

El Derecho común y el nacimiento de Europa

Europa es, aparte de todo, una cultura. Una civilización que, entre otros rasgos, expresa de forma eminente una manera de entender la vida social como sociedad de hombres libres, lo que, a pesar de las diferencias, conserva una cierta uniformidad a lo largo de la historia, pudiendo reducirse en cada momento a unos esquemas ideales de racionalidad que comprenden por igual saberes y creencias. Racionalidad en la que la cultura europea encuentra su fuerza y su capacidad expansiva.

Por otra parte, el Derecho común surge y se mantiene desde el siglo XII al siglo XIX a través de una serie sucesiva de «renacimientos» que van jalonando el fluir de la tradición cultural europea al cabo de los siglos, apareciendo en un momento en que Europa era cristianismo y cultura latina y que en este ámbito tiene como punto de referencia y como modelo el Derecho romano, que con ello inicia su segunda andadura histórica por medio de la llamada recepción del Derecho romano en la Edad Media y a comienzos de la Edad Moderna, ya que hasta entonces no culmina este fenómeno al norte de los Alpes. Fenómeno que, por encima de todo, es de índole cultural y escolástica, mediante el cual el Derecho viene dotado de una teoría racional, como más adelante veremos, y que, por eso, se halla íntimamente vinculado al nacimiento y a la consolidación de la civilización europea.

No hay que olvidar tampoco que cuando Europa adquiere importancia en la historia, que es tanto como decir protagonismo, se la identifica y denomina, simplemente, la cristiandad. Tal sucede a lo largo de toda la Edad Media y hasta comienzos de la Edad Moderna, en que se empieza a utilizar el nombre de Europa, cuando desde Viena se llama a la defensa contra las invasiones de los turcos. Es por ello que el cristianismo se incorpora desde sus orígenes a ese entrelazamiento de saberes y creencia que confluyen en la tradición cultural europea. Incluso cuando la Ilustración se plantea el relanzamiento de la idea de Europa, lo hace también

desde la base de una secularización de la cultura cristiana, como recientemente ha dicho SPADOLINI en una memorable conferencia tomando como modelo la restauración de la unidad cultural que logra la Edad Media. Lo que se llama la *Res publica christiana*, a la que aluden VOLTAIRE, MONTESQUIEU o ROUSSEAU,

LA FORMACIÓN ORIGINARIA DE LA IDEA DE EUROPA

En la antigüedad aparece la denominación de Europa para designar a la tierra que se sitúa a Poniente por contraposición a Oriente, adquiriendo un significado geográfico que pronto se matiza de connotaciones culturales. Así, en la mitología homérica el término *Erope* remite a la denominación semítica común de la tarde y evoca el fatídico diálogo entre el espíritu semítico y el occidental que pertenece a la esencia de Europa. En aquel contexto designa solamente Tesalia, Macedonia y Ática; pero ya en HERÓDOTO la tierra se divide en Europa, Asia y Libia, constituyendo de este modo una de las tres grandes áreas geográficas y culturales ribereñas del Mediterráneo.

Por lo demás, el mito de Europa raptada por Júpiter en forma de toro pertenece al ámbito religioso minoico; pero el verdadero germen de Europa, según HELMUNT KUHN, hay que encontrarle en la superación de las religiones ctónicas por la forma apolínea. Lo que se denomina la «diferencia socrática»: la diferencia entre el bien y los bienes, en la que se dan conjuntamente el derecho de la conciencia y la relación entre *ratio* y *religio*.

Pero también puede fundarse toda la herencia griega de la civilización social europea derivando del concepto platónico de «*eunomía*». Es decir, de lo que actualmente llamamos la «validez del Derecho», su justificación. De forma que, para ello, no basta que se halle formulado en una norma, «*nomos*», es preciso que esa norma sea justa conforme a la conciencia, pues de lo contrario, según el modelo de PLATÓN no se puede hablar de democracia. Sobre estas bases se asentará después, por influencia de los retóricos, toda la fundamentación romana del Derecho a través de la conocida distinción entre «*potestas*» y «*auctoritas*» que desarrolla un juego parecido, con idéntico alcance, tratando de dotar de un fundamento ético al Derecho, por un lado, mientras que, por otro, se pretende con ello rechazar la tiranía o la arbitrariedad.

Herencia greco-latina la que se va a superponer el cristianismo. Este incorpora el mesianismo del pueblo de Israel, realizando en el Nuevo Testamento la síntesis con el espíritu greco-latino. Con el cristianismo, la religión deja de ser algo fundamentalmente privado, pero tampoco se confunde ni se identifica con el Estado, como sucede en los imperios occiden-

tales o posteriormente iba a suceder con el islamismo, en el que la religión absorbe al Estado según las tesis fundamentalistas. De esta suerte, por medio del cristianismo, se hace presente en la historia el destino del hombre como ser trascendente, surgiendo la Iglesia. Entidad de Derecho público que aunque no de este mundo vive en el mundo y actúa en el mundo para conservar, transmitir y dar testimonio del mensaje divino. Pero no va contra el Estado, como hicieron creer los romanos del tiempo de las persecuciones, aunque se haya aprovechado de su estructura y de su lengua, lo que es otra cuestión. Tal sucedió a partir de CONSTANTINO, aunque no como se ha creído recientemente por algunos. Esa idea de la «Iglesia constantinea» no es más que una exageración periodística que aparece sin fundamento alguno contemporáneamente al Concilio Vaticano II, ya que Estado e Iglesia no se identifican, salvo ocasionalmente, en el Bajo Imperio o en la Alta Edad Media, como han divulgado los estudios de H. PIRENNE para el período anterior a CARLOMAGNO. Pero el caso es que cuando se derrumba el Imperio de Occidente lo único que subsiste del mundo antiguo en aquel ámbito es la Iglesia.

A partir de ese momento, aunque el proceso requiera siglos, es cuando Europa surge con ese protagonismo histórico al que antes nos referíamos, sobre la base de la herencia greco-latina, el cristianismo y la idea de continuidad del mundo romano, precisamente en un momento en que se desmorona el Imperio de Occidente o, si se prefiere, en un momento en que la nueva sociedad se alza sobre sus ruinas como consecuencia de las invasiones de los pueblos bárbaros. Esto comporta de alguna manera una ruptura, pero no deja de manifestar también una continuidad cuando los reyes o caudillos de esos pueblos godos, francos, burgundios, longobardos, etc., se asientan sobre el antiguo suelo provincial romano declarándose aliados o protectores del Imperio romano y tratando de restablecer su autoridad en provecho propio. Incluso esta idea de restauración de la *res publica romana* se levantará como una oriflama en el campo de batalla cuando el peligro islámico amenace el corazón de Europa. Es cuando CARLOMAGNO, rey de los francos, acogiendo una invitación del papa LEÓN III, lleva a cabo la «*renovatio imperii*», es decir, la restauración del Imperio de Occidente, que acompañará durante mil años el desenvolvimiento de la historia europea, hasta los tiempos modernos.

Dos pilares fundamentalmente sostienen a Europa, como cristiandad, en su surgimiento, la Iglesia latina y la «*renovatio imperii*», pero dos pilares que no llegan a confundirse por más que la sociedad civil, como «*civitas terrena*» sea también una imagen de la «*civitas Dei*». Pero esto no autoriza a considerar que la Edad Media desarrolla una teoría teocrática del poder político sin más, «*tout court*». Los que así piensan, aparte de carecer de sentido histórico, vanalizan la relación entre Estado o Imperio e Iglesia.

Pero nada más lejos de lo que suscita una apreciación puramente superficial de la existencia de dos autoridades o de dos poderes, sobre todo si viene avalada por numerosos testimonios históricos. Efectivamente, la relación de dos poderes facilita, si no un control recíproco, lo que se halla en el fundamento de toda democracia, al menos establece un espacio relacional que se presenta como antecedente del Estado de derecho y que, sin lugar a dudas, deja un enorme juego al desarrollo de la libertad.

El Estado, como sucedía con el Imperio romano, no había renunciado del todo, a pesar de considerar a la religión un asunto privado, a tener un poder religioso no sólo como definidor del «*fas*», sino reservándose también una parte de los «*sacra*», especialmente al divinizar al emperador. A partir de la Edad Media, como ha dicho certeramente J. RATZINGER, el Estado «para fundamentarse éticamente se remite, más allá de sí mismo, a otra comunidad. Esa otra comunidad, la Iglesia, se declara a sí misma como última instancia ética; pero la pertenencia a esa comunidad es voluntaria y sus sanciones son sólo espirituales, no civiles, precisamente porque no extiende su dominio a lo estatal que es algo preexistente y común a todos los hombres. De este modo, cada una de estas dos comunidades tiene limitado su radio de acción y la libertad mutua se basa en el equilibrio de esa relación». Ciertamente que el equilibrio se rompe en numerosas ocasiones, pero esa es otra cuestión. Sin embargo, «hasta en los períodos más sombríos la orientación de la libertad contenida en los testimonios fundamentales de la fe siguió siendo una instancia contra la fusión de la sociedad civil y de la comunidad de la fe, a la que podía remitirse la conciencia y de la que podía nacer el impulso hacia la disolución de una autoridad totalitaria. La idea moderna de libertad es, pues, un producto legítimo del espacio vital cristiano; no podía haberse desarrollado en otro ambiente sino en este».

Por otra parte, ambos fundamentos o pilares de Europa adquieren su verdadera dimensión histórica como fenómenos culturales en cuanto ideas integradoras de la *res publica christiana*. Es en este contexto en el que surge el Derecho común. No faltarán tampoco hechos simbólicos de otro orden en sus fastos, como el que ya LUDOVICO Pío se queje de la multiplicidad de leyes o el que un municipio y un monasterio de la baja Toscana que tienen un contencioso sobre unos pastizales y acuden al propio papa LEÓN III diríamos que en demanda de arbitraje, el cual les contesta con una carta, a la que se refiere F. CALASSO, aconsejándoles que resuelvan sus problemas acudiendo al Derecho romano; pero a estos hechos hay que darles el valor que tienen y no otro. De modo que no porque haya tenido lugar la «*renovatio imperii*» se puede hablar, sin más, de «*unum imperium, unum ius*», expresión que se generaliza a través de la escuela de Bolonia en un momento en que la realidad del «sacro imperio» se hallaba muy debilitada. No hay que olvidar tampoco que «*unum ius*» se refería sólo al

Derecho imperial, no excluyendo tampoco los Derechos particulares de los diferentes territorios y que a pesar de su pretensión universal ésta encontrará bien pronto una fuerte oposición: en España los modestos reyes astur-leoneses se dan a sí mismos el título de emperadores «*in totius Hispaniae*», mientras que en Francia el rey, a pesar de su debilidad, no reconoce por encima de sí autoridad alguna, divulgándose con el temprano humanismo la frase atribuida a VERNIA: *rex est imperator in regno suo*. Lo que también se aplica a Aragón, como traducen sus *Fueros y Observancias*; y hasta en la misma Italia, envuelta en las luchas por las investiduras, tampoco se reconoce autoridad alguna al emperador, por más que ya en el siglo XIV lamenta el DANTE la pérdida de la unidad. No se trata, pues, de un hecho político solamente, circunstancia que pasa a un segundo plano, sino de algo mucho más amplio y más difuso como va a tener lugar la implantación en Europa del modelo del Derecho común. Según han puesto de relieve, entre otros, VISMARA y CASSANDRO, en Europa, aun después de la época carolingia, existe en toda la cristiandad un fondo religioso y cultural común al que no se sustrae ningún país, forme o no parte del Imperio de los soberanos alemanes, que constituye siempre algo más vasto y comprensivo que el mero ordenamiento imperial mismo, desbordándole. Es lo que se va a manifestar bien pronto, por doquier, en las escuelas de *artes liberales*, precediendo al renacimiento del Derecho romano en la escuela de Bolonia y lo que, por lo demás, va a explicar después su rápida difusión.

PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL DERECHO COMÚN

Desde que F. C. VON SAVIGNY publicara los siete volúmenes de su *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, a principios del siglo XIX, son muchas las explicaciones que se han dado para interpretar históricamente la implantación del Derecho común y con ello la recepción del Derecho romano. Pero muchas de ellas no pasan de ser más que interpretaciones ideales o poéticas de un fenómeno mucho más complejo. En esta línea hemos de evocar la muy conocida metáfora de S. RICCOBONO siguiendo los pasos de P. BONFANTE y de P. VINOGRADOV que habían hablado en la Edad Media, y no sin una bien intencionada exageración se inicia la «segunda historia» del Derecho romano. Para RICCOBONO, con ocasión de defender la instauración de la cátedra de Derecho común en las universidades italianas, el Derecho actual italiano es el mismo Derecho romano tal y como hoy se siente, lo mismo que la lengua italiana lo es respecto del latín; por tanto, el Derecho común es un puro y simple proceso de evolución espontánea, es decir, una sucesiva actualización del Derecho romano. Pero con ello se está negando capacidad creadora a los siglos que siguieron a JUSTINIANO, como

se observa inmediatamente por BRANDILEONI. Por otra parte, en aquel tiempo todavía se vivía la llamada «crisis del Derecho romano» como consecuencia de haber entrado en vigor, en 1900, el BGB, lo que dificultaba el seguir adelante con el programa de la Escuela histórica, puesto que al haber perdido vigencia el Derecho común en Alemania no se podía llevar a cabo su «*Aktualisierung*», siendo también problemático por ello mismo intentar un nuevo retorno al «*usus modernus Pandectarum*», como había tenido lugar en otras épocas: así, después del Humanismo y aun con la Ilustración. Finalmente la vieja polémica entre romanistas y germanistas surgida a principios del siglo XIX con el Romanticismo, se exacerba de nuevo a finales de la pasada centuria, llevando en algunos casos a la tergiversación del programa de la Escuela histórica, lo que hace imposible partir de un planteamiento simplista, ya que, evidentemente, el Derecho común no puede entenderse separadamente de la particular historia de los Derechos nacionales europeos.

Estas dificultades son las que van a quedar prácticamente superadas al profundizarse en el estudio del Derecho común a lo largo de dos generaciones sucesivas. La primera de ellas, al estudiar en profundidad la «recepción del Derecho romano» toma conciencia, por más que parta todavía de la idea de la crisis del Derecho romano, de que el surgimiento del Derecho común hay que situarle en un contexto cultural y científico muy peculiar para comprender su implantación a partir de la Baja Edad Media. Esta es la postura fundamental que adopta P. KOSCHAKER en su famoso libro *Europa y el Derecho romano*, y en la misma línea se situarán DAWSON, GEZMER, VISMARA, GAUDEMET y tantos otros. Incluso el mismo F. CALASSO, aunque algunos consideren que da excesiva importancia a la idea de la *renovatio imperii* en la construcción del concepto de Derecho común, lo que, por otra parte, encuentra una explicación evidente.

La segunda generación se halla vinculada tanto a una maduración de la conciencia histórica en torno al Derecho como a una verdadera renovación de los estudios de historia del Derecho, que cobra especial importancia en los países de habla alemana a partir de la introducción en 1935 de una nueva disciplina, la *Neuren Privatrechtsgeschichte*, que ha tenido la virtud de superar la polémica entre romanistas y germanistas ahondando en el conocimiento de la historia común del Derecho europeo. Teniendo lugar un nuevo renacimiento de estos estudios, como precisamente se ha puesto de relieve con ocasión del primer centenario de la muerte de SAVIGNY, en 1961, y dando ocasión a la publicación de una serie de colecciones de estudios, de entre las que destacan la denominada *Ius Romanum Medii Aevi*, que publicada bajo los auspicios de la Sociedad de los Derechos de la Antigüedad pretende ser un «Nuevo Savigny», editada por «Giufré», a partir de 1961; *Ius Commune*, dirigida por H. COING y que empieza a aparecer a partir

de 1967; pero sobre todo la monumental colección promovida por el Max Plank de la Historia del Derecho privado de Frankfurt am Main, dirigida por el mismo y titulada *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen Privatrechtsgeschichte*.

Vinculados a esta tarea se hallan historiadores y romanistas de toda Europa, como DE VISSCHER, MALAFOSSE, OURLIAC, MEIJERS y tantos otros. Sin olvidar la importante labor realizada por WIEACKER, WESENBERG, WESENER y, entre los germanistas, por H. THIEME.

Pero antes de seguir adelante hemos de volver a aquella idea de unidad que da lugar al origen de Europa como cristiandad, en cuanto hecho espiritual y fenómeno cultural en cuyo centro se halla el mito de Roma, como expresión de un retorno a la «*pax*» universal y a la antigüedad greco-latina. Sin esta aspiración a la unidad no hubiera sido posible hablar del «*unum ius*» ni situarle ahora en su verdadero contexto.

Evidentemente, la idea de retorno o restauración de la Antigüedad clásica que inspira a la Romania occidental desde la Alta Edad Media y que luego se extiende a los pueblos no romanizados que integran el Imperio carolingio o el Sacro Romano Imperio de la Nación Germánica no era extraña tampoco al espíritu cristiano, ya que la síntesis de la tradición mesiánica con la *ratio* griega llevada a cabo por el cristianismo va a dar lugar a un constante progreso de la racionalización de la fe que no tiene parangón en religión alguna. Lo que se va a manifestar tempranamente, por otra parte, en las escuelas de *artes liberales* creadas en torno a los monasterios y a las catedrales como antecedente inmediato de las futuras universidades. A tal efecto se podrían citar numerosos testimonios, pero voy a referirme únicamente al que relata JUAN DE SALISBURY en sus memorias, autor de una obra característica de este ambiente sapiencial y que titula *Metalogicon*. Este personaje era compañero y amigo de THOMAS BEKETT y protegido como él de ENRIQUE II PLANTAGENET, rey de Inglaterra y duque consorte de Aquitania, y evoca en sus memorias las palabras de su maestro BERNARDO DE CHARTRES, quien para destacar la importancia de los autores antiguos en el conocimiento de la filosofía, de la retórica y de las restantes artes liberales solía decir: «porque a través de ellos, aunque seamos como enanos, vemos más porque estamos a caballo sobre los hombros de los grandes gigantes espirituales». Refiriéndose a PLATÓN, ARISTÓTELES o SAN AGUSTÍN. Gigantes espirituales que la primera generación de glosadores encontrará en el emperador JUSTINIANO y en sus predecesores. Con ello se están echando las bases de un concepto de «tradición» que engloba tanto al Derecho como a otros saberes.

Sin embargo, la idea de la unidad europea como unidad de sentimiento universalmente compartida no puede vincularse solamente, como recuerda A. CAVANNA, a una común condición cultural ligada a las «artes liberales»,

propia de las «élites» sociales de los diversos territorios del continente, sino más bien a la base religiosa común que sustentaba también a los otros estratos menos elevados de la sociedad, permeándoles con una auténtica cultura de masas.

Sólo así tiene sentido que en tal contexto se perfile la idea del «*unum ius*» más allá de la *renovatio imperii*. Otra cosa es que la consolidación del Derecho común y su rápida difusión no se alcance sino mediante la instrumentación de un «*Studium Genérale*» en torno al «*Corpus iuris civilis*» de JUSTINIANO. De manera que sólo a través de las universidades se explica la efectividad de la «recepción del Derecho romano» siguiendo el modelo de Pavía y Bolonia y extendiéndose bien pronto desde Sicilia a Inglaterra. Difusión que tiene lugar en una época en que, como decíamos antes, ya había perdido fuerza la idea de la restauración imperial. De esta suerte, el Derecho romano, como Derecho común, se va a imponer no «*ratione imperii, sed imperio rationis*». Realidad que no es incompatible con difusión o «provincialización» del «*mos italicus*», el método de los glosadores, como lo acreditan diversos testimonios mucho antes de que con el humanismo lo ponga de relieve el «*mos gallicus*», que tiene además otras connotaciones que ahora no son del caso.

En una palabra, la difusión del Derecho común va ligada a un proceso de «cientificación» («*Verwissenschaftlichung*»), sin el cual, como ha dicho F. WIEACKER, no puede entenderse su progresiva implantación en toda Europa. Lo que tiene lugar en el paso de las escuelas de *artes liberales* a las propias Facultades de Derecho, organizadas a imagen de la Facultad de Teología, sólo que en vez de agruparse la comunidad de profesores y alumnos («*universitas*») en torno del Libro Santo, las Sagradas Escrituras, la agrupación tiene lugar respecto del «*Corpus iuris*». De ahí se derivan, por lo demás, dos consecuencias importantes.

La primera hace referencia a la conexión originaria entre escuela de *artes liberales* y facultad jurídica y alude a una cierta indiferenciación entre «*scientia*» y «*ars*», poniendo un matiz muy importante en la calificación de ese proceso de cientificación al que anteriormente nos hemos referido al separar el saber jurídico como «saber prudencial» de los restantes saberes. Es casi seguro, por no decir evidente, que los grandes juristas del Derecho común (pensemos, p. ej., en BARTOLO y BALDO) carecían de sentido histórico y sin embargo supieron recrear maravillosamente el «modelo mental» de los grandes juristas romanos uniendo sus voces, que sonaban en ocasiones con un tono agudo, a las que por venir de un coro secular resultarían entonces más graves, contribuyendo de esa manera a la «continuidad» de una polifonía que integra desde siempre la tradición jurídica. Pero que como toda tradición tiene una matriz cultural común, siendo ella misma el producto de un proceso de selección guiado, más que por la sola razón, por la oportu-

nidad o por el éxito. De manera que no viene creada por la razón, sino que más bien es ella la que la crea. Lo contrario es lo que pretende hacer la Ilustración siglos más tarde sin llegar a conseguirlo.

La segunda de las razones propuestas se refiere también a algo muy importante y que no siempre es fácilmente comprendido, sobre todo cuando se trata de valorar sin la adecuada perspectiva histórica. Así, por ejemplo, cuando se dice en clave «ilustrada» que el «*mos italicus*» dio lugar a un sistema de Derecho formalista ajeno a las realidades sociales. Pero nada más lejos de la veracidad histórica. Puede ser cierto que en algunos momentos, como sin duda aconteció en los siglos XVII y XVIII, el Derecho común resultara un sistema formalista; pero esta valoración peyorativa es ajena tanto a la época de su implantación y de su rápida difusión como a las épocas de su mayor desarrollo y apogeo, que, por otra parte, no es rigurosamente sincrónico en las diversas partes de Europa. Sobre todo no es formalista en lo relativo a la construcción de una serie de conceptos fundamentales del Derecho privado moderno, matrimonio, persona jurídica, contrato, posesión, contrato de sociedad, etc., y en buena parte de los propios fundamentos del Derecho procesal moderno y de otras ramas del Derecho público, especialmente mediante la instrumentación de las ideas del «*ordo*» y del «*officium*». La razón fundamental de este desarrollo la destacó mi maestro H. THIEME hace más de treinta años. Efectivamente, el Derecho común no se desenvuelve sólo como consecuencia de la *renovatio imperii* más que como pretexto ideal del «*unum ius*», ya que esa «*ordenatio ad unum*» lo que tiene de más significativo es que traduce una actitud especulativa uniforme que se difunde por toda Europa y que va a tratar por igual a las diversas tradiciones jurídicas, no sólo al Derecho romano de la recepción o al Derecho romano preexistente, sino también al Derecho bárbaro y a Derecho feudal, lo mismo que, por otra parte, al Derecho canónico. Actitud que de la misma manera se enfrenta más tarde con el Derecho natural debido a las exigencias del humanismo. Lo que explica la efectividad de la recepción en Alemania después de la Reforma, por un lado, y la pervivencia del Derecho común como «*usus modernus Pandectarum*», por otro, hasta la época de la codificación. Evolución que resulta explicada si se tiene en cuenta que esa actitud especulativa uniforme surge precisamente en ese ámbito que crea la comunidad de profesores y de alumnos («*universitas*») como un espacio reservado a la reflexión y a la libertad de la conciencia racional, pero siempre abierto a las necesidades de la realidad, como la propia evolución y desarrollo de la doctrina del Derecho común ponen de relieve. Nunca cerrada, salvo esporádicas manifestaciones, en formalismo alguno.

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO COMÚN

En una de las obras más antiguas que se conservan de la doctrina del Derecho común, las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, de un eminente jurista bolones de siglo XII no identificado pero que H. KANTOROVICZ atribuye al glosador PLACENTINO, se hace una alegación abstracta en favor del «*unum ius*» que, aunque en apariencia tiene su fundamento en la idea del *imperium*, en realidad no es más que un recurso dialéctico, un símbolo de la unidad de la comunidad cristiana por cuya mediación el Derecho romano deviene el fundamento del Derecho universal.

Sin embargo, los primeros glosadores admiten sin reparo la pluralidad legislativa, acogiendo tanto al Derecho bárbaro como al Derecho feudal, los que no son más que manifestaciones del «*ius novum*». Una situación especial se va a plantear con relación al Derecho canónico que también forma parte del Derecho común, es decir, de la «*ordinatio ad unum*», pero que, a diferencia de los Derechos particulares, queda en el mismo plano que aquel de donde surge la doctrina del «*utrumque ius*»; únicamente se diferenciarán ambas esferas normativas en que se hallan sometidas a una «*iurisdictio*» distinta, eclesiástica y secular. Pero inmediatamente aparece una nueva fuente del Derecho especial con los Estatutos de las ciudades italianas, planteándose el problema de sus relaciones con el Derecho común. Ante este problema los glosadores quedaron perplejos y mudos: se hallaban ante el problema del «*ius novum*» una vez más, calificando a los estatutos como costumbre «*praeter legem*», según el parecer de AZÓN. Pero ¿cómo admitirla como «*contra legem*»? Aquí se quiebra la idea del «*ius novum*».

Ocurre en aquella situación un cambio de orientación o más bien de método, al rebasarse ampliamente el plan de trabajo inicial de la mera exégesis del «*Corpus iuris*», lo que es obra de los postglosadores, llegándose en este punto a la idea, con CINO DE PISTOIA y con BARTOLO DE SASO-FERRATO de que el Estatuto podía valer como Derecho común. En esta línea, poco después, BALDO DE UBALDIS entenderá que los Estatutos son también «*ius civile*», considerando el Derecho romano como «*leges*» y los Estatutos como «*consuetudo*» («*ius novum*»). Incluso de esta manera se llegó a la idea de que el Derecho estatutario (fuera de Italia, *costumbres* o *fueros*) era también «*ius commune*», y de este modo el Derecho romano aparecía como un «*ius civile commune*» de segundo grado o subsidiario. Estas construcciones son acogidas tempranamente en el *Código de las Siete Partidas*, sin duda alguna el cuerpo legal más importante de todo el Derecho común, anterior o al menos contemporáneo de los primeros postglosadores.

Abierta esta vía, surgen los nuevos Derechos comunes territoriales o nacionales, iniciándose así un proceso que sólo concluirá con la codificación, en el que a este nuevo Derecho común le corresponde transformarse

en el Derecho civil moderno de los distintos países europeos y americanos. Pero entre tanto, *ius commune* y *ius proprium* convivirán durante siglos en los diferentes espacios territoriales del continente en una comunicación recíproca y en la que acaba por imponerse siempre, tanto en el plano doctrinal como en el de la jurisprudencia práctica, el Derecho común, debido a su superioridad técnico-dogmática o, al menos, a su predominio escolástico y de lo que únicamente se verá libre Inglaterra que había tomado un camino diferente al inicio de la recepción. Esta superioridad se manifiesta sobre todo mediante el papel que desempeña la «*communis opinio doctorum*», abierta cada vez más a las necesidades de la práctica y en la creencia generalizada de que el Derecho romano sirve para interpretar o integrar los ordenamientos particulares aunque se trate de instituciones irreductibles con las categorías romanas por constituir la *ratio scripta*, es decir, un Derecho racionalmente perfecto.

En esta situación que se prolonga a lo largo del Derecho intermedio, se puede comprender fácilmente la importancia que adquiere la doctrina jurídica, tanto que el «*Corpus iuris*» pasa a un segundo plano en relación con la obra de sus comentaristas e intérpretes, y lo mismo sucede con las obras doctrinales relativas a las fuentes particulares. Así dice P. KOSCHAKER que la autoridad de la doctrina «aumentó en proporción a la libertad con que interpretaban el "*Corpus iuris*" para atender a las necesidades de la vida práctica de aquel entonces y en proporción también a la atención que estos comentarios dedicaron a las fuentes del Derecho propio. Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo "*Corpus iuris*" y tenían una gran autoridad cuando se manifestaban concordes respectivamente a un punto cualquiera de Derecho». Esta era la verdadera fuerza del Derecho común, capaz de desafiar con éxito las prohibiciones regias de invocar ante los tribunales la autoridad de los juristas. De este modo se constituye el peso decisivo de la doctrina del Derecho común en la formación de la *dogmática* del Derecho privado europeo, pero también del *sistema interno*, transmitidas por la fuerza de la «tradición jurídica». Tradición que es fruto de una actitud especulativa *abierta* a la racionalidad de los problemas jurídicos y que únicamente se siente vinculada por la *autoridad* de la experiencia jurídica, que no consiste en un «precedente judicial», sino una auténtica experiencia intelectual basada en una tradición cultural que se apoya en las opiniones de los grandes juristas antiguos, pero no por antiguas, sino por sabias.

Lo más significativo es que esta *tradición* que nada tiene que ver con posturas inmovilistas o conservadoras ha sabido superar y asimilar a lo largo de los siglos tanto el nominalismo como el «*mos gallicus*», el humanismo como el Derecho natural, y finalmente tanto el racionalismo con su nueva versión del Derecho natural como la Ilustración. Incluso la codifica-

ción, aunque tenga otras connotaciones como son la propia Ilustración, la Revolución francesa y las grandes conquistas liberales que han llevado a la creación del Estado moderno, no es más que una «consolidación» o «fijación» del Derecho precedente, es decir, el Derecho común particular de cada uno de los países en que se lleva a cabo. Bien que se vincule, como en la mayoría de los casos, a un anterior «*usus modernus Pandectarum*», bien que entre aquella y ésta medie un proceso de «sistematización» previa como en el caso de BGB, dependiendo más del pandectismo que de aquella idea de «sistema» que definió I. KANT en su *Metafísica de las costumbres*, pero que no se acertó a comprender bien o que probablemente no quiso comprender la Escuela histórica, desviando la construcción del sistema hacia una profundización en la «recepción del Derecho romano», como pretendió el propio SAVIGNY, lo que fundamenta GUSTAVO HUGO, fundador de la Escuela, afirmando que «el Derecho romano es nuestro Derecho natural».

En cualquier caso, el Derecho común se halla en la base de nuestros Códigos civiles y de muchas de nuestras leyes y, desde luego, en el fundamento de su «cultura jurídica». Por eso, en la hora actual en que se vuelve a hablar de un retorno a la unidad europea, hay que tener muy presente al Derecho común, sobre todo en un momento en que el proceso que culminó en las codificaciones y que se perpetúa en las sucesivas adaptaciones, por medio de «novelas» o de leyes especiales, en el marco de los Derechos nacionales, parece que ha entrado en una fase de agotamiento fisiológico, lo mismo que otras muchas cosas del mundo jurídico que estamos viviendo.

Otro tanto habría que decir de otros modelos preparatorios de la integración jurídica como el Derecho comparado europeo, en el que es imposible profundizar sin tener un verdadero conocimiento del Derecho común. Pero esto ya lo dijo E. RABEL en los años treinta.

En cualquier caso, no habrá unidad europea sin un «*unum ius*», es decir, sin un mínimo «*ius commune*»; y entre tanto no está de más que volvamos la mirada al que ha inspirado nuestra tradición jurídica, porque de cómo se hagan las nuevas leyes dependerá, como decía F. WIAECKER hace unos años, la suerte de la justicia en el mundo.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil