a definir el fenómeno de la «recepción del derecho romano» como la aceptación en la Europa occidental de la «cientificación» (*Vernissenschaftlichung*) del derecho romano justiniano tal como fue llevada a cabo por los glosadores e intérpretes²³. La recepción no significó, pues, una revigorización del derecho romano en toda Europa sino la universalización de un marco conceptual jurídico uniforme de origen romano, un lenguaje jurídico común o una especie de *koiné* jurídica, a la que había que recurrir siempre que fuese necesario. Por ello, los tribunales aplicaban en principio el derecho feudal local correspondiente y en caso de insuficiencia del mismo acudían al derecho romano glosado y, posteriormente, al llamado «derecho común», resultante de la fusión de los órdenes jurídicos romano y canónico.

El reconocimiento de un *ius commune*, en el sentido de ‘*quasi quo iure omnes gentes utuntur*’ – expresión gayana que utiliza Francesco Calasso como lema de su *Introduzione al diritto comune* (Milano, 1951) – terminará por no ser incompatible con los proyectos de positivización de los derechos propios de cada pueblo en la Baja Edad Media que presentan, además influencias iusromanísticas a través de la glosa. De hecho, entre los siglos XII y XIII empezará a afianzarse la idea de la equiparación de los poderes de los *reges* en los confines de sus respectivos reinos con los del emperador del Sacro Imperio, hecho que fue expresado con la máxima ‘*rex in regno suo est imperator*’. Por ello, Calasso insiste en diversas contribuciones en la idea de la necesidad de considerar el *ius commune* como un complejo jurídico constituido no sólo por el derecho romano y el derecho canónico, los dos ejes jurídicos del Sacro Imperio Romano Germánico, sino también por

²²) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 128.

²³) WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 101 ss. En el caso específico de Alemania, a juicio de este autor, el fenómeno de la recepción debe entenderse indisolublemente vinculado a un proceso histórico-constitucional que conduciría a la formación de un estado territorial (p. 109). Sobre la recepción del derecho romano en Alemania se ocupa este autor ampliamente en p. 97 ss.

los diversos *iura propria*, es decir, por los derechos particulares que dieron lugar a ese pluralismo político y jurídico característico de la sociedad europea medieval ²⁴.

Ejemplos de *ius proprium* serán el del derecho inglés recogido en la obra de Henry de Bracton *Leges et Consuetudines Angliae*, conocida como «Tratado Bracton», de 1230 aproximadamente: una exposición del derecho anglosajón con evidentes influencias del derecho romano; o también el caso de las «Constituciones de Melfi» o *Liber Augustalis*, promulgado por Federico II para su reino de Sicilia en 1231; la *Summa Trecensis* y *Lo Codi* en el ámbito provenzal y del valle del Ródano, ambas del siglo XII. La primera es una *summa* del Código de Justiniano realizada por un tal Gerardo; el segundo, de 1149 y redactado en Arlés, es un resumen del derecho justiniano elaborado siguiendo la estructura del *Codex* con materiales del Digesto y de las Instituciones, presenta la peculiaridad de hallarse escrito en varias lenguas, entre ellas el provenzal, rompiendo así la tradición del uso del latín en las obras jurídicas. Esta obra es debida a un glosador de nombre desconocido, quien pretendió la divulgación más allá del círculo de eruditos del derecho justiniano. Otro ejemplo es el «Código de las Siete Partidas» de 1265, obra promulgada por Alfonso X, el Sabio, de Castilla y León, que constituye una mezcla de derecho consuetudinario, derecho canónico, preceptos bíblicos y patrísticos y que, sobre todo, muestra una marcada impronta romanística, del Digesto de Justiniano en concreto, y de la doctrina de los glosadores italianos ²⁵. En fin, a pesar de la validez de los derechos locales el derecho romano, objeto de estudio en las universidades bajomedievales constituirá la base de un pensamiento jurídico común a toda Europa, una parte de la cultura de la Europa cristiana, como lo demuestra la definición ulpiana de justicia (D. 1.1.10.pr.) que emplea Santo Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* o las referencias de Dante al emperador Justiniano a quien ubica en el paraíso en los cantos 6 y 7 del *Paradiso* de su *Divina Commedia* ²⁶.

Paralelamente al «derecho civil», denominación con la que se conocería el derecho romano justiniano según la exégesis de los glosadores, fue ganando consistencia, coherencia interna, orden y sustantividad propia el derecho canónico. Ya en el siglo VI Dionisio, el Exiguo, hizo una ordenación cronológica de concilios y decretales comprendidos entre 514 y 523 en una obra titulada *Corpus Canonum*. Posteriormente, se llevaron a cabo numerosas colecciones canónicas como la *Dionisiana* y la *Hispana*, y las posteriores: *Albendense*, *Silense*, y *Cordubense*, y obras del género «Libros penitenciales», relativas a la práctica de la confesión. También son destacables las colecciones efectuadas en el siglo XI por el obispo de Chartres, San Ivo: la *Tripartita*, el *Decretum* y la *Panormia*.

Sin embargo, el derecho canónico pronto se disgregaría en ordenamientos regionales. Será a partir de la compilación efectuada con toda probabilidad en torno a 1140 por el monje camaldulense y maestro de Teología en Bolonia Juan Graciano, titulada *Concordantia discordantium canonum* o más conocida como el *Decretum* de Graciano, cuando se pongan orden y armonicen las dispersas y en

²⁴ Por el contrario, G. ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico*, en «Atti del Colloquio 'Le droit romain et sa reception en Europe'», Varsavia (8-10 ottobre 1973)», Warszawa, 1978, 32 ss. (= *Tradizione romanistica*, cit., p. 239 ss.), se opone a esta idea argumentando, entre otras razones, que la idea de '*iura propria*' acoge ordenamientos de muy diversa naturaleza y con características muy diferenciadas que impiden una consideración unitaria frente a la idea de '*ius commune*' comprensiva del derecho civil o romano y el derecho canónico. Añade también que la consideración del *ius commune* como derecho subsidiario e integrador no se corresponde con la realidad ya que de hecho la regla general era prácticamente la aplicación del *ius commune* y la regla excepcional la aplicación de los derechos estatutarios y locales, escritos o consuetudinarios, sobre todo dado el carácter muy fragmentario de los ordenamientos locales frente a la exhaustividad propia del derecho romano y todo el instrumental dogmático que proporcionaba el mismo: principios generales, criterios hermenéuticos, metódicos y sistemáticos. De esta manera, el derecho romano justiniano constituyó la estructura básica de todos los ordenamientos jurídicos medievales. Es, por eso, que en la época de la codificación las llamadas «partes generales» de los Códigos europeos fueron sustancialmente romanas.

²⁵ Sobre los elementos que conformaron el derecho en los reinos hispánicos véase R. GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico*, Granada, 1976, p. 13 ss.

²⁶ Así, en Par. 6, 10-15: «Cesare fui e son Giustiniano, che, per voler del primo amor ch'ï sento, d'entro le leggi trassi il troppo e'l vano. E prima ch'ïo a l'ovra fossi attento, una natura in Cristo esser, non piúe, credea, e di tal fede era contento [...]».

ocasiones contradictorias fuentes de producción formal del derecho canónico: decretales de los papas, jurisprudencia canónica, textos bíblicos, resoluciones conciliares, etc. A pesar de haber esclarecido el derecho canónico esta obra nunca fue objeto de homologación papal ni legislativa pero fue objeto de amplio uso en los tribunales y en la enseñanza. En ella se reconoció el carácter supletorio del derecho civil: *ecclesia vivit lege romana*. Sobre esta obra se llevaría a cabo por los llamados «decretistas» una labor de glosa émula de la que se venía realizando con la compilación justiniana.

En 1230 el papa Gregorio IX encomendó la tarea de llevar a cabo una compilación de constituciones papales o decretales a Raimundo de Peñafort, quien una vez concluida la editó bajo el nombre de *Liber extra*, por razón de hallarse fuera del Decreto de Graciano y ser complementaria del mismo. Esta obra sería a finales del siglo XIII, en 1298, completada con el *Liber Sextus* del papa Bonifacio VIII, llamado así por considerarse una continuación de los cinco libros de que se componía el *Liber extra*. El derecho canónico fue alcanzando paulatinamente una dignidad pareja a la del derecho civil a lo largo del siglo XIII y la relación entre ambos se fue estrechando cada vez más, como lo demuestra la expresión *in utroque iure*, calificación que obtenían todos aquellos juristas que habían estudiado sendos derechos. En el siglo XIV ambos órdenes jurídicos ya serían objeto de atención por los glosadores. Finalmente, ambos derechos fueron considerados como un ordenamiento único que recibió la denominación de *ius commune* y en el plano procesal se llegaría a la aceptación de un procedimiento común romano-canónico, basado en el procedimiento tardorromano y que sería utilizado tanto por tribunales eclesiásticos como por tribunales seculares ²⁷.

2. El de «postglosadores» es el nombre que reciben más habitualmente los juristas pertenecientes a la escuela que desde mediados del siglo XIII hasta el siglo XV dominó el estudio del derecho civil; también en atención a los contenidos de su actividad científica han recibido los calificativos de «dictaminadores», *consiliatores*, «comentaristas», «intérpretes» o «prácticos». A estos juristas, mayormente de origen itálico como sus predecesores, los glosadores, fue debida la creación de un *ius commune* en la Baja Edad Media y gracias a ellos se hizo realidad la vieja aspiración de los glosadores de convertir el derecho romano en un derecho común de la cristiandad tanto a nivel político como a nivel jurisdiccional. Llevaron a cabo una labor de conversión en ciencia de los derechos locales estatutarios ajustándolos en lo posible al derecho romano justiniano pasado por el tamiz de la glosa dado el valor paradigmático de aquél, pues consideraban que junto al derecho romano, fuente principal, había que tener en cuenta otras fuentes como el derecho consuetudinario, el derecho estatutario y el derecho canónico.

Si el objetivo fundamental de los glosadores era la aclaración del tenor de los textos y el conocimiento del derecho romano tal y como había sido formulado en las obras justinianas, el de los postglosadores con una visión más moderna y sistemática será la captación de su sentido. Su *modus operandi* fue el comentario o el dictamen para la práctica forense, con el que trataban de aplicar a las necesidades sociales y económicas de su época las prescripciones del derecho romano o las locales estatutarias o feudales armonizadas con las romanas o reinterpretadas conforme al *ius commune*. Las opiniones contenidas en el *Corpus Iuris* representan reglas inmediatamente aplicables en la práctica. Los comentaristas captaron perfectamente la versatilidad que podía alcanzar el derecho romano y fruto de su actividad fue una suerte de modernización o actualización de las categorías jurídicas romanas al hacerlas extensivas a unas coyunturas, espirituales, sociales y económicas muy distintas a las presupuestas en la obra justiniana, pues los postglosadores prescindieron totalmente de conocimientos literarios e históricos en las construcciones argumentativas. Puede afirmarse que en esta reinterpretación modernizante e incrustada de elementos germánicos y canónicos de la compilación justiniana se halla la base de la moderna cultura jurídica europea. La actividad de los postglosa-

²⁷) Para un repertorio bibliográfico muy exhaustivo sobre publicaciones relativas a las glosas y a los manuscritos hasta comienzos del siglo XIII véase G. DOLEZALEK, *Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte. Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, I, Frankfurt M., 1985, p. 1-16.

dores fue, por consiguiente, menos academicista que la de sus predecesores, se halló movida por un espíritu sistemático y creó una dogmática jurídica enfocada a la práctica, a los problemas jurídicos de la vida cotidiana, a lograr, en suma, un ajuste del derecho a los hechos. Respecto a esto último afirma Floris Margadant²⁸, que «el paso de la escuela de los glosadores a la de los comentaristas es como el cambio de la teoría a la práctica del Digesto».

Los dictámenes efectuados por los postglosadores con ocasión de su actividad forense se plasmaron en una literatura jurídica ya desde el siglo XIV que gozaría de gran prestigio durante los siglos posteriores. Tales obras consisten en exposiciones monográficas sobre determinadas instituciones jurídicas a partir de textos del *Corpus Iuris*, de normas de derechos estatutarios locales, del derecho longobardo, etc., y de comentarios a tales disposiciones. De especial proyección práctica fueron los *brocarda* o reglas jurídicas inducidas del derecho justiniano que favorecerían enormemente la permeabilidad del mismo en la práctica forense. Un dístico mnemotécnico compuesto por Mateo Gribaldi y recogido en una tardía descripción de 1547 reúne las ocho operaciones de que se compone el método dialéctico de los comentaristas²⁹: ‘*promitto*’ (enunciación del problema en su conjunto), ‘*scindo*’ (operación lógica de separación o aislamiento del problema en cuestión), ‘*summo*’ (operación de recapitulación), ‘*casumque figuro*’ (formulación de ejemplos), ‘*prolego*’ (pormenorización y distinción entre diversas hipótesis), ‘*do causas*’ (aplicación de las causas brocárdicas o aristotélicas), ‘*connoto*’ (operación de generalización y obtención de reglas y analogías), y ‘*obiicio*’ (solución de objeciones y controversias).

Entre los postglosadores que gozaron de mayor nombradía se hallan los precursores Odofredo, Durante (1235-1296), autor del *Speculum iuris* (s. XIII), y Cino de Pistoya (1270-1336) todos ellos de finales del siglo XIII; el discípulo de este último, Bartolo de Saxoferrato (1314-1357), uno de los más conspicuos e influyentes juristas de todos los tiempos, y a su vez el discípulo de éste Baldo de Ubaldo (1327-1400). La fama de Bartolo fue tal que se hizo célebre el adagio ‘*nemo iurista nisi bartolista*’. Además de sus obras exegéticas también compiló *consilia* y escribió *quaestiones*, tratados de derecho político, de estatutos y fueros municipales así como numerosos opúsculos de derecho procesal, penal y privado. Entre sus aportaciones más destacadas al pensamiento jurídico se halla el principio característico del derecho internacional privado del doble estatuto de las personas, en cuya virtud toda persona tiene su propio estatuto personal, el cual rige en cualquier lugar en que se halle todo lo atinente a su situación personal y a su capacidad; sin embargo, quedará sometido al estatuto real, es decir, al derecho vigente del lugar en que se halle, en todo lo que concierne a sus relaciones patrimoniales³⁰. También será de vital importancia para el derecho público su formulación de la compatibilidad de jurisdicciones diversas y del dualismo y relaciones entre el *ius commune* y los *iura propria*. Así, distinguió diversos grados de *iurisdictio* para armonizar el derecho con la realidad política circundante de su tiempo: *iurisdictio minima*, que es la que ejerce un propietario sobre su predio; la *iurisdictio* de que dispone un rey sobre el territorio de su soberanía; y la *iurisdictio maxima*, que es la que compete al emperador en su cualidad de *dominus mundi*. La importancia de esta aportación se halla en el hecho de constituir el origen del principio de la autonomía en el ámbito iuspublicístico³¹ e históricamente representa el comienzo del fin de la concepción política universalista medieval que dará paso a los particularismos estatales definitorios de la Edad Moderna.

El método de trabajo de Bartolo fue seguido por toda una saga de escolares conocidos como

²⁸) G. FLORIS MARGADANT S., *El significado del Derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, 1960, p. 23.

²⁹) La referencia al dístico la hemos tomado de WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 68.

³⁰) Sobre la figura de Bartolo véase las Actas del Congreso celebrado en Perusa en 1959, «Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario», Milano, 1962, y F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, en «Dizionario biografico degli Italiani», VI, Roma, 1964, p. 640-669.

³¹) Sobre el tema de los orígenes del concepto «autonomía» en el marco del derecho público véase la contribución de F. CALASSO, ‘*Autonomia*’, en «ED.», VI, Milano, 1959, p. 349 ss. (= *Autonomia*, en *Storicità del diritto*, Milano, 1966, p. 349 ss.) y bibliografía citada sobre este tema en p. 363 s.

los «comentaristas», de entre los cuales el más celebrado fue Baldo de Ubaldo, civilista y canonista, quien escribió obras de comentarios a todas las partes del *Corpus Iuris* inspiradas de manera especial en la equidad, una *Lectura* sobre las Decretales de Gregorio IX, una obra titulada *Practica indiciaria*, un comentario al Tratado de Constanza, así como exégesis de los *Libri feudorum*. Otros postglosadores relevantes fueron, entre otros, Fulgoso (1367-1427), Tartaño (1424-1477), Bartolomé Socini (1436-1507), Jasón de Meno (1435-1519) y Felipe Decio (1454-1535).

Los juristas medievales, tanto glosadores como bartolistas, contemplaron el Derecho romano tal como fue transmitido por Justiniano como una universalidad prescindiendo de que éste aglutinaba y superponía actitudes y espíritus muy distintos tanto desde un punto de vista humano como jurídico. Su espíritu acrítico y de sumisión a la *ratio scripta*, la ausencia de una visión panorámica y su método casuístico contrastan rotundamente con la nueva corriente de pensamiento jurídico que se fragua en la primera mitad del siglo XVI en armonía con el espíritu renacentista de sublimación de la figura del hombre como tal frente al teologocismo medieval.

La penetración en la península ibérica del derecho romano se produjo a través de diversas vías: colecciones canónicas, como la *Collectio Caesaraugustana*, y civilistas: así, los *Usatges* de Cataluña, las *Consuetudines Ilerdenses*, los *Costums* de Valencia y de Tortosa, los Fueros de Aragón de Vidal de Canyelles, el Libro de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio; a través de libros de práctica notarial; de los escolares de procedencia hispánica de universidades donde se enseña el derecho romano, como es el caso paradigmático del *Studium* de Bolonia; de profesores extranjeros en universidades hispánicas, como es el caso de Ugolino de Sesso en la Universidad de Palencia, los canonistas Vicente Hispano y Joao de Deus, Pedro Hispano Portugalense, Joao de Idanha, Pedro de Cardona, Pontius Ilerdensis, Vidal de Canyelles, Rodrigo de Palencia, Fernando Martínez de Zamora, Jacobo Giunta o Jacobo de las Leyes autor de la obra conocida como *Flores del Derecho* (1252); y de algunas obras como la que acabamos de mencionar y las siguientes: *Dotrinal*, *Summa de los nueve tiempos de los pleyos*, *Libellus fugitivus* o *Liber Pauperum* o la *Margarita de los pleitos*³². Resultado de la penetración por todas estas vías del derecho romano fue la aparición de un creciente número de juristas concedores de este derecho, quienes actuarían como asesores reales y tomarían parte en la redacción de los nuevos cuerpos legales. También en la práctica forense se produjo una aproximación al derecho romano.

Para una descripción exhaustiva del derecho romano de la Europa medieval son emblemáticas en diferentes épocas las cuatro siguientes obras: F.C. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter*, I-VII, Heidelberg, 1815-1831 (última edición en alemán: Bad Homburg, 1961); F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951 (véase en sus páginas 633 ss. un amplio repertorio bibliográfico sobre la recepción del derecho romano en la Edad Media); *Medio Evo del Diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954; y el volumen I de H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I-III, München, 1973-1988. Esta última es una obra de referencia no sólo en lo que atañe a la Edad Media sino en general a la historia del derecho privado europeo en sus diversas etapas históricas. Asimismo, merecen una mención especial A. Cavanna, cuya *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, abarca toda la historia de la tradición jurídica del derecho romano; también la obra del gran concedor de la historia jurídica

³²) Sobre la recepción del derecho romano en la España medieval véanse entre otros A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I. *El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1959, p. 361 ss., J.M. FONT Y RIUS, *La recepción del derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*, en «Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société de Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit», VI, Montpellier, 1967, p. 85 ss., H. COING, *cur.*, *Handbuch der Quellen und Literatur des neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I. *Mittelalter*, München, 1973, A. GARCÍA GARCÍA, *En torno al derecho romano en la España medieval*, en «Estudios C. Sánchez Albornoz», III. «Anejos de Cuadernos de Historia de España», Buenos Aires, 1985, p. 59 ss., ÍD., *La recepción del Derecho romano en España hasta el siglo XVI*, en «Estudios A. Calonge», I, Salamanca, 2002, p. 421 ss., A. GOURON, *Aux origines de l'influence des glossateurs en Espagne*, en «Historia, Instituciones, Documentos», X, 1993, p. 325 ss., y el exhaustivo elenco bibliográfico contenido en CAVANNA, *Storia*, cit., p. 670-674.

medieval E. Cortese: *Il diritto nella storia medievale*, I-II, Roma, 1995³³ y el más reciente trabajo de H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, I. *Die Glossatoren*, München, 1997.

3. A comienzos de la Edad Moderna el derecho romano dejó de ser otra vez derecho vivo y fue objeto de «historificación» por los juristas de la nueva corriente metodológica del humanismo jurídico³⁴. En efecto, en el marco histórico de una nueva *Weltanschauung*, de la ruptura con el universalismo político medieval, en el que el derecho romano había recuperado el protagonismo como derecho común del Sacro Imperio, y la eclosión de nuevas repúblicas y naciones en toda Europa, emerge en Italia primero y sobre todo después en Francia a finales del siglo XV, como reacción también contra el racionalismo escolástico y el autoritarismo eclesiástico un movimiento de renovación metodológica en el ámbito del derecho, que después se extendería a Holanda y Alemania y cuyos principales adalides fueron el triunvirato formado por el milanés Alciato, el francés Budeo y el alemán Zazio, todos ellos del siglo XVI y a ellos se debe el perfeccionamiento y la consolidación del criterio metodológico propio del humanismo jurídico³⁵. En la época del humanismo jurídico el derecho romano siguió siendo un derecho común, pero en un sentido distinto: ahora el derecho romano significa un modelo paradigmático al cual puede recurrirse para la formación e integración de los incipientes derechos nacionales. En este sentido el derecho romano como derecho común constituirá uno de los fundamentos de la común civilización europea del Renacimiento, dotada de un patrimonio común de instituciones, de ideas y de principios.

Con el mismo espíritu de redescubrimiento e investigación de la Antigüedad y de retorno a la pureza de las fuentes a que se aspiraría en otros órdenes del saber el humanismo jurídico se propuso la repristinación de las fuentes del derecho romano utilizando un método filológico de análisis a fin de descubrir su legitimidad espiritual, su tenor original y conseguir ubicar las textos relictos en su preciso contexto histórico. El cultismo jurídico cuestionó de este modo la hasta en ese momento autoridad incontestable de la literalidad de la compilación justiniana por responder ésta a diversas coordenadas históricas superpuestas y en ningún caso a las vigentes siglos después, así como la metodología acrítica y limitada a la mera inteligencia material de los textos de los glosadores y postglosadores; y trató de averiguar el pensamiento originario de los antiguos jurisprudentes, de ubicar los textos jurídicos en su dimensión histórica y no trasladarlos a su muy diversa realidad histórica. La actitud del humanista jurídico ante el derecho romano fue la de cuestionarse su validez como derecho positivo y la de restituir el sentido original de los textos jurídico-romanos. En este segundo aspecto la actitud historicista de la Escuela Culta es parangonable al método interpolacionista que dominaría la investigación romanística siglos después. En fin, el humanismo jurídico significará sobre todo, como afirma Maffei³⁶, la «historización» de los monumentos jurídicos antiguos, es decir, la transformación del derecho romano como derecho positivo en un derecho histórico a través de un método histórico-filológico, lo que implicará un profundo cambio en la concepción habida sobre el fundamento de la validez del derecho romano y las relaciones entre las distintas fuentes jurídicas³⁷, pues esa «historización» del derecho romano irá de la mano de una

³³) Otras obras significativas de E. CORTESE sobre el derecho en la Alta y en la Baja Edad Media son *Il rinascimento giuridico medievale*, cit., y la más reciente y sintética *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000.

³⁴) Sobre fuentes y literatura del humanismo jurídico en particular y de la Edad Moderna en general en los diversos estados europeos véanse los volúmenes II.1 y II.2 de COING, *Handbuch*, cit.

³⁵) R. ORESTANO, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en «La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto», Firenze, 1966, p. 395 (= *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *Scritti*, III, Napoli, 1998, p. 1645), sintetiza los motivos del humanismo jurídico en los seis siguientes, si bien los más importantes son los dos primeros: 1.º Condena de la literatura jurídica medieval; 2.º Antitribonianismo y condena de la obra de Justiniano; 3.º Búsqueda de una nueva sistemática; 4.º Ampliación de la concepción del derecho y búsqueda de un nuevo fundamento; 5.º Valorización de las tradiciones jurídicas nacionales; 6.º Anhelado de nuevas codificaciones.

³⁶) D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 98.

³⁷) E. BESTA, *Fonti: Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero romano al secolo decimosesto*, en *Storia del diritto*

valorización de los «derechos nacionales», de los *iura propria*. Ahora bien, esa actitud de los humanistas ante el derecho romano no es un hecho aislado sino que constituye una manifestación concreta de un fenómeno histórico de mayor envergadura cual es el Renacimiento, que supondrá un radical cambio de actitud desde todas las perspectivas en relación con la herencia cultural recibida de la Antigüedad clásica.

Los humanistas reprobaron con acritud la labor de los compiladores y la figura del mismo Justiniano llegando a propinar a las intervenciones de los textos los epítetos despectivos de *emblemata* y de *facinora Triboniani*. Asimismo, acusaron a los glosadores y comentaristas de falta de pericia y de desconocimiento de historia y de las lenguas clásicas así como les propinaron insultos y un trato despiadado e inmisericorde³⁸. A diferencia de sus predecesores bartolistas estimaron necesaria una cultura enciclopédica: histórica, filosófica, filológica y literaria, para una adecuada formación jurídica. Consecuentemente mostraron un decidido rechazo hacia aquella literatura jurídica por carente de fundamento y acribia³⁹. El humanismo representó, pues, una nueva corriente de historicismo anti-medievalista y antitribonianista en los estudios de derecho romano, mostró un especial afán y diligencia en el descubrimiento de manuscritos⁴⁰, a su análisis crítico y a su edición, aprovechando para este último fin el enorme potencial que la invención de la imprenta ofrecía en la difusión de la cultura.

Los orígenes de la llamada «Escuela Culta del Derecho» se hallan en Italia si bien fue en Francia donde alcanzaron su mayor esplendor, de ahí que el nuevo método de estudio recibiese la denominación de *mos Gallicus* en contraposición al método de los glosadores y postglosadores que surgido en Italia fue denominado *mos Italicus*. El *mos Gallicus* es en esencia un método de estudio filológico e histórico de los textos jurídicos relictos de la Antigüedad, textos que con anterioridad habían sido tratados por la Glosa y los Comentaristas. Podría decirse que con el humanismo se volvió a redescubrir el Digesto, pero la actitud de los humanistas ante esa obra jurídica fue muy distinta de la que adoptaron la Escuela de Bolonia y los bartolistas. Si los comentaristas trataron de acomodar los textos justinianeos a la realidad de su tiempo y «actualizar» así el derecho de Ju-

to italiano, I, Milano, 1925, p. 874.

³⁸) Una muestra elocuente de la crítica demoledora de los humanistas a sus predecesores es el elenco de insultos y descalificaciones que les propinó Alberico Gentili: *Alberici Gentilis De iuris interpretibus dialogi sex* (ed. G. ASTUTI), Torino, 1937, p. 189: «*plebei, nocui, inepti, sophistae, barbari, suum cibis, bonarum omnium artium imperitii, serviliter, sordide nostram tractantes disciplinam, rixantes de lana caprina [...], sycophantae, vitiligatores, pestes ingeniorum, lacunae, sentinae foedissimae, tortores, carnifices studiosorum, rabulae, praestigiatores, ad aratrum nati, non bene de mente constituti [...], blaterones, desipientes, improbi, ambitiosi, avari [...], exoticae linguae homines [...]*». La Glosa debió representar una de las manifestaciones más emblemáticas del pensamiento medieval pues críticas severas a la misma aparecen incluso en obras de la literatura renacentista, como es el caso de «Gargantúa y Pantagruel» del médico humanista F. Rabelais, en la que el personaje de Pantagruel, que decide estudiar Leyes en Bourges, lanza la siguiente invectiva contra la actividad de los glosadores y bartolistas (cap. 5): «*Et disoit aucunes fois que les livres des loix luy sembloient une belle robe d'or, triumpante et précieuse à merveilles, qui feust brodée de merde: 'Car disoit-il au monde n'y a livres tant beaux, tant aornés, tant élégans comme sont les textes des Pandectes: mais la brodure d'iceaulx, c'est assavoir la glose de Accurse, c'est tant salle, tant infâme et punaise, que c'est ne que ordure et villenie*». Sobre la presencia del derecho romano en la obra de Rabelais véase E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Milano, 1962. En general, sobre el ensañamiento crítico de los humanistas hacia los glosadores y comentaristas véase MAFFEI, *Gli inizi*, cit., p. 33 ss.

³⁹) Como señala A. GARCÍA Y GARCÍA, *Annotationes in libros Pandectarum*, trad. esp. A. DOMINGO MALVADI, Salamanca, 1996, 'prólogo', p. 9: «La nota distintiva esencial del humanismo jurídico con respecto a los juristas medievales no radica en la vuelta a los textos jurídicos de la Antigüedad ni en el renacer de los estudios sobre el hombre y la naturaleza. Bajo este aspecto, es cosa demostrada la continuidad de la cultura clásica a lo largo de la Edad Media, registrándose renacimientos de considerable importancia en la era carolingia y en los primeros decenios que siguieron al año mil. El paso del escolasticismo al cultismo jurídico no gravita sobre estos puntos de vista. Los humanistas no echan en cara a los medievales la ignorancia del derecho justiniano, sino el haberlo querido aplicar a una realidad político-social diferente de aquella para la que el derecho romano había sido creado, realizándolo, además, en un lenguaje bárbaro y en la ignorancia más absoluta del contexto histórico y de la filología de los textos jurídicos romanos. En pocas palabras, los medievales no fueron bárbaros, según los humanistas, por haber ignorado a los clásicos, sino por no haberlos sabido colocar en su verdadera situación y dimensión históricas».

⁴⁰) Acerca de la actividad heurística de los primeros humanistas véase P.F. GIRARD, *Les préliminaires de la Renaissance du droit romain*, en «RHD.», I, 1922, p. 5-46.

stiniano, los humanistas trataron, en cambio, de analizar históricamente el derecho romano, de someterlo a un proceso de historización. Por esta razón, también fueron objeto de su atención las demás fuentes jurídicas romanas relictas, anteriores y posteriores al *Corpus Iuris* de Justiniano.

Entre los juristas italianos pioneros de la jurisprudencia culta podría destacarse ante todo la figura de Luca da Penne, autor de un comentario titulado *Tres Libri*, que no sería editado hasta 1509 en Francia y en el que utiliza el entonces novedoso método histórico-filológico, frente al tradicional método dialéctico-escolástico aún imperante. También son dignas de relieve las aportaciones del siglo XV de Lorenzo Valla, autor de una invectiva antibartolista titulada *Elegantia Latinae Linguae* que contiene abundantes referencias al lenguaje jurídico; Maffeo Vegio, autor de un pequeño glosario, obra pionera de este género, bajo el título evocador de Pompeyo Festo, *De verborum significatu*; y A. Poliziano, quien pergeñó un aparato crítico-filológico del *Corpus Iuris*, al que debía seguir una edición crítica de la compilación justiniana, sobre la base del cotejo entre el manuscrito florentino y el texto que venía siendo utilizado habitualmente por los escolares de Bolonia (*littera Bononiensis*), pero su muerte impidió llevar a cabo esta ambiciosa empresa. Otros relevantes precursores italianos del humanismo jurídico: L. Bolognini, G. di Barzizza, P.C. Decembrio, A.D. Fiocchi, y B. Rucellai, Biondo Flavio, G. Pomponio Leto, M.A. Sabellico y P.A. Bartolino.

Como ya se ha anticipado los tres grandes representantes del humanismo jurídico fueron Budeo (1467-1540), Alciato (1492-1550) y Zazio (1461-1535), todos ellos anteriores al gran impulso dado al humanismo por la escuela culta francesa. El francés Budeo trató de restituir el Digesto a su primordial redacción en su obra *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros*, editada en 1508. En ella también enmienda errores cometidos por los intérpretes y explica términos que aquéllos habían pasado por alto. Su segunda gran obra fue *De asse et partibus eius libri quinque*, obra de carácter enciclopédico, publicada en 1515 y dirigida al esclarecimiento de la terminología relativa a los sistemas monetario y metrológico del mundo clásico. El milanés Andreas Alciato fue considerado el fundador de la Escuela Culta del Derecho, publicó en 1513 la obra *Annotatiunculae in tres posteriores Codicis Justiniani libros* sobre el sistema político y administrativo de Roma. Esta obra presenta un carácter doblemente innovador: primero porque versa sobre la Antigüedad romana tardía y, segundo, porque con ella se inicia el interés por la historiografía romana ⁴¹. Este jurista se propuso la reconstrucción de las instituciones políticas de Roma. Su preferencia por la aplicación del método histórico al estudio y enseñanza del Derecho, que introdujo en la Universidad de Avignon y después en la de Bourges, se aprecia también en sus posteriores obras: *Annotationes in Tacitum*, de 1517; y de 1518: *Paradoxa*, *Dispunctiones*, *Pretermissa* y *De eo quod interest liber*. El tercer gran representante del humanismo jurídico, U. Zazio, natural de Constanza y profesor en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, presentaba la peculiaridad de reunir las facetas de jurista humanista, extraordinario conocedor de la Antigüedad clásica y eminente historiador del derecho, y de jurista práctico, célebre por su gran elocuencia en el ambiente forense. Entre sus obras destacan: *Quaestiones de parvulis Iudaeorum baptizandis a communi doctorum assertione dissidentes*, de 1508; *Lucubrationes, aliquot sane quam elegantes, nec minus eruditae, videlicet: In legem secundam ff. de origine iuris ...*, de 1518; e *Intellectus singulares et novi in nonnulla loca iuris civilis*, de 1526.

Durante el siglo XVI Francia y, en concreto, la escuela de Bourges se halló en la vanguardia del humanismo jurídico produciendo figuras como Jacobo Cuyacio, Duareno, Hotman, Hugo, Antonio Faber y los suízos Dionisio y Jacobo Godofredo. Los humanistas franceses relegaron a un segundo plano las críticas y consideraciones filológicas e históricas y trataron de revelar un entramado conceptual estrictamente jurídico. El tolosano Jacobo Cuyacio (1520-1590), fundador de la escuela histórica francesa, hizo una gran labor palingénica al glosar la compilación justiniana en todas sus partes en su obra *Observationum et Emendationum libri XXVIII*, publicada entre 1556 y 1595, parte de la cual vería la luz a título póstumo gracias a F. Pithou. El resto de los humanistas franceses se ocuparon fragmentariamente de las fuentes jurídicas justinianas. Hugo Donelo (1527-1591)

⁴¹) MAFFEI, *Gli inizi*, cit., p. 133.

fue autor de unos *Commentarii de iuri civili*, obra de gran amplitud en la que lo más llamativo es el afán sistemático del autor y la pretensión de exhaustividad. Los comentarios comenzaron a publicarse en 1589, en años sucesivos y póstumamente. Consisten en una exposición general del derecho civil sobre la base del *Corpus Iuris Civilis*, especialmente el Digesto. El espíritu sistemático y exhaustivo de Donelo serán rasgos característicos del humanismo jurídico durante el siglo XVII, que ya apuntan hacia la nueva corriente metodológica del iusnaturalismo racionalista en ese siglo.

El humanismo representaría un replanteamiento radical de la pedagogía y del método científico-jurídico. Así, en el plano de la enseñanza del derecho frente a la rutinaria tradición y el lastre de las autoridades los humanistas proponen una enseñanza, que partiendo de las ideas de justicia y derecho, siguiendo un proceso deductivo de descenso a lo particular y empírico desde lo general e ideal, a fin de realizar una exposición panorámica del derecho en lugar de dedicar años académicos enteros al comentario de unos pocos títulos de las Pandectas. En el plano metodológico frente a la glosa y la exégesis, la autoridad o *ratio scripta* de la obra justiniana y la aceptación acrítica de los textos jurídicos los humanistas serán partidarios de una construcción sistemática racional y de una depuración de las fuentes basándose sobre todo en argumentos filológicos⁴². A pesar del radical cambio de planteamiento a todos los niveles que, como se ha expuesto, representa el humanismo jurídico en relación con la Glosa y los comentadores, no puede en rigor hablarse de una ruptura entre *mos Italicus* y *mos Gallicus* puesto que entre ambos existen elementos de continuidad en el planteamiento y resolución de los problemas jurídicos. En este sentido apunta PIANO MORTARI, que a los criterios hermenéuticos bartolistas siguieron recurriendo los humanistas en el desarrollo de su tarea exegética⁴³. Por consiguiente, a pesar de los cambios de planteamiento puede hablarse de una sustancial continuidad en relación con la cultura jurídica clásica entre el pensamiento jurídico medieval y el de la Edad Moderna.

La actitud crítica de los humanistas hacia las fuentes condujo a un frenesí en la edición de obras jurídicas y de estudios histórico-filológicos sobre las mismas. Favoreció esa actividad editorial la reciente invención de la imprenta y la rápida difusión en el continente europeo de este gran hito en la historia del libro. Godofredo editó en 1583 el *Corpus Iuris* íntegro a partir de la «Florentina», obra a la que añadió en la edición el calificativo de '*civilis*', dando origen a la denominación con la que ha sido conocida tradicionalmente la compilación justiniana hasta nuestros días.

Durante el siglo XVII y hasta principios del XVIII se experimentó en Holanda una revigorización del humanismo jurídico a través de la denominada «Escuela de la Jurisprudencia Elegante», escuela que fue heredera directa del humanismo francés y cuyo precursor fue A. Vinnio (1558-1657), autor, entre otras obras, de unos comentarios a las Instituciones de Justiniano: *In quattuor libros Institutionum imperialium Commentarius academicus et forensis* (1641), de los cuales se realizaron numerosas ediciones en toda Europa, cinco de ellas en Valencia. Otras juristas representativos fueron C. van Bijkershoek (1673-1743), J. Voet (1647-1714), G. Noodt (1647-1725) y A. Schulting (1659-1734). Los orígenes del humanismo jurídico neerlandés y de la edad de oro del derecho romano-holandés se hallan íntimamente asociados a la creación de la que sería la primera Universidad del Norte de los Países Bajos, uno de cuyos primeros profesores fue Donelo, la Universidad de Leiden, en 1574-1575 por Guillermo de Orange, quien premió de esta manera la resistencia heroica mantenida por aquella ciudad frente a las tropas españolas con ocasión de la rebelión de las provincias del Norte de Países Bajos iniciada en 1568 y que en 1579 concluyó con la eventual separación de las mismas en la que se llamó la «Unión de Utrecht». El humanismo jurídico holandés se caracterizó por mostrar un decidido interés hacia el mundo práctico del derecho, hecho que les distanció de los

⁴² Sobre la metodología jurídica humanística cfr. C. VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica nel secolo XVI*, en «La formazione storica del diritto moderno in Europa», Firenze, 1977, I, p. 237 ss.

⁴³ Cfr. V. PIANO MORTARI, *Formazione storica del diritto moderno francese*, en «La formazione storica del diritto moderno in Europa» I, cit., p. 195 ss. También destaca la superación por la moderna historiografía de la tradicional interpretación decimonónica que ve un separación radical entre humanismo y cultura escolástica CAVANNA, *Storia*, cit., p. 172.

humanistas predecesores. De hecho, muchos de sus cultivadores eran magistrados y abogados. De esta manera, esta derivación del humanismo supo combinar, en una especie de moderada amalgama de *mos Italicus* y *mos Gallicus*, la inquietud historicista por el derecho romano con la práctica jurídica contemporánea, con una *iurisprudentia forensis* o práctica judicial, «un derecho en acción», como lo califica Zimmermann⁴⁴, diferenciándose en este segundo aspecto del humanismo jurídico tradicional, puesto que del primero sí son los holandeses deudores de la escuela culta francesa, y representando una renovación del humanismo jurídico ya que el tradicional había desembocado en un alambicado virtuosismo historicista que lo alejaba definitivamente de la realidad jurídica cotidiana. Prueba de este interés jurídico-práctico de la Escuela de la Jurisprudencia Elegante lo constituye en la actualidad la vigencia como derecho positivo en la República Sudafricana del llamado «Derecho romano-holandés»⁴⁵, basado sobre todo en la obra de J. Voet *Commentarius ad Pandectas. In quo, praeter Romani juris principia ac controversiae illustiores, jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones excutiuntur*, publicada en 1698, su primer volumen, y en 1704, el segundo. El humanismo jurídico holandés supuso una modernización del derecho romano y retomado por Alemania constituiría el antecedente mediato de la Pandectística alemana⁴⁶.

La recepción del derecho romano en Alemania fue ciertamente singular⁴⁷. En efecto, a pesar de que el arraigo desde el siglo X del elemento ideológico autoritario de la *translatio imperii* tendría que haber supuesto en buena lógica una aceptación inmediata del derecho común como derecho propio del Sacro Imperio, lo cierto es que la penetración de éste aconteció más tardíamente que en cualquier otra parte de Europa. La asunción del derecho común no se produjo tampoco paulatinamente y merced a un proceso sino de un modo que carecía de precedentes: integralmente y en bloque y, además, en una fecha concreta, en 1495, año en que los magistrados del Tribunal Cameral Imperial, el *Reichskammergericht*, juraron que en lo sucesivo las causas habrían de ser juzgadas con arreglo al *ius commune* así como de conformidad con los derechos locales cuando fuesen invocados por los litigantes. Así pues, desde ese preciso momento el derecho romano, principal componente del *ius commune*, adquirió el rango de derecho imperial.

La singularidad del caso alemán es si cabe mayor habida cuenta de que el *ius commune* permanecería como derecho vigente hasta el año 1900, año en que, como es sabido, entró en vigor el Código Civil alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, y, por consiguiente, la directa vigencia de aquél acabó siendo la más prolongada de toda Europa. Una explicación al expeditivo modo en que se llevó a cabo la recepción del *ius commune* habría que buscarla quizá en la necesidad de acabar con una situación de excesivo particularismo jurídico, de «atomización jurídica».

Así, existían en primer lugar ordenamientos jurídicos territoriales (*Landrechte*), algunos de factura privada, entre los que destacan la recopilación jurídica más antigua, la relativa al derecho sajón, el *Sachsenspiegel*, de 1221-1224, obra de Eike von Repgow, escrito originalmente en latín y traducido después al bajo alemán, presenta sobre todo influencias canónicas y bíblicas y algún que

⁴⁴ R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, trad. esp. A. VAQUER, Madrid, 2000, p. 100.

⁴⁵ Sobre el derecho romano-holandés y su vigencia en Sudáfrica (*Roman-Dutch-Law*) existe una abundante bibliografía. Véase por todos con carácter general R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika: Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*, Darmstadt, 1983; en especial sobre la pervivencia de la *Lex Aquilia* en el derecho de daños sudafricano la reciente monografía de W.F. RAITZ VON FRENTZ, *Lex Aquilia und Negligence. Der Schutz des Vermögens im südafrikanischen Deliktsrecht*, Baden-Baden, 2000.

⁴⁶ Sobre la Jurisprudencia Elegante véase la obra de reciente aparición de G.C.J.J. VAN DER BERGH, *Die holländische elegante Schule: ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt M., 2002.

⁴⁷ Sobre la historia de la recepción del Derecho romano en Alemania véanse principalmente WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 97 y ss., CAVANNA, *Storia*, cit., p. 443 ss., y H. COING, *Römisches Recht in Deutschland*, en «Jus Romanum Medii Aevi», V.6, Milano, 1964. Acerca de la recepción en los países europeos en concreto véase también A. CAVANNA, *Storia*, cit., p. 391 ss. Debe descartarse totalmente la supuesta recepción del derecho romano en el Sacro Imperio en virtud de un acto legislativo, según reza la llamada «leyenda de Lotario», en cuya virtud el rey Lotario III de Supplinburgo ordenó en 1132, tras su victoria en el sur de Italia, la aplicación del derecho romano en los tribunales y su enseñanza en las universidades.

otro rasgo de derecho romano; el segundo *Landrecht* en importancia fue el *Schwabenspiegel*, también del siglo XIII, presenta influencias del «Espejo de Sajonia»; y en tercer lugar el *Frankenspiegel*, de entre 1328 y 1338, de la época de Luis de Baviera, muestra algunas pequeñas influencias del derecho romano. Además de los derechos territoriales también existían derechos de algunas ciudades (*Stadtrechte*), como el *Meißner Rechtsbuch*, el *Eisenacher Rechtsbuch* o el *Freisinger Rechtsbuch*; derechos de los gremios (*Zunftrechte*); derechos de zonas rurales (*Bauernrechte*); y de jurisdicciones feudales (*Hofrechte*)⁴⁸. Todos estos ordenamientos eran de naturaleza predominantemente consuetudinaria, de transmisión oral y su aplicación se encontraba en buena parte en manos de tribunales escabinados (*Schöffengerichte*). Todo ello, además, en un contexto geopolítico, como el del Sacro Imperio Romano Germánico, excesivamente fragmentado y poco cohesionado por la presencia de fuertes poderes feudales que exhibían en sus relaciones con el emperador actitudes en muchas ocasiones de recalcitrante hostilidad.

Ahora bien, si de recepción en sentido estricto sólo cabe hablar en Alemania a partir del siglo XVI, la doctrina alemana califica de *Frührezeption*, «prerrecepción» o recepción temprana, a las influencias o infiltraciones del derecho común recibidas con anterioridad a la aceptación *in complexu* del derecho romano durante los siglos XII-XV por diversos canales: el derecho canónico que asumía el *Corpus Iuris* y a través del proceso romano-canónico con franquicia universal utilizado por los tribunales eclesiásticos; la afluencia de estudiantes germánicos a las universidades italianas y francesas, que llegó a ser masiva y a constituir en aquéllas una de las *nationes* más numerosas. Allí recibían las enseñanzas de los juristas glosadores y comentaristas y, por tanto, del derecho romano justiniano y se doctoraban *in utroque iure*. La recepción del *ius commune* en derecho y procedimiento penales tuvo lugar a través de un texto legislativo de 1532 promulgado por el emperador Carlos V: la *Constitutio Criminalis Carolina*, conocida abreviadamente como la «Carolina». Esta ley a la par de operar la unificación del derecho penal en Alemania se basó fundamentalmente en los criterios procesales y criminalísticos de los postglosadores.

El proceso de asimilación del *ius commune* se desarrolló en Alemania a lo largo del siglo XVI. En los dos siglos siguientes se desarrolló en Alemania una jurisprudencia de gran nivel cuya principal actividad consistió en la adecuación del derecho romano objeto de la recepción a las exigencias sociales del momento histórico, es decir, la recepción práctica del *ius commune*. El resultado fue una profunda asimilación del derecho común no sin graves manifestaciones de oposición social y religiosa dadas las contemporáneas vicisitudes de la reforma protestante⁴⁹. El enfoque metodológico de la jurisprudencia alemana fue eminentemente práctico y dirigido al ámbito forense. El uso judicial del *ius commune* en el siglo XVII recibió las denominaciones de *usus modernus pandectarum*, *nova practica* y *mores hodiernae*, expresiones con las que se designan la particular recepción seguida de asimilación en Alemania del derecho romano que tuvo como principal virtud la armonización de teoría y práctica jurídicas. La recepción no significó en Alemania una simple aceptación de un material jurídico extraño sino, como señala Wieacker⁵⁰, una *Vernwissenschaftlichung des Rechtslebens*, una «cientificación de la vida jurídica», la cual debía implicar la aceptación de ciertos elementos del derecho romano, particularmente de derecho privado⁵¹. Los juristas cultivadores del *usus hodierni pandectarum* llevaron a cabo una inmensa producción de literatura jurídica surgida de la síntesis del material recibido del *ius commune* y de la práctica judicial y consultiva, dando lugar a la creación de la ciencia alemana del derecho común. En este sentido cabría destacar como paradigmática la figura de Benedikt Carpzov, el Joven (1595-1666), que combinó su labor de profesor en la Universidad de Leipzig con la de presidente del tribunal escabinado de esa misma ciudad. Ha sido considerado el padre de la moderna ciencia del derecho penal y entre sus obras destacan: *Commentarius in legem regiam*

⁴⁸) Cerca de 300 en el siglo XVI, según informa CAVANNA, *Storia*, cit., p. 446.

⁴⁹) Véase sobre la cuestión, CAVANNA, *Storia*, cit., p. 467 ss.

⁵⁰) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 225.

⁵¹) Sobre el balance de la recepción en el derecho privado alemán véase WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 225 ss.

Germanorum sive Capitulationem Imperatoriam iuridico-historico politicus (Leipzig, 1623); *Practica nova Imperialis Saxonicae rerum criminalium* (Wittenberg, 1635); y *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae* (Fráncfort M., 1638). Otros juristas de renombre fueron por orden de antigüedad: David Mevio (1609-1670), Adam Struve (1619-1692), Samuel Stryk (1640-1710), Justus Böhmer (1674-1749) y Agustín Leyser (1683-1752)⁵². Digno de una mención especial es J.G. Heinecio (1681-1741) por sus importantes aportaciones sobre la historia del derecho romano en sus obras, entre ellas: *Antiquitatum Romanarum Syntagma* (1719), *De iurisprudentiae Romanae formulis ritibusque antiquis* (1725) y *Commentarii ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam* (1726).

En el marco del humanismo jurídico inició también una corriente filosófica encabezada por Ramus o Pierre de la Ramée (1515-1572). Ramus fue entre todos los humanistas el que afirmó con mayor claridad el valor de la dialéctica para la elaboración metódica del saber científico. Su método consistía en la disposición de las materias según un proceso lógico que preveía el paso gradual de los principios universales a los particulares a través de operaciones dialécticas. Así, primero la definición de conceptos universales, después la distinción en su caso de partes y especies lógicas y, finalmente, la definición de tales partes y especies. El ramismo jurídico presenta dos aspectos fundamentales: el sistemático y el dogmático, los cuales constituyen su fundamental aportación a la evolución del estudio del derecho. La corriente ramista tuvo gran repercusión en Alemania y fueron sus principales seguidores Altusio, Freigio y Wesenbecio. Para todos estos juristas las Instituciones, el Digesto y el Código de Justiniano constituían el estudio fundamental de todo jurista. Tal estudio había de comenzar por las Instituciones, que contenían los principios más elementales y universales del derecho, expuestos además con gran claridad. Dichos principios habían de ser después aplicados a los problemas jurídicos planteados por el Digesto. Para ello se debían reagrupar tales problemas atendiendo a aquellos principios y siguiendo el orden de los títulos del Digesto⁵³.

Por último y por lo respecta al humanismo jurídico en España, éste se consolidó tardíamente dada la asociación intelectual del mismo con el protestantismo y habida cuenta del espíritu contrarreformista hispánico⁵⁴. Pero aunque en la Universidad de Salamanca se cultivó preferentemente el *mos Italicus* también hubo importantes figuras de la corriente humanística en el siglo XVI. Se trata fundamentalmente de Elio Antonio de Nebrija⁵⁵ y de Antonio Agustín⁵⁶. El primero, aunque no era jurista sino gramático, fue autor en materia jurídica del *Sanctissimi iuris civilis lexicon adversus quosdam insignes Accursii errores* (1506)⁵⁷, obra que constituye el primer tratado histórico sobre los errores de la Glosa y en la que, como se desprende de su propio título, arremete contra la labor de Acursio debelando en tono sarcástico sus numerosos errores⁵⁸; y de las *Annotationes in libros Pan-*

⁵² Sobre la legislación en la época de la recepción véase WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 189 ss.

⁵³ Sobre el ramismo jurídico véanse principalmente W.P. ONG, *Ramus, Method and the Decay of Dialogue*, Cambridge, 1958, ÍD., *Ramus and Talon Inventory*, Cambridge, 1958, V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, C. VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica*, en «La formazione storica del diritto moderno in Europa», I, cit., p. 237 ss., y H. HÜBNER, *Jurisprudenz als Wissenschaft im Zeitalter des Humanism*, en «Festschrift K. Larenz», München, 1973, p. 40 ss. Sobre la influencia del ramismo en España véase A. ÁLVAREZ DE MORALES, *La contribución del ramismo a la elaboración de un método jurídico y su difusión en España*, en «Metodologías y Derecho Privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez», XXII, Granada, 1982, p. 315-328.

⁵⁴ M. PESET y P. MARZAL, *Humanismo jurídico tardío en Salamanca*, en «Studia Historica. Historia Moderna», XIV, 1996, p. 63 ss.

⁵⁵ Sobre Nebrija y el derecho romano véase la contribución de F. CAMACHO, *Humanismo y derecho romano en Nebrija*, Granada, 1969.

⁵⁶ Sobre la figura del humanista Antonio Agustín destacamos la obra colectiva editada por M.H. CRAWFORD, *Antonio Agustín between Renaissance and Counter-Reform*, London, 1993.

⁵⁷ Edición crítica y traducida al castellano a cargo de C.H. NÚÑEZ, *Léxico de Derecho Civil*, Madrid, 1944.

⁵⁸ Por ejemplo, en el pasaje de sus *Ex observationibus Aelii Antonii Nebrisensis in libros juris civilis*, apéndice del *Lexicon*, titulado *De Legatis Athenas missis Somnium Accursii*, Nebrija evidencia un craso anacronismo de Acursio en su glosa al *Enchiridium* de Pomponio. Se trata en concreto del pasaje D. 1.2.2.4, relativo a la constitución del decenvirato que había de procurarse una instrucción en las leyes de las ciudades griegas con el fin de fundar Roma conforme a leyes. Acursio habla en la glosa a este pasaje de una disputa acerca de la Trinidad y la unidad de la sustancia divina entre un romano y un griego siendo así que los hechos a que se refiere Pomponio son cuatro siglos y medio anteriores al na-

delectarum (de finales del siglo XV o principios del siglo XVI). Se trata de un comentario a la constitución de Justiniano *Omnem rei publicae* y a los dos primeros títulos del libro primero del Digesto. A juzgar por el propio título genérico de la obra no es más que el inicio de un comentario de las *Pandectas* que pretendía ser integral pero que nunca llegó a ser concluido⁵⁹. Consiste en un *apparatus* de glosas sobre términos que a juicio del autor son menesterosos de una aclaración. En cuanto a su contenido las *Annotationes* son una obra no tanto de crítica jurídica cuanto de filológica e histórica, la cual se enmarca históricamente en los inicios del humanismo jurídico italiano, que Nebrija tuvo ocasión de conocer durante su estancia en Italia, siendo los principales representantes de aquél Petrarca, Lorenzo Valla, Maffio Vegio y Angelo Poliziano⁶⁰.

En cuanto a la obra jurídica de Antonio Agustín (1517-1586), Arzobispo de Tarragona y gran historiador del derecho canónico, destacan sus *Emendationum et opinionum iuris civilis libri IV*, obra realizada a la vista del manuscrito de la «Florentina» durante una estancia en Florencia y cuya *editio princeps*, llevada a cabo juntamente con Lelio Torelli en Venecia, data de 1553. La crítica textual contenida en esta obra es de capital importancia para el estudio de aquel manuscrito. Otra obra interesante en relación con el derecho romano y típicamente humanista fue una especie de diccionario del Digesto que incorporaba también topónimos, antropónimos, etc. latinos, pero de la que sólo llegó a publicar una pequeña parte en 1579: *De nominibus propriis Pandectarum*. De contenido iuscanonista es su obra inédita *De annatis*, obra manuscrita sobre las *annatae* papales que se conserva en la Biblioteca del Seminario de San Carlos de Zaragoza; también su corrección al Decreto de Graciano: *De emendatione Gratiani*, editado póstumamente en 1587. Otra monografía, género que especialmente cultivaría Antonio Agustín, es *De legibus et senatusconsultis liber*, en la que hizo un estudio sistemático acerca de las leyes romanas. Habiendo recibido en el *Studium* de Bolonia las enseñanzas de Alciato y habiéndose doctorado *in utroque* en esa universidad, puede afirmarse que con Antonio Agustín se produce realmente el exordio del humanismo jurídico en las universidades hispánicas.

Respecto a la actividad compilatoria oficial en Castilla en la Edad Moderna en 1480 los Reyes Católicos encomendaron a Alfonso Díaz de Montalvo una recopilación de leyes y ordenanzas, la cual llevaría por título «Ordenanzas Reales de Castilla», también conocida como «Ordenamiento de Montalvo», que, sin embargo, no obtuvo el refrendo de texto con fuerza de ley. Esta recopilación se halla estructurada en ocho libros divididos en títulos y éstos en leyes. En época de Felipe II se promulga la «Nueva Recopilación» (1567), que no fue sino prácticamente una copia del Ordenamiento de Montalvo. La Nueva Recopilación acogió, además, textos jurídicos medievales: leyes del Fuero Juzgo, de las «Leyes del Estilo», del Fuero Real y del Ordenamiento de Alcalá. Consta de un libro más que el Ordenamiento de Montalvo y al igual que él los libros aparecen estructurados en títulos y leyes. La Nueva Recopilación fue objeto de sucesivas ediciones a las que se fueron añadiendo las nuevas leyes emanadas.

La nueva corriente de la jurisprudencia elegante no se consolidaría, sin embargo, hasta el siglo XVII de la mano sobre todo de Francisco Ramos del Manzano, introductor del *mos Gallicus* en la cátedra de Salamanca⁶¹. Entre sus obras es digna de especial relieve *Ad leges Juliam et Papiam et quae ex libris jurisconsultorum fragmenta ad illas inscribuntur commentarii et reliquationes*, comentario a las *leges Julia et Papia* cuyo preciso sentido trata de esclarecer a partir de las menciones a las mismas en la compilación justiniana. Otros humanistas hispanos notables fueron, además de Fernando Vázquez de Menchaca y Diego de Covarrubias, los discípulos de Ramos: Fernández de Retes y Juan Puga y Feijóo, del primero destaca su trabajo sobre la *testamentifactio* y del segundo sobre la colación de

cimiento de Jesucristo. Nebrija califica el hecho de «vanos sueños de un delirante» (*aegrotantis Accursii somnia vana*).

⁵⁹ A. GARCÍA Y GARCÍA, *Annotationes*, 'prólogo', cit., p. 13 s., sugiere como hipótesis razonable que Nebrija decidiera no continuar la obra debido a la publicación en 1508 por Budeo, buen conocedor del derecho romano a diferencia de Nebrija de formación más bien histórico-filológica, de su obra muy similar en título e idéntica en contenido *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libros*.

⁶⁰ GARCÍA Y GARCÍA, *op. ult. cit.*, prólogo, p. 8.

⁶¹ PESET y MARZAL, *Humanismo*, cit., p. 68 ss.

bienes: *De collationibus sive ad titulos pandectarum et codicis de collationibus*. El humanismo jurídico en España continuó hasta el siglo XVIII y siempre convivió con el *mos Italicus*, que continuó utilizándose en el ámbito académico incluso hasta el siglo XIX. Representantes preclaros de aquél fueron José Finestres y Monsalvo, autor de las *Praelectiones Cervarienses*; y especialmente destaca la figura de Gregorio Mayans y Siscar⁶². Este jurista, natural de Oliva (Valencia), tras estudiar en Valencia y Salamanca obtuvo la cátedra de Derecho de Justiniano en la Universidad de Valencia en 1723. Fue autor prolífico y poligráfico. Su enorme producción literaria sobre materias de la más variada índole le convierten en un humanista paradigmático. Pueden destacarse como representativas de la jurisprudencia elegante las siguientes: *Ad quinque iurisconsultorum fragmenta comentarii* (1723), *Iusti Vindicii Relatio* (1725), *De incertis legatis* (1734), la obra inconclusa *Jurisconsultus*, diversas obras de comentarios a juristas romanos representados en el Digesto de Justiniano, y la obra *Disputationes iuris*, la cual a pesar del escaso impacto que tuvo en el mundo académico plasmó a la perfección el ideal humanista y fue la única obra con cierta entidad que emanaría de un Profesor de la Universidad de Valencia en el transcurso de casi un siglo⁶³.

4. Con el tiempo el cultismo jurídico de los humanistas dio pábulo a severas críticas y del mismo modo que aquéllos en su momento se manifestaron con acrimonia contra la actividad de los glosadores y bartolistas también el *mos Gallicus* acabó siendo objeto de duras críticas por las nuevas corrientes de pensamiento jurídico de los siglos XVII y XVIII, para las que el eje de la especulación jurídica sería el derecho natural. De hecho, de poco servía la reconstrucción histórica del derecho romano si el fundamento del derecho había que encontrarlo en la razón humana, en la misma naturaleza del hombre. Con el iusnaturalismo racionalista imperará una concepción nomotética de la naturaleza a cuyo conocimiento se puede acceder a través de la razón humana, lo que representará una extensión al ámbito de la convivencia humana, al derecho y al Estado de la pretensión característica de la Edad Moderna del conocimiento racional de la naturaleza a través de la captación de sus leyes naturales, de la aplicación en cierta manera del racionalismo matemático cartesiano al derecho, dando lugar a una especie de «derecho de la razón» o «derecho racionalista», a una disciplina metódica autónoma, emancipada de la teología. En términos generales, como señala Cavanna, el iusnaturalismo racionalista niega la existencia de un orden ontológico sobrenatural y es la afirmación de la libre subjetividad humana como fuente del derecho⁶⁴; postula la existencia de un conjunto de reglas jurídicas y de valores ético-sociales universales cuyo fundamento se halla en la misma naturaleza racional del hombre; el derecho natural es un derecho conforme a la razón humana, la cual es autosuficiente, no precisa de un fundamento religioso ni autoritativo, y su existencia se explica por la tendencia instintiva del ser humano a la sociabilidad. La relación de los iusnaturalistas con el derecho romano no es la del contacto directo con los textos para glosarlos o para analizarlos críticamente como era la de los glosadores, intérpretes y humanistas. Pero no es tampoco la de un inicial rechazo u hostilidad ya que los iusnaturalistas contemplarán el derecho romano como un paradigma admirable, un derecho próximo al ideal buscado por ellos, una excelente materia prima utilizable que había que purgar de arcaísmos y exponer de conformidad con la abstracta sistemática racionalista.

Si bien existieron precursores del iusnaturalismo como Johann Oldendorp (1480?-1567) y P.

⁶² Sobre la obra y la figura de Gregorio Mayans y Siscar, emblemática para la Universidad de Valencia, véase la contribución de P. PÉREZ GARCÍA, *Tres décadas de estudios mayansianos*, en «Arxiu de Textos Catalans Antics», XV, 1996, p. 515-551, en la que el autor hace un exhaustivo repaso bibliográfico. Sobre el humanismo jurídico en la Universidad de Valencia véase P. MARZAL, *Las «Disputationes iuris»: humanismo y controversia*, en «Actas del Congreso Internacional sobre Gregorio Mayans (Valencia-Oliva, 6 al 8 de mayo de 1999)», Oliva, 1999, p. 63 ss. Sobre Mayans como conspicuo representante del humanismo jurídico en España véase M. PESET, *Mayans y el método del humanismo jurídico*, en «El Conde de Aranda y su tiempo», Zaragoza, 2000, p. 477-492.

⁶³ MARZAL, *Disputationes*, cit., p. 87. Sobre esta obra véanse asimismo p. 66 ss.

⁶⁴ CAVANNA, *Storia*, cit., p. 321.

Ramus (1515-1575), tradicionalmente se atribuye la paternidad del iusnaturalismo racionalista al holandés Hughes de Groot o Grocio (1583-1645), uno de los más conspicuos juristas que dio en sus primeros tiempos la Universidad de Leiden, a quien, por otro lado, se le atribuye la paternidad del derecho romano-holandés. Pero sobre la cuestión de los orígenes del pensamiento iusnaturalista racionalista en la figura de Grocio ha matizado Carpintero⁶⁵ que es comprensible la fama de Grocio como primer iusnaturalista racionalista de la jurisprudencia occidental y el olvido que recayó sobre otros juristas debido a que su obra más importante, el *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), en donde fundamenta en el derecho natural el moderno derecho internacional, recibió una difusión muy superior a la de otros autores y eclipsó la obra de los que le precedieron. Para Grocio el derecho romano es la base del pensamiento jurídico europeo y de él toma sus elementos el derecho natural. En su obra «Introducción a la ciencia jurídica holandesa» (*Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd*) de 1631 ve en gran medida en el derecho romano la personificación misma de la *naturalis ratio*.

Pero corresponde a Samuel Pufendorf (1632-1694) haber alcanzado la plenitud de la nueva orientación iusnaturalista. En efecto, fue titular en Heidelberg desde 1661 de la primera cátedra que existió de derecho natural y de gentes, *iuris naturalis disciplina*, totalmente desvinculada de la Facultad de Teología, y a diferencia de sus predecesores, como Vázquez de Menchaca, Joaquín Hopper o Hugo Grocio, al *ius* que ellos obtenían a través de la razón apoyada en la literatura, en la filosofía, en las Sagradas Escrituras o en las obras de otros de otros juristas, lo concibió como *ius naturale*. A ello habría que añadir que Pufendorf fue el creador del derecho racionalista sistemático o matemático, aplicó a la teoría del derecho la metódica de Descartes y Galileo y fue muy importante en su pensamiento la influencia recibida de las teorías contractualísticas sobre el fundamento del derecho de Hobbes y de Locke. T. Hobbes (1588-1679) fue el creador de la teoría del absolutismo político, según la cual el Estado, un monstruo autoritario inventado por el hombre (*Leviathan*, 1651) y dirigido por el monarca, titular de la soberanía, garantiza el contrato social con el que los hombres lograron superar su estado natural dominado por las pasiones, la guerra, la anarquía y el egoísmo individual. Al contrato social se llegó gracias a la razón, que Hobbes califica de «ley natural». En el pensamiento hobbesiano se hallará el punto de partida del positivismo jurídico, pues la concentración absoluta del poder conduce a la unificación de las fuentes del derecho en la voluntad del monarca soberano. La teoría contractualística del liberalismo de J. Locke (1632-1704) se opuso radicalmente a la hobbesiana. Mientras que en Hobbes el iusnaturalismo es la base del Estado en Locke representa lo contrario, como expuso en su principal obra *Two Treatises of Government*, (1690). Coincide con aquél en el contractualismo como fundamento del Estado pero la ley no debe ser concebida como la manifestación del poder absoluto y despótico sino que su función es la de reconocer y garantizar los derechos naturales innatos en cada individuo, es decir, la de «positivizar» esos derechos. Para Locke el Estado no es, pues, absoluto sino liberal y garantista de los derechos naturales del ciudadano: la propiedad, la libertad, la igualdad, etc. La doctrina de Locke sería la base del constitucionalismo americano y pasada por el tamiz democrático de J.J. Rousseau (1712-1778), cuya teoría contractualista expresada en *Du contrat social* (1762) se opondría radicalmente a la de Hobbes en tanto que parte de la premisa opuesta de un primordial estado natural del hombre de bondad y relativa felicidad, teoría que tendría una influencia decisiva en el movimiento revolucionario francés de finales del siglo XVIII⁶⁶.

El derecho natural es para Pufendorf, tal como muestra en sus obras y especialmente en *De iure naturae et gentium libri VIII* (1672), perfectamente susceptible de sistematización científica en tanto que parte de la premisa de que el derecho natural puede ser explicado mediante un método

⁶⁵ F. CARPINTERO, «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», en «*Dus Commune*», VI, 1977, p. 169.

⁶⁶ Sobre el modelo iusnaturalístico de Estado en sus diversas representaciones es recomendable la breve pero densa contribución de N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, en «La formazione storica del diritto moderno in Europa», I, cit., p. 73 ss.

racional y matemático del mismo modo que la naturaleza física. Muestra, además, una concepción voluntarista del derecho natural y del positivo. Así, la ley natural y la ley positiva son sistemas racionales de mandatos que expresan la voluntad divina, en el primer caso, y la voluntad del soberano, en el segundo. Con Pufendorf el derecho natural y derecho positivo quedan totalmente disociados al considerar, de acuerdo con la moral protestante, que la revelación divina es sólo el fundamento del primero. Siguió los pasos de Pufendorf C. Thomasius, S. Cocceius, J. Barbeyrac y J.J. Burlamaqui, características comunes a todos ellos en relación con el derecho fueron el voluntarismo, el imperativismo y el psicologismo ⁶⁷.

El iusnaturalismo racionalista también exaltó el valor de la jurisprudencia romana pretendiendo encontrar en ella un precedente y una analogía con el método científico matemático iusnaturalista. Así, G.W. Leibniz (1646-1716) afirmará que: «*Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum Romanorum iuriconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis*» ⁶⁸. La admiración hacia los juristas romanos parte, sin embargo, del espejismo o, si se prefiere, de la apreciación excesivamente optimista de que tales juristas construyeron un sistema jurídico «geométrico», integrado por un conjunto de sucesivos razonamientos deductivos a partir de unos inmutables principios axiomáticos, es decir, un sistema *more geometrico*, análogo al expuesto por Leibniz en sus obras, particularmente en su *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667). Es célebre la afirmación de Leibniz, contenida en su obra *Ratio corporis iuris reconcinnandi* (1668) de que todo el derecho romano podía ser expresado en una sola página que contuviese las reglas generales, de cuyas combinaciones resultarían las soluciones jurídicas a todos los casos prácticos posibles. El derecho romano es valorado en gran estima por Leibniz pues a su juicio es la expresión más acabada de la *ratio scripta*. El pensamiento de Leibniz en relación con el derecho se podría sintetizar en tres elementos: descriptivismo (opuesto al imperativismo), sistematicismo y conceptualismo ⁶⁹. Desarrollaron los postulados de Leibniz su discípulo C. Wolff (1670-1754), autor de *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1748) y su escuela. Siguiendo la pauta de Leibniz, Wolff coloca definitivamente como eje del sistema jurídico al individuo, conceptualizado como un «sujeto de derecho», en el sentido de sujeto portador de derechos naturales innatos, idea que constituiría el origen de la teoría de los derechos subjetivos, los cuales simétricamente relaciona con un conjunto de obligaciones naturales.

Fruto de este iusnaturalismo racionalista fueron los llamados «códigos iusnaturalistas» surgidos en estados germánicos, en los que la codificación adopta la forma de manual o libro de texto ⁷⁰. Tales códigos los podríamos definir como libros o manuales de reglas jurídicas organizadas sistemáticamente sobre una determinada materia, vigentes en toda la extensión geográfica de las correspondientes unidades políticas, dirigidas a todos los sometidos a la autoridad estatal, publicados por tal autoridad, derogadores de todo el derecho precedente sobre la materia objeto de regulación, dotados de instrumentos de auto-integración de lagunas y con pretensiones de diuturnidad. Tales códigos fueron el código prusiano, *Corpus Iuris Fridericianum*, de 1750, en cuyo proyecto se afirmaba que el derecho romano se ofrecía en un orden natural y en un sistema justo según sus tres *objectis iuris* ⁷¹; los austríacos *Codex Theresianus Iuris Civilis* de 1766 y la *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768; y el *Codex Maximilianens Bavaricus Civilis* de Baviera, promulgado en 1756, que siguió el esquema de las Instituciones de Justiniano y declaró la vigencia supletoria *in complexu* del derecho romano común.

⁶⁷ Cfr. G. TARELLO, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, en «Studi G. D'Amelio», I, Milano, 1978, p. 366-368.

⁶⁸ G. LEIBNIZ, *Opera omnia, nunc prima collecta, in classes distributa, praefationibus et indicibus ornata studio Ludovici Dutens*, IV, editada por L. DUTENS, Gêneve, 1768, p. 254.

⁶⁹ Cfr. TARELLO, *op. ult. cit.*, p. 368 s. Sobre Leibniz véase también K. LUIG, *Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts*, en «Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium F. Wieacker», Ebelsbach M., 1985, p. 213 ss.

⁷⁰ Para una visión completa de la codificación desde los llamados «códigos iusnaturalistas» hasta los códigos por antonomasia de finales del siglo XVIII y siglo XIX véase el volumen III. 1 de COING, *Handbuch*, cit.

⁷¹ «[...] worinnen das römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System nach denen dreyen objectis iuris gebracht», *cit. pos.* WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 328.

La aspiración del racionalismo jurídico moderno de finales del siglo XVII y siglo XVIII fue la reexposición del derecho vigente de acuerdo con un entramado jerárquico y lógico de reglas que, partiendo de unas primeras reglas axiomáticas y absolutas, obtenidas por la razón natural, permitiese por sucesivas deducciones lógicas llegar a solucionar cualquier hipótesis práctica imaginable. El derecho natural sería, pues, la *ratio* del derecho positivo. La codificación entendida no en su sentido tradicional de recopilación o de mera fijación del derecho sino como exposición formal de un entramado sistemático y racional de normas y principios, de validez exclusiva y con pretensiones de reforma social⁷², se presentaba como el modo más perfecto de plasmar ese ideal del derecho, la cual, por otra parte, satisfacía los intereses de los monarcas absolutos al ver en ello un modo de reforzar su poder político a la par que complacía también al movimiento intelectual ilustrado al representar la codificación una manifestación del triunfo de la Razón. En consecuencia, durante el siglo XVIII se emprendieron diversos procesos de codificación del derecho. Con estas primeros códigos se trataba básicamente de llevar a cabo una especie de nuevos *Corpus Iuris* nacionales a partir de una síntesis del derecho vigente expuesto *more geometrico*.

La actitud del movimiento codificador hacia el derecho romano a medida que avanzaban los procesos de codificación fue, por una parte, la de contemplarlo cada vez menos como un derecho natural, dadas sus evidentes deficiencias sistemáticas, y más como un derecho histórico correspondiente a una sociedad antigua que ya nada tenía que ver el Siglo de las Luces; y, por otra parte, la de contemplarlo no como un derecho común sino como un derecho ajeno, extraño. Esta especie de «nacionalismo jurídico» será utilizado como un modo de afirmación nacional, cuando lo cierto es que existían fundamentos para considerar el derecho romano como derecho propio y vigente aunque lo fuese de modo mediato⁷³. Fueron, por otro lado, reiteradas las manifestaciones de aversión de los ilustrados hacia el derecho romano, como la de Montesquieu cuando se refirió al Digesto utilizando con sarcasmo el término *Indigeste*⁷⁴. No obstante, a pesar de la crítica y el desdén hacia el derecho romano la influencia de éste se dejó sentir inevitablemente en la Codificación, y no sólo en la sistemática⁷⁵ de los códigos sino también en muchos contenidos sustantivos, hasta el punto de que puede afirmarse que la codificación no comportó realmente una pérdida de vigencia mediata del derecho romano.

Los primeros códigos – los resultantes de la codificación por antonomasia – fueron el código prusiano, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, promulgado en 1794, cuya redacción corrió a cargo de Carl Gottlieb Suarez y Graf Carmer; el *Code Civil des Français*, aprobado como ley el 21 de marzo de 1804, después también llamado *Code Napoléon*, que vertido al alemán fue también de aplicación en la zona occidental del Rin y en Baden bajo la denominación de *Badisches Landrecht*; y el austriaco *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1811, obra de Karl Anton von Martini y Franz von Zeiller. Todos ellos presentan como características comunes el no tratarse, ante todo, de meras recopilaciones, consignaciones o fijaciones del derecho existente, de lo que son ejemplo la Ley de las XII Tablas, la Compilación justiniana, las Decretales de Gregorio IX así como los códigos medievales, ni tampoco responder al formato de un manual como los códigos iusnaturalísticos, sino

⁷² Sobre el valor polisémico y la evolución histórica del concepto de «codificación» véase la contribución de H. COING, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en «La formación histórica del derecho moderno en Europa», II, cit., p. 797 ss.

⁷³ A este respecto K. LUIG, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, en «La formación histórica del derecho moderno en Europa», II, cit., p. 819 ss., ha analizado los fundamentos que permiten afirmar la legitimidad del derecho romano como derecho positivo en varios países en la época de gestación de las codificaciones. Así, en síntesis, en el caso de Italia la legitimación es nacional y positiva; asimismo en Alemania, nacional o *ratione imperii* y positiva a través de los órganos jurisdiccionales bajomedievales; y en Francia *imperio ratione* como se desprende de las exposiciones de Domat y Pothier.

⁷⁴ MONTESQUIEU, *Remarques sur certaines objections que m'a faites un homme qui m'a traduit mes Romains en Angleterre*, en «Mélanges inédits de Montesquieu», Paris-Bordeaux, 1892, p. 205.

⁷⁵ Sobre la influencia del derecho romano en la sistemática de los derechos civiles contemporáneos véase por todos W. WOŁODKIEWICZ, *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, Warszawa, 1978.

que su pretensión era mucho mayor pues trataban de establecer una ordenación *pro futuro* racional y sistemática de la sociedad misma; en segundo lugar, el haber sido realizados no por juristas sino por altos funcionarios y políticos de confianza; y la tercera característica es el haber sido estimados como patrimonio político común de los ciudadanos y no una obra de científicos del derecho ⁷⁶. No obstante, hay una circunstancia que distingue a la codificación francesa tanto de las codificaciones iusnaturalistas como de sus coetáneas: el predominio del influjo político sobre el técnico-jurídico. En efecto, el *Code* no fue obra del absolutismo ilustrado sino todo lo contrario, fue debida su realización a la iniciativa del movimiento revolucionario, una de cuyas exigencias era precisamente la supresión de los particularismos feudales, la eliminación de la disparidad de regímenes jurídicos y, en definitiva, el establecimiento de un derecho igual y racional para todos los franceses, de ahí la acentuada tendencia antitradicionalista del código francés a diferencia de los códigos germánicos. El código sería concluido más tarde, tras la Revolución, por Napoleón Bonaparte, de ahí que también sea denominado el código francés *Code Napoléon*.

La obra de dos grandes juristas racionalistas sirvió en gran medida de premisa doctrinal a los códigos civiles napoleónico y austríaco. Se trata de J. Domat (1625-1696) y R.J. Pothier (1699-1772). El primero fue autor de *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689). Ese «orden natural» al que hace referencia consiste en un sistema en el cual las diferentes partes del derecho, las normas y las instituciones aparecen coordinadas, dispuestas en un todo armónico y unidas por inmutables nexos de interdependencia. Precisamente la falta de ese «orden natural» y excesivo casuismo es lo que reprocha Domat al derecho romano, al tiempo que ensalza, sin embargo, su contenido como ejemplarmente justo y equitativo ⁷⁷. Por ello, lo tomó como base de su obra si bien reexpuesto con arreglo a un orden sistemático. Por su parte, Pothier fue considerado el padre del código civil francés, fue autor de *Pandectae in novum ordinem digestae* (1748-1752), obra en la que el autor sigue la tripartición gayana y justiniana del derecho privado y es manifiesta la presencia del derecho romano, aunque en sus numerosas monografías sobre instituciones diversas aparezca como denominador común la propuesta de unificación y *reductio ad unitatem* de la multiplicidad de regímenes jurídicos, ya provengan de los diversos derechos consuetudinarios, del derecho común, etc. vigentes en Francia sobre cualquier institución a fin de ofrecer como resultado un derecho común patrio perfectamente organizado, racional, completo y provisto de los instrumentos de auto-integración necesarios. La influencia del código civil francés se haría sentir profundamente en las codificaciones de numerosos países, especialmente los latinos, como España, Italia, Portugal y los países iberoamericanos.

Si como se ha indicado en relación con la codificación el papel del derecho romano no quedó realmente eclipsado, la actitud de la Ilustración hacia el derecho romano como disciplina académica fue mucho más hostil. Los ilustrados lamentaban la relegación de los derechos nacionales y el mantenimiento en las Facultades de la hegemonía del derecho romano ⁷⁸. Sobre el particular son muy elocuentes los testimonios de dos enciclopedistas, Diderot y Voltaire, que ponen de relieve la animadversión ilustrada hacia el derecho romano en el ámbito académico ⁷⁹, si bien esa animadversión lo

⁷⁶ Cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 324 ss.

⁷⁷ Un muestra de la crítica de J. DOMAT al derecho romano, en concreto al modo de su exposición: «de la manière dont les Loix Romaines sont recueillies dans les livres du Droit Romain qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas bien facile de les apprendre ; & c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les apprendre, plusieurs les ignorent, & que personne n'y devient habile que par une longue & pénible étude» (cita tomada de A.J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres*, p. 42-43: véase *infra*, nt. 76).

⁷⁸ Sobre los motivos de la hostilidad de los ilustrados hacia el derecho romano cfr. L. RODRÍGUEZ-ENNES, *El Derecho romano y la Ilustración*, en «Seminarios Complutenses de Derecho Romano (1994)», VI, Madrid, 1994, p. 131 ss. Sobre la Enciclopedia y el derecho romano en general véase ampliamente W. WOLODKIEWICZ, *Le droit romain et l'encyclopédie*, Napoli, 1986.

⁷⁹ M. DIDEROT, *Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie*, en *Ouvres*, III, Paris, 1875, p. 437: «Notre Faculté de Droit est misérable. On n'y lit pas un mot de droit français; pas plus du droit de gens que s'il n'y en avait point ; rien de notre code ni civil ni criminel; rien de notre procédure, rien de nos lois, rien de nos coutumes, rien des constitutions de l'État, rien du droit des souverains, rien de celui des sujets; rien de la liberté, rien de la propriété, pas d'avantage des offices et des contrats. De quoi s'occupe-t-on donc ? On s'occupe du droit romain dans toutes ses branches, droit qui n'a presque aucun rapport avec le notre»; VOLTAIRE, *Dialogue entre un conseiller et un ex-Jésuite*, en «Questions sur l'encyclopédie par les Amateurs», V, 1771, p. 80 ss.: «Je suis de

era en general hacia la jurisprudencia como así lo reflejan diversos pasajes de la Enciclopedia. André-Jean Boucher d'Argis (1750-1794), colaborador en la realización de la *Encyclopédie* y ejecutado por los jacobinos, en otro tono menos sarcástico y más comedido, aconseja una reforma de los planes de estudio en las Escuelas de Derecho y denuncia, en el conjunto de cartas a un magistrado de provincias agrupadas bajo el título *Sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*⁸⁰, el abuso de la enseñanza del derecho romano y también del derecho canónico sacrificando con ello la explicación de las leyes, los usos y las costumbres francesas, que en muchas ocasiones han derogado la tradición romanística, y la conveniencia para la práctica forense, los doctores y para el bien público en general de una mayor presencia y protagonismo en los planes de estudio del derecho propiamente francés vigente, el *droit coutumier*, las ordenanzas civiles y criminales, etc., en detrimento del derecho romano. A pesar de ello, los ilustrados no pudieron sino reconocer el valor e importancia del derecho romano para la formación jurídica. Valgan dos ejemplos: en el artículo de Antoine Gaspard Boucher d'Argis, padre del citado anteriormente, sobre *droit romain* escrito para la Enciclopedia, si bien continúa criticando los defectos sistemáticos de la compilación justiniana y las antinomias en ella existentes y manifiesta una actitud de pragmatismo y «nacionalismo» jurídico, reconoce, sin embargo, el valor del derecho romano considerándolo como la mejor fuente para el conocimiento de la ciencia jurídica y aconsejando la necesidad de conocer el derecho romano para llegar a ser un verdadero jurista y no un mediocre práctico del derecho⁸¹. El segundo ejemplo se refiere a los trabajos preparatorios del Código napoleónico, en los que J.E. M. Portalis (1746-1807), uno de sus principales artífices junto con Bigot du Preameneu y Malleville, reconocería en su *Discours préliminaire* que *le droit civil, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe*⁸².

Los primeros códigos de la codificación propiamente dicha así como todos los aparecidos a lo largo del siglo XIX se diferenciarán básicamente de los códigos iusnaturalistas del siglo XVIII en que ya no son meras compilaciones de derecho reordenadas con arreglo a criterios puramente sistemáticos, cosa que diferencia a estos códigos iusnaturalistas del concepto de codificación romano y medieval, llevadas a término con el fin de reunir y revisar el derecho vigente pero insertas todavía en el marco del tradicional sistema de fuentes. La codificación del derecho civil, acaecida desde finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX representó el fin de la era del derecho común en el continente europeo, resultado de la secular evolución jurisprudencial experimentada desde la recepción del derecho romano justiniano y el comienzo de una nueva era, la del derecho codificado, bajo el impulso del racionalismo jurídico y la Revolución Francesa, que tendrá como momentos decisivos la promulgación del *Code Civil* francés en 1804 y casi un siglo después, tras diversas vicisitudes y movimientos de oposición y resistencia, la publicación del alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* en 1896 y su

*Paris et on m'a fait étudier pendant trois ans les lois oubliées de l'ancienne Rome; ma coutume me suffirait, s'il n'y avait pas dans notre pays cent quarante-quatre coutumes différentes [...] Ensuite on me parla de la loi des douze tables, abrogée bien vite chez ceux qui l'avaient faite, de l'édit du préteur quand nous avons point de préteur, de tout ce qui concerne les esclaves quand nous n'avons point d'esclaves domestiques (au moins dans l'Europe chrétienne), du divorce quand le divorce n'est pas encore reçu chez nous. Je m'aperçus bientôt qu'on me pongeait dans un abîme dont je ne pourrais jamais me tirer. Je vis qu'on m'avait donné une éducation très inutile pour me conduire dans le monde». Estas citas las hemos reproducido a través de W. WOŁODKIEWICZ, *Nota di lettura* a A.J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur Le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, p. xxii s. Sobre los datos de la obra véase la nota siguiente.*

⁸⁰) A.J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Geneve, 1782, reimpr. fac. con una nota de lectura de W. WOŁODKIEWICZ, Napoli, 1984. Extracto de la crítica realizada a la deficiencia expositiva y sistemática del derecho romano (p. 42): «*La compilation Tribonienne appelée vulgairement le corps de Droit, est un monstre de difformité; la Loi, le commentaire, le sentiment du Jurisconsulte, tout est confondu; la Loi reconnue se trouve à côté de celle qui ne l'est pas; celle qui est usitée, à côté de celle qui ne l'est plus; & on les enseigne également sans distinction & sans méthode*».

⁸¹) «*Le droit romain est la meilleure source où l'on soit à portée de puiser la science des loix, sans y joindre la connoissance du droit romain qui'l ne mériteroit point le nom de jurisconsulte, et qu'il ne seroit au plus qu'un médiocre praticien*» («*Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts, et des Métiers*», V, Paris, 1755, p. 141, sv. 'Droit romain'), cita reproducida a través de WOŁODKIEWICZ, *Nota*, cit., p. xxxvi s.

⁸²) La cita de Portalis ha sido reproducida a través de G. ASTUTI, *La Codificazione del diritto civile*, en «*La formazione storica del diritto moderno in Europa*», II, cit., p. 865 (= *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., p. 822).

entrada en vigor finalmente en 1900. La codificación significará la unificación de los derechos civiles nacionales a través de la composición de un único texto orgánico que contiene un íntegro sistema normativo, que con pretensiones de exhaustividad y auto-integración estará destinado a reemplazar a todas las fuentes del derecho. Pero además de la unificación formal del derecho privado la codificación también significa en el plano filosófico-político la consagración y aseguramiento de la libertad civil de los ciudadanos en su vida privada contra las injerencias de los poderes públicos. Lejos queda ya la concepción romana sobre la *libertas*, sobre el sentido de la ley pública y un derecho de base eminentemente consuetudinaria y en constante renovación y progreso a través de cauces de autoridad, como la actividad jurisprudencial, y de potestad, como el edicto del Pretor.

5. El derecho romano como fuente del derecho o como instrumento con marchamo de gran autoridad jurídica al que recurrir pareció que iba a perder definitivamente toda utilidad con la conclusión del proceso codificador y que se convertiría irremediabilmente en una disciplina propia de eruditos del derecho y diletantes de la Antigüedad. Nada más lejos, a principios del siglo XIX el derecho romano experimentó un espectacular resurgimiento y fue objeto de un inusitado y entusiasta interés. Dicho interés fue de la mano de un movimiento de reacción contra la codificación, contra el absoluto predominio de la cultura jurídica práctica, contra esa especie de matemática jurídica que habían creado los iusnaturalistas, contra el aherrojamiento de la ciencia del derecho, contra la práctica vinculación de los jueces al tenor de las leyes y, por último, contra la concepción del derecho natural ilustrado que, favorecedor de una política autoritaria basada en la mayor parte de los casos en el legalismo absoluto, inspiraba todo aquello. *Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt* dijo Bernhard Windscheid en un discurso académico para expresar el declinar del iusnaturalismo y el monopolio del derecho histórico⁸³. A la crítica al derecho natural del Estado absolutista se sumaría también uno de los principales filósofos del siglo XVIII, Immanuel Kant, en su obra «Metafísica de las Costumbres»⁸⁴. El retorno al historicismo en lo jurídico y con ello al interés por el derecho romano no fue exclusivo del mundo del derecho sino que forma parte de una «revolución» neohumanística que tendría como período culminante las últimas décadas del siglo XIX y que condujo a una especie de idolatría hacia la historia en general y hacia el concepto histórico de pueblo, y también a una particular vocación hacia la filología clásica y general hacia la Antigüedad clásica. Esta corriente clasicista e historicista desembocaría en el ámbito de las Bellas Artes y las Letras en el Romanticismo, del que fue una avanzada en Alemania el movimiento prerromántico literario llamado *Sturm und Drang* de finales del siglo XVIII.

Del resurgimiento cíclico y de la constante presencia más o menos explícita del derecho romano en el panorama jurídico se hizo eco J.W. Goethe, de lo cual tenemos constancia gracias al escritor Johann Peter Eckermann, que recogió la alusión en una de las cartas que forman parte de la extensa correspondencia que mantuvo con aquél, que después de su muerte publicaría como obra literaria. Se trata de la célebre comparación del derecho romano con un pato, pues el derecho romano a la manera de un pato se zambulle en el agua para emerger de nuevo brioso y lleno de vida⁸⁵.

Podría tal vez atribuirse el inicio del cambio de actitud hacia el derecho romano al historiador británico Edward Gibbon, en cuya voluminosa obra maestra *Decline and Fall of the Roman Empire*, comenzada a publicar en 1776, alaba la labor de Justiniano como legislador, la pervivencia del dere-

⁸³ Frase que recuerda E. BELING en su contribución *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*, en «Festgabe Ph. Heck · M. Rümelin · A.B. Schmidt», Tübingen, 1931, p. 1.

⁸⁴ I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*?, Madrid, 1994, trad. esp. A. CORTINA y J. CONILL, p. 37 ss.

⁸⁵ J.P. ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, 6. April 1829: «Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das gleich einer untertauchenden Ente sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit den auch unsern trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird». Sobre las relación de Goethe con el derecho romano véase K.H. BELOW, *Goethe in seinem Verhältnis zum römischen Recht*, en «Europa e il diritto romano. Studi P. Koschaker», II, Milano, 1954, p. 229 ss.

cho romano en los derechos de los países europeos; lanza una crítica a lo que llama «secta de los antitribonianos»; y afirma que las leyes de una nación constituyen la parte más instructiva de su historia ⁸⁶.

Posteriormente, Gustav Hugo (1764-1844), que tradujo la obra de Gibbon al alemán, ya exhibe frente a la ortodoxia racionalista dominante una nueva concepción antipositivista e historicista del derecho, en cuya virtud las leyes no son en absoluto la única fuente del derecho y el principal agente para el desarrollo jurídico de los pueblos no es la legislación sino la discusión doctrinal de los juristas. Hugo puede ser considerado por ello el precursor del historicismo jurídico ⁸⁷, que se consolidaría poco después en la figura del fundador y máximo exponente de la llamada «Escuela histórica del Derecho»: Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ⁸⁸.

Tras su primera obra, *Das Recht des Besitzes* (1803), en que es apreciable la manifiesta influencia sistemática recibida de Donelo, Savigny compendiará su concepción del derecho en un opúsculo que puede ser considerado como el manifiesto de la Escuela Histórica del Derecho, el cual en síntesis presenta dos bases programáticas heterogéneas y en apariencia algo contradictorias: una de cariz romántico: la emanación popular del derecho; y la otra classicista: la gran atención de que es merecedor el derecho romano. Se trata de *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1814), escrita como réplica a la obra de Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Heidelberg, 1814) ⁸⁹, en la que el autor, un epígono del iusnaturalismo racionalista y seguidor de la ortodoxia filosófico-jurídica ilustrada aunque con ciertos rasgos de la nueva corriente historicista, se manifiesta partidario de una codificación al modo francés para Alemania como remedio a la endémica atomización de regímenes jurídicos y la consiguiente inseguridad jurídica en los estados alemanes. Ciertamente, el mapa jurídico de Alemania con anterioridad al «BGB.» era absolutamente caótico: existían más de cien territorios con regímenes jurídico-privados distintos, siendo los principales el derecho francés del Código Napoleónico a través de su trasunto el *Badisches Landrecht*, el derecho común y el *Preussisches Allgemeines Landrecht*. De esta manera, del mismo modo que en Francia el *Code* había unificado el derecho la codificación representaría para Alemania la unificación del derecho de todos los territorios alemanes ⁹⁰.

Savigny cuestiona en su obrera de réplica la utilidad y la conveniencia política de codificar el derecho, sobre todo si se pretendía hacer apresuradamente y propone un aplazamiento del proceso

⁸⁶) En efecto, en el comienzo del capítulo XLIV de la citada obra afirma Gibbon: «The vain titles of the victories of Justinian are crumbled into dust, but the name of the legislator is inscribed on a fair and everlasting monument. Under his reign, and by his care, the civil jurisprudence was digested in the immortal works of the Code, the Pandects, and the Institutes: the public reason of the Romans has been silently or studiously transfused into the domestic institutions of Europe, and the laws of Justinian still command the respect or obedience of independent nations. Wise or fortunate is the prince who connects his own reputation with the honour and interest of a perpetual order of men. The defence of their founder is the first cause which in every age has exercised the zeal and industry of the civilians. The piously commemorate his virtues, dissemble or deny his failings, and fiercely chastise the guilt or folly of the rebels who presume to sully the majesty of the purple. The idolatry of love has provoked, as it usually happens, the rancour of opposition; the character of Justinian has been exposed to the blind vehemence of flattery and invective, and the injustice of a sect (the Anti-Tribonians) has refused all praise and merit to the prince, his ministers, and his laws [...] The laws of a nation form the most instructive portion of its history». Véase E. GIBBON, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, IV, 1776, 1788, reimpr. London-New York, 1942, p. 374 s.

⁸⁷) El mismo Savigny se refiere a G. Hugo como precursor de la nueva concepción historicista del derecho. véase F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 80.

⁸⁸) Sobre la figura de Savigny véase el número monográfico, formado por un conjunto de contribuciones, que le dedicaron los Anales de la Cátedra Francisco Suárez: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, en *ACFS.*, XVIII-XIX, Granada, 1978-1979.

⁸⁹) Ambas obras fueron publicadas conjuntamente en una edición prologada a cargo de J. STERN, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlín, 1914. Hay una reimpresión facsímil de esta edición hecha en Darmstadt en 1959, a la que se remitirán las posteriores referencias a ambas obras.

⁹⁰) En relación con el derecho romano Thibaut propone la teoría de la interpretación lógica del derecho romano y una hermenéutica dogmática del mismo para los prácticos del derecho. Así lo hace a lo largo de su obra *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*², Altona, 1806, reimpr., Düsseldorf, 1966.

codificador. En efecto, cuestiona, ante todo, la utilidad de la Codificación en general, no sólo en Alemania sino como concepto y como manifestación externa de la concepción del derecho que la inspira, considerándola contraria a la misma naturaleza y esencia del derecho y como un producto de la falacia positivista y iusnaturalista que había imperado hasta ese momento histórico; después hace una crítica particularizada de los códigos francés, prusiano y austríaco. Respecto a ellos Savigny no se pronuncia a favor de su derogación sino de poner los medios para evitar los males que podrían surgir de un uso imperfecto de los mismos. Para Savigny la intervención legislativa en el derecho ha de quedar subordinada a un plano secundario y cumplir dos funciones: la modificación del derecho cuando ello resulte conveniente por razones de alto interés político y cuando resulte necesaria la clarificación de conceptos oscuros y la precisión de datos concretos o la delimitación de la validez o del ámbito de aplicación material de las costumbres. En segundo lugar, también cuestiona Savigny la oportunidad de una codificación alemana desde un punto de vista político, habida cuenta de que tras la celebración del Congreso de Viena bajo la presidencia de Metternich en 1814 los Estados soberanos alemanes se opondrían con toda seguridad a un código civil común. Savigny se mostrará partidario de la codificación por sus ventajas de certeza del derecho y de seguridad jurídica pero sólo cuando se dieran las circunstancias idóneas de maduración y en todo caso a través de un procedimiento consistente en la decantación de los principios básicos a partir de los cuales se puedan derivar lógicamente las soluciones para toda la casuística, procedimiento de gran complejidad pero el único admisible a su juicio. El órgano difusor de las nuevas ideas de la Escuela Histórica del Derecho sería la revista creada en 1814 por Savigny, K.F. Eichhorn (1781-1854) y G.F.L. Göschen (1778-1837) *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*. Un hecho acrecentó el entusiasmo de la Escuela Histórica: el hallazgo por B.G. Niebuhr del palimpsesto de Verona en 1816, que sería publicado por Göschen en 1820.

Para el jurista de Fráncfort la codificación es una obra totalmente arbitraria porque hecha con ideas sistemáticas no tiene en cuenta que el derecho en un contexto histórico-social determinado ha sido el resultado de una evolución histórica y que tiene una natural tendencia a transformarse y a desenvolverse en el futuro, pues el derecho no es algo inmutable ni que se pueda congelar en un momento determinado para siempre, «para el derecho no hay un solo instante de reposo»⁹¹. A este respecto, propone una mirada al derecho romano como ejemplo óptimo del carácter dinámico del derecho con su desenvolvimiento progresivo y plenamente orgánico a través de la historia. Además de lo anterior, opone Savigny que la codificación congela el permanente proceso formativo del derecho, paraliza la ciencia jurídica e impide, finalmente, el progreso y su mejora futuros. El fundamento de toda la anterior crítica a la codificación se halla en que el derecho es para Savigny y para la Escuela Histórica un producto del espíritu popular (*Volksgeist*), expresión preñada de romanticismo, del peculiar *ethos* y de la tradición de una sociedad determinada, es comparable a la lengua de un pueblo, y no puede, por ello, consistir en una obra de la razón, ser creado repentinamente y tener como única expresión el tenor de las leyes escritas; el derecho cuya fuente genuina es la costumbre está dirigido a la satisfacción de las necesidades propias de este espíritu o conciencia popular y tanto el legislador como los juristas deben limitarse a la interpretación de aquel espíritu popular nomotético. Para un conocimiento real y preciso del derecho de un Estado al jurisconsulto no le puede bastar con conocer el simple tenor de sus leyes escritas sino que le es necesario un conocimiento histórico, el estudio del desenvolvimiento de las normas, instituciones y principios a través del tiempo y de la concatenación de circunstancias y acontecimientos históricos de diversa índole que explican por qué las normas son de un determinado modo y no de otro.

Sobre el origen del derecho positivo, expone Savigny⁹², que se halla en la común conciencia del pueblo siendo su manifestación primordial el uso reiterado al que el asentimiento universal suele dar el nombre de derecho consuetudinario; con el tiempo ese espíritu nomotético precisará de otros

⁹¹) SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 77.

⁹²) *Op. cit.*, p. 79.

elementos: la ley y la ciencia del derecho, la primera fija lo incierto y debe intervenir cuando las necesidades sociales exigen cambios; la segunda, dota al derecho de una expresión racional y científica. La manifestación más auténtica del derecho son, pues, las costumbres y después interviene la jurisprudencia y eventualmente la ley, pero jamás el verdadero derecho es creado *ex novo* por el arbitrio de un legislador. Ello no significa que Savigny rechace el derecho legislado, pues éste es necesario cuando importantes fines políticos o la clarificación de dudas o la fijación de datos concretos requieren la intervención del poder político, razones todas ellas de las que de nuevo el derecho romano nos ha dejado innumerables ejemplos. Así, el derecho romano como derecho consuetudinario se organizó casi enteramente por virtud de su fuerza intrínseca y la influencia en él de las leyes fue esporádica y pasajera. Savigny pone como ejemplo instructivo de la falta de utilidad de la codificación la historia del derecho romano, pues ésta nos enseña que estando el derecho en progreso vivo no hay necesidad de codificación y eso aunque hubiese habido condiciones muy favorables para efectuarla ⁹³.

La idea de Savigny de que el derecho se desarrolla en virtud de su propia fuerza intrínseca y sin necesidad de la legislación fue objeto de recepción en Inglaterra por Sir Henry Sumner Maine (1822-1888) ⁹⁴. Maine llevará su investigación por los derroteros de la antropología jurídica y su tesis que más repercusión ha tenido en el pensamiento jurídico fue la de que el derecho en las sociedades que progresan, como fue el caso de la sociedad romana, presenta como característica común el haber experimentado un proceso de atenuación gradual de la dependencia del individuo hacia la familia al tiempo de una afirmación progresiva de la individualidad del ser humano, es decir, lo individual ha ido sustituyendo a lo colectivo familiar como centro de atención del derecho. La libertad individual conduce al libre acuerdo entre individuos y, en definitiva, en las sociedades progresistas (*progressive societies*) la dependencia y el sometimiento va cediendo terreno a la afirmación y libertad individuales, al primado del contrato frente al *status*.

Por otra parte, frente a las afirmaciones de «nacionalismo jurídico» de que el derecho romano es un derecho exótico y extraño a Alemania Savigny argumenta que sin el derecho romano no hubiera sido posible el desarrollo del derecho alemán pues aquél es elemento constitutivo del mismo. Así, los derechos municipales alemanes no son comprensibles si se obvia su relación con el derecho romano, base y sostén de los mismos ⁹⁵. Savigny coincide con los defensores de un código para todos los alemanes en el reconocimiento de que la situación del derecho en Alemania era insostenible y en el fin que había de perseguirse: la fijación de un derecho no dudoso, que impidiese la arbitrariedad y la injusticia, un derecho común a toda la nación y para cuya determinación habían de aunarse todos los esfuerzos científicos necesarios. Sin embargo, frente a la solución de la codificación opondrá como remedio una organización progresiva de la ciencia del derecho común a toda la nación ⁹⁶.

La Escuela Histórica terminó por escindirse en dos facciones que en ocasiones dieron lugar a desencuentros doctrinales de cierta acritud. La escisión fue, quizá, debida al intento de armonizar dos ideas hasta cierto punto incompatibles: espíritu popular y romanismo. Las facciones fueron la de los germanistas y la de los romanistas. Estos últimos liderados por Savigny trataron de reprimar el derecho romano, como ya hicieran antaño los humanistas, extraer sus principios y estudiar la tradición romanística y la supervivencia del derecho romano a través de las Edades Media y Moderna hasta el momento presente. A tal fin Savigny elaboró una monumental Historia del Derecho Ro-

⁹³ *Op. cit.*, p. 91.

⁹⁴ En H.S. MAINE, *Ancient Law : its connexion with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London, 1961 (última edición británica: London, 2002; última traducción al castellano: *El Derecho antiguo : considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas*, Madrid, 1993-1994). También consultable por Internet (<http://www.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/maine/anclaw/>).

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 94.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 166: «*sich sehe das rechte Mittel in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein seyn kann*».

mano en la Edad Media ⁹⁷, fruto de sus investigaciones personales durante muchos años de investigación de manuscritos y fuentes en las principales universidades de Europa.

La Escuela Histórica del Derecho no representó en realidad una radical ruptura con el iusnaturalismo racionalista pues tomó de él elementos de la teoría jurídica, a la cual no se opuso la Escuela histórica sino a su reduccionismo practicista, elementos considerados ya como irrenunciables desde un punto de vista científico, y trasfundió ese legado iusnaturalístico a la Pandectística, constituyendo la espina dorsal de esa ciencia jurídica. Como indica Wieacker ⁹⁸, tales elementos fueron fundamentalmente los tres siguientes: su sistemática que con origen en Heise sería a la postre el llamado «sistema de Pandectas», su método y su axiomática. Así, los conceptos jurídicos fundamentales, como los de «derecho subjetivo», «negocio jurídico», «declaración de voluntad», «vicios de la voluntad», «contrato», «relación obligatoria», «propiedad», etc., tienen su origen en el iusnaturalismo racionalista. Sin embargo, por influencia de Kant, y sobre todo de dos de sus obras: «Crítica de la Razón Práctica» y «Principios de la Metafísica de las Costumbres», la ética social material propia del derecho natural racionalista fue sustituida en la Escuela Histórica por una ética formal del deber y de la libertad derivada de la autonomía moral de la persona y de ese modo pasaría a la Pandectística. Sobre aquella ética descansa el principio de autonomía de la voluntad y del negocio jurídico, que representará uno de los principales axiomas de la ciencia del derecho civil moderno ⁹⁹.

La obra de Savigny *System des heutigen Römischen Rechts* (1840-1849), de gran altura dogmática y considerada una de las más importantes de la literatura jurídica de todos los tiempos, sentará las bases del positivismo científico y de la Pandectística. De ella se dijo con justicia que su «vasta concepción del plan compite con la perfección de su desenvolvimiento, y su superioridad científica rivaliza con su utilidad práctica cuando el casuismo cede, como es debido, su lugar a los principios. La naturaleza de esta obra, y por consiguiente su importancia, las indica su título; su valor externo lo revelan las partes en que se divide; su valor interno lo encarecen la novedad y profundidad de las doctrinas» ¹⁰⁰; y sobre su contenido que «trata las materias de derecho que tienen organismo romano, siguiéndolas en su desenvolvimiento histórico, cualesquiera que sean su naturaleza y origen; y no el antiguo derecho anterior a la legislación justiniana, ni las partes de esta legislación que son extrañas al derecho moderno, sino las que subsisten todavía, no en lo que pertenece a derecho público, sino en lo que constituye el privado, con exclusión del procedimiento ó de las formas establecidas para el reconocimiento del derecho» ¹⁰¹.

En el *System* el derecho romano es presentado por Savigny como el principal elemento integrante del derecho privado alemán, que había penetrado en Alemania por vía consuetudinaria y debía ser afirmado no por imposición sino por la persuasión de su valor científico, y también representaba el elemento común y conector de los derechos de las naciones europeas desde los tiempos ya lejanos de la recepción medieval. Asimismo, la obra supone una recuperación del primado de la ciencia jurisprudencial sobre la ley. El «Sistema» de Savigny consiste, en suma, en la utilización del derecho romano como base para la elaboración científica de un sistema actual de conceptos de derecho privado, eliminando de aquél todo el material ya inservible en el mundo presente y utilizando términos técnicos de nueva creación cuando el lenguaje de las fuentes resultaba insuficiente. El objetivo final era el ofrecimiento a la nación alemana de un derecho nacional consistente en una construcción jurídico-dogmática basada en la tradición y en la investigación histórica, expuesta sistemá-

⁹⁷) F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*², 1834, reimpr. fot. inalt., Darmstadt, 1956.

⁹⁸) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 373 ss.

⁹⁹) Contra Savigny y el formalismo de la Escuela Histórica se pronunció Hegel (1770-1831) en sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, 1821. También y aunque en esta obra asume el autor muchos planteamientos romanísticos, rechaza el derecho romano como consecuencia de su crítica al formalismo jurídico, pues identifica el derecho romano con el derecho privado formal y abstracto. Cfr. A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma, 1984.

¹⁰⁰) M. DURANTI BAS, *Prólogo a Sistema de Derecho romano actual*, p. xv: véase *infra*, nt. 119.

¹⁰¹) *Ibid.*

ticamente y unificadora de los recalcitrantes particularismos jurídicos.

Los juristas discípulos de Savigny recibieron la denominación de «pandectistas» en virtud de la denominación que dieron recurrentemente a sus tratados de derecho: *Pandectae*, en honor a la obra jurídica justiniana y por constituir ésta la base sobre la que elaboraron sus exposiciones del derecho privado alemán. Por ello, es lógico que esta corriente doctrinal surgida del seno de la Escuela Histórica fuera designada con el nombre de «Pandectística» o «derecho de pandectas». El propósito de la Pandectística fue la creación de una teoría general del derecho privado sobre la base del derecho romano, aunque más concretamente del *Corpus Iuris Civilis* sobre el que se basaba el derecho común, el cual sería recibido *in complexu*. Véamos como expresa lo anterior uno de los pandectistas más relevantes: Bernhard Windscheid. Define éste el derecho de Pandectas como el derecho privado común alemán de origen romano: «*Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs*»¹⁰². El derecho privado común alemán es en parte de origen patrio pero la mayor parte fue objeto de recepción foránea y de esta última el primer lugar lo ocupa con creces el derecho romano¹⁰³. La fuente más importante del derecho de Pandectas es el derecho romano tal como aparece recogido en la compilación de Justiniano. Ello lo justifica el hecho de que el derecho romano fue objeto de recepción en Alemania exclusivamente en su forma justiniana, pues la Escuela de Bolonia sólo se ocupó y enseñó el derecho romano justiniano¹⁰⁴. La importancia del derecho romano se halla en que para una gran parte de Alemania tiene goza éste de fuerza de ley a falta de disposición en contrario de derecho particular¹⁰⁵.

Además de los nuevos planteamientos en torno al concepto de derecho y la metodología jurídica surgidos como reacción frente al iusnaturalismo racionalista hubo otras circunstancias coyunturales, algunas de índole política y económica, que propiciaron la corriente pandectística. Como brevemente indica Impallomeni¹⁰⁶, esas circunstancias que favorecieron este fenómeno histórico-jurídico fueron principalmente las siguientes: la ausencia de corrientes doctrinales que estudiaran y desarrollaran los derechos particulares de los territorios alemanes; y la evolución económica y social acontecida en la Edad Media y reforzada con la formación en el plano político de los estados territoriales tras la Reforma, que plantearía la exigencia de un sistema jurídico adecuado a la nueva economía liberal que se iba afirmando progresivamente. Tal sistema se encontró precisamente en la compilación justiniana, conocida por los funcionarios imperiales y los juristas doctos que la habían aprendido en las universidades. A ello podría añadirse que el declinar del Sacro Imperio Romano Germánico en 1806 tuvo como consecuencia que el derecho de los estados alemanes que no habían codificado durante el siglo XVIII dejara de ser derecho imperial y se convirtiera en derecho territorial, circunstancia que agravó la situación de pluralidad de regímenes jurídicos en los estados germánicos con las repercusiones negativas que ello provocaba desde un punto de vista económico.

La tarea previa de los pandectistas fue la determinación del texto original del *Corpus Iuris Civilis*. A tal fin fue preferida la versión de la *Florentina* aunque también se recurrió a la *Vulgata* y a las *Basílicas* a fines de integración de lagunas o de corrección de errores materiales. Asimismo, los pandectistas prefirieron seguir la edición griega de las *Novelas* de Justiniano. Siguió después una labor de abstracción de principios generales y de construcción sistemática – lo cual representa el punto de conexión con el racionalismo precedente – a partir del material justiniano prescindiendo de las aportaciones de los juristas antecedentes¹⁰⁷.

¹⁰² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 8, I, Frankfurt M., 1900, p. 1.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 1 s.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 8 s.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ G. IMPALLOMENI, *Pandettistica*, en «NNDI.», XII, 1965, p. 350 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 124).

¹⁰⁷ Una excepción tanto a la actitud de los pandectistas de omisión de alusiones a los juristas de épocas precedentes como al sistema expositivo de la materia la constituye la obra de C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandectae nach Hellfeld: ein Commentar*, Erlangen, 1790-1896. La obra fue continuada tras la muerte de Glück en 1831

La fijación de los caracteres metodológicos de la Pandectística, de la nueva ciencia del derecho romano actual correspondió al sucesor de Savigny, tanto en la cátedra de Berlín como en la dirección de la Escuela Histórica, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), quien llevó a sus últimas consecuencias la noción de Savigny de «sistema jurídico» y el valor de la jurisprudencia en la interpretación del derecho. Fue el fundador del método que después sería denominado «Jurisprudencia Conceptual» o «de conceptos» (*Begriffsjurisprudenz*), que puso en práctica en sus obras *Lehrbuch der Pandekten* (1838-1845) y *Cursus der Institutionen* (1841-1846). Dicho método consiste en interpretar el derecho, que concibe siguiendo los postulados de la Escuela Histórica como la común convicción de las instituciones de una comunidad política, como una especie de «pirámide conceptual», un complejo de derivaciones conceptuales, aislado e independiente de consideraciones políticas, económicas o éticas, en que cada concepto o elemento forma parte orgánicamente del todo, es decir, es un sistema. El derecho privado romano es la materia prima a partir de la cual se pueden extraer mediante un proceso de abstracción sucesiva las categorías generales, la «genealogía de conceptos». Después, tras una progresiva operación de deducciones lógicas, se va construyendo todo el sistema jurídico y esta es la tarea eminentemente científica de la jurisprudencia, cuya autoridad tiene como fundamento la propia ciencia ¹⁰⁸. Así pues, a partir de Puchta la Escuela Histórica tomará un rumbo decididamente dogmático. La Jurisprudencia Conceptual supuso en cierto modo un retorno al ideal iluminista del *sapere aude* pero a partir de la base dogmática del derecho romano.

La gran altura alcanzada por la Pandectística y la ciencia jurídica alemana en el siglo XIX representa el momento cumbre de la ciencia del derecho romano de todos los tiempos desde que aconteciera la recepción medieval boloñesa. La importancia de la Pandectística es evidenciada por el considerable número de juristas de relieve que produjeron las universidades alemanas desde finales del siglo XVIII. Por ello, estimamos merecedor de un recordatorio el elenco de los principales representantes de la Pandectística alemana, de los precursores de la misma y seguidores de la Escuela Histórica del Derecho, así como de los pandectistas tardíos y de aquellos que tuvieron alguna aproximación a la Pandectística, con indicación de su obra más significativa. Seguimos al efecto un orden cronológico de fecha de nacimiento de los juristas:

Carl Christoph Hofacker (1749-1793), *Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Württemberg* (Stuttgart, 1824-1834); Johann Friedrich Reitemeier (1755-1839), *Enzyklopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland* (Gotinga, 1785); Gottlieb Hufeland (1760-1817), *Einleitung in die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts* (Jena, 1796); Gustav Hugo (1764-1844), *Institutionen des heutigen römischen Rechts* (Berlín, 1789); Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), *System des Pandekten-Rechts* (Jena, 1803); Anders Sandøe Ørsted (1778-1860), *Over Sammenhængen mellem Dydelærens og Retslærens Princip* (Kiøbenhavn, 1798); Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837), edición de las Instituciones de Gayo: *Gai Institutionum Commentarii IV* (Berlín, 1820-1821); Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), *System des heutigen Römischen Rechts* (Berlín, 1840-1849); Christian Johann Hasse (1779-1830), *Die Culpa des römischen Rechts: eine civilistische Abhandlung* (Kiel, 1815); Albrecht Schweppe (1783-1829), *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer: mit erster vollständiger Rücksicht auf Gajus und die Vaticanische Fragmente* (Gotinga, 1826); Nikolaus Falck (1784-1850), *Juristische Enzyklopädie* (Kiel, 1821); Jacob Grimm (1785-1863), *Deutsche Rechtsalterthümer* (Gotinga, 1828); Christian Friedrich Mühlenbruch (1785-1843), *Lehrbuch des Pandekten-Rechts* (Fráncfort del Main, 1839-1840); Georg Ludwig von Maurer (1790-1872), *Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Verfahrens* (Heidelberg, 1824); Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim (1790-1831), *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Goldbach, 1827-1828); Gustav Hänel (1792-1878), *Catalogi librorum manuscriptorum, qui in bibliothecis Galliae, Helvetiae, Belgii, Britanniae M., Hispaniae, Lusitaniae asservantur*

por C.F.S. Mühlenbruch, E. Fein, K.L. Arndts von Arnesberg, K. Salkowsky, B.W. Leist, H. Burckhard, K. Czyhlarz y A. Ubbelohde. Las Pandectas de Glück representan efectivamente una excepción en cuanto al sistema expositivo habitual de los pandectistas ya que el autor sigue el orden del Digesto y trata cada institución o materia a modo de monografías independientes siguiendo un personal esquema y no el característico de la sucesión progresiva de textos. Por otra parte, en contraste con sus conmlitones son copiosísimas las referencias a juristas medievales y modernos.

¹⁰⁸ Sobre la técnica de la «Jurisprudencia Conceptual» véase ampliamente W. KRAWIETZ, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976.

tur (Leipzig, 1830); Konrad Eugen Franz Roßhirt (1793-1873), *Lehrbuch des Criminalrechts* (Heidelberg, 1821); Johann Adam von Seuffert (1794-1857), *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts* (Wurzburgo, 1825); Moritz August Bethmann-Hollweg (1795-1877), *Der Civilproceß des Gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* (Bonn, 1864-1874); Carl Gustav Homeyer (1795-1874), editor del *Sachsenspiegel-Landrecht* (1827, 1835 y 1861); Karl Joseph Georg Sigismund von Wächter (1797-1880), *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts* (Stuttgart, 1825-1826); Georg Friedrich Puchta (1798-1846), *Lehrbuch der Pandekten* (Leipzig, 1838); Friedrich Ludwig Keller vom Steinbock (1799-1860), *Der römische Civilproceß und die Aktionen in summarischer Darstellung* (Leipzig, 1852); Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876), *Die Genere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts* (Königsberg, 1828); Friedrich Julius Stahl (1802-1861), *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* (Heidelberg, 1830-1837); Karl Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878), *Lehrbuch der Pandekten* (Múnich, 1852); Karl Friedrich Ferdinand Sintenis (1804-1868), *Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilproceßes* (Giessen, 1839-1840); Johann Friedrich Kierulff (1806-1894), *Theorie des gemeinen Civilrechts* (Altona, 1839); Karl Adolf Vangerow (1808-1870), *Lehrbuch der Pandekten* (Marburg, 1863-1869); Georg Beseler (1809-1888), *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (1847-1855); Bernhard Windscheid (1817-1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Dusseldorf-Leipzig, 1862-1874, última edición revisada por el autor 1891); Rudolf von Jhering (1818-1892), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865); Alois von Brinz (1820-1887), *Lehrbuch der Pandekten* (Erlangen, 1857-1871); Ernst Immanuel Bekker (1827-1916), *System des heutigen Pandektenrechts* (Weimar, 1886-1889); Heinrich Dernburg (1829-1907), *Pandekten* (Berlín, 1884-1887); Ferdinand Regelsberger (1831-1911), *Pandekten* (Leipzig, 1893); Julius Baron (1834-1898), *Pandekten* (Leipzig, 1872); Ernst Landsberg (1860-1927), *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Múnich, 1898).

La Pandectística llevó a cabo una construcción teórico-práctica del derecho romano justinianeo de tal modo que cumplió un conjunto de exigencias: en primer término de tipo dogmático, a través de procesos de abstracción y generalización operados sobre las fuentes justinianeas; en segundo término, una exigencia de actualización o de ajuste del derecho a la sociedad y a la coyuntura económica del momento histórico; y, por último, la exigencia de satisfacer la necesidad de afirmación nacional característica del siglo XIX aunque especialmente de Alemania por sus particulares circunstancias históricas y por hallarse a la sazón en proceso de unificación geopolítica. La Pandectística fue el resultado de la evolución del historicismo jurídico hacia el cientificismo jurídico, es decir, hacia el «positivismo científico-jurídico», es decir, una concepción del derecho que hace derivar las normas jurídicas exclusivamente de conceptos estrictamente jurídicos, lo cual representó algo más que un simple método jurídico, fue una filosofía social, una política social¹⁰⁹. Por último, la unificación del derecho en Alemania debe mucho a la Pandectística que proporcionó la base dogmática al *Bürgerliches Gesetzbuch* («BGB.»).

Un tratamiento especial en el contexto histórico de la Pandectística tardía debe darse a la figura de Rudolf von Jhering¹¹⁰ (1818-1892). Con él cientificismo pandectístico dará un giro hacia el naturalismo jurídico. Al igual que sus predecesores sostuvo que el derecho era obra de la historia del mismo modo que lo era el lenguaje y que las imposiciones de los legisladores terminaban siempre cayendo en el vacío. Con una manifiesta influencia de las teorías en boga del evolucionismo de Charles Darwin y del utilitarismo de Jeremy Bentham, que se manifiesta en su *Interessenjurisprudenz*, propuso una teoría radicalmente voluntarista y biologicista sobre el origen del derecho: éste nacía de la fuerza y de la lucha y la voluntad era el origen del derecho manifestada a través de la fuerza¹¹¹. El mismo título de su obra *Der Kampf ums Recht* evidencia esa influencia del evolucionismo. El derecho

¹⁰⁹ Cfr. G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, en «La formazione storica del diritto moderno in Europa», I, cit., p. 123 ss.

¹¹⁰ Advértase que utilizo la grafía «Jhering», frente al reiterado uso de «Ihering». La forma correcta es con «J», pues así firmaba este autor y así consta en su partida de nacimiento. Consúltese al respecto K.H. NEUHAUS, *Jhering oder Ihering*, en «Juristenzeitung», XX, 1954, p. 657; M. KUNZE, *Rudolf von Jhering - ein Lebensbild*, en O. BEHREND'S (ed.), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlass der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.92*, Göttingen, 1992.

¹¹¹ Su particular teoría del origen del derecho la mostró en su obra *Der Kampf ums Recht*, Wien, 1872, trad. esp. por A. POSADA, Madrid, 1985; y en *Geist*, I, trad. esp. E. PRÍNCIPE y J.L. MONEREO, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Granada, 1999.

se desarrolla a través del esfuerzo o de la lucha individual o colectiva. Esa voluntad no es aleatoria sino que está dirigida a un fin, el cual consiste en la consecución de un interés y, por ello, el contenido del derecho es el arbitrio de los intereses en pugna y el derecho tiene como objeto la protección de un interés, siendo el más excelso el interés común a la sociedad ¹¹². La aplicación del evolucionismo jurídico a la fenomenología jurídica adolece, sin embargo, de cierto ingenuismo pues ya tropieza *prima facie* con el escollo de preterir completamente el momento judicial, la figura del juez o elemento decisor de las controversias y el juicio como proceso conducente a la resolución del conflicto, elemento que es el más importante sin duda de la idea de derecho y que no encuentra cabida en una visión totalmente voluntarista del derecho. Sí se trata, en cambio, de una explicación a cuál sea el fundamento del derecho en la historia de la humanidad, al porqué surge el derecho en tiempos remotos, precisamente como medio civilizado de resolver las pulsiones egoístas de los individuos en comunidad y superar la fuerza como modo de resolución de las controversias ¹¹³. El evolucionismo jurídico influiría poderosamente en el método naturalístico del romanista Pietro Bonfante.

El pensamiento de Jhering tenderá cada vez más hacia una concepción sociológica del derecho que conducirá a la formulación de la llamada por Philipp Heck ¹¹⁴ «Jurisprudencia de Intereses» (*Interessenjurisprudenz*) ¹¹⁵, uno de sus máximos defensores. La Escuela de Tubinga con Heck a la cabeza tratará de remediar el denunciado defecto de Jhering al acentuar el papel del juzgador, al que considera un instrumento creativo en la resolución de los intereses en litigio en caso de laguna o insuficiencia del ordenamiento jurídico, aunque siempre su actividad ha de quedar supeditada al contexto axiológico de intereses contenidos en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia de intereses considera el ordenamiento jurídico como un sistema de intereses pero reconoce frente al positivismo jurídico que el derecho positivo no es capaz de prever las soluciones para todos los supuestos susceptibles de valoración jurídica y, por ello, se hace necesaria la intervención judicial para dar satisfacción a todos los posibles intereses sociales.

La jurisprudencia de intereses opondrá a la puchiana *Begriffsjurisprudenz* que por el camino de la lógica no puede llegarse al conocimiento de lo que es derecho y de cual deba ser el contenido de las normas jurídicas ¹¹⁶. Heck añade que el defecto principal de la Jurisprudencia Conceptual es el haber atribuido a los conceptos ordenadores o fundamentales (*Ordnungsbegriffe*) el valor de una especie de conceptos-preceptivos o imperativos (*Gebotesbegriffe*) ¹¹⁷. El derecho ha sido creado por los hombres merced a una convergencia de intereses hacia un fin, entendiendo «interés» en el sentido más amplio posible como todo cultural sentimiento de anhelo (*kulturelle Begehrungsdisposition*) de tal manera que han de ser contemplados y evaluados bajo el término «interés» no sólo los de índole económica o material sino también los ideales ¹¹⁸. El derecho acaba siendo finalmente concebido

¹¹²) Esta idea aparece a lo largo de su obra *Der Zweck im Recht*, I-II, Leipzig, 1877-1883, trad. esp. D. ABAD DE SANTILLÁN, *El Fin en el Derecho*, Granada, 2000.

¹¹³) Se podría añadir como crítica al evolucionismo lo señalado por X. D'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1979, p. 35 s., para quien la idea de evolución no tiene encaje con la historia jurídica pues ésta se refiere siempre a textos, es decir, a momentos puntuales, y no a realidades naturales susceptibles de un cambio continuo. La discontinuidad de los textos es incompatible con el mismo concepto de evolución darwiniano, pues sólo puede evolucionar lo que es perpetuable de generación en generación, es decir, las especies naturales. Las instituciones jurídicas ciertamente evolucionan pero no en un sentido literal del verbo sino figurado. El uso del término «evolución» en derecho sólo es un modo convencional de expresar los cambios a través del tiempo de las instituciones y se utiliza traslaticamente lo que es propio de las realidades naturales.

¹¹⁴) P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, p. 11.

¹¹⁵) Sobre la «Jurisprudencia de intereses» véase *Geist*, III y la obra *Die Jurisprudenz im täglichen Leben*, Jena, 1870, trad. esp. E. VALIÑO, *Derecho de la vida cotidiana*, Valencia, 1993. Véase también HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., y H. STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, en «Festgabe Ph. Heck M. Rümelin A.B. Schmidt», cit., p. 60 ss.

¹¹⁶) Al respecto véase R. VON JHERING, *Scherz und Ernst im Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, *passim*: traducciones al castellano de esta obra: T.A. BANZHOF, *Bromas y veras de la Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1974, y S. LUQUE, *Bromas y veras de la ciencia jurídica* ², Madrid, 1993.

¹¹⁷) HECK, *Gesetzesauslegung*, cit. p. 11 ss.

¹¹⁸) P. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, p. 30.

como una realidad social y, en concreto, un instrumento para imponer el poder y el interés, de donde la necesidad de luchar en defensa del propio derecho individual, pues de ello depende la propia conservación del derecho objetivo cuyo fundamento se halla en el fin de cada individuo o en el fin de la sociedad. Finalmente, cabría añadir que la teoría de Jhering sería también el punto de partida de la doctrina social del derecho, de la concepción del derecho como función social de Otto von Gierke (1841-1921) ¹¹⁹.

Las condiciones de madurez científica que señalaba Savigny como presupuesto indefectible para llevar a cabo una codificación del derecho alemán serían conseguidas gracias a la gran actividad y vasta producción científica de la Pandectística. Por eso, puede decirse que ésta allanó el terreno para realizar la codificación alemana. De los pandectistas que se acaban de relacionar Bernhard Windscheid, uno de los más tardíos, representa la síntesis de toda la elaboración dogmática de la Pandectística y la máxima expresión del positivismo científico. Su *Lehrbuch des Pandektenrechts*, que refleja un derecho romano fuertemente individualista, puede considerarse, como ha dicho Wieacker ¹²⁰, *eine Summe des Privatrechts* y cumplió un papel similar al que tuvo en la Edad Media la *Glossa ordinaria* de Acursio en relación con las obras de los glosadores precedentes. Tal obra tuvo, además, una importancia decisiva en la confección del *Bürgerliches Gesetzbuch*, pues su obra no sólo inspiró sino que incluso la primera redacción del «BGB.» no fue sino prácticamente una transliteración en forma articulada de su *Pandektenrecht*. Por otra parte, la corriente historicista de la Escuela Histórica y de la Pandectística fue presupuesto de grandes hitos futuros para la ciencia del derecho romano, como las grandes obras, hoy imprescindibles para la comprensión y la reconstrucción histórica del derecho romano, de Mommsen, Lenel, Dirksen, Bluhme, Rudorff, Keller o Bethmann-Hollweg, entre otros.

En España la doctrina alemana de la Escuela histórica tuvo una especial resonancia y gozó de entusiastas valedores, pues servía de fundamento teórico a los defensores de los derechos forales, especialmente en Cataluña, en los prolegómenos de la elaboración del Código Civil español. De hecho, podría afirmarse que el respaldo teórico ofrecido por la Escuela Histórica a la causa foralista y anticodificadora supuso finalmente el abandono del Proyecto de Código Civil de 1851, obra de Florencio García Goyena, proyecto émulo del *Code* francés de 1804 y que albergaba un claro propósito de unificación jurídica para toda España.

La figura más emblemática de la doctrina histórica en España fue sin duda la del catalán Manuel Duran i Bas (1823-1907) ¹²¹, autor prolífico y prologador de la traducción al castellano del *System* de Savigny ¹²². Duran i Bas sirviéndose de los postulados de la Escuela Histórica, en cuya virtud cada pueblo tiene el derecho que él mismo genera a lo largo de su historia y que refleja su propio espíritu e idiosincrasia, mantuvo reiteradamente y en múltiples foros la tesis de que en Cataluña no debía imponerse un código civil general sino que debía respetarse su propio derecho forjado históricamente ¹²³. Duran i Bas fue el autor de *Memòria del Dret Civil Especial de Catalunya* (1883), que sería aprovechada como base en el anteproyecto redactado por la comisión de juristas creada en el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en 1947 en Zaragoza, así como de la posterior Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1961. El reconocimiento y respeto a los derechos forales fue mantenido finalmente por el Código Civil español de 1889 al sancionar, tras la modificación, obtenida en buena medida gracias al esfuerzo de Duran, de los artículos 12 y 15 del Proyecto

¹¹⁹) Expuesta en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I-IV., Berlin, 1868-1871.

¹²⁰) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 447.

¹²¹) Para una amplia semblanza sobre la vida y obra de M. Duran i Bas véase J. DE CAMPS I ARBOIX, *Duran i Bas*, Barcelona, 1961. Relación de obras de Duran i Bas en p. 199-203. También sobre el pandectismo en Cataluña: J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXVIII, 1979, p. 567-641 y 771-789, y LXXIX, 1980, p. 9-47, 281-311, 569-596, y M. FIGUERAS, *La escuela jurídica catalana frente a la codificación española. Duran i Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987.

¹²²) F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp. J. MESÍA y M. POLEY y prólogo de M. DURÁN I BAS, I-V, Madrid, 1878.

¹²³) Sobre la defensa en diferentes escenarios del derecho foral catalán por Duran i Bas véase DE CAMPS I ARBOIX, *op. cit.*, p. 111 ss.

de Código Civil, la aplicación supletoria de segundo grado del Código Civil en los territorios forales, esto es, sólo en caso de inexistencia de derecho supletorio específico en la materia o cuestión de que se trate – el derecho supletorio de primer grado en Cataluña estaba constituido a la sazón por el derecho romano y el derecho canónico.

Por esa apasionada defensa del derecho catalán Duran i Bas ha sido considerado por los historiadores como una de las figuras más relevantes del pre-catalanismo. Sobre el derecho romano destaca Duran los valores del mismo que no son sino los más gratos a la concepción del derecho de la Escuela Histórica: ante todo su enorme importancia como sistema de derecho privado; considerado en su valor interno lo estima el más completo en sus partes, el más sistemático en su conjunto, el más perfecto en sus instituciones, el más correcto en sus fórmulas y el más expansivo a pesar del rigorismo de sus principios; considerado en su valor externo, en su elemento histórico, destaca su carácter estable y progresivo y el hecho de haber conservado su tipo primitivo sin dejar por ello de modificarse bajo la influencia de nuevos elementos transformadores de la civilización romana; y, finalmente, pondera la gran trascendencia del derecho romano como derecho común de Europa y como elemento sistemático de las instituciones de los pueblos europeos así como base de su axiomática y lenguaje jurídicos ¹²⁴.

En el segundo tercio del siglo XIX descolló también el positivismo filosófico, cuyo máximo representante fue August Comte con su obra *Cours de Philosophie positive* (París, 1830-1842). Su pensamiento se caracterizó básicamente por el rechazo de los conceptos generales y abstractos que constituyen el objeto de la metafísica limitándose al estudio de los hechos y a la formulación de leyes que expresan la habitualidad social con que acontecen tales hechos. La obra de Comte dará lugar al sociologismo histórico para el que el objeto fundamental del estudio histórico no son los hechos en sí mismos sino las concepciones colectivas formadas en torno a ellos. El sociologismo histórico fue seguido por algún romanista como H. Lévy-Bruhl ¹²⁵. Pero en relación con el derecho romano el sociologismo presenta, sin embargo, un grave inconveniente pues siendo la romana una sociedad de la Antigüedad y habida cuenta de la naturaleza textual de las principales fuentes de conocimiento las opiniones colectivas o la mentalidad social no puede ocupar el primer plano de la investigación jurídica pues no es posible un tratamiento o un estudio directo de esas concepciones sociales, sí en cambio, de las fuentes jurídicas. La dimensión social romana no puede ser sino a lo sumo un presupuesto o un factor a tomar en consideración junto con otros en la investigación del derecho romano.

El positivismo filosófico se trasfunde al ámbito del derecho originando el positivismo jurídico. Éste llegaría a dominar todo el ámbito del derecho a finales del siglo XIX. No contempla el derecho desde la óptica del derecho natural o de la ciencia del derecho sino desde sus manifestaciones más inmediatas, como son principalmente los textos legales y, en este sentido, la codificación serviría de principal sustento a esta corriente de pensamiento jurídico. El positivismo científico propio de los pandectistas se opone al positivismo jurídico no en lo esencial sino en lo adjetival como lo denota su propia denominación. Así, mientras que el primero hace derivar el derecho exclusivamente de los conceptos teóricos elaborados científicamente, de la *Begriffsjurisprudenz* puchiana, el positivismo jurídico agota el derecho en las normas emanadas del Estado, en los imperativos legalistas. Si el positivismo científico al concebir el derecho como ciencia puede llevar a una fría y matemática apreciación de la justicia no presenta, en cambio, el riesgo de desembocar eventualmente, como sí el positivismo jurídico, en terribles experiencias históricas, como la del genocidio judío causado por el Nacionalsocialismo alemán, pues un legalismo jurídico incontrolado puede ser legitimador de todo tipo de hechos luctuosos.

El positivismo jurídico fue conocido en Francia como «Escuela de la Exégesis», sus postulados fundamentales eran: rendir culto al texto legal en tanto que era máxima expresión del derecho y,

¹²⁴) DURAN I BAS, Prólogo a *Sistema*, p. x ss.

¹²⁵) Así, en su obra *Aspects sociologiques du droit*, París, 1955.

en concreto, al código napoleónico; atender al espíritu o voluntad real o subsidiariamente presunta del legislador como principal regla hermenéutica; la estatalización del derecho, éste es considerado como una creación del Estado; un predominio absoluto del derecho positivo sobre el derecho natural, el cual tiene un carácter marginal por su excesiva generalidad y abstracción que lo hace prácticamente inoperante en la casuística práctica, salvo que se proceda a la concreción de sus principios y en ese caso su aplicación sería subsidiaria y en el sentido de «Teoría General del Derecho»; y, por último, el positivismo otorga gran importancia a la autoridad de los intérpretes del código o de la ley, a los comentaristas del código de Napoleón.

Otra manifestación del positivismo jurídico decimonónico fue la «Escuela del Derecho comparado» surgida en Alemania. De modo similar a la Teoría General del Derecho que pretendía extraer los conceptos fundamentales y los principios generales a partir exclusivamente del derecho positivo de un país, aquella escuela tratará de extraer esos conceptos y principios sobre la base de la comparación de los ordenamientos jurídicos de diversos países siguiendo un método similar al de las ciencias naturales y con el fin de llegar a conclusiones generales sobre el modo de producción del derecho en todo tiempo y lugar.

En Inglaterra obtuvo especial acogida el positivismo jurídico con la llamada «Escuela Analítica», uno de cuyos principales representantes fue John Austin (1790-1859). Conceptúa Austin el derecho como el mandato general y abstracto del soberano o del jefe supremo de una comunidad política. Por ello, no hay más derecho que el que proviene del Estado y éste debe ser estudiado tal cual es y no como debería ser. Austin fue autor de una obra, la única que publicó personalmente, titulada *The Province of Jurisprudence Determined* (Londres, 1832) y de otros ensayos y apuntes que fueron publicados póstumamente. La tesis principal mantenida en estas obras es que el derecho posee una estructura formal idéntica que se expresa en una serie de conceptos fundamentales hallables en la base de todo orden jurídico posible. Para Austin, siguiendo a Jeremy Bentham (1748-1832), el derecho no es un orden objetivo obtenido a través de la naturaleza humana y que puede ser revelado a través de la especulación, sino un orden de conducta vinculado a una comunidad política determinada y sometido a los mismos avatares de esa comunidad. Todo derecho es positivo porque es el medio para la ordenación racional de una sociedad según un criterio empírico variable en cada caso. Sobre el propio concepto de «derecho» señala que «todo derecho positivo o, lo que es lo mismo, todo derecho simple y estrictamente llamado así, es impuesto directa o indirectamente por una persona o un cuerpo soberano a un miembro o miembros de la comunidad política independiente en la cual aquella persona o cuerpo son soberanos o supremos [...] Y aun cuando proceda directamente de otra fuente es derecho positivo o derecho en sentido estricto por la sanción que le presta aquel soberano en su codición de superior político»¹²⁶. Hay dos maneras de considerar el derecho positivo: por su singularidad histórica o como orden jurídico abstracto. La primera de ellas supone el estudio de su contenido y da lugar a la que denomina «jurisprudencia particular»; la segunda es el estudio de todos los conceptos que se dan en todo derecho y origina lo que califica de «jurisprudencia general» o «filosofía del derecho positivo»¹²⁷. Sólo desde este segundo punto de vista el derecho es susceptible de conocimiento científico, mientras que como «jurisprudencia particular» sólo cabe un aprendizaje. En definitiva, el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo pero también su proyección formal en el pensamiento abstracto. Los contenidos históricos son sólo algo fáctico y en tanto que no pueden ser reducidos a categorías formales no son susceptibles de un conocimiento de validez general o conocimiento científico. Pero ello no significa que la jurisprudencia particular o estudio del contenido del derecho carezca de valor, al contrario Austin acentúa la importancia de su influencia, el valor intrínseco y el carácter universal y fundamental del derecho romano, lamentando la situación de abandono académico en que se hallaba en su país¹²⁸.

¹²⁶) J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1863, I, p. 220.

¹²⁷) AUSTIN, *op. cit.*, II, p. 1072

¹²⁸) En efecto, en su breve ensayo *On the Uses of the Study of Jurisprudence* señala al respecto lo siguiente: «En

6. Desde finales del siglo XIX se impuso el positivismo jurídico o legalista sobre el positivismo científico que culminaría con la promulgación del «BGB». Como señala Wieacker¹²⁹, el positivismo jurídico representa la victoria del Estado sobre la ciencia jurídica; la legislación se separó de la cultura jurídica y el derecho en el Estado constitucional ya no se fundamenta en la ciencia jurídica sino en la ley elaborada por el órgano legislativo y éste se halla legitimado en cuanto representante de la voluntad popular.

El Pandectismo había gozado de un gran éxito como lo demuestra la enorme repercusión que tuvo no sólo en Europa sino también en otros continentes, llevando el romanismo jurídico a países en principio muy alejados de la órbita romanística, como v. gr., Japón¹³⁰, Corea, Tailandia y China, a países iberoamericanos, a los países escandinavos, que no participaron de la general recepción renacentista del derecho romano, e influyendo también en el pensamiento jurídico anglosajón. Como afirma Floris Margadant, dio origen a una oleada de «nuevas recepciones del derecho romano»¹³¹.

El Pandectismo jurídico alcanzó su punto culminante con la promulgación del *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* en fecha de 18 de agosto de 1896¹³², tras los trabajos de dos comisiones y de los debates que tuvieron lugar en el seno del *Reichstag*. Los trabajos de la primera comisión se desarrollaron entre 1874 y 1887, resultando de los mismos la primera redacción del código, a la que se denominó jocosamente en los círculos jurídicos *das kleine Windscheid*, por basarse fundamentalmente en la obra de Pandectas de este jurista. La segunda comisión tuvo como misión no llevar a cabo una nueva redacción sino la revisión y mejora de la primera y sus trabajos se desarrollaron entre los años 1890 y 1895, adquiriendo en ella protagonismo el jurista Gottlieb Planck (1824-1910), razón por la cual fue conocida esta revisión del «BGB» como «Proyecto Planck». Es de destacar que en esta revisión de la primitiva redacción del «BGB» fueron tenidas en cuenta sobre todo las modificaciones reivindicadas por los parlamentarios socialistas. El Proyecto Planck constituyó prácticamente la redacción definitiva del «BGB». Pero a ésta y a su promulgación se llegó en fecha de 18 de agosto de 1896, tras las 53 sesiones que hubo de celebrar el *Reichstag* entre los días 7 de febre-

muchas de las naciones de la moderna Europa continental, gran parte de la sustancia del derecho vigente y gran parte del lenguaje técnico en que se reviste derivan del derecho romano, siendo ininteligible dicha terminología sin algún conocimiento de este último. A la vez que, de otra parte, el orden o articulación que se da de ordinario al sistema imita el paradigma de ordenación científica que nos sale al paso en las Instituciones de Justiniano. Incluso en nuestro propio país, una gran parte del derecho eclesiástico y de la *equity* y alguna parte, aunque menor, del *common law*, proceden del derecho romano, bien directamente, bien a través del derecho canónico. Y no sólo al derecho positivo de las naciones europeas modernas se ha limitado la influencia del derecho romano. El lenguaje técnico de este derecho universal ha teñido, en efecto, profundamente el lenguaje del derecho internacional o moralidad que dichas naciones pretenden observar. Al tomar pues, con amplitud, ejemplos del derecho romano o civil, el expositor de la jurisprudencia general a la vez que ilustra su objeto, da idea de su sistema que es la clave de la moralidad internacional, de la diplomacia y de gran parte del derecho positivo de las modernas comunidades civilizadas. Es muy de lamentar que en nuestro país esté abandonado el estudio del derecho romano, y que sean tan poco comprendidos los méritos reales de sus fundadores y expositores [...]. El derecho romano, empero, no debe utilizarse como un almacén de sabiduría legislativa. Los grandes juristas romanos son, en realidad, expositores de un sistema positivo [...] Su verdadero mérito se encuentra en el dominio absoluto de aquel sistema, en el conocimiento perfecto de sus principios, en la expedición con que los tienen presentes, y en la facilidad y seguridad con que los aplican». Se ha utilizado la traducción al castellano de este ensayo que realizó F. GONZÁLEZ VICEN para el Instituto de Estudios Políticos en 1951: J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, 1951, p. 48 ss.

¹²⁹) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 459.

¹³⁰) El caso de Japón es especialmente significativo pues la repercusión del derecho de Pandectas tuvo allí una especial intensidad: se crearon cátedras de derecho romano en 1902; fue derogado el Código Civil japonés, obra de Jean François Boissonade de Fontarabie e inspirado en el *Code* napoleónico; y fue promulgado como nuevo Código Civil el primer proyecto de «BGB» de corte claramente pandectista e inspirado en las *Pandekten* de B. Windscheid, que en Alemania sería modificado y sustituido por el llamado «Proyecto Planck».

¹³¹) FLORIS MARGADANT S., *Significado*, cit., p. 38.

¹³²) En 1996 se publicó una edición facsimilar, in *Frakturschrift*, de la primera edición del «BGB», en conmemoración del primer centenario de su promulgación, «Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich», München, 1896, reimpr. fac. 1.ª ed., München, 1996.

ro y 11 de junio de ese año para la fijación definitiva del tenor del «BGB». Simultáneamente fue promulgada la «Ley de Introducción del Código Civil alemán», *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* («EGBGB»). El art. 1 de la «EGBGB» dispuso la entrada en vigor del Código el primero de enero de 1900. El prolongado plazo de *vacatio*, de casi cuatro años, se debió a la exigencia contenida en ese mismo precepto de que el «BGB» entrara en vigor simultáneamente, por razones de coherencia interna del ordenamiento jurídico, con un conjunto de leyes, a saber: la de nueva planta de tribunales, la de proceso civil, la de procedimiento concursal, la de administración judicial, la de subasta pública, la ordenanza hipotecaria y la de causas susceptibles de jurisdicción voluntaria ¹³³.

La influencia del derecho romano justinianeo en el «BGB» es notoria. Los libros primero y segundo dedicados a la parte general (*Allgemeiner Teil*) y al derecho de las relaciones obligatorias (*Recht der Schuldverhältnisse*) son prácticamente un calco del derecho romano pasado por el cedazo actualizador pandectista, especialmente el de Windscheid. Aun sin perder su impronta romana mayores influencias germánicas son apreciables en los otros tres libros, dedicados respectivamente a los derechos reales, al derecho de familia y al derecho de sucesiones.

El «BGB» representó en su momento histórico la expresión más acabada del positivismo científico del siglo XIX, la elaboración de un sistema y de una teoría general del derecho privado que satisfizo las exigencias racionalistas del concepto cartesiano de ciencia y de método de la jurisprudencia a partir del derecho romano justinianeo y, además, legitimó las aspiraciones de la clase social burguesa dominante. El método de la Escuela Histórica y el derecho privado se convirtieron en el paradigma y en la teoría general de las diversas ramas del derecho público.

Pero la entrada en vigor del «BGB» también supuso en términos generales el fin del derecho romano como fuente directa del derecho, del derecho positivo. No obstante, podría hablarse de cierta vigencia mediata del derecho romano en el caso de la República Sudafricana, donde rige el llamado derecho romano-holandés (*Romeins-Hollandse Reg*) ¹³⁴. Por otra parte, la vigencia del *ius commune* en su configuración anterior a la Revolución Francesa sobrevive en dos diminutos Estados europeos: la República de San Marino y el Principado de Andorra. En San Marino donde no penetró la Revolución Francesa, no existe derecho codificado y es de aplicación directa el *ius commune* del *Ancien Régime* como derecho consuetudinario ¹³⁵. En Andorra el «Manual Digest» (1748) ¹³⁶, que no es un Código sino un compendio-manual de instituciones jurídicas públicas y privadas del Principado, obra de Antoni Fiter i Rosell, se establece como primera fuente del derecho andorrano la costumbre andorrana, que es en gran medida derecho romano o *ius commune* consuetudinario, y se declara como derecho supletorio de último grado el derecho romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis* ¹³⁷. También en Navarra el derecho romano sigue conservando el valor de fuente del derecho de régimen supletorio aunque limitada a la interpretación ¹³⁸.

¹³³) Art. 1 «EGBGB»: «Das Bürgerliche Gesetzbuch tritt am 1. Januar 1900 gleichzeitig mit einem Gesetze, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozessordnung und der Konkursordnung, einem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, einer Grundbuchordnung und einem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kraft».

¹³⁴) Para una visión panorámica del derecho romano-holandés véase R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, 1992, que contiene asimismo abundante bibliografía para profundizar en esta materia.

¹³⁵) Sobre el *ius commune* de San Marino cfr. P. STEIN, *Civil Law Report and the case of San Marino*, en «Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium F. Wieacker», cit., p. 323 ss., y F. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle spe-rienze di San Marino*, en «Rivista Internazionale di diritto comune», V, 1994, p. 91-168.

¹³⁶) «Manual Digest», ed. facsímil, Andorra la Vella, 1987.

¹³⁷) Sobre el *ius commune* vigente y en concreto sobre los casos particulares de San Marino y Andorra se celebró un Simposio en Andorra la Vella en 1993 a iniciativa del *Institut d'Estudis Adorrans*: «Actes del Primer Simposi Jurídic Principat d'Andorra-República de San Marino: el ius commune com a dret vigent: l'experiència judicial d'Andorra i San Marino», I-II, Andorra la Vella, 1994; otro Congreso tuvo lugar en Pisa los días 29 y 30 de septiembre de 1995: «Convegno sul diritto romano vigente». Sus Actas todavía no han sido publicadas pero puede consultarse por Internet (<http://www.idr.unipi.it/iura-communia/landi.html>) un comentario-resumen sobre este Congreso a cargo de Andrea Landi.

¹³⁸) Ley 6 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973.

También el «BGB.» repercutió negativamente no sólo en el interés práctico sino también en el estudio académico del derecho romano. Esto es lo que de hecho ocurrió en Alemania, donde el curso de Pandectas de las Facultades de Jurisprudencia fue sustituido por el estudio y la exégesis del «BGB.», cosa que, sin embargo, no había acontecido en otros países en los que la promulgación de sus respectivos códigos no conllevó la desaparición académica, al menos automáticamente, del derecho romano, como es el caso de Francia, Italia o de nuestro país. Este hecho, que resulta llamativo por paradójico al haber acontecido en un país como Alemania que había aportado más que cualquier otro grandes progresos a la ciencia romanística, iba a tener una gran incidencia sobre el futuro del derecho romano, pues condujo a un replanteamiento sobre su utilidad. En efecto, la consecuencia del ostracismo académico del derecho romano fue la vuelta al historicismo humanista a través de la corriente que ha sido denominada «neohumanismo» o «corriente neohumanística» (*«neuhumanistische Richtung»*)¹³⁹, la cual encerró el derecho romano en el coto de las ciencias de la Antigüedad y lo aisló de la praxis jurídica – el péndulo volvía a oscilar en dirección hacia el historicismo – y lo condujo finalmente a la tan recurrentemente llamada por la doctrina romanista «crisis del derecho romano». En definitiva, «de la Caribdis del dogmatismo pandectista se cayó en la Escila de la erudición neohumanista»¹⁴⁰.

Pero el fin del Pandectismo fue en realidad aplaudido por sus detractores, partidarios de una investigación romanista considerada como un fin en sí misma y de la liberación de la instrumental utilización dogmática del derecho romano justiniano para la resolución de las necesidades jurídicas modernas. Si los pandectistas trataron de construir un sistema jurídico a partir del derecho justiniano válido para todo tiempo, la labor del romanista, de acuerdo con la nueva corriente neohumanista, debía ser científicamente pura, la ciencia por la ciencia, había de consistir en un retorno en cierto modo al humanismo jurídico de los siglos XVI y XVII, al *mos Gallicus* frente al *mos Italicus*, a la indagación de las fuentes de todo tipo a fin de descubrir el verdadero sentido de las instituciones jurídicas romanas en los sucesivos estratos de su evolución histórica, si bien la investigación se centrará en la época clásica del derecho romano, a través de investigaciones con componentes de índole extrajurídica, cosa que permitieron los grandes descubrimientos de documentos y monumentos jurídicos romanos desde mediados del siglo XIX y los coetáneos avances en ciencias auxiliares del derecho romano como la papirología o la epigrafía. En definitiva, el propósito del Neohumanismo era la fiel reconstrucción del derecho romano. La manifestación más sobresaliente del Neohumanismo de finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX sería sin duda la «crítica de interpolaciones».

Este encapsulamiento científico de los romanistas neohumanistas no fue, por una parte, comprendido por sus colegas universitarios dedicados a la exégesis del derecho positivo y, por otra, supuso un alejamiento respecto del práctico del derecho, a quien no atraía la labor y los resultados del romanista por resultarle meras erudiciones incomprensibles. Esta situación acarreó un cuestionamiento de la misma utilidad del derecho romano no sólo para la praxis jurídica cotidiana sino también, en ocasiones, dentro del ámbito académico. Sin embargo, los resultados científicos del neohumanismo fueron los más extraordinarios en toda la historia del romanismo.

El Neohumanismo al igual que el Pandectismo fue una corriente científica de procedencia alemana. Entre sus representantes se halla en primer lugar Theodor Mommsen (1817-1903), gran conocedor de las ciencias de la Antigüedad en su conjunto, filólogo, epigrafista, numismático, historiador y jurista que dotó de gran prestigio a la *Preussische Akademie der Wissenschaften* de la que era miembro, cuyas obras de derecho romano son fundamentalmente iuspublicistas y relativas a fuentes de conocimiento del derecho romano¹⁴¹. Otros grandes representantes de la nueva tendencia histó-

¹³⁹) Expresión acuñada por P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947. La expresión aparece por vez primera en las p. 294 y 295 nt. 1 de esa obra, trad. esp. J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1955.

¹⁴⁰) La metáfora homérica la hemos tomado de FLORIS MARGADANT S., *Significado*, cit., p. 45.

¹⁴¹) Sus dos grandes obras de derecho público en sus primeras ediciones fueron: *Römisches Staatsrecht*, I-III, Leipzig, 1871-1888, y *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899. En cuanto a fuentes destacan su edición del Digesto, que sigue

rica son Otto Lenel (1849-1935), autor de las dos obras palingenésicas más importantes de la ciencia romanística: la *Palíngenesia Iuris Civilis* (Leipzig, 1883) y *Das Edictum perpetuum* (Leipzig, 1889); Ludwig Mitteis (1859-1921), autor de *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Leipzig, 1911) y *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde* (Leipzig, 1912); y Otto Gradenwitz (1860-1935), autor de *Interpolationen in den Pandekten* (Berlín, 1897).

A finales del siglo XIX el Neohumanismo desembocará en una corriente de historicismo puro con resultados muy brillantes en el plano científico. Efectivamente, la depuración de las fuentes jurídicas para conocer el derecho romano clásico en su estado prístino se convierte en la principal actividad de los romanistas. El derecho romano se convierte, de esta suerte, en una ciencia histórica con un objeto y método propios y específicos. En las obras de los autores citados en el párrafo anterior junto con otras se hallan los cimientos sobre los que se asentarán los estudios científicos dirigidos al descubrimiento de interpolaciones justinianas, reemprendiendo de este modo la labor que siglos atrás comenzarían los humanistas. Se inicia así la «crítica de las interpolaciones», que dominaría la romanística, no sólo alemana sino también universal, hasta la II Guerra Mundial. El péndulo volvía a oscilar y con mucha fuerza en dirección a la historia.

Pero el frenesí interpolacionista, el *oltranzismo interpolazionista* en términos de Guarino¹⁴², con sus excesos en la formulación de criterios para advertir las alteraciones postclásicas o justinianas, que en ocasiones eran meras peticiones de principio, de determinación de axiomas, de una «ciencia de los presupuestos» o *presuppostologia*, como lo califica Orestano¹⁴³, condujo, por una parte, a una desvalorización del derecho justiniano y a una exaltación del derecho romano clásico con el efecto de polarizar toda la atención sobre este último descuidando y desdeñando el primero, lo que se tradujo en una «pandectización del derecho romano clásico» y en una «interpretación bizantinista» del tránsito del derecho clásico al justiniano; y por otra parte, en el seno de la doctrina romanística a una reacción contraria a la investigación de las interpolaciones, a la que se calificaría despectivamente de «caza de interpolaciones» (*Interpolationenjagd*). En este sentido, destaca la reacción de Salvatore Riccobono (1864-1958) manifestada a partir de su obra *Dal diritto romano classico al diritto moderno*¹⁴⁴, en la que frente a autores como George Beseler, Emilio Albertario o Siro Solazzi, considerados los grandes representantes del interpolacionismo a ultranza, y contra ese cierto dogmatismo interpolacionista proponía como tesis alternativa a la de la oposición derecho romano clásico –derecho justiniano y desviación que supuso el pensamiento bizantino la tesis del paso del derecho clásico al justiniano en virtud de un mecánico desarrollo interno del propio derecho romano, con lo que pretendía restituir la dignidad y el valor del derecho justiniano.

Si puede hablarse de un interpolacionismo a ultranza como crítica a ese exceso de celo y de suspicacia del investigador ante las fuentes, también se ha dado la actitud radicalmente opuesta de plena aceptación de la genuinidad de los textos recogidos en las fuentes justinianas y de negación de toda credibilidad a la existencia de interpolaciones, es decir, una suerte de «antiinterpolacionismo a ultranza». Como afirma Guarino¹⁴⁵, se trata de un mal mucho peor que el anterior pues conduce a una falta de exégesis y de valoración de los textos.

Debe considerarse la labor de la «crítica de interpolaciones» como un instrumento admirable y precioso para la investigación. Sin embargo, no se debe incurrir en el error de considerar los frutos del interpolacionismo como adornados de una presunción de veracidad absoluta, de asumirlos acrí-

siendo considerada una de las más autorizadas: *Digesta Iustiniani Augusti*, I-II, Berlín, 1868-1870; *Theodosiani libri XVI*, I-II, Berlín, 1904; y participó en la confección del *Corpus Inscriptionum Latinarum*, en concreto en los tomos: III, 3 y 4, 1902; V, 1877; y IX y X, 1883. También es destacable su celebrada *Historia de Roma, Römische Geschichte*, I-V, Berlín, 1854-1885.

¹⁴² A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989, p. 165 ss.

¹⁴³ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 543.

¹⁴⁴ Publicada en Palermo en 1915.

¹⁴⁵ GUARINO, *Giusromanistica*, cit., p. 176. El autor aporta algunos ejemplos de «oltranzismo antinterpolazionista» en p. 177 ss.

ticamente como si se tratasen de un presupuesto de la investigación del mismo modo que, por ejemplo, las leyes de la Física descubiertas en la Edad Moderna. En las décadas de los 60 y 70 del siglo XX se produjo un importante reflujo de la crítica de interpolaciones y una tendencia conformista con el tenor de las fuentes de conocimiento del derecho romano, es decir, una tendencia a minimizar la importancia y el real alcance sustantivo de muchas de las alteraciones justinianeas y de los glosemas postclásicos paralela a una mayor valoración del derecho justiniano, pero sin llegar a negar, por supuesto, la existencia de algunas intervenciones *quoad substantiam* en los textos clásicos por obra de los compiladores justinianos o de procedencia anterior en el caso de los glosemas.

La extraordinaria especialización y la interdisciplinaria que alcanzaron los estudios romanísticos en las primeras décadas del siglo pasado produjo un distanciamiento radical de los romanistas respecto del resto de los juristas, más interesados en los estudios jurídico-dogmáticos y a los que resultaban inaccesibles, «casi esotéricos», como dice Miquel ¹⁴⁶, los estudios romanísticos. Consecuencia de este distanciamiento será la disociación en las Facultades de Derecho del Derecho civil y el Derecho romano e incluso como sucedió finalmente en Francia la sustitución definitiva de éste por una disciplina de Instituciones jurídicas francesas prerrevolucionarias por obra del Decreto de 10 de agosto de 1960, circunstancia que motivó la total decadencia de la romanística francesa, caracterizada anteriormente por una brillante trayectoria, situación que permanece hoy día, a pesar de la creación en 1946 del *Institut de Droit Romain* de París ¹⁴⁷. Del mismo modo y por razones obvias, el Romanismo quedó tan alejado de la práctica jurídica como pudiera estarlo cualquier disciplina humanística como la Filosofía o la Filología. Por último, el carácter polifacético del derecho romano le convertiría en una disciplina de cuestionable ubicación académica.

Por otra parte, otro factor, en este caso de índole política, que con anterioridad había contribuido a propiciar el desprestigio del derecho romano en las Universidades y en la sociedad fue el embate de los radicalismos políticos que sacudieron Europa sobre todo en las primeras décadas del pasado siglo: el marxismo y la propaganda política nacionalsocialista en Alemania. La actitud del marxismo respecto al derecho romano es de un absoluto rechazo puesto que éste es la clara expresión de un derecho esclavístico. En el «Manifiesto comunista» ¹⁴⁸ campean alusiones indirectas al derecho romano. Respecto a la crítica nacionalsocialista, en el punto 19 del programa del NSDAP, de 20 de febrero de 1920 se propone, utilizando un argumento demagógico y de oportunismo político la sustitución del derecho romano por un derecho común alemán, pretextando la ajenidad de aquél al pueblo alemán y la cosmovisión individualista y materialista del derecho romano: «*Ersatz für das, der materialischen Weltordnung dienende, Römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht*». Asimismo, es ilustrativa la proclama: «*Recht ist, was dem deutschen Volke nützt!*» No obstante, el inicio de la II Guerra Mundial frustró la aplicación de nuevos planes de estudios en las Facultades de Derecho alemanas que habían sido diseñados por la Academia de Derecho Alemán erigida en 1936.

Retomando el discurso de la situación del derecho romano el resultado final de haber devenido éste una ciencia marginal y hermética respecto a los no iniciados y en un ámbito como el de las disciplinas jurídicas con una proyección eminentemente práctica y social fue el cuestionamiento no sólo de la utilidad sino incluso de la propia subsistencia del derecho romano como disciplina académica, cuestionamiento que hoy no sólo perdura sino que incluso se ha agudizado merced al cada

¹⁴⁶) J. MIQUEL, *Historia del Derecho romano* ², Barcelona, 1995, p. 163.

¹⁴⁷) Sobre las repercusiones de la pérdida de vigencia del derecho de Pandectas en el caso concreto de Francia véase A. FERNANDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho romano en Francia desde el Código de Napoleón*, Roma-Madrid, 1970. La tesis fundamental de este autor sobre la decadencia del romanismo francés es que en Francia no se supo ver a tiempo la exigencia de que, una vez desaparecida con la codificación la alianza entre ciencia y práctica del derecho romano mantenía desde la Edad Media, desde la Glosa, el derecho romano ya no podía seguir siendo enseñado como si se tratase de un derecho vigente sino que había que enseñarlo históricamente y como medio formativo para el jurista, es decir, instruyéndole en los hábitos mentales de una jurisprudencia ejemplar liberada de la servidumbre del positivismo legalista y para ello el mejor método didáctico es el casuismo jurídico.

¹⁴⁸) K. MARX y F. ENGELS, *Manifiesto der kommunistischen Partei*, London, 1848. Última edición en castellano: *Manifiesto comunista*, introducción y traducción de P. RIBAS, Madrid, 2001.

vez mayor prevalecimiento de una concepción especializada, tecnicista y utilitaria de la Universidad ¹⁴⁹, especialmente en relación con las Facultades de Derecho o con las llamadas «ciencias jurídicas», es decir, una preocupación cada vez menor por los fundamentos, el espíritu crítico y la reflexión, el compromiso social, el pensar jurídico, la formación de juristas y la jurisprudencia, en su primordial sentido de «ciencia» – *Jurisprudenz* o *Giurisprudenza* siguen siendo llamados en Alemania y en Italia respectivamente los estudios de Derecho –, y más por la producción de meros técnicos del derecho, de buenos conocedores de los entresijos y de las contingencias y vicisitudes de la praxis jurídica cotidiana.

A este respecto sirve todavía más hoy en día, dados los aires de integración jurídica europea que se respiran, lo que ya señalaba D'Ors en 1967 ¹⁵⁰: «oímos a veces el lamento de que nuestras Facultades de Derecho no enseñan a redactar escritos procesales; en mi opinión, sería rebajar el nivel universitario si se dedicaran a ello, porque esos usos rituales varían de país a país, y, aun dentro de un mismo país, pueden cambiar por un simple plumazo de un gobernante. Todo eso debe aprenderse en un momento más próximo a la ocasión del ejercicio profesional, en tanto la preparación universitaria es más remota y debe mantenerse en una zona de conocimientos más universales. Lo importante no es enseñar redactar una demanda según las leyes vigentes del propio Estado, sino habilitar para aprenderlo rápidamente en cualquier otro y según cualquier legislación».

Resulta paradójico que la ubérrima producción y la gran altura alcanzada en la primera mitad del siglo XX por la ciencia del derecho romano haya sido la causa de su propia enfermedad, de la llamada desde hace muchos años «crisis del derecho romano», y tantos años dura ya este estado crítico que parece haberse convertido en algo inherente al derecho romano. Lamentablemente esta crisis del derecho romano no parece simplemente el resultado de la pérdida de credibilidad o de prestigio de una determinada escuela o corriente metodológica, como en tantas ocasiones ha acontecido en la historia de la tradición romanística, como se ha descrito, sino que es algo más profundo: la pérdida de la *auctoritas* del derecho romano, es decir, la pérdida de su secular prestigio como centro de gravedad de la ciencia del derecho privado. Pero la falta de reconocimiento del valor del derecho romano en el ámbito jurídico-académico no significa que objetivamente el derecho romano haya dejado de tener ese valor y que la ciencia del derecho sea y siga siendo siempre deudora del mismo, de igual manera que un eventual desprestigio de la antigua filosofía griega nunca implicaría una pérdida de su objetivo gran valor en la historia del pensamiento y en el conocimiento de la realidad por el hombre. Por eso, a pesar de que hay razones para augurar un oscuro porvenir al derecho romano cabe esperar que en algún momento éste vuelva a recuperar su dignidad, aunque sólo sea, como reza el conocido lema de la empresa cinematográfica *Metro-Goldwyn-Mayer*, *ars gratia artis*, y a resurgir de nuevo brioso como el celebrado pato de Goethe.

Producida la escisión entre el derecho civil, o en general el derecho privado, y el derecho romano, el interrogante principal que se plantea a los cultores de éste es o el de no tener más pretensiones que el conocimiento científico y, por tanto, el de seguir tratando de sobrevivir manteniendo una orientación neohumanista y decantada, pues, hacia la historia; o el reivindicar la condición de juristas por encima de todo y reemprender una orientación neopandectística con aspiraciones más

¹⁴⁹) Como afirma el catedrático español de Economía Aplicada, C. BERZOSA, en el prólogo a J.M. GARCÍA VÁZQUEZ (*cur.*), «La Universidad en el comienzo de siglo. Una respuesta entre el pragmatismo y la utopía», Madrid, 2001, p. 18, «en los últimos tiempos se observa que la Universidad ha derivado, en mayor medida que en épocas anteriores, hacia una escuela superior de preparación profesional y hacia el conocimiento práctico, mientras que ha ido perdiendo esa capacidad tradicional de generar pensamiento y reflexión sobre los problemas que tiene ante sí la humanidad». También sobre la situación de la Universidad española y sus perspectivas de futuro véase la obra de V. PÉREZ-DÍAZ y J.C. RODRÍGUEZ, *Educación superior y futuro de España*, Madrid, 2001, obra que constituye el primer volumen de una trilogía sobre la educación en España. En él se ofrece, como señalan los autores en la página 11, un diagnóstico de la situación de la Universidad basado en la reunión de la información relevante, el análisis de los debates actuales, público y académico, y la comprensión de la situación española en su contexto histórico y comparada con la de otros países.

¹⁵⁰) A. D'ORS, *Las universidades y su libertad*, en «Atlántida», XXV, 1967, p. 14.

prácticas, esto es, un nuevo giro hacia la dogmática; o, por último, asumir que el derecho romano es irremediadamente una ciencia peculiar que admite la posibilidad de una tarea investigadora diversificable y tratar de superar el dualismo historia-dogmática como dos tendencias irreconciliables y asumirlas como orientaciones legítimas, libres y compatibles dentro del seno del romanismo, siendo necesario para ello tolerar asimismo el pluralismo metodológico; y, por otra parte, sostener el valor propedéutico y formativo del derecho romano en el ámbito de la docencia jurídica por ser de todo punto incuestionable en una Facultad de Derecho que pretenda merecer la consideración de tal. Entendemos que esta última orientación de carácter multiparticipativo es la única que puede garantizar una continuidad del derecho romano al satisfacer dos órdenes de inquietudes: el conocimiento por el conocimiento y la aportación al debate jurídico-dogmático de consecuencias prácticas, ambas dignas, legítimas, útiles y que pueden ser *ad libitum* concurrentes o no en el romanista. No lejos de esta opinión se halla, a mi juicio la de Orestano ¹⁵¹, sostenedor de una intrínseca unión entre historia y derecho. Refiriéndose no sólo al derecho romano sino en general al derecho afirma que lo jurídico no puede por naturaleza dejar de ser histórico y todo estudio histórico conducido por un jurista no pueda dejar de ser jurídico; la ciencia del derecho ha de tomar conciencia de su propia historicidad, del valor constitutivo que la historia tiene en la formación y en el continuo desenvolverse de la experiencia jurídica.

Ya advertía De Francisci ¹⁵² en 1926, en la primera edición de su *Storia di Roma* (volumen I), de la necesidad de un replanteamiento metódico ante la saturación de resultados en una ciencia madura como la del derecho romano: «ogni disciplina giunta ad un certo grado di maturità, e quasi saturata di risultati particolari, sente il bisogno di ripiegarsi su se stessa, di procedere con un movimento riflesso ad una revisione critica di quelli, ad una verifica dei procedimenti, mediante i quali essa ha accumulato il suo patrimonio di cognizioni, ad una determinazione insomma del suo metodo e dei principii sui quali essa insiste». Pero la romanística adquirió plena conciencia de la crisis de su saber, de la llamada «crisis del derecho romano», «crisis», sin embargo, no como ciencia, como apunta Pietro De Francisci, sino como, ya se ha dicho, de enseñanza universitaria obligatoria, a partir de los trabajos pero de modo especial de la obra *Europa und das römische Recht* ¹⁵³ de Paul Koschaker, obra que a pesar de estar escrita en 1947 puede decirse que no ha perdido vigencia.

El pensamiento de Koschaker sería en síntesis el siguiente: acusa al Neohumanismo de la situación crítica del derecho romano y propone como solución una suerte de «Neopandectismo», de *Aktualisierung* del derecho romano, como alternativa a la *Historisierung*, a la separación del derecho romano de las disciplinas jurídicas y su conversión en una más de las ciencias de la Antigüedad, destino al que el exceso neohumanista parece haberle abocado. Ahora bien, la sugerida actualización debe limitarse al ámbito de la docencia, sería pues una actualización de las lecciones de derecho romano, se habría de utilizar en las aulas un lenguaje jurídico actual y sólo exponer los temas coincidentes con el derecho vigente. La actividad científica de los romanistas sería perfectamente libre. En todo caso, sea cual fuere la orientación que siguiera la romanística oyendo o desoyendo su propuesta, el autor mantenía su confianza en el derecho romano como elemento vivo en la formación del jurista. La gran resonancia de la obra de Koschaker motivó que el libro homenaje que se le dedicó tras su muerte se hiciera bajo el título *L'Europa e il diritto romano* ¹⁵⁴ y que los trabajos se ocuparan mayormente del gran valor del derecho romano como factor de la unidad de Europa y del desarrollo de la civilización mundial, valor destacado a lo largo de toda la obra de Koschaker. Asimismo, en el primer Congreso Internacional de Derecho romano que se celebró tras la II Guerra Mundial en 1948 en Verona ¹⁵⁵ la *Europa* de Koschaker fue muy aplaudida y tuvo un gran protago-

¹⁵¹) ORESTANO, *Introduzione*, p. 569.

¹⁵²) P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1926, p. 32 (p. 33 en la edición de Milán de 1943).

¹⁵³) Cit. *supra*, nt. 135.

¹⁵⁴) Publicado en Milán en 1954.

¹⁵⁵) «Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona, 27-29 settembre 1948», Milano, 1953.

nismo. Sin embargo, no fue acogida en general su propuesta como solución a la crisis del derecho romano, sobre todo en Italia donde el régimen fascista había potenciado, por el contrario, el estudio del derecho romano por ser representativo de uno de los grandes valores del pueblo italiano.

La desaparición del derecho romano de los planes de estudio universitarios es la gran amenaza que se cierne sobre la romanística y que repercutiría lógicamente en un descenso dramático del interés y la producción científica. En Francia ya se ha verificado esa desaparición desde hace varias décadas, como ya se ha expuesto, y prácticamente ha desaparecido la otrora brillante producción científica francesa. Posteriormente, en Alemania y en Austria el derecho romano se convirtió en una disciplina optativa, si bien en estos países la unión en una cátedra única del Derecho romano, el Derecho privado y la Historia del Derecho permite que su cultivo científico quede garantizado para el que desee especializarse en derecho romano. También en Holanda y Bélgica el Derecho Romano ha pasado a ser facultativo para el estudiante de Jurisprudencia. En los países europeos del antiguo bloque comunista existen muy pocos iusromanistas, consecuencia lógica de su reciente pasado político, aunque está surgiendo en los últimos años cierto interés por la disciplina y ha aumentado notablemente la producción científica en lenguas eslavas, como lo demuestra las abundantes reseñas dedicadas a obras romanísticas en estos idiomas que aparecen en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung* de los últimos años. España mantiene todavía la disciplina con carácter obligatorio, al menos en las Universidades públicas, aunque la crisis también se ha dejado notar con bastante intensidad al haberse experimentado en muchas Facultades de Derecho una pérdida de peso académico del derecho romano a través de una injustificada drástica reducción de horas lectivas en los planes de estudio. El caso de Italia es excepcional por razones obvias. Actualmente muchas Universidades siguen conservando las dos tradicionales asignaturas obligatorias relativas al derecho romano: «Historia del Derecho Romano» e «Instituciones de Derecho Privado Romano». Los planes de reforma de los estudios jurídicos tienden, sin embargo, a la supresión del carácter obligatorio de una de las dos disciplinas, pero al menos está asegurada y no es previsible que peligre la pervivencia como mínimo de una asignatura de Derecho Romano.

Siguiendo con la cuestión de la etiología de la «crisis del derecho romano», desaparecido éste como derecho positivo, el alto nivel de científicidad del derecho romano fue aumentando en progresión geométrica a lo largo de las primeras décadas del siglo XX de modo inversamente proporcional a la reducción del interés dogmático suscitado entre los colegas de otras disciplinas jurídicas y de los juristas prácticos. Ese divorcio del derecho romano con el mundo jurídico en general, es lo que ha motivado el que se hablase y se continúe hablando desde hace mucho tiempo de esta crisis, fenómeno en cierta medida paralelo al más general de la crisis de las humanidades y de los estudios clásicos, que ha sido reiteradamente denunciado en los medios de comunicación escritos¹⁵⁶. Es ésta, a nuestro juicio, la causa fundamental que ha determinado que la crisis del derecho romano haya perdurado hasta nuestros días. En las primeras décadas del siglo XX – hoy día en muy escasa medida – sí pudieron jugar en contra del derecho romano algunos factores coyunturales de índole sociológica, ideológica y política como la actitud anticlásica de las élites culturales contemporáneas, la doctrina comunista y el nacionalsocialismo, a las que nos hemos referido antes con mayor detenimiento, o también la tradicional actitud filorromanista de la Iglesia católica. Hoy día afortunadamente sólo perduran muy residualmente prejuicios antirromanistas de carácter político o ideológico

¹⁵⁶ El caso más representativo en España es, quizá, el del Profesor Francisco Rodríguez Adrados, que ha insistido en el maltrato dado a las humanidades y a las lenguas clásicas en todos los niveles de la enseñanza incluida la universitaria. Véase «Humanidades y enseñanza. Una larga lucha. Artículos en periódicos nacionales (1970-2001)», Madrid, 2002, consistente en una colección de artículos periodísticos en los que el autor ha ido denunciado insistentemente el ostracismo del latín y el griego en la enseñanza secundaria, así como la situación penosa de las lenguas clásicas en la Universidad y, en general, la crisis y el injusto desprestigio de los estudios humanísticos. El fenómeno de ostracismo y desinterés por las lenguas clásicas y en general por la cultura clásica, del que en modo similar participa el derecho romano, no es novedoso y exclusivo de España; ya fue denunciado, por ejemplo, en Italia hace varias décadas por B. BIONDI, *Latino, cultura classica, diritto romano*, en *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, p. 713-720.

y, en general, se acepta con naturalidad la asepsia del derecho romano como disciplina científica. No obstante, nada favorecen al derecho romano esos injustificados prejuicios y pequeños resquicios de hostilidad política que aún persisten.

Otros factores que en los últimos tiempos han contribuido a agravar la situación del derecho romano, sobre todo en las Universidades españolas, y que afectan tanto a la vertiente docente como a la investigadora son: por un lado, la escasa formación humanística de los jóvenes que emprenden los estudios de derecho, circunstancia íntimamente relacionada con la situación, antes aludida, de una cada vez mayor precariedad de los estudios de esta naturaleza en los niveles no universitarios de la enseñanza y muy especialmente en lo atinente a las lenguas clásicas, hecho que motiva a menudo cierto bloqueo o en ocasiones incluso aversión de algunos estudiantes hacia la disciplina y a una incomprensión de su valor, cosa que continúa cuando inician la vida profesional; por otro lado, la denunciada *supra* perniciosa concepción tecnicista de la Universidad – aunque este es ciertamente un problema de mucho mayor alcance – que cada día va calando con mayor fuerza en los ambientes universitarios y que es la consecuencia de una pérdida del significado esencial de la Universidad como centro formador, productor y transmisor de saber y ciencia, de «casa de cultura», como decía el filósofo español José Ortega y Gasset ¹⁵⁷.

Ese significado esencial e invariable de la Universidad está siendo sustituido, al menos en España, por una concepción embrutecida, tecnicista y funcional de la Universidad, en la que las Facultades de Derecho parecen más que centros para la formación de juristas, en el sentido más excelso de la palabra, fábricas de producción en serie de meros técnicos del derecho, los cuales son preparados muchas veces por burócratas cada vez con menor vocación universitaria y sano anhelo de autoridad, en su prístino sentido de prestigio por el saber acumulado, a la par que una mayor ambición lucrativa y un mal entendido prestigio basado en el ascenso en la escala administrativa funcional y en el acceso a los órganos de poder y gobierno de las Universidades, objetivos a los que desgraciadamente muchos profesores dedican la mayor parte de su tiempo de permanencia laboral en la Universidad y en ocasiones sin distingos éticos de ningún tipo. A este respecto puede decirse que obtenida la autonomía universitaria la Universidad española ciertamente no ha sabido resolver todavía el binomio autonomía-responsabilidad. Sobre la cuestión de la inversión del tiempo en actividades que en principio exceden de lo estrictamente universitario se podría añadir la lamentable circunstancia del extraordinario aumento de las tareas burocráticas que pesan sobre los profesores universitarios.

En cuanto a la solución a la «crisis del derecho romano» no estimo que sea la de una dogmatización o planteamiento neopandectista del derecho romano como han mantenido autores como Floris Margadant ¹⁵⁸, pues es perfectamente lícito que el romanista decida invertir su tiempo en la investigación histórica, querer llegar al conocimiento cada vez más profundo del derecho romano, del mismo modo que un filólogo, un historiador o cualquier cultivador de las ciencias humanas, sin que por ello deba dar cuentas, avergonzarse o justificarse. Cualquier avance en los conocimientos de las humanidades aunque no tenga una repercusión social inmediata representa, sin embargo, una pequeña aportación al conocimiento humano y esto en sí ya tiene un inmenso valor. Aceptar lo contrario conduciría a una desvalorización de todo conocimiento que no sea experimental o práctico y a un terrible empobrecimiento intelectual y cultural. Tampoco considero que el derecho romano deba necesariamente circunscribirse a la *Historisierung* y descuidar toda conexión con la realidad práctica, pues los romanistas son ante todo juristas y el derecho tiene una necesaria dimensión social y práctica. Precisamente los juristas romanos no han enseñado que el derecho ha de estar en permanente anclaje con la realidad cotidiana si se quiere alcanzar el ideal de justicia. En definitiva, quizá haya llegado la hora de detener de una vez por todas ese movimiento pendular entre la historia y la dogmática que ha caracterizado al romanismo durante toda su larga trayectoria histórica; re-

¹⁵⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía*, Madrid, 2002, p. 30 ss.

¹⁵⁸ FLORIS MARGADANT S., *Significado*, cit., p. 66.

cuperar la unión de historia y dogmática que se quebró definitivamente con la absoluta «historificación» del derecho romano tras la aparición del «BGB.»; aceptar sin complejos la singularidad del derecho romano, que se halla entre la historia y la dogmática en el marco de las disciplinas jurídicas y no rechazar tampoco ninguna de las posibilidades que ofrece a su cultor: su libérrima opción de hacer ciencia, de estudiar históricamente el derecho romano o el romanismo o tradición romanística o de aportar su autorizado punto de vista sobre cuestiones dogmáticas del derecho, para lo cual es precisamente requisito ineludible aquel primer estudio histórico del derecho romano, pues mal se pueden hacer aportaciones dogmáticas sin una sólida base de conocimiento histórico del derecho romano, es decir que historia y dogmática deben tener una conexión necesaria pues la segunda carece de autoridad si falta la primera. Es importante destacar esta conexión en relación a una previsible aunque todavía hipotética unificación del derecho privado europeo. Por último, es perfectamente lícito que el romanista decida diversificar su actividad en las dos direcciones apuntadas.

Afirmada la discrecionalidad y libertad en la vertiente investigadora del romanista, que historia y dogmática no pueden escindirse en el derecho romano, pues la primera es presupuesto de la segunda, y que la crisis del derecho romano se traduce en un problema práctico de pervivencia de la disciplina en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, es, por consiguiente, en este último plano de la docencia donde se ha de combatir la crisis. Por tanto, la resolución de la crisis del derecho romano pasa no por la metodología científica y la orientación que se siga en la investigación sino por utilizar la metodología didáctica que permita cumplir el objetivo real de formar jurídicamente al estudiante, tarea que consistirá en hacerle comprender el esencial sentido histórico que tiene el derecho, es decir, el conocimiento del derecho que precede y ha motivado que el derecho vigente sea como es y no de otro modo, el principal *etétimos lógos* o la principal verdadera razón de ser del derecho que va a estudiar; y también en hacerle despertar el sentido crítico-jurídico ante el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional que constituye el medio en que habrá de desenvolver su actividad profesional para que no lo asuma acriticamente sin más como un derecho dado. De ese modo, el romanista no perderá su condición de jurista de su tiempo, como cualquier otro jurista dedicado al derecho positivo; y los argumentos jurídicos de los jurisprudentes romanos que expondrá en sus clases podrán presentarse como criterios del pensar jurídico con un valor permanente y actual y susceptibles igualmente de valoración bajo parámetros actuales ¹⁵⁹.

Para concluir me referiré a dos «corrientes metodológicas» que se han estado abriendo paso con ímpetu en la romanística en las últimas décadas del siglo XX y que actualmente se hallan en auge principalmente en Alemania e Italia. Tales corrientes representan un revulsivo frente a la crisis del derecho romano y su propósito es mostrar el valor que puede tener el derecho romano o, más bien, la doctrina romanística, en la actualidad y sobre todo ante la posibilidad de la construcción de un derecho privado europeo. Se trata del «Neopandectismo», ya propugnado, como se dijo, por Koschaker, y del «Comparativismo histórico».

La tesis fundamental de la corriente neopandectista es la aplicación de la historia a la dogmática jurídica y para ello la utilización del derecho romano en todo aquello que sea aportable a la dogmática jurídica moderna. A mi juicio, esta corriente si bien supone una revalorización a corto o medio plazo del derecho romano representa a largo plazo un enorme riesgo para él, pues la utilización instrumental del derecho romano en todo aquello que sea aprovechable dogmáticamente a los fines de un derecho privado europeo no supone sino la absorción por ese derecho privado de todos los elementos iusromanísticos aprovechables y tras la construcción y formulación de ese derecho privado europeo, en el que ciertamente el derecho romano habría sido un excelente factor de unificación jurídica y se habría aplicado con buen juicio la historia a la dogmática, serían cuestionables nuevamente el sentido y la utilidad futuras del derecho romano por agotamiento del mismo, es decir, expre-

¹⁵⁹) Sobre la romanística española a lo largo del siglo XX véase la contribución de R. DOMINGO, *Un siglo de derecho romano en España*, en «Iuris vincula. Studi M. Talamanca», II, Napoli, 2001, p. 487 ss., en que el autor ofrece una panorámica de la trayectoria del derecho romano en el pasado siglo y de los romanistas españoles.

sado de una manera plástica la doctrina romanística se habría convertido en un producto de «usar y tirar». ¿Cuál sería el futuro del derecho romano una vez construido ese derecho privado europeo?

Respecto al Comparativismo histórico ¹⁶⁰, su propósito es doble: un objetivo actual de conseguir a través de una metodología determinada el mejor conocimiento de los derechos vigentes y un objetivo hipotético: favorecer la unidad jurídico-privada europea. En cuanto al primero, se trata de lograr a través de la comparación de ordenamientos con sustratos históricos comunes, especialmente de derecho romano, una mejor comprensión de tales ordenamientos. Constituyendo esto un fin en sí mismo, el estudio del derecho romano aparece como presupuesto de una ulterior comparación y, por ello, se mantiene, por un lado, el interés por el estudio histórico del derecho romano, lo que también representa un fin en sí mismo. En este sentido afirma Watson ¹⁶¹ que el derecho romano ha jugado un papel decisivo en el desarrollo de los derechos continentales y, por eso, es imposible comprender el derecho occidental sin un conocimiento del derecho romano. Por otro lado, se renueva el valor actual del derecho romano al resultar de gran utilidad para el mejor conocimiento de los derechos modernos. El segundo objetivo del comparativismo histórico es el hipotético de lograr a través del estudio de los sustratos comunes, especialmente el romano, una aproximación de diversos ordenamientos jurídicos nacionales a los efectos de llevar a cabo una unificación del derecho privado europeo en todas aquellas partes o instituciones en que fuese posible limar las diferencias existentes. El Comparativismo en perspectiva histórica, a diferencia del Neopandectismo, tiene la virtud de mantener vivo el interés por el estudio del derecho romano como un fin en sí mismo, aunque sea en última instancia con una finalidad instrumental: la de servir al mejor conocimiento de los derechos modernos, lo que garantiza la permanencia del interés por el derecho romano y no compromete, por consiguiente, el futuro del mismo.

¹⁶⁰ Sobre su discutida naturaleza como método, disciplina, técnica, etc., véase A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974. Se ha utilizado la traducción al italiano de la obra bajo la dirección de P. PERLINGIERI: *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato*, Camerino, 1984, p. 1 ss.

¹⁶¹ A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, Athens, 1991, p. ix.