

LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA. UNA HIPÓTESIS PANORÁMICA*

The roman-canonical juridical tradition. A general overview

Ángel M. López y López

Profesor Emérito de Derecho Civil

Universidad de Sevilla, España

<https://orcid.org/0000-0003-1868-1732>

alopezlopez@us.es

Resumen

El ensayo aspira a ser una visión panorámica de los elementos de la evolución secular del Derecho Civil, entendido básicamente como el de la tradición romanística, poniendo de manifiesto su importancia para elementos centrales de nuestra contemporaneidad, sobre todo porque funda una epistemología esencial para lo jurídico. Esa tradición será revitalizada por el Derecho canónico, por su influencia espiritual y su vasta y refinada utilización de los textos romanos, y su rigidez fue corregida por los avances del después llamado Derecho mercantil. El fenómeno de la llamada Recepción, a pesar de las diferencias locales y las discontinuidades temporales, era la sustitución de los ordenamientos locales por un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad. De este modo, la tradición jurídica romano - canónica, desempeña un papel general de técnica y de educación de los juristas, y lo sigue siendo en la Modernidad, contribuyendo a la articulación conceptual de los Derechos "nacionales. La influencia decisiva del Derecho Natural racionalista se manifiesta, más que técnicamente, en la ideológica del nuevo orden, vertebrado en los Códigos Civiles: libertad de contratar y propiedad, tendencialmente ilimitadas. Superado ese estadio, las tareas de hoy son preservar el legado de la tradición romano-canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad de los Códigos, e incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho Privado.

Palabras claves: Derecho Civil; evolución histórica; tradición romano-canónica.

* El presente trabajo, que tengo el honor de publicar en esta Revista, por invitación del colega y amigo Leonardo PÉREZ GALLARDO, al que manifiesto de nuevo mi admiración y agradecimiento, fue publicado encabezando una colección de ensayos bajo el título general *El Derecho Civil entre tradición histórica y Constitución política*, Madrid, 2016. He revisado algunas expresiones oscuras, y traducido las frases latinas que no fueran *regulae* o *maximae iuris*, modificaciones que se han de considerar totalmente inesenciales.

Abstract

The essay aims to be a panoramic view of the elements of the secular evolution of Civil Law, basically understood as that of the Romanistic tradition, highlighting its importance for central elements of our contemporaneity, above all because it founds an essential epistemology for the juridical. This tradition will be revitalized by Canon Law, due to its spiritual influence and its vast and refined use of Roman texts, and its rigidity was corrected by the advances of the later so-called Commercial Law. The phenomenon of the so-called Reception, in spite of local differences and temporal discontinuities, was the replacement of local legal systems by a law whose universal aspiration and intrinsic rationality was claimed. In this way, the Roman-canonical legal tradition played a general role in the technique and education of jurists, and continued to do so in modern times, contributing to the conceptual articulation of “national” laws”. The decisive influence of rationalist Natural Law is manifested, more than technically, in the ideological influence of the new order, vertebrated in the Civil Codes: freedom of contract and property, tendentially unlimited. Having passed this stage, today’s tasks are to preserve the legacy of the Roman-Canonical tradition, to serve the values of certainty and simplicity of the Codes, and to incorporate fundamental rights into the doctrine and practice of Private Law.

Keywords: Civil law; historical development; roman-canon law tradition.

Sumario

0. Premisa. Sobre el valor historiográfico de la hipótesis. 1. Una tradición reflejada en el presente. 2. El legado del Derecho Romano. A) El Derecho vive en el caso. La jurisprudencia como ciencia axiológica de contenido práctico: *humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. B) La configuración de un *ordo mentis* para el Derecho. C) Las separaciones entre lo lícito divino y lo lícito jurídico, lo jurídico y lo puramente legal y la inspiración de la ética en el Derecho: *fas, ius, lex, bonos mores*. D) La acción como momento dinámico del derecho subjetivo: *nihil aliud est actio quod ius quod sibi debeat iudicio persequendi*. E) La distinción, entre la esfera pública y la esfera privada, como dos caras inescindibles de la misma realidad: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. F) La distinción jurídica entre las posiciones jurídicas de propia realización y las necesitadas de cooperación: *actio in rem y actio in personam*. G) La interdicción de la violencia del particular para la realización de su derecho como mínimo de la juridicidad exigible: *vim fieri veto*. H) Espíritu de libertad individual y las instituciones como libertad objetiva: *servi legis sumus ut liberi esse possumus*. 3. Definición de las fuentes del Derecho romano en torno al siglo VI. El posterior oscurecimiento en los siglos intermedios. Feudalismo, Derecho

consuetudinario y Derecho romano. Formas híbridas de regulación, incapaces para generar una tradición unitaria. 4. El orden jurídico medieval. La Iglesia católica y la idea de *renovatio imperii. ius commune. Utrumque ius*. 5. El Derecho canónico. Su influencia espiritual. Contribuciones al Derecho de la modernidad. A) *solus consensus obligat*. B) *spoliatus ante omnia restituendus*. C) Contra el *ius strictum*: *dispensa, tolerantia, dissimulatio, benignitas, aequitas*. D) *Persona ficta*. E) *Processus iudicii*. 6. El Derecho canónico como elemento de rigidez del tráfico económico y su corrección con el avance del *ius mercatorum ratione mercaturae*. 7. La decisiva influencia del Derecho canónico en la disciplina del matrimonio, y como consecuencia en el Derecho de la persona y de la familia. 8. Problemas de la secuencia histórica. A) La permanencia del Derecho Romano en el Imperio de Oriente, fenómeno de confusos perfiles. B) Es una verdad relativa que los Derechos de los pueblos bárbaros ocuparon enteramente el lugar del Derecho Romano. C) La complicada relación entre Derecho autóctonos y la Recepción del Derecho romano. No marginalidad de los Derechos autóctonos. El aspecto cualitativo de la Recepción: la sustitución la operaba un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad. 9. La tradición jurídica romano-canónica, como elemento de técnica y de educación de los juristas, factor unificador. 10. La fragmentación de la Modernidad. Renacimiento, Reforma, Racionalismo. 11. La "racionalidad" del Derecho romano y articulación conceptual de los Derechos "nacionales". 12. El Derecho romano, instrumental básico para la formación de la clase profesional de los juristas. La influencia decisiva de la Instituta. 13. El impacto del Renacimiento, la Reforma y el Racionalismo en la tradición jurídica romano-canónica. A) Principio de razón y Derecho natural. B) Las grandes corrientes de pensamiento bajo la denominación de Derecho natural. C) La Segunda Escolástica española. D) La influencia decisiva del Derecho natural racionalista. 14. Precisa traducción en el terreno jurídico de la ideología del Derecho natural racionalista y de las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad. A) La idea de los derechos innatos. B) La inexistencia de relaciones subjetivas de dominación. La voluntad de los individuos como regla fundamental. C) El nuevo orden: libertad de contratar y propiedad, tendencialmente ilimitadas. D) La necesaria abolición de un orden social basado en los status. 15. El Derecho romano en la construcción del nuevo orden. 16. La aparición de la ciencia del Derecho público. Préstamos a esta de la tradición romanística. 17. Las tareas de hoy: preservar el legado de la tradición romano-canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad de los Códigos, incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho privado. **Referencias bibliográficas.**

0. PREMISA. SOBRE EL VALOR HISTORIOGRÁFICO DE LA HIPÓTESIS

Cómo es lógico, cuando hablamos de tradición jurídica romano-canónica, estamos refiriéndonos a una tradición que conserva esquemas comunes desde el punto de vista técnico, pero sin negar dentro de ella unas subtradiciones que pueden diferir entre sí muchísimo: desde la oposición causa-abstracción

en el contrato, al sistema transmisivo de los derechos reales, o la ordenación del matrimonio y su economía. En este sentido, resulta ejemplar la ilustración de F. H. LAWSON,¹ que propone como elementos de consideración unitarios del *civil law* la aportación consuetudinaria, la del Derecho romano *medievalized*, la configuración del Derecho como derecho de razón, íntimamente unida a la Escuela racionalista del Derecho natural, más la influencia del Derecho canónico. Queda implícito en su pensamiento que de estos trazos se puede deducir una visión del *civil law* distinta del *common law*, aunque existan vasos comunicantes: hasta qué punto, y en qué instituciones no resulta claro, y es tema de una dimensión tal que aquí no puede ser tratado; lo único que queda claro es que aquellos trazos en su conjunto solo se pueden predicar de todas las subtradiciones del *civil law*, y en estos términos genéricos la aceptamos como hipótesis historiográfica subyacente a esta exposición. De la misma hipótesis parte J. H. MERRYMAN.²

Precisamente por ello adopto para explicar la tradición del Derecho civil el modo de designarla de algunos traductores de las obras anglosajonas que tratan de ella. Para evitar el evidente problema que para ellos supone hablar de *civil law* como una rama jurídica, pues en el lenguaje del *common law* el *civil law* es un entero sistema, o por mejor decir, el otro gran sistema de la civilización occidental, esto es, la tradición jurídica latino-germánica europea en su conjunto, optan por una designación descriptiva, casi ligada a la idea del *utrumque ius*. El caso es que ello me parece bastante exacto, y una muestra más de que somos como nos ven, no como nosotros nos vemos. Seguro que esto desagradará a algún historiador del Derecho, sobre todo de los del tipo que se obstinan en no enterarse del valor epistemológico insustituible del Derecho romano o de que la Codificación no es un episodio más de historia legislativa, pero asumo la denominación desde la convicción de su legitimidad como hipótesis, y mucho más cuando trato de exponerla como una panorámica cuyos hitos decisivos no me parecen discutibles: A partir de aquí, también soy consciente de que expongo ideas que siguen siendo objeto de debate, más allá de mi propia presentación de ellas. Intentaré exponerlas sucintamente: mi afirmación de que la que la tradición es “historia presente”³ provocará zumbidos en algunos casos oídos historiográficos;⁴ mi aceptación global,

¹ *A common lawyer looks at de civil law*, 1953.

² *The civil law tradition*, 2º ed., 1953

³ BRAUDEL, F., “Histoire et sciences sociales: La longue durée”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 13. 4., 1958.

⁴ Interesantes aportaciones sobre el concepto de tradición y sus posibilidades y límites en el análisis de los sistemas jurídicos en GLENN, H. Patrick, *Legal traditions of the World.*, 2000

aunque crítica en puntos concretos, de las tesis que militan contra el absolutismo jurídico, que podrá parecer contradictoria con la importancia que doy a la Codificación, tampoco gustará a alguno de aquellos de los “al vado o a la puente”, o más religiosamente, “el que no está conmigo, está contra mí”; mi visión del traspaso del *ius mercatorum ratione mercaturae* al Derecho mercantil, donde constato que algunos historiadores del Derecho, de nuevo poseídos de furia, ahora contra la Codificación mercantil (con algún “ataque preventivo” a la civil), opinan de lo que el Derecho mercantil haya venido a ser, sin atender (no sé sin leer) lo que han indagado los mercantilistas sobre su propia historia, lo que les lleva a una suerte de biblioteca de raros y curiosos, creo que escasa utilidad, y en cualquier caso, hartó parcial; estoy convencido de que aceptar la idea de Paolo GROSSI sobre el absolutismo jurídico⁵ no es, diríamos castizamente, “la buena capa que todo lo tapa”, y sobre todo por fidelidad a las ideas del maestro y amigo florentino; debo excluir expresamente de este juicio a B. CLAVERO,⁶ ha ilustrado verdaderas y claras nuevas ideas sobre zonas opacas de la vida jurídica que condujeron, en un devenir de fracturas y puentes hasta el Derecho mercantil; tampoco gustará a algunos que me rinda a algunos tópicos románticos sobre la historiografía medieval, y en concreto sobre el significado del Imperio Romano de Oriente; y nada digamos del hecho de postular como evidente el fracaso de los intentos de fundamentar el Derecho civil moderno en tradiciones distintas a la romano-canónica, o mi valoración del concepto de *ratio scripta*; o la pervivencia de la enseñanza del Derecho romano, y adopto la distinción de R. ORESTANO,⁷ en tanto en cuanto tradición romanística, como elemento decisivo de influencia sobre la práctica, con lo que la eventual antipatía a mi modo de ver ha de quedar circunscrita al Derecho Romano de los romanos: pobre pieza para tanta cacería; o finalmente, el relativo valor que atribuyo a la influencia del iusnaturalismo racionalista, en el papel de la teoría y de la práctica del Derecho civil, pese a su importantísimo carácter fundacional, evidente, pero que la acabará confinando a ser solo la cabecera de un Derecho público pobre, el de la tradición kantiana, “un Derecho público para el Derecho privado”⁸

1. UNA TRADICIÓN REFLEJADA EN EL PRESENTE

De acuerdo con la anterior premisa, a la hora de abordar el tema de la tradición jurídica romano-canónica, no parece apropiado hacer un ejercicio histórico

⁵ *Assolutismo giuridico e diritto privato*, 2006

⁶ *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, 2005

⁷ *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987

⁸ Séame permitido remitir a mi ensayo “Kant. Un derecho público para el derecho privado”, en *Las ensoñaciones del jurista solitario*. 2005

descriptivo, que forzosamente se habría de limitar a datos archiconocidos.⁹ La idea es otra, y por otro lado muy simple. Consiste en poner de relieve que esa tradición romano-canónica no es solo historia, en el sentido más estrecho del término, que evocaría un conjunto de sucesos, datos, culturas, mentalidades, incluidas dentro de un arco temporal cerrado; antes bien, y la propia contradicción de los términos esclarece mi propósito, es historia que se refleja y es reflejada en el presente, en cuanto insertada en una larga duración.

2. EL LEGADO DEL DERECHO ROMANO

Veamos los principales elementos del legado del Derecho romano:

A) Nos enseñó hace tiempo el más grande jurista de los tiempos modernos, Rodolfo VON IHERING,¹⁰ y precisamente analizando el “espíritu del Derecho Romano” que “el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al Derecho; es el único medio, suministrado por el Derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del Derecho en el dominio de la práctica”, porque “el Derecho es algo más que una masa de leyes; cualquiera puede abarcar todos los textos legales, pero su comprensión y aplicación exige una doble cualidad: la educación especial del pensamiento abstracto, y el talento operatorio para transformar simultáneamente lo abstracto en concreto y lo concreto en abstracto”. Es decir, la posibilidad de apreciar el problema que yace en un caso concreto, y al resolverlo, extraer el principio que pueda resolver los casos similares o parecidos. Y para eso hacen falta un refinado arte y educación, precisamente el arte y la educación jurídicos. No sin cierta ironía añadía IHERING, poniendo una vez más de relieve que la posesión de los materiales jurídicos en bruto no significa gran cosa, que puede haber grandes juristas con un mediano saber y juristas mediocres con conocimientos legales extensos.

De manera genial define nuestro cometido: en el caso está el problema, que hay que conocer en todas sus dimensiones, para resolver con justicia, y en esa resolución yace el principio abstracto que permitirá resolver a lo largo

⁹ Como ilustraciones generales sobre obras y personajes proponemos: DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano 1954*; WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967; WOLFF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte*, 4ª ed., 1960; ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du code civil français*.

¹⁰ *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1907

de los tiempos el caso similar. Pero obsérvese que el principio es abstracto solo en cuanto su formulación final; el principio solo surge cuando una multiplicidad de casos abonan una solución análoga; por eso el principio es abstracto en su formulación, y casi diríamos mejor, en su formación; pero su expresión es abstracta para poder ser percibida por el universo de personas distanciado en el tiempo y en el espacio; y absolutamente realista, como cuando un carpintero de barcos dibuja una quilla sabiendo que flota, ya muy lejos del que lo comprobó echando la armazón al mar.

A poco que se piense, es el mismo camino de la adquisición de todos los saberes humanos: la experimentación al principio más o menos ciega conduce a la técnica, y la inducción de los principios o fundamentos de esta lleva a la ciencia. No es distinto para el Derecho como “ciencia de espíritu” (valga esta expresión en su significado más lato, como ciencia fundada en los valores) que para las ciencias de la naturaleza (también en su expresión más lata, como ciencias fundadas en la observación y en la medida).

El Derecho, que se realiza en el caso, caso cuya multiplicidad e informalidad requiere de los principios técnicos para una *reductio ad unum* (sin la cual no habría Derecho porque los problemas se resolverían de manera diversa para los mismos coasociados), desemboca en una ciencia valorativa. Esa ciencia la llamamos, con mayúscula, Jurisprudencia, esto es *prudencia iuris*, saber prudencial de lo que el Derecho sea, de acuerdo con los principios de la técnica, y para cada caso.

Que el saber jurídico no es un puro saber por el saber tan solo (recuérdese la inmortal frase de WINDSCHEID de que el honor de la Ciencia Jurídica es servir para la práctica), lo debemos al Derecho romano. Su genio, el más grande de todos los tiempos en materia jurídica, ya nos ilustra que *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ad potestatem*, es decir, es preciso recurrir a los principios porque *semper sint negotia quam vocabula*, siempre serán más los negocios que las palabras que los designen/y que su resolución crea una ciencia valorativa *iurisprudencia est humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

B) Aún habían los romanos de darnos otras claras distinciones para nuestro oficio, sin las cuales no es entendible este ni nuestra ciencia. Pertenecen a ese conjunto arquitectónico intelectual, el *ordo mentis*, en el que se ensamblan categorías destinadas a funcionar como postulados de nuestro pensar jurídico, de los que siempre partimos, y que siempre damos por supuestos,

sin que tengamos presente ni su origen ni su formación última; exactamente como el que habla sin tener presente ni la etimología de las palabras, ni las reglas de la morfología o la sintaxis, con olvido de siglos de pensamiento y literatura que conforman hoy su más simple decir, y así, en cuestiones esenciales, basamentos de los ordenamientos jurídicos modernos:

- C) Las distinciones entre *fas* y *ius*; *fas* y *lex*; los conceptos de *bonos mores* y de *bona fides*,¹¹ que marcan las separaciones entre lo lícito divino y lo lícito jurídico, lo jurídico y lo puramente legal, la inspiración de la ética en el Derecho.¹²
- D) La lección imperecedera del momento dinámico del derecho subjetivo, sin el cual no es tal: *nihil aliud est actio quod ius quod sibi debeat iudicio persequendi*. Aunque la moderna teoría de la acción, en el sentido procesal del término, haya enderezado por otros derroteros, por cierto llenos de polémica, desde la celeberrima disputa entre WINDSCHEID y MUTHER¹³ hasta la célebre *prolusione* boloñesa, en el curso académico 1902-1903, de CHIOVENDA,¹⁴ y ulteriores desenvolvimientos cuyos hitos principales resume TARELLO¹⁵ bajo el título de “cuatro buenos juristas para una mala acción”, de aquella afirmación del Derecho de Roma se deduce que el derecho subjetivo no solo es poder del particular, sino posibilidad de que a él quede confiado no solo el ejercicio, sino también la defensa.
- E) La distinción entre la esfera pública y la esfera privada, como dos caras inescindibles de la misma realidad: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. La enseñanza tradicional nos ha puesto siempre de relieve que

¹¹ *Ad rem*, IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 1965. Las propias fuentes manifiestan directamente los distintos planos del *ius* como ordenamiento dirigido a lo bueno y a lo justo, de la *lex* como precepto por acuerdo soberano. Cfr. D.1.1.1.pr. (Ulpiano) con D.1.3.1 (Papiniano). Posiblemente, como dice IGLESIAS, *Derecho Romano, cit.*, la contraposición entre *ius* y *lex* acabó adoptando la forma de *ius publicum-ius privatum*. Sea lo que fuere, no deja de ser muy sugerente para nuestra ciencia jurídica moderna considerar el Derecho privado como manifestación de los derechos de los particulares, y el Derecho público el reino por excelencia del (diríamos hoy) “principio de legalidad”. Sobre la escasa importancia de la *lex* para el *ius*, vid. SCHULZ, F., *Principien des römischen Rechts*, 1934.

¹² *Ad rem*, SCHULZ, F., *Principien, cit.*

¹³ WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor, *Polémica sobre la “Actio”*, traducción española, 1979

¹⁴ Puede verse en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*.

¹⁵ *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (a cura di R. Guastini e G. Rebuffa)*, 1989

Derecho público y Derecho privado no son más que dos facetas de la inescindible unidad llamada Derecho. Para el pensamiento jurídico más grande que ha conocido la Historia, uno y otro eran “posiciones de estudio”: solo eso. Por verdadera fidelidad al espíritu de la famosa definición de Ulpiano debemos decir que representaba una visión modernísima del tema: ni tuvo importancia la distinción *ius publicum-ius privatum* desde el punto de vista sistemático conceptual, ni determinó positivamente la solución de problemas prácticos; es cosa aparte que no eran siempre las mismas, y podían ser muy diferentes, las reglas con las que se solventaban los asuntos públicos y los asuntos privados.¹⁶ Curiosamente, aquí el legado romano nos impone superar la perniciosa actitud del jurista moderno, que comienza afirmando la inescindibilidad del Derecho y consagrando esfuerzos tremendos a una distinción en gran medida estéril para la vida jurídica, que es vida práctica.

- F) La distinción jurídica entre las posiciones jurídicas de propia realización y las necesitadas de cooperación. Deriva de la diferenciación entre *actio in rem* y *actio in personam*, básica para la protección procesal propia del sistema de acciones en que el Derecho romano consistía. La distinción no es puramente formal, porque radica en una íntima naturaleza de los derechos necesitadas de cooperación. Hay una clase de relaciones, las de crédito, que vinculan solo a una persona, el deudor, y por ello su nombre debe ser concretado desde el principio. Todos los demás derechos –principalmente los que versan sobre cosas, aunque no eran los únicos: también los hereditarios y familiares y relativos al estado de las personas– encierran facultades eficaces contra cualquiera, facultades de radio amplísimo. Con el tiempo, esta básica distinción entre *actio in rem* y *actio in personam* acabaría siendo funcionalmente equivalente en el Derecho moderno a la distinción fundamental entre derechos reales y derechos de crédito. Tan fundamental es que hay quien, como LEGRAND,¹⁷ ve en ella elemento de diferenciación esencial¹⁸ con el otro gran sistema jurídico de Occidente, el *common law*, en

¹⁶ Sobre la distinción y su auténtico significado en su evolución final, parece la opinión más acertada la de JÖRS - KUNKEL, *Derecho privado romano*, 1937

¹⁷ Conferencia en Cambridge (Inglaterra), “Uniformita, tradizioni e limiti del diritto”, traducción italiana, *Politica del diritto*, 1997.

¹⁸ Para el dato histórico, esencial, MAITLAND, *The forms of action, Lectures*, I y V; destacando la distinción como algo inexcusable para el *civilian lawyer*, vid. LAWSON, F. H., *A common lawyer, cit.*, aunque con discutible (y sugerente) justificación de política jurídica sobre la razón de aquella (en la que parece pesar el concepto de *personal property*, propiedad de los muebles, y las interferencias de la regla “posesión vale título”). De todos modos, su modo de ver la operatividad de la diferencia es más templada que la del entusiasta LEGRAND: “... from the earliest times the law of actions had at its very center a distinction which came late into the English

lo que se está de acuerdo, aunque no puedan compartirse, las exageradas consecuencias que de ello extrae.¹⁹

- G) El mínimo de la juridicidad exigible, la interdicción de la violencia del particular para la realización de su derecho, aunque le pertenezca legítimamente: en lejanos siglos, los pretores pronuncian *vim fieri veto*, mandato que está en el origen de los interdictos, como ha demostrado L. LABRUNA.²⁰
- H) En suma, resume este Derecho el espíritu de libertad individual, el ansia de poderío, el valor de la voluntad, las instituciones como libertad objetiva, como dice muy bien IHERING. Nada hay más romano ni más nuestro que el dicho ciceroniano *servi legis sumus ut liberi esse possumus*. Esta perspectiva permitirá una muy fácil conexión con las ideas individualistas posteriores, que se sirven del Derecho romano. Pero no desconocieron los romanos que, como dicho queda, para no ser siervo de nadie hay que ser siervo de la ley, y que fuera de la *res publica* no somos nada.

3. DEFINICIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN TORNO AL SIGLO VI. EL POSTERIOR OSCURECIMIENTO EN LOS SIGLOS INTERMEDIOS. FEUDALISMO, DERECHO CONSUECUDINARIO Y DERECHO ROMANO. FORMAS HÍBRIDAS DE REGULACIÓN, INCAPACES PARA GENERAR UNA TRADICIÓN UNITARIA

Las fuentes que componen la tradición del Derecho romano estaban ya absolutamente formadas y definidas al final del siglo VI, bien que a través de una larga parábola histórica, llena, de continuidades y discontinuidades. La ingente masa escrita del *Corpus Iuris Civilis* (como habría de ser finalmente conocido, parece que por obra de Dionisio GOTHOFREDO), *Digesta, Instituta, Codex, Novellae* no alcanza nuevas elaboraciones. Más adelante será purificada filológicamente, glosada, comentada, sistematizada, pero sus textos permanecen. Sin embargo,

*law and has never accepted in all its rigor" (op. cit., p. 102). Por otro lado, es evidente que la distinción no puede prosperar donde el sistema propietario es tan distinto: oportunas observaciones en DE FRANCHIS, voz "Action", en *Dizionario giuridico inglese-italiano*, 1984.*

¹⁹ Tal como sostengo en "Sobre epistemología y tradiciones jurídicas: a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998

²⁰ *Vim fieri veto*, 1971, y *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana: materiali per un corso di istituzioni di diritto romano*, 1980.

su utilización quedó oscurecida en esa parte otrora esencial del mundo, en ese espacio único de libertad y pensamiento, que llamamos Occidente europeo. La fragmentación del Imperio Romano por los pueblos bárbaros provocó también la fragmentación del Derecho, y la sustitución, en mayor o menor grado, del Derecho romano, por las costumbres de los pueblos invasores. Los Derechos bárbaros evolucionaron desde el principio de la personalidad al de la territorialidad, dando origen a ese fenómeno de vastos confines geográficos, pero también de difusos límites conceptuales, llamado feudalismo.²¹ No se ignora que ese derecho consuetudinario influyó y fue influido por el Derecho romano; que, en ocasiones de tiempo, lugar o materia, no lo desplazó totalmente, y que ambos dieron lugar a fórmulas híbridas de regulación. Pero es claro que de ese material informe no habría podido surgir nunca una tradición unitaria. Como se tendrá ocasión de ver, la tradición jurídica romano-canónica, y especialmente dentro de ella el Derecho romano, es la única que tiene un valor unificador para las más diversas entre sí experiencias jurídicas.²²

4. EL ORDEN JURÍDICO MEDIEVAL. LA IGLESIA CATÓLICA Y LA IDEA DE RENOVATIO IMPERII. IUS COMMUNE. UTRUMQUE IUS

Este no es el momento de juzgar si el Medioevo es la época fosca y oscura de la historiografía romántica, o aquella donde la idea del *ordo ordenatus a Deo* como eje de la existencia mortal produce uno de los momentos más felices de conjunción entre religión, ética y Derecho. A nosotros nos interesa señalar ahora que la presencia de la Iglesia Católica, *id est*, universal, produce ese anhelo de restauración de la unidad imperial perdida, que busca la *renovatio imperii* y que se traduce en la unidad del Derecho (*unum sit ius cum unum sit imperium*), y el surgimiento (seamos conscientes de que dibujamos ahora una historia en apresurados trazos) del *ius commune*. Es inútil, al menos al presente propósito, un esfuerzo de delimitación de su concepto, su ámbito, o sus fuentes. Posible-

²¹ Amplia información en CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, 1954; también en obra de otro propósito, donde, como lógico resulta, se trata de la especificidad hispana, CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, 1992

²² Lo que se conoce como *Corpus Iuris Civilis* comprende también los *libri legales*, y entre ellos, y muy señaladamente los *libri feudorum*. Todo este conjunto estaba nominalmente sometido a la ley canónica, en caso de que esta resultara contradicha; pero según nos dice CALASSO (*Medioevo del diritto, cit.*), ello no era sino una pura fórmula de asentimiento religioso, sin efectividad práctica. El mismo autor nos señala, y es la línea de trazo grueso, suficiente a nuestro objeto, que seguimos en el texto, un auténtico *connubium* entre *lex romana* y *lex ecclesiastica*, por utilizar una terminología altomedieval, antes de que se comenzara a hablar de *utraque lex*, primero, y de *utrumque ius*, más tarde.

mente lo que permite hablar de su misma existencia como algo unitario, y no resoluble en una pluralidad de *iura communia*, es que el *ius commune* es, en la bella frase de CALASSO, “un fenómeno del espíritu”.²³ Y ese “fenómeno del espíritu”, alimentado del anhelo unitario que provocaba la expansión de la Iglesia y la añoranza del Imperio destruido, floreció con dos ramas, el Derecho romano y el Derecho canónico, “uno y otro Derecho”, *utrumque ius*.²⁴ La soberana aportación de Paolo GROSSI,²⁵ que ve con perspectiva el orden jurídico medieval desde la altura, al tiempo que con minucioso escrutinio de todo tipo de fuentes, ilustra cómo este orden, un curioso Derecho sin Estado (permítasenos la licencia de utilizar terminología moderna, con lo que ello conlleva de inexactitud) se construye a sí mismo con estos materiales, y se constituye como un orden propio, que no se puede entender, en el caso del Derecho romano, como una mera exégesis de sus reglas. Ahora bien, son esas reglas y no otras las que constituyen el *humus* fundamental de la experiencia jurídica medieval, en cuanto a laboratorio sapiencial, añadimos nosotros, sin que ello nos parezca poner en duda ninguna de las hipótesis centrales del gran historiador florentino. Es

²³ *Medioevo del diritto, cit.*

²⁴ Por su extraordinaria expresividad, tomo dos textos, el uno de BARTOLO, y el otro de CONNAN, que suministra como frontispicio CLAVERO, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, 1979. Reza así el primero: “*Iuris canonici sanctitas iuris civilis sublimitate decoratur, et a converso iuris civilis maiestas canonum autoritate firmatur et unum propter aliud coruscatur et magis timetur*” (“La santidad del Derecho canónico se realza con la sublimidad del Derecho civil, y a cambio la majestad del Derecho civil se refuerza con la autoridad de los cánones, y uno a causa del otro brilla y es más respetado”, traducción mía); y así el segundo: “*Hinc patet quod differat ius canonicum a iure civili, nam habent se ut anima et corpus, anima est canonicum, corpus ius civile, licet utrumque ius intendat dirigere homines ipsos ad bonum commune*” (“Resplandece la diferencia del Derecho canónico y del Derecho civil en el punto de que son entre sí como el alma y el cuerpo, el alma es el Derecho canónico, el cuerpo es el Derecho civil, de manera que uno y otro intentan dirigir a todos los hombres hacia el bien común”, también traducción mía).

²⁵ *L'ordine giuridico medievale*, 1985. En todos estos dominios, el libro de Paolo GROSSI ha venido a poner orden, desde su autoridad y mesura, y excelso jurista de “la línea” (lo que algo conforta a los que somos “del punto”: sobre la feliz metáfora del “punto” y “la línea”, y la excelsa lección metodológica que yace tras de ella, véase el ensayo del gran maestro florentino “Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)”, contenida en la recopilación *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, pues su matizada y documentada historia de continuidades y fracturas demuestra que la pervivencia de los textos romanos no es lo que caracteriza al ordenamiento jurídico medieval, sino las respuestas a necesidades cotidianas que se elaboran sapiencialmente con aquellos textos; y esto a través de la *interpretatio*, que asume un valor nitidamente creador, esto es, de un *novum*; pero al tiempo, no deja de desvelar que el recurso a aquellos textos cumplía una función esencial para la validez y la efectividad de este Derecho nuevo. Su acentuación del papel del Derecho de la Iglesia cierra el encuadre del extenso fresco por él dibujado, lleno de detalles, y al tiempo de ideas omnicomprendivas. De esta forma, restituye al *ius commune* lo que es del *ius commune*, y nos permite ver mejor el secular decurso de la tradición jurídica romano-canónica.

obvio que los resultados de la *interpretatio* como mecanismo de edificación sapiencial de la experiencia jurídica medieval se adhirió a los problemas de su tiempo, por otra parte, no podía dejar de hacer, y sus logros no pueden ser llamados sin notorio abuso *ius romanum medium aevii*. Debe añadirse que tras una desaparición de seis siglos, el redescubrimiento del Derecho romano llevó a convertir a la Instituciones justinianas en un breviario o gramática esencial de la formación de los juristas, y ello a la postre habrá de resultar decisivo para la conservación de los esquemas conceptuales romanísticos.²⁶ En el límite de lo aceptable científicamente, cabe incluso predecir que con solo el Digesto, la tradición romanística no habría tenido la misma fortuna. Ahora bien, si no hubiera sido por ese elemento de formación común de la clase de los juristas, no habría sido posible la adopción de un código extranjero como modelo del propio, en época de fuerte exaltación nacionalista. En este sentido resulta paradigmática la experiencia española, combatíamos una guerra contra aquellos soldados que llevaban, según la frase legendaria, en su mochila el “Código civil de los franceses”, al tiempo que se afirmaba en Cádiz el ideal codificador.

5. EL DERECHO CANÓNICO. SU INFLUENCIA ESPIRITUAL. CONTRIBUCIONES AL DERECHO DE LA MODERNIDAD

Comparece el otro gran elemento de nuestra tradición, el Derecho canónico. A decir verdad, su alcance está más que bien definido, presupuesto, como un lugar común de borrosos perfiles, aunque de indudable existencia.²⁷ Ello quizás sea debido a que la influencia canónica dentro de nuestra tradición fue potentísima, pero más indirecta que creadora de concretas fórmulas jurídicas; digamos, sin pretender ningún retruécano fuera de lugar que, salvo en la obvia excepción que se dirá, esa influencia fue, ante todo, espiritual: en el terreno propio de la búsqueda de la *salus animarum*, y en ser vehículo privilegiado de uso de las fórmulas romanísticas; más material fue la atracción al fuero eclesiástico, como se dirá, de causas civiles. Basten para ilustrar lo que digo algunos ejemplos, que, por otra parte, son algo más que puros ejemplos, ya que indican adquisiciones esenciales para nuestra tradición.

A) El primero de ellos es el principio de que el solo consentimiento obliga en el contrato, como reacción frente a la rigidez de la *stipulatio* romana y de

²⁶ WATSON, A., *Making the Civil Law*, 1985; ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales...*, *cit.*

²⁷ Lo que no debe llevar a la opinión de LAWSON, F. H., *A common lawyer...*, *cit.*, que minusvalora en exceso el elemento canónico.

los *pacta vestita* como *formulae iuris civilis obligandi*;²⁸ aunque no deba olvidarse que el rechazo del formalismo contractual también fue propio del naciente *ius mercatorum ratione mercaturae*, que a la postre desembocará en el Derecho mercantil. No obstante, y por ser algo más precisos, ambos motivos, fidelidad a la palabra y rechazo del formalismo fueron comunes al Derecho canónico y al naciente Derecho del comercio. En efecto, existe una textura religiosa, antes que jurídica, de la exigibilidad de la contraprestación entre los que se dedican a dicha actividad.²⁹

- B) El principio que habría de completar la justificación de la protección interdical de la posesión junto con la prohibición de la violencia (mecanismo de origen romano: recuérdese lo dicho antes sobre la norma de origen pretorio *vim fieri veto*, pese al especial contexto en que surgió, como ha ilustrado LABRUNA³⁰), que es la regla *spoliatus ante omnia restituendus* (“antes de cualquier otra cosa, se ha de restituir al despojado”, traducción mía)³¹
- C) En la teoría de la norma, los conceptos de *dispensa, tolerantia, dissimulatio, benignitas, aequitas*. Son hitos fundamentales de combate contra el *ius strictum*, aportaciones insignes del principio *summum ius, summa iniuria*.³²
- D) La teoría de la *persona ficta*, ligada a Sinibaldo DE FIESCHI,³³ Papa Inocencio IV, incisiva penetración en el terreno pantanoso de las personas jurídicas, que volverá a florecer en SAVIGNY, y aun en doctrinas modernas.³⁴

²⁸ Vid. el bellissimo trabajo de HYLAND, R., “*Pacta sunt servanda*”, en el libro colectivo *Del ius mercatorum al Derecho Mercantil*, 1992, aunque podía haber prescindido del apunte comparatístico actual final, harto simple en contenido y fuentes. Citemos una sola, clásica, conocidísima, casi canónica, de su propia cultura jurídica, y con no poca perspectiva histórica, “The past of promise: an historical introduction to contract”, de E. A. FARNSWORTH, en *Columbia Law Review*, 1969.

²⁹ Esencial, en estas incumbencias, *Antidora, cit.*, de B. CLAVERO.

³⁰ Vid. nota 19.

³¹ Excelente estudio español, válido a pesar de su antigüedad, el de MARTÍ MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus: excepciones a este principio (aspectos penal, romano, canónico y civil vigente del tema. Conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona durante el curso de 1909 a 1910)*, 1972.

³² *Ad rem*, DEL GIUDICE, V., *Privilegio, dispensa et epicheia nel diritto canónico*, 1926.

³³ Datos esenciales en el clásico *Teorie delle persone giuridiche*, de F. FERRARA SR, 1915. Específicamente, la notable monografía de PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, 1975.

³⁴ Se tenga la idea que se tenga de persona jurídica, el *modus operandi* ficticio siempre late en ella. Ilustrativas y brillantes páginas, en CAPILLA, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1993.

E) La idea de *processus iudicii*, claro anticipo de conceptos del moderno Derecho procesal civil. En efecto, es el Derecho canónico quien forja la idea primitiva del proceso como *iter* para llegar al juicio como serie concatenada de actos (*ordo iudiciarius procedendi*) que llevará a la resolución del litigio. Agudamente se ha dicho que es el Derecho de la Iglesia quien ha constituido la prehistoria científica del moderno proceso civil.³⁵ La idea de *processus*, como *iter*, como serie concatenada de actos que conduce al *iudicium*, es propia de la técnica canonística, que de esta forma combate la aguda polisemia del último término, asumiendo solo su veste moderna de *processus iudicialis*, de *ordo iudiciarius*. La idea de un juez no *arbiter*, propia de la tradición del Derecho romano, hasta la muy tardía llegada de la *cognitio extra ordinem*, ya había corrido camino en el Derecho canónico, incluso en causas civiles, con la *episcopalis audientia*.³⁶

6. EL DERECHO CANÓNICO COMO ELEMENTO DE RIGIDEZ DEL TRÁFICO ECONÓMICO Y SU CORRECCIÓN CON EL AVANCE DEL *IUS MERCATORUM RATIONE MERCATURAE*

Al tiempo, no cabe negar que más allá de esta influencia de difusa, y a veces confusa espiritualidad (viene a nuestra memoria la auténtica revolución que contra el orden establecido significaron Francisco DE ASÍS, y movimientos como el de los *fratricelli*, reprimidos por la autoridad papal de manera harto enérgica), el Derecho canónico introdujo elementos de rigidez inadmisibles para el incipiente tráfico económico, que transitaba de un modo de producción feudal a un modo de producción precapitalista; el paso de uno a otro, que comenzó a acaecer con la movilización de valores propia de la Baja Edad Media y la configuración de una vida urbana como vida de mercado, frente a la inmovilidad del comercio de los bienes raíces, fruto del feudalismo rampante, y que aún habría de recorrer un largo trayecto, inmovilidad del tráfico que configuraba esencialmente la ciudad como fortaleza y mercado: la función de la ciudad como suma de ambas cosas (viene a la memoria el bello decir de CARANDE,³⁷ en los momentos del esplendor de Sevilla) es posterior y señala el comienzo de la modernidad. Empero, la rigidez canónica (paradigma toda su configuración del *mutuum*, y en especial lo relativo a los intereses: y en este caso el Derecho

³⁵ Abundante noticia de esta, en sus palabras, prehistoria del proceso civil, en PICARDI, voz "Processo Civile (dir. moderno)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1986

³⁶ Clásico sobre esta figura, VISMARA, G., *Episcopalis audientia*, 1937

³⁷ "Sevilla, fortaleza y mercado", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1927.

canónico se acomodaba perfectamente al esquema de la gratuidad del tipo contractual romano), se fue corrigiendo con el avance de lo que hoy llamamos Derecho mercantil.³⁸ Como se ha señalado muy agudamente por GALGANO,³⁹ se guardaba muy bien la naciente clase burguesa de combatir frontalmente el Derecho de la Iglesia; la revuelta del *ius mercatorum ratione mercaturae* era contra el *ius civile*, y no contra todo él (que, al cabo, el burgués se hacía comerciante para devenir propietario), sino contra sus formas más arcaicas, y más entorpecedoras de la vida comercial. Y en esta revuelta, que no revolución (sabemos bien que el Derecho mercantil de hoy es el Derecho civil de mañana, ley histórica que ASCARELLI formuló en un celeberrimo ensayo⁴⁰), el Derecho de la *Lex Mercatoria* estuvo unas veces al lado y otras, solapadamente, en contra del *ius canonicum*. En todo caso, fue un factor disgregador más, aunque no el único ciertamente, del *utrumque ius*. En sorprendente paradoja, el Derecho que más firmemente mantiene, como insignia del propio espíritu, la uniformidad de reglas para el comercio contribuye a la desaparición de la pretensión de un Derecho con aspiraciones de universalidad. O tal vez no tan paradójico y sorprendente: al comerciante le unen los intereses de ganancia, y las operaciones de intermediación y transacción, por definición comunes, al nacional,

³⁸ Podemos convenir en que las categorías *ius mercatorum* y Derecho mercantil no son absolutamente equivalentes desde el punto de vista histórico (y su manejo historiográfico). No obstante, no son dos mundos estancos. Convendría, tal vez, plantearse alguna cuestión metodológica previa, como el problema del largo plazo en la evolución del Derecho y el de la continuidad y discontinuidad en estos análisis y no pretender que son rigurosos criterios científicos dotados de objetividad las legítimas, pero subjetivas, tomas de posición sobre qué se quiere leer, sobre qué se quiere poner el acento, y donde se coloca la cesura para una periodización de mayor o menor intensidad; y no digamos de lo que cada uno libérrimamente cree que es su oficio. Comprendo que este no es el lugar para la amplia discusión que estas cuestiones merecerían, y desde luego con mayor autoridad que la mía. Dejo aquí la cuestión, limitándome a señalar, para la eventual lectura de a quien interesen estas cuestiones, algo, no exhaustivo, de literatura, normalmente omitida por algunos historiadores del Derecho, cuando tratan del Derecho mercantil: BERCOVITZ, A., "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, 1971; DE BENITO, J., "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Rodrigo Uría*, 1987.; GIRÓN TENA, J., "El Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951. En verdad, no creo que el absolutismo jurídico sea una coartada para no ocuparse de estas aportaciones: basta con ver el equilibrado punto de vista de B. CLAVERO en el libro colectivo antes citado *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, "Historia como derecho: el derecho mercantil", historiador al que hay que añadir entre sus múltiples talentos el rechazo de bibliografías extravagantes.

³⁹ *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, 1993.

⁴⁰ "La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale", *Rivista di diritto commerciale*, I, 1934.

al *cives* (esto es, al destinatario por excelencia del Derecho civil) le unen los signos de la nacionalidad, por sí mismos excluyentes.

7. LA DECISIVA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA DISCIPLINA DEL MATRIMONIO, Y COMO CONSECUENCIA EN EL DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA

De todos modos, por la razón que más adelante se dirá, una parte de verdad tan solo hay que atribuir a la opinión de F. H. LAWSON, el atento y agudo *common lawyer* observador del *civil law*, según la cual el Derecho canónico, sistematizado por primera vez en el *Decretum Gratiani*, alrededor del año 1141, con su posterior elaboración por los grandes papas del siglo decimosegundo y decimotercero, elaboración que lo hizo sustancialmente completo antes de la Reforma, influyó muy poco en la formulación del Derecho civil moderno; pero cierto es, en todo caso, que la excepción reconocida a esa poca influencia por el jurista inglés goza de una extraordinaria importancia. Me refiero, como es obvio, al Derecho del matrimonio. Publicidad del vínculo, solemnidad del acto, enumeración y conceptualización de los impedimentos, doctrina del consentimiento, afirmación de la monogamia, teoría de la separación de cuerpos *quoad thoram mensam et habitationem*, necesidad de proceso judicial eclesiástico para la nulidad o relajación del vínculo, enemiga del divorcio vincular, formulaciones jurídicas tan sofisticadas como el matrimonio putativo, etc., constituyen aún hoy el esquema de explicación doctrinal y expresión legal del matrimonio, incluso en su casi generalmente impuesta versión laica o secularizada. Harina de otro costal será discernir si el futuro camina por esas vías, en concreto si la pareja de hecho será una forma jurídica y axiológicamente alternativa al matrimonio tradicional, o se consolidará como una tercera forma matrimonial, o cuál será el impacto del matrimonio entre personas del mismo sexo. El dinamismo actual del fenómeno impide una predicción, que, en cualquier caso, no es de aquí y ahora.

Empero, un apunte sobre algo que no se subraya con frecuencia. La disciplina del matrimonio canónico está alejada de los esquemas romanistas, porque el modelo familiar romano clásico dejó de estar vigente en épocas muy tempranas, incluso en momentos de vigencia (tómese esta palabra del modo más lato posible) del *Corpus Iuris*. No era ajena a ello, como es lógico, la doctrina del matrimonio como sacramento; pero el núcleo fuerte de la cuestión es que el sistema familiar romano había periclitado desde hacía mucho tiempo cuando el Derecho canónico alcanza un cierto nivel de formalización jurídica. Pero

ello trae consigo, en parte como causa y en parte como consecuencia, que el nuevo modelo de matrimonio tiene una cierta fuerza expansiva más allá del matrimonio mismo, impulsando una cierta valoración de igualdad y libertad de la mujer, y una cierta afirmación de la igualdad de los hijos que, aunque no absolutamente concebida como hoy, implicaba equiparar, en bastantes aspectos, a los legítimos al menos con los que procedían de uniones de las que no se predicaba impedimento dirimente; singular relieve revestía el *favor filii* acordado a los hijos nacidos de matrimonio putativo.

En suma, el matrimonio canónico dibujaba una familia más humana de la que la rudeza de la regulación secular hubiera permitido. Si a ello se añade la pretensión de exclusividad del Derecho canónico como regulación en estas materias, que combate con irregular éxito hasta la Reforma, pero, éxito al cabo, podríamos estar de acuerdo en que lo que hoy llamamos Derecho de personas y familia tiene un ingrediente canónico no despreciable, aunque sea en una lejana sustancia.

8. PROBLEMAS DE LA SECUENCIA HISTÓRICA

Una mirada a la complejidad de algunos problemas se hace necesaria y ello implica que es hora de dar un paso atrás en la historia. La razón de este retomo es doble. Pretende evitar un grave equívoco, y al tiempo poner las bases de un desarrollo ulterior. Hemos partido de la constatación de que el Derecho romano desaparece como Derecho de la *res publica romana* tras la caída del Imperio de Occidente, de que su lugar es ocupado por los Derechos de los pueblos bárbaros, y de que retorna como integrante principal del *ius commune*. En esta secuencia no cabe olvidar que la colección de Graciano (*Concordia discordantiun canonum, Decretum Gratiani*), que constituyó la base de la consideración autónoma del Derecho canónico como disciplina jurídica, fue introducida en la enseñanza universitaria; y está fuertemente influida por la nueva cultura jurídica romanística de los Glosadores, de los que adopta el método ante el texto y una buena parte de la terminología y el aparato conceptual que habían bebido en el Digesto. Este fenómeno resultó acrecido para la práctica por la ampliación del fuero procesal civil de la iglesia, y su propia autoridad moral.⁴¹ De esta forma, el Derecho canónico no es solo un elemento formativo del *ius commune*, sino el mecanismo de incorporación a este de una cultura romanística, que se utilizará en una práctica jurisdiccional “cult”; desde este momento los intercambios e influencias entre ambos Derechos serán constantes frutos

⁴¹ PARICIO, J. y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa.*, 1995.

de esa interrelación; y a la larga constituirán a la tradición romano-canónica una amalgama difícil de descomponer. La secuencia histórica así delineada suscita graves dudas en su concreción a tiempos y territorios concretos, en parte no resueltas aún, y alguna a la que tal vez no quepa ya esperar una respuesta convincente. Es más, dicha concreción nos llevaría, de algún modo nos lleva, quizás no a discutir la validez de aquella secuencia, pero sí a atenuar su intensidad, o a acentuar fuertes modalizaciones.

Es claro que excede a este trabajo incluso la simple enumeración de los problemas; ahora nos debe bastar poner algunos de manifiesto.

A) El primero atiene a la permanencia del Derecho romano en el Imperio de Oriente, fenómeno de confusos perfiles. Sin embargo, no debemos dejarnos llevar por una fascinación a lo GIBBON,⁴² porque, aunque el Imperio y el Derecho continúen en Oriente, y la influencia bizantina no sea desdeñable, su eficacia cultural y, por consecuencia, jurídica ofrece un interés limitado para el Occidente europeo, que es donde culminará con la Codificación, la consolidación de la tradición jurídica romano-canónica.

B) Del segundo, todo lo que deriva poner de relieve es que es una verdad relativa que los Derechos de los pueblos bárbaros ocuparon enteramente el lugar del Derecho romano. Que sobrevivió algo de Derecho romano a las invasiones es algo que no se discute en su esencia, pero es un grave problema histórico en su efectivo alcance y concepto, el problema del llamado "Derecho Romano vulgar", o si se quiere, el problema de la vulgarización del Derecho.⁴³ Sin embargo, las fuentes nos arrojan en su pormenor, y en bastantes ocasiones, detalles significativos: costumbres contaminadas con elementos propios del Derecho romano y "códigos" bárbaros de Derecho romano como la *Lex Romana Visigothorum*. Pero por encima de todas estas cuestiones subyace como verdad que los pueblos bárbaros acarraron sus propias costumbres bastante divergentes en su conjunto y no en meros detalles: es la era de la fragmentación jurídica la que inauguran y, en consecuencia, la de la imposibilidad de construcción de un todo unitario, que como tal sustituya al Derecho de Roma. *En passant*, conviene decir que la pervivencia de esos elementos consuetudinarios fue un factor nada des-

⁴² Como es claro, me refiero a *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*; publicados sus seis volúmenes entre 1776 (I), 1781 (II y III); 1788-89 (IV, V, VI), se considera fijado de modo fiel su texto en la edición de David Womersley, 1994.

⁴³ Según la terminología de CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit.

preciable de la diferenciación futura de los Derechos civiles “nacionales”. El ejemplo más significativo fue, sin duda, la división del territorio francés en *pays de droit coutumier* y *pays de droit écrit*; y explica peculiaridades notorias, nada menos que del paradigma de la Codificación latina, el *Code Civil*.⁴⁴

- C) El tercero de los problemas, inevitable consecuencia del anterior, es que la implantación del Derecho romano y la sustitución de los Derechos autóctonos, fenómeno que conocemos como Recepción (más allá de distinciones más afinadas en las que ahora no nos podemos detener, tal cuales son si la palabra y el concepto son aplicables solo a los territorios del llamado Derecho germánico, y si cabe distinguir entre Recepción “teórica” y Recepción “práctica”) fue muy irregular, porque unas veces tropezó con terreno abonado, y otras con fortísimas resistencias, que ni siquiera llegó a vencer nunca: ejemplo príncipe el del *dominiun duplex*, aberrante para la tradición romanística (“lächerlich”, ridículo, para A. J. THIBAUT⁴⁵), que solo abatió la Revolución Liberal, y solo en el continente europeo, y nunca del todo; un vago eco del mismo recorre incluso nuestro propio Código civil: el censo enfiteúutico. Sin embargo, de nuevo emerge una verdad fundamental: tal sustitución o Recepción se produjo, y fue importante no solo y no tanto desde el punto de vista cuantitativo, pese a su enorme extensión, cuanto desde el punto de vista cualitativo, porque la sustitución la operaba un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad, y que se constituyó en el vehículo de la educación jurídica de gentes de las más diversas latitudes, y uno de los orígenes fundacionales de las universidades mismas, sobre todo en la Europa continental.⁴⁶

9. LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA, COMO ELEMENTO DE TÉCNICA Y DE EDUCACIÓN DE LOS JURISTAS, FACTOR UNIFICADOR

Este último apunte no deja de ser decisivo: como la lengua latina configuró durante los siglos intermedios la lengua de una coine de pensamiento, el Derecho romano fue, unido a aquella lengua, el instrumento de una coine jurídica;

⁴⁴ WATSON, A., *Making the Civil Law*, cit.

⁴⁵ Como nos recuerda GROSSI, P., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, 1992, traducción española del que esto escribe de la que un desilustrado editor mudó, *inaudita parte*, la correcta traslación del título, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador*, con el que fue posteriormente reimpressa sin cambios en 2016

⁴⁶ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit*, cit.

y esta no es la menor de las razones de la operatividad ulterior de lo que venimos denominando tradición jurídica romano-canónica.

Con lo dicho queda claro que se conjura el equívoco de que la expansión de la tradición jurídica romano-canónica sea única, uniforme, y completa; y se ponen las bases de la explicación, al menos en parte, de un fenómeno con el que convivimos con perfecta naturalidad, sin damos cuenta muchas veces de la intensa paradoja que en él subyace: la realidad a un tiempo “nacional”, si se quiere hasta “nacionalista”, de los Derechos civiles de los países del Occidente europeo, y su procedencia de un Derecho que aspiraba a ser *unum*. No es suficiente la explicación superficial de que las diferencias entre los Derechos civiles “nacionales” sean de detalle; eso es absolutamente incierto, salvo que las diferencias en la transmisión de la propiedad, en la publicidad registral, el régimen económico matrimonial; la existencia o inexistencia de la figura del heredero, y se podrían buscar muchas más, se consideren “detalles”. La explicación es otra: es la tradición jurídica romano-canónica, como elemento de técnica, de educación de la clase profesional de los juristas, de pensamiento de cultura en suma, la que subyace como factor unificador.

10. LA FRAGMENTACIÓN DE LA MODERNIDAD. RENACIMIENTO, REFORMA, RACIONALISMO

La ardientemente deseada unidad del mundo antiguo en los siglos intermedios, aunque en gran medida sea solo idealmente, bajo la idea de un orden concebido por la divinidad, y jerárquicamente asentado, sufre una total fragmentación en la Modernidad, esa Modernidad, se ha dicho, gobernada por tres erres: Renacimiento, Reforma, Racionalismo. Ya hemos visto que aquel ideal deseo de unidad traía el del *unum ius*, cuyo componente esencial era el Derecho romano. Es lógico pensar que estos tres fenómenos deberían provocar la fragmentación de aquella unidad jurídica ideal, y provocar el nacimiento de vigorosos Derechos nacionales, de identidad absolutamente propia. Sin embargo, lo verdaderamente fascinante de esta historia es que ello sucedió y al tiempo no sucedió; y en la medida en que no sucedió lo fue por obra de la tradición jurídica romano-canónica; los intentos de fundar el Derecho en una tradición distinta se saldaron con un gran fracaso en el área de la latinidad, y un fracaso bastante apreciable en el resto del continente que convencionalmente llamamos área germánica. Ello solo se puede entender desde una premisa que ha estado implícita desde el primer momento en esta exposición: cuando hablamos del Derecho romano como elemento de la tradición jurídica roma-

no-canónica, no nos referimos a una fuente escrita del Derecho, el *Corpus Iuris Civilis*, cuyas soluciones se impongan, *ubicumque*, como mandatos jurídicos de contenido unívoco. Quien ve así al Derecho romano en su largo tránsito de siglos, está viéndolo con las lentes de miope del jurista radicalmente insertado en la idea del Derecho como orden positivo vigente de soluciones en un dado momento; idea cierta como foto fija, pero precisamente por ello totalmente insuficiente para ver el decurso histórico del Derecho.

11. LA “RACIONALIDAD” DEL DERECHO ROMANO Y LA ARTICULACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS “NACIONALES”

Lo que ha hecho del Derecho romano, desde sus orígenes hasta la formulación del *Corpus Iuris*, un producto jurídico absolutamente singular es que sus soluciones son soluciones de autoridad, responden al concepto de autoridad profesional en lo jurídico y de saber prudencial en la búsqueda de lo equitativo, y se le aprecia tanto por sus soluciones como por su modo de razonar, que se consideran insolubles: es la consideración del Derecho romano como *ratio scripta*, tantas veces formulada. Con respecto a esta, sobre la que cabría buscar explicaciones modernas, desde la de WEBER (que ve en el Derecho europeo, por contraposición al *common law*, la característica esencial propia del Derecho moderno, esto es, la existencia de normas preestablecidas, dotadas de autónoma autoridad, y que hagan previsibles los resultados, y el Derecho europeo posee esa característica de racionalidad y autonomía porque procede de la autoridad del *Corpus Iuris*), hasta la aplicación a dicha *ratio* de la teoría de los paradigmas elaborada por KUHN,⁴⁷ no basta su mera descalificación histórico-crítica, sobre todo por los historiadores del Derecho, alguno en su particular batalla por la hegemonía científica frente a los romanistas; y no basta porque la percepción del Derecho romano como *ratio scripta* condicionará la actitud de juristas de tres siglos, y ello es determinante, pues lastimosamente para los

⁴⁷ Usó la palabra paradigma en el conocido sentido y con el papel que le adjudica en la historia y la filosofía de la ciencia, KUHN, T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962. Pese a las críticas recibidas, y con las acomodaciones que cada saber requiera (en el campo del Derecho la historicidad de las instituciones y de los correlativos conceptos explicativos, como magistralmente aclaró VIEHVEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, creemos que la historia de la ciencia es una historia de paradigmas, sus “anomalías” y la sustitución por otros paradigmas. Comprendo el peligro de razonar por analogía y trasplantar conceptos pensados para unos saberes a otros de muy diversa estructura. pero cuando KUHN define al paradigma como “conjunto de creencias compartidas o de sabiduría convencional acerca de las cosas”, no parece estar muy lejos de los *topoi* de VIEHVEG, pero sin que ahora pueda, dadas las características de este trabajo, ahondar en el tema, todo el pensamiento jurídico, sobre todo en el campo del Derecho privado, está modelado desde los paradigmas del Derecho romano.

constructores del Derecho civil de la modernidad europea, no pudieron tener en cuenta tan ilustres y posteriores críticas. Una manifestación del modo de pensar vitando para los nuevos historiadores nos la narra WATSON, al colacionar una cita de Guy DE COQUILLE, que no puede aceptar el Derecho romano porque no es “nacional”, pero que lo acepta porque es la (posteriormente malfamada) *ratio scripta*.

En la práctica, y habida cuenta de las cambiantes necesidades de territorios y de tiempos diversos, lo que ata los Derechos “nacionales al Derecho romano es la articulación conceptual, y en algún caso, la sistemática, para generar, desde esas categorías y esa sistemática una respuesta jurídica, que aunque apoyada en los textos, es propia del intérprete del momento”, con los condicionantes y necesidades propios de su lugar y su tiempo, como bien desvela Paolo GROSSI, en la sagaz auscultación que antes hemos citado.

12. EL DERECHO ROMANO, INSTRUMENTAL BÁSICO PARA LA FORMACIÓN DE LA CLASE PROFESIONAL DE LOS JURISTAS. LA INFLUENCIA DECISIVA DE LA INSTITUTA

Al Derecho romano se ha confiado incluso durante la época de la Modernidad, y se le sigue confiando ahora, otra función, a la larga mucho más determinante del futuro de cualquier sistema jurídico que ninguna: ser el instrumental básico para la formación de la clase profesional de los juristas. Es más, tal vez habría que pensar si, al menos respecto a este particular, y así lo ha dicho con convincentes razones para el territorio francés (que no es un territorio cualquiera para la tradición jurídica romanística) ARNAUD,⁴⁸ la parte verdaderamente influyente del *Corpus Iuris* ha sido, en gran medida, no el *Digesto*, no el *Codex*, sino la *Instituta*. ¿Será preciso recordar aquí que la sistemática de nuestro Código civil es precisamente la de las Instituciones de Justiniano? Se podrá incluso decir que mediatamente las de GAYO, pero conviene recordar aquí que el descubrimiento de estas por NIEHBUR, en los *Fragmenta Vaticana*, se remonta a poco más de siglo y medio, cuando ya han aparecido Códigos tan significativos como el padre de la familia romano-francesa.

Esta cuestión de la influencia de los libros escolares, y de la educación jurídica en general, en la formación de los sistemas jurídicos y la propia efectividad de estos es compleja, y ha sido tomada en casi nula consideración en el área del

⁴⁸ *Les origines...*, cit.

civil law, mientras que la literatura al respecto en la del *commom law* es interminable.⁴⁹ Pero qué duda cabe de que quien quiera saber cómo ha sido, en la realidad del día a día, el Derecho civil español de la posguerra civil, casi hasta nuestros mismos días, tiene que pagar un ineludible peaje por el *Derecho civil español común y foral* de CASTÁN. Se podrá deplorar científicamente que haya sido así, y se podrá criticar políticamente si ello no formaba parte del secreto acuerdo que tuvo con las clases medias (destinatario principal de las normas civiles) el régimen franquista; pero así fue, y por amor de la verdad, así hay que decirlo.

13. EL IMPACTO DEL RENACIMIENTO, LA REFORMA Y EL RACIONALISMO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA

Podemos ahora retomar, con una cierta perspectiva, el impacto de las Tres Erres en la tradición jurídica romano-canónica.

A) Ello significa, principalmente, hablar del principio de razón como fundamento del orden jurídico, y una vez apelado el principio de razón, es difícil que no venga en causa un tópico jurídico de todos los tiempos, el Derecho natural; el principio de razón, cuya esencia consiste en estar más allá de la contingencia de cada singular mundo moral y jurídico, abona la existencia de un conjunto de normas y reglas que se imponen más allá de dicha contingencia precisamente porque vienen derivadas de un orden natural. No es mi propósito hacer aquí una crítica filosófica del Derecho natural, sobre todo porque me parece inútil en dos órdenes de ideas. El primero, porque en una visión metafísica u ontológica, no hay acuerdo que pueda ser mínimamente aceptado sobre el concepto de naturaleza. El segundo, la experiencia histórica nos muestra una constante mutación de los valores jurídicos considerados intrínsecamente ligados a la naturaleza humana.

⁴⁹ Por citar solo el recentísimo de una larguísima serie, iniciada desde antiguo, SOMMERLAND et al-, *The futures of legal education and the legal profession*, 2015; en cambio, en el *civil law* se pueden encontrar pocas de interés, salvo breviaros prácticos y libros de deontología, todos de prescindible cita. Una excepción, aunque con una fuerte marca ideológica, propia del tiempo, son los ensayos de BARCELLONA, P., D. HART y U. MÜCKENBERG, recogidos bajo el título *L'educazione giuridica: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, 1973. El dato ocasiona una cierta perplejidad: un sistema jurídico con mucha menor historia académica invita a la reflexión sobre el tema, que no hace el más culto y con mayor tradición académica. Ahí queda el dato, que habría que analizar con detalle, antes de sacar conclusiones precipitadas.

- B) Ahora bien, aunque se prescindiera de estos procedimientos metafísicos o de los nada lejanos a ellos de un apriorismo histórico, no cabe negar que bajo la denominación de Derecho natural se agrupan grandes corrientes de pensamiento de decisiva influencia en la configuración de nuestra tradición jurídica.
- C) Puesto de honor hay que reservar a la Segunda Escolástica española,⁵⁰ lo que de modo explícito, dejando a un lado proclamas nacionalistas e integristas que bien poco tendrían que ver como “actitud del espíritu” con la misma Segunda Escolástica, solo comienza a hacerse ahora de modo científicamente solvente e ideológicamente no sectario. Es, como en las letras, también la Edad de Oro jurídica española; y su influencia, que debía haber sido tan larga, se salda con un relativo fracaso, porque el propio pensamiento integrista español la habría de sofocar, al hilo de la decadencia histórica de nuestra patria. No obstante, conviene no olvidarla, y a ella se puede volver aún hoy para escrutar los pilares históricos de nuestra tradición.
- D) Pero aun así se debe reconocer que la influencia decisiva de una doctrina del Derecho natural hay que adeduarla a la dirección racionalista, ligada en aquel torbellino del mundo no a las ideas del catolicismo, sino a las de la Reforma.

La escuela del Derecho natural racionalista es, en efecto, fruto principal de las ideas de la Reforma, y tiene sus más lejanas fundaciones en el humanismo del Renacimiento. El retorno al ideal de la Antigüedad grecolatina portaba en su seno la rebelión contra los dogmas, en su búsqueda del “hombre en cuanto hombre”. La religación con Dios es un asunto propio y espontáneo de cada individuo, absuelto de toda autoridad civil o religiosa solo frente a su conciencia. Saber y verdad son frutos del intelecto individual. La razón se convierte en un atributo del individuo, en la decantada formulación cartesiana, dado que el espíritu, por el mero hecho de ser sujeto pensante, posee ideas innatas que le permiten el conocimiento.

Estas premisas suministraban los datos para una nueva concepción del Derecho, absolutamente alejada del *ordo ordinatus a Deo* (“orden ordenado por Dios”), propia del Medioevo. Su núcleo esencial era la creencia en un orden natural, cognoscible racionalmente, donde el individuo ejercita sus *iura innata* o *naturalia*, y concuerda su existencia en común con otros individuos a través

⁵⁰ *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Atti a cura di Paolo Grossi, 1973.*

del contrato social. La tríada estado de naturaleza, derechos innatos y contrato social marcan una existencia jurídica por y para el individuo.

Este filón ideológico será el patrimonio común que llegará hasta las puertas de la Codificación. Mejor dicho, será una de sus puertas de entrada. Filón del que no cabe, empero, olvidar apreciables variantes, insertas no obstante en un ideal *continuum*, desde el contractualismo de GROCIO, tan fuertemente influido por la Segunda Escolástica española, HOBBS y LOCKE, al sometimiento de la moralidad y la legalidad a la razón de PUFFENDORF y de THOMASIVS, pasando por la construcción del Derecho *more geometrico* de LEIBNIZ y de WOLFF y de su escuela, hasta el racionalismo jurídico de DOMAT y POTHIER,⁵¹ premisa doctrinal directa de la codificación napoleónica, y que está ligada también a la codificación germánica de final del XIX, pese a alguna apariencia contraria.

14. PRECISA TRADUCCIÓN EN EL TERRENO JURÍDICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y DE LAS EXIGENCIAS DE DESARROLLO DE LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD

Tanto la ideología del Derecho natural racionalista como las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad tuvieron una precisa traducción en el terreno de lo jurídico. No podía ser de otro modo.

- A) Por un lado, la idea de los derechos innatos, poseídos por el individuo, por el mero hecho de su existencia, atributos naturales por ello, era incompatible con toda idea de desigualdad jurídica entre los hombres. La teoría contractualista de la sociedad y del poder político suponía la afirmación de que el hombre era, en su esencia, un dato presocial, una mónada aislada, juez único de propio interés.
- B) Por otro lado, y del mismo modo, una sociedad cuyo *novum* en relación con la que pretendía sustituir era la inexistencia de relaciones subjetivas de dominación, no podía consentir mecanismos de desigualación jurídica de los coasociados. Basada su articulación en el libre intercambio de mercancías (y todo producto, incluso la capacidad de producir, era mercancía), debía elevar las determinaciones de la voluntad de los individuos a la regla fundamental de aquel intercambio.

⁵¹ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, 1976.

C) Todo lo anterior confluía en un concreto entramado jurídico del que era la pieza estructuralmente necesaria la igualdad jurídica de todos los hombres. Pero obsérvese que esa igualdad, en tanto en cuanto jurídica, y en tanto en cuanto predicable de todos, debía afirmarse con independencia de las reales condiciones sociales de los concretos individuos. Era, en consecuencia, una igualdad formal. Por ello, establecida esta, al orden jurídico liberal le era indiferente, indiferente en el sentido de que le era necesario ignorarla, cuál era la real situación de poder social en la cual los individuos intercambiaban sus mercancías, o si se quiere decirlo con terminología más jurídica, en qué condiciones reales ejercitaban sus derechos, y aún más en concreto, en qué condiciones contrataban. Por lo mismo debía de partir de la consideración de que el individuo gozaba de un ámbito económico en el que las determinaciones de ejercicio correspondían en exclusiva a su titular: de nada habría servido el establecimiento de una igualdad formal en el intercambio de las mercancías, si el título jurídico de las mismas hubiera venido sometido a condicionantes por los poderes públicos, o vinculado a relaciones de inordinación jerárquica con otros individuos. En pocas palabras, el nuevo orden necesita una libertad de contratar, gobernada por la igualdad formal, para hacer circular bienes cuyos titulares no estén sometidos a limitaciones importantes de ejercicio, es decir, gocen de una propiedad tendencialmente ilimitada.⁵²

D) En este planteamiento, el nuevo orden resultaba incompatible con el anterior, donde los presupuestos de la adquisición, transmisión y ejercicio de los derechos venían ligados a un determinado puesto en el orden social, es decir, a un *status*. La variedad de estos en el Antiguo Régimen era ciertamente impresionante. No se trata aquí de hacer un elenco, sino de manifestar la idea de que su articulación normativa, que involucraba casi todas las manifestaciones existenciales del individuo, suponía la minuciosa reglamentación de actividades repartidas por diversos y rígidos órdenes sociales, actividades ligadas de manera inescindible a la pertenencia: la familia, el gremio, las relaciones señoriales, las corporaciones públicas. Minuciosa reglamentación que no partía de la premisa de una igualdad jurídica, y que al no partir de esta configuraba un sistema jurídico basado sobre el privilegio. Una compacta red de privilegios (incluidos los odiosos), determinados en función de una gran variedad de *status*, puede ser una definición bastante aproximada del Derecho del Antiguo Régimen.

⁵² CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, 1969

15. EL DERECHO ROMANO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ORDEN

Frente a esta situación, el reto del orden jurídico emergente era el de configurar un Derecho cuyo presupuesto de aplicación fuera la simple cualidad de hombre. Se debe aquí poner de manifiesto que para este objetivo, y pese a una difundida actitud sobre la intemporalidad e intercambiabilidad de los conceptos del Derecho romano, este era prácticamente inutilizable. Ahora bien, y aquí está lo verdaderamente grande del significado del Derecho romano, la anterior afirmación solo es aceptable siempre que se distinga, como se hace por el mismo ORESTANO,⁵³ entre Derecho romano, como Derecho romano de los romanos, y tradición romanística. No pretendo ahora, como es lógico, entrar en tan graves problemas de categorías historiográficas: de algún modo ya he expresado mi sustancial acuerdo con la tesis de ORESTANO. En cualquier caso, si por tradición romanística se quiere expresar toda experiencia jurídica dependiente de alguna forma del *Corpus Juris Civilis*, y por otro lado, poner en evidencia que cada una de esas experiencias aboca a formaciones jurídicas nuevas y diferentes, podremos estar de acuerdo; y si se añade que en el ámbito de la noción global "tradición romanística" se tendrán que concretar siempre las experiencias concretas que llegan a nosotros comprendidas como especies de un género, también de acuerdo. Pero negar la evidencia de que sin el Derecho romano de los romanos, como obra del espíritu, por ser como siempre se le llamó *ratio scripta*, no habría existido "tradición romanística", tampoco parece acertado. De las dos categorías historiográficas "Derecho Romano de los romanos" y "tradición romanística" hay que predicar, a un tiempo, la unidad y la diferencia; lo que, si parece un contrasentido lógico, no lo es en el fluir de la historia; y contribuye a explicar, una vez más, que los Derechos civiles sean tan nacionales y a la vez, en un largo patrimonio común técnico y cultural, tan universales.

Con este planteamiento no parece aceptable *in totum* alguna opinión⁵⁴ según la cual la inserción del Derecho natural racionalista abrió paso a una nueva tradición jurídica, y marcó el declive definitivo de1 Derecho romano como fundamento del Derecho civil moderno. Tal modo de ver las cosas no se puede acoger más que con grandes temperamentos. Sin embargo, hay algo que se debe reconocer: una destacada separación, aunque sea relativa, del orden jurídico nuevo, propiciado por el iusracionalismo, de la matriz romanística se debe a que las nuevas fundaciones iusracionalistas generadoras de ese nuevo

⁵³ *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987

⁵⁴ WATSON, A., *Making the Civil Law*, cit.

Derecho civil protoindividualista guardan un intensa conexión con las doctrinas del naciente *ius publicum* (aunque fiel a la tradición liberal-kantiana sea un “Derecho Público para el Derecho Privado”). Sin embargo, y de nuevo este argumento se asemeja a la pescadilla que se muerde la cola, en cuanto fundado de un nuevo *status reipublicae*, el Derecho natural racionalista no fue nunca una técnica, más allá de lo principal: ello resulta especialmente claro cuando se analiza el derecho de propiedad, como paradigma de todos los derechos privados, y fundamento del orden político que se coloca en un equilibrio inestable entre técnicas romanísticas y principios liberales, como también ha ilustrado magistralmente Paolo GROSSI.⁵⁵ En efecto, la absolutividad del dominio en Derecho romano, al menos en una visión tópica, y el principio liberal de *le droit le plus absolue* eran absolutamente congeniales: *dominium est plena in re potestas*. Cierto, pero en ese terreno de lo principal (o incluso si se quiere, de la pura afirmación ideológica) acaba la colaboración o congenialidad, sobre todo en el terreno científico, porque los novísimos liberales eran, en cuanto juristas, hombres del *Ancien Regime*. En cuanto se trate de llenar de contenido positivo (facultades) o negativo (límites), el Derecho natural no aporta técnicamente nada; el acervo técnico de aquella propiedad protoliberal, está transido de elementos romanísticos: la negación del dominio solidario, la corporalidad del objeto, el *ius excludendi ceteros* como elemento básico de la definición de la propiedad, la subsidiariedad de esta de la distinción romanística entre *actio in rem* y *actio in personam*, la configuración de los *iura in re* como partes dominio, etc. Además, la idea de *ius naturae* tenía, al menos verbalmente (no así filosóficamente, según la opinión de H. S. MAINE), raigambre romana, o dicho de otra forma, el espíritu individualista del Derecho romano era perfectamente congenial con el naciente iusnaturalismo. El influjo sobre la práctica establecida y la enseñanza del Derecho romano fue mínimo. El intento de GROCIO,⁵⁶ que demuestra a un tiempo la posibilidad de concebir una exposición del Derecho civil drásticamente distinta a la sistemática de las instituciones, y la imposibilidad de razonar desde fuera de la cultura romanística, es, por esa razón, un gran proyecto fallido. Es más, el Derecho romano, a través del pandectismo, y sobre todo a través del influjo de PUCHTA,⁵⁷ y de su “derecho general de la personalidad” como eje vertebrador contribuyen a la configuración del *systema iuris*, de cuyo proceso de formación nos da cuenta la monumental obra de Paolo CAPPELLINI.⁵⁸ De todos modos, parece algo reductora la visión de quien afirma que el pensamiento jurídico es el pensamiento propio de la Europa Occidental, frente a la

⁵⁵ “Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà”, en *Quaderni fiorentini*. 1978.

⁵⁶ *De iure belli ac pacis*, 1625.

⁵⁷ *Cursus der Institutionen*, edición al cuidado de KRUGER, 1893.

⁵⁸ *Systema iuris, II (Dal sistema alla teoria generale)*, 1985

orientalidad de la filosofía (la discutible pero atractiva tesis de H. S. MAINE⁵⁹), hasta la asunción por TOMAS DE AQUINO de aspectos esenciales del *corpus aristotelicum*. Más próxima a la realidad parece la idea de que la latinidad como coiné lingüística genera un pensamiento jurídico europeo, lo que vendría a ser el sustento mejor de la opinión de KOSCHAKER,⁶⁰ con matices un tanto exagerados, que indican un solapado antieslavismo. Todas estas cuestiones no pueden ser hoy sino mencionadas, porque la amplia discusión sobre lo que sugerimos no se ha producido.

16. LA APARICIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PÚBLICO. PRÉSTAMOS A ESTA DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Un último apunte. No nos parece exagerado afirmar la inexistencia de una ciencia autónoma del Derecho público hasta la consagración moderna del concepto de Estado:⁶¹ el papel de la filosofía de HEGEL, en este punto opuesta a la de KANT, es decisivo, porque hasta entonces, desde un punto de vista esencial, el Derecho público es ancilar: “un Derecho Público para el Derecho Privado”. Con el surgimiento de un auténtico Derecho público, que como formación científica radicalmente alejada del Derecho privado quizás solo se puede ver plenamente con el nacimiento de la ideología del Estado social, comienza una época realmente nueva.

Pero aun así, los préstamos conceptuales del Derecho privado son realmente importantes, y su peso institucional decisivo, lo que nos lleva de nuevo a la tradición romano-canónica.

17. LAS TAREAS DE HOY: PRESERVAR EL LEGADO DE LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA, SERVIR LOS VALORES DE CERTIDUMBRE Y SIMPLICIDAD DE LOS CÓDIGOS, INCORPORAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DOCTRINA Y A LA PRÁCTICA DEL DERECHO PRIVADO

Debe finalizar aquí este conjunto de cabos sueltos que, no obstante, no impiden ver el tapiz de la tradición romano-canónica. Pertenecer a la misma,

⁵⁹ *Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, 1861.

⁶⁰ *Europa und das römische Recht*, 1947.

⁶¹ *Ad rem*, BULLINGER, M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968. Permítaseme enviar, para un pequeño desarrollo de esta idea, a mi obra *Las ensoñaciones del jurista solitario*, 2005.

de la que son los principales oficiantes los civilistas de hoy, supone para ellos una importante fatiga: hay que estar a la altura debida de comprensión de un legado tan excelso, en la que le acompañan romanistas e historiadores del Derecho; y al mismo tiempo, hacer las cuentas con los Códigos y las Constituciones que supusieron un importante resecamiento de aquella tradición que se expresaba desde el punto de vista de las fuentes de manera coral, al primar ahora la voz de la ley como principal eco, casi única fuente del Derecho; y al prevalecer de la exégesis como método científico principal, a la espera de esa cierta revuelta contra la ley que protagonizó la jurisprudencia (y acuden a levantar acta de aquellos nombres tan ilustres como ESMEIN,⁶² GENY,⁶³ o CAPITANT;⁶⁴ y el de MORIN,⁶⁵ que no habla de una revuelta de la jurisprudencia, sino del “Derecho contra el Código”, anticipando las inquietudes de la “cuestión social”), y a la vista de radicales transformaciones del Derecho codificado, “metamorfosis” que servirán de afortunado título a una obra de contenido también afortunado, y también de un francés.⁶⁶ Conjuguar las tareas de preservar el legado de la tradición romano canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad e igualdad formal de los Códigos, incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho privado⁶⁷ ..., en suma, huir del agostamiento cierto de lo que con razón llama Paolo GROSSI⁶⁸ “absolutismo jurídico”, sin perder de vista que ni los Códigos son una ley más y sin olvidar que la superioridad ética, política y jurídica de la Constitución no autoriza sin más a la aplicación *per saltum* de sus normas, son fronteras principales donde se combate, junto al impacto de la globalización, los intentos de uniformización del Derecho privado, y los avances de las ciencias de la naturaleza, la construcción del Derecho civil del futuro.

⁶² « La jurisprudence et la doctrine » *Revue de droit civil*, 1902

⁶³ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique par François GénY; précédé d'une préface de Raymond Saleilles*, 2ª ed., 1954.

⁶⁴ *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4ª ed., 1914

⁶⁵ *La révolte du droit contre le Code*, 1945

⁶⁶ *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui: l'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, 1959

⁶⁷ La idea de derecho fundamental tal como hoy la entendemos es ajena a los Códigos, que se mueven en un ambiguo espacio delimitado positivamente por las declaraciones iusracionalistas que estaban en sus fundamentos ideológicos y la no menos ideológica percepción del sujeto de derecho como un sujeto abstracto, protagonista de la igualdad formal que necesita el naciente capitalismo, como antes hemos dicho.

⁶⁸ *Assolutismo giuridico...*, cit.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD, A-J., *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.
- ASCARELLI, "La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale", en *Rivista di diritto commerciale*, I, 1934.
- BARCELLONA, P., D. HART y U. MÜCKENBERG, *L'educazione giuridica: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973 (hay traducción española de Carlos LASARTE).
- BERCOVITZ, A., "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971.
- BRAUDEL, F., "Histoire et sciences sociales: La longue durée" en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 13. 4, 1958
- BULLINGER, M., *Offentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart, 1968.
- CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Milano, 1954.
- CAPPELLINI, P., *Systema iuris, II (Dal sistema alla teoria generale)*, Milano, 1985.
- CAPILLA, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1993.
- CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4ª edición, Paris, 1914.
- CARANDE, "Sevilla, fortaleza y mercado", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1927. Primera edición exenta en Sevilla, 1975.
- CLAVERO, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977.
- CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, Madrid, 1992.
- CLAVERO, B., "Historia como derecho: el derecho mercantil", en C. Petit (editor), *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, Madrid, 1997.
- CLAVERO, B., *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, 2005.
- CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, Bari, 1969.
- CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993.
- DE BENITO, J., "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Rodrigo Uría*, 1978.
- DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano*, traducción española, Madrid, 1954.
- DE FRANCHIS, voz "Action", *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984.
- DEL GIUDICE, V., *Privilegio, dispensa et epicheia nel diritto canonico*, Perugia, 1926.

- ESMEIN, A., "LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE", *REVUE DE DROIT CIVIL*, 1902
- FARNSWORTH, E. A., "The past of promise: an historical introduction to contract", *Columbia Law Review*, 1969.
- FERRARA SF., F., *Teorie delle persone giuridiche*, Torino, 1915.
- GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique par François Génys; précédé d'une préface de Raymond Saleilles*, 2ª edición, París, 1954.
- GIRÓN TENA, J., "El Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951
- GLENN, H. Patrick, *Legal traditions of the World*, Oxford, 2000
- GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, Amsterdami, 1625.
- GROSSI, Paolo, "Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", en *Quaderni fiorentini*, 1978.
- GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1985.
- GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador*, traducción española de Ángel M. López y López, MADRID, 2016 (primera edición también en Madrid, 1992 bajo el título *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Los textos son idénticos en ambas ediciones)
- GROSSI, Paolo, "Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)", en *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.
- HYLAND, R., "Pacta sunt servanda", en C. PETIT (editor), *Del ius mercatorum al Derecho Mercantil*, Madrid, 1997.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Madrid, 1965.
- JÖRS – KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción española de L. Prieto Castro, Madrid, 1937.
- KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, Munchen-Berlin, 1947
- KUHN, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.
- LABRUNA, L., *Vim fieri veto*, Camerino, 1971.
- LABRUNA, L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana: materiali per un corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1980.

- LAWSON, F. H., *A common lawyer looks at de civil law*, Ann Arbor (Michigan), 1953.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Sobre epistemología y tradiciones jurídicas: a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Kant. Un derecho público para el derecho privado", en *Las ensoñaciones del jurista solitario*, Valencia, 2005.
- MAINE, H. S., *Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, Londres, 1861.
- MAITLAND, *The forms of action*, London, 1909.
- MARTÍ MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus: excepciones a este principio (aspectos penal, romano, canónico y civil vigente del tema. Conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona durante el curso de 1909 a 1910)*, editado muchos años después, en Barcelona, 1972.
- MERRYMAN, J. H., *The civil law tradition*, 2ª edición, Palo Alto, California, , 1993.
- MORIN, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, 1945.
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino, 1987.
- PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975.
- PARICIO, J. y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa*, Madrid, 1995.
- PICARDI, voz "Processo Civile (dir. moderno)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987.
- PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionen*, edición al cuidado de KRUGER, Leipzig, 1893.
- SCHULZ, F., *Principien des römischen Rechts*, Berlin, 1934.
- SOMMERLAND, et al., *The futures of legal education and the legal profession*, London, 2015
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I., *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TARELLO, G., *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (a cura di R. Guastini e G. Rebuffa)*, Milano, 1989.
- VIEHVEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, Munchen, 1953.
- VISMARA, G., *Episcopalis audientia*, Milano, 1937.
- VON IHERING, Rodolfo, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1993, facsimil de la sexta edición, 1907.

WATSON, A., *Making the Civil Law*, Cambridge (Massachusetts)- London, 1985.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, traducción española, Madrid, 1969.

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967.

WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜLLER, *Polémica sobre la "Actio"*, traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1979.

WOLFF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte*, 4ª edición, Tübingen, 1960.

Recibido: 26/2/2021

Aprobado: 4/5/2021