

## II.2. HISTORIA DEL DERECHO

### **SOBRE LA ACTUALIDAD DEL LEGADO JURÍDICO-POLÍTICO ROMANO: PERSPECTIVA HISTÓRICA**

Por la Dra. MAGDALENA RODRÍGUEZ GIL  
*Catedrática de Historia del Derecho  
Universidad de Extremadura*

#### **Resumen**

Se construye en estas páginas un hilo conductor sobre la importancia histórico-jurídica de la herencia debida a la civilización romana. Para ello se parte del concepto de Derecho romano, teniendo en cuenta la polisemia de su significado, y el legado debido a cada una de sus manifestaciones concretas. De igual forma, se subraya la actualidad de la vigencia de dicha herencia.

#### **Abstract**

It builds on these pages a common thread on the historical and legal significance of the inheritance due to Roman civilization. This part of the concept of Roman law, taking into account the polysemy of its meaning, and the legacy because each of its concrete manifestations. Likewise, today underscores the validity of that heritage.

## SUMARIO

- I. A MODO DE PREMISA
- II. EL LEGADO JURÍDICO
- III. EL LEGADO POLÍTICO
- IV. UNAS CONCLUSIONES

## I. A MODO DE PREMISA

A finales de los años cuarenta del siglo XX se inició un proceso de construcción europea con el Congreso del Movimiento europeo de La Haya (1948), que ha tenido en opinión de Marcelino Oreja<sup>1</sup>, algunos de sus momentos más importantes en 1949 (Consejo de Europa); 1951 (Comunidad Europea del Carbón y del Acero); 1972 (ingreso de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca en la C.E.E., que se extendió a Grecia, 1981, Portugal, 1985 y España); 1986 (Acta Única y Libro Blanco, con disposiciones para poner en vigor el mercado interior); hasta llegar en 1992 al Tratado de la Unión o de Maastricht.

Estos momentos alcanzaron su punto de inflexión con la aprobación en 2003 del Tratado de Adhesión; la Constitución europea en 2004 y el texto definitivo firmado en Lisboa en 2007. Todos estos pasos han ido dirigidos en una sola dirección conseguir la integración, la gran comunidad europea bajo un mismo texto constitucional.

Así que, dadas las circunstancias concretas del momento que estamos viendo de globalización y universalidad en todos los sentidos, sin olvidar los intentos «contracorriente», de algunos nacionalismos por imponerse, debemos de volver la mirada a aquellos principios que hicieron grande a Europa en su historia.

Jurídicamente nos encontramos ante un nuevo momento de la historia del Derecho europeo, estructuralmente distinto de otros períodos históricos anteriores, en el que pueden apreciarse no obstante, muchos elementos concurrentes. Por estas circunstancias me ha parecido oportuno escribir estas páginas y recordar que todos los sistemas jurídicos que en la historia de Europa han aparecido tienen una última estructura común que nos permite hablar de *una* evolución general del Derecho a lo largo de las experiencias humanas. Y que esta última estructura o «andamiaje», para la civilización Occidental está fundamentada en el Derecho romano. Pues como apuntó Biondi<sup>2</sup>,

«La giurisprudenza romana ha il merito di avere tracciato le basi della convivenza umana, enunciando principi e direttive che possono ben qualificarsi come universali».

---

<sup>1</sup> M. Oreja, «Introducción. Estado actual al proceso de Constitución europea», *La Constitución europea* (ed. I. Méndez de Vigo y Montijo), Madrid, 1994, pág. 19.

<sup>2</sup> B. Biondi, «Aspetti universale e perenne del pensiero giuridico romano», *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicar*, Varsovia, 1957, págs. 177-205.

En esta línea, no nos parece inoportuno recordar también que durante el Imperio romano, como dijo Ortega y Gasset<sup>3</sup>, «entra en la escena histórica lo que luego va a ser Europa; durante él se latiniza el Occidente y para siempre recibe moldes radicales del sentir y del pensar».

Con similar pensamiento, pero concretándose al mundo jurídico, Juan Iglesias<sup>4</sup> manifestó que la muerte política de Roma no significó el perecimiento de las esencias romanas. Pues bien, en la pretensión de reflexionar sobre la pervivencia, trayectoria y actualidad de esas «esencias», se van a traer a colación algunos de los logros debidos al Derecho romano y a la civilización romana. Es obvio, que no se hará desde sus disposiciones concretas (aunque algunas de ellas se tomarán como referencia), sino desde la consideración en su engranaje y en sus principios mismos, es decir a través de la abstracción.

## II. EL LEGADO JURÍDICO

Todos recordamos que el fenómeno de la romanización fue un recíproco proceso de ósmosis y endósmosis entre Roma y los territorios conquistados. Plinio el Viejo<sup>5</sup> captó muy bien la esencia de ese proceso al definir a los romanos como *omnium utilitatum et virtutum rapacissimi*. Pensamiento que con brevedad y exactitud recoge la idiosincrasia del pueblo romano.

También, que a pesar de las hostilidades y tensiones suscitadas en Grecia por la conquista romana del Mediterráneo occidental, Roma con su talante permeable y universal supo beneficiarse de la cultura griega, hasta tal punto que la legislación contenida en la ley de las *XII Tablas*, el primer hito relativamente fijo de la historia del Derecho romano, en la que los romanos veían el fundamento de toda su vida jurídica, no excluye, según Kunkel<sup>6</sup>, que el impulso para la realización de la misma pudiese proceder del contacto de la cultura griega.

Roma admitió todos los supuestos necesarios para la existencia de lo que los tratadistas del Derecho internacional privado llaman «tráfico jurídico externo»: elaboró un concepto jurídico de extranjería; admitió relaciones jurídicas con otros pueblos; reconoció cierta autonomía política y jurídica a otras comunidades; aceptó la coexistencia de distintos ordenamientos no imponiendo la aplicación de uno en todos los supuestos, admitiendo que los súbditos viviesen con arreglo a sus leyes personales (principio de la nacionalidad y personalidad del Derecho). Roma hizo realidad el pensamiento que siglos después defendiese Lévy Strauss «el descubrimiento de la alteridad es el de una relación, no el de una barrera»<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> J. Ortega y Gasset, *Obras*, 6, ed. Alianza, Madrid, 1997, pág. 53.

<sup>4</sup> J. Iglesias, *Estudios*, Madrid, 1985, pág. 78.

<sup>5</sup> Plinio, *Hist. Nat.*, XV, 2.

<sup>6</sup> W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1970, pág. 33.

<sup>7</sup> Vid. Cl. Lévy Strauss, *El pensamiento salvaje*, México, 1964.

Significó el triunfo de la universalidad política y jurídica abstracta sobre el particularismo del principio nacional. Su nacionalidad no necesitó aislarse ni rechazar los elementos extranjeros para conservarse, al contrario, los acogió en tropel. Pues, el espíritu romano, los disolvía y asimilaba, sin dejarlos que ejerciesen una influencia nociva<sup>8</sup>.

Esta asimilación se dejó sentir incluso en la famosa jurisprudencia romana, que tomó impulso de la toma de contacto con la ciencia griega, y sobre todo con las disciplinas de la retórica y de la filosofía. De ellas aprendieron los juristas romanos el método dialéctico basado en el análisis conceptual y en la síntesis, lo que hacía posible extraer el núcleo esencial del supuesto jurídico, unir analogías y separar diferencias, profundizando así en la materia jurídica<sup>9</sup>. De ese contacto nació una creación que en sus entrañas era romana, una ciencia que ni los griegos ni ningún otro pueblo habían poseído: la ciencia del Derecho positivo.

Pero no se debe abordar y estructurar esta idea, sin hacer referencia a la categoría de «Derecho romano», como hilo conductor que sistematice, vertebral, adapte y analice el Derecho; dado que partiríamos de una raíz estereotipada que nos alejaría de la pretensión de estas líneas.

Es una obviedad que esa categoría genérica de «Derecho romano», no implica simplicidad ni homogeneidad intrínseca en su propia naturaleza, por lo que no debe ser contemplada de una forma unívoca, sino desde una polisemia, para poder considerar los diversos elementos que la configuran, y las diferentes etapas históricas en las que se desarrolló. Ya que cuando aludimos a Derecho romano, solemos envolver en esa expresión nociones jurídicas específicas de matices diferentes: el Derecho elaborado en y por Roma en sus diferentes etapas (arcaico, clásico, posclásico, vulgar), al igual que, el elaborado por la civilización romana después de desaparecida Roma (derecho justinianeo, derecho común, derecho de Pandectas). No obstante, como todos sabemos, en ellos existe un mismo denominador común, que relaciona sus distintas personalidades y hace posible esa construcción teórica.

La polisemia a la que se ha hecho referencia, se debe en parte, y en contraste con otras culturas antiguas a la propia polivalencia del Derecho romano, que desde épocas muy remotas manifestó una sorprendente tendencia a diferenciar diversos tipos de regulación social: *ius*, o Derecho secularizado, *fas*, o normas de origen religioso y *mores* o costumbres tradicionales.

También es debida, a que el Derecho romano se presenta como un organismo vitalizado por la tensión armónica entre un *ius civile* tradicional, fundado en el saber de los jurisconsultos y apoyado en algunas leyes, y de otro, por un ordenamiento pretorio o *ius honorarium*. Ambos ordenamientos, se engarzaron

<sup>8</sup> R. von Ihering, *El espíritu del Derecho romano* (ed. F. Vela), Madrid, 1997, pág. 105.

<sup>9</sup> W. Kunkel, *Historia de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 108.

para constituir el *ius novum*, cuya fuente viva fue la voluntad del emperador expresada en sus constituciones, y en forma de *rescripta* desde Adriano hasta Diocleciano.

Más tarde, bajo Constantino se rompió la tradición de la práctica diocleciana de los *rescriptos*, que a pesar de ser considerados como baluartes del torrente intelectual clásico, no dejaron de ser también, una vía de vulgarización del Derecho como analiza Kaser<sup>10</sup>; comenzando el mundo de los conceptos jurídicos vulgares a penetrar en la legislación imperial, pasando a ser esa legislación una de las fuentes más importantes para la investigación de ese Derecho.

En ese entorno romano-vulgar, obras de la literatura clásica, como las *Institutiones* de Gayo, quizás por ser consideradas demasiado extensas y difíciles, fueron abreviadas, parafraseadas. En igual sentido, las *Sentencias* de Paulo fueron interpretadas y adaptadas a la situación, y esta redacción, llamada *interpretatio*, apenas presentó ya huella del espíritu del Derecho clásico como se puede apreciar en uno de los ejemplos más notables de ese Derecho romano-vulgar: el *Breviario de Alarico II o Lex romana Visigothorum*, texto ilustrativo de cómo fueron cediendo paulatinamente los preceptos clásicos ante la tendencia vulgarizante.

A propósito de esta referencia, no debe confundirse Derecho romano con Derecho visigótico. El Derecho visigótico es un derecho romanizado pero no estrictamente romano, pues en él a modo de «cóctel» se entrelazaron principios o ascendencias romanas, germánicas y canónicas, como se puede apreciar en el *Liber Iudiciorum*, donde se encuentra un Derecho ajeno a los anhelos totalmente romanísticos. Recuérdese por ejemplo, la regulación de la prueba ordálica, que no fue añadido posterior, como se ha defendido<sup>11</sup>, sino precepto visigodo inequívoco, como se ha demostrado<sup>12</sup>.

Al Derecho vulgar se le deben ciertos progresos en relaciones en las que el Derecho clásico no había encontrado todavía una acomodación a las cambiantes necesidades. Así se pueden recordar como «logros» de él: la obligatoriedad de todo contrato lícito, independientemente de la forma de la *stipulatio*; la difusión de la forma escrita en vez de los actos verbales; la impugnación del negocio por el coaccionado o engañado; el haber admitido más fácilmente una representación directa para los *suis iuris*; el haber reconocido a los esclavos en términos generales, una capacidad jurídica limitada; una capacidad jurídica patrimonial general a los hijos de familia; y la destrucción de la relación agna-

<sup>10</sup> M. Kaser, «El Derecho romano vulgar tardío», *Anuario de Historia del Derecho Español (A.H.D.E.)*, 30, Madrid, 1960, pág. 624. Vid. la síntesis de A. Calonge Matellanes, «Reflexiones en torno al denominado Derecho Romano Vulgar de Occidente», *De la Antigüedad al Medioevo. S. IV-VIII. III Congreso de Estudios Medievales*, Ávila, 1993.

<sup>11</sup> A. Iglesia Ferreirós, «El proceso del Conde Bera y el problema de las ordalías», *A.H.D.E.*, 51, Madrid, 1981

<sup>12</sup> Vid. Y. García López, «La tradición del *Liber Iudiciorum*: una revisión», en *De la Antigüedad al Medioevo*, León, 1993.

ticia; la unificación en materia de adquisición de la herencia; la admisión de una sucesión consecutiva y otras muchas cosas<sup>13</sup>, etcétera.

Este derecho romano-vulgar supo adaptarse a las necesidades y exigencias del momento. Para Levy<sup>14</sup>, uno de los historiadores que más han investigado sobre esta materia, el Derecho romano-vulgar no es otra cosa que un conjunto de piezas resultantes de la fragmentación caótica del Derecho clásico, que deben ser organizadas del mismo modo que los antiguos templos paganos, que aunque no destruidos materialmente, eran «reconvertidos» en iglesias cristianas.

Mientras que en Occidente la vulgarización del Derecho era una realidad, en Oriente, Justiniano se sentía llamado a renovar en todos los sentidos el esplendor del antiguo Imperio romano. Su política exterior que le llevó a la reconquista del norte de África, de Italia, e incluso a una pequeña porción de España, estuvo al servicio de esa misión.

En el año 554, a finales de la guerra greco-gótica, Justiniano pensó en la reorganización de la Italia conquistada. Con ese objetivo, el Emperador dictó una famosa ley, al parecer solicitada por el Papa: la pragmática *sanctio «pro petitione Virgilii»*<sup>15</sup>, que en su párrafo II recoge:

«Ut leges imperatorum per provincias eorum dilatentur. Ius insuper vel leges codicilibus nostris insertas, quas iam sub edictali prográmate in Italiam dudum misimus, obtinere sancimus. Sed et eas, quas postea promulgavimus constitutions, iubemus sub edictali propositione vulgari, ex eo tempore, quo sub edictali prográmate vulgatae fuerint, etiam per partes Italiae obtinere, ut una Deo volente facta republica legum etiam nostrarum ubique prolatetur auctoritas».

Este pasaje contiene el enunciado más sencillo y conciso del programa de Justiniano para restablecer la unidad del Imperio. La pragmática también informa del envío de copias del *Digesto*, de las *Instituciones* y del *Código*. En función de lo regulado en ella las tres colecciones fueron dadas a Italia, recogándose también, que se haría lo mismo para las constituciones posteriores al *Código*, es decir, las *Novelas*<sup>16</sup>.

La decisión de Justiniano de hacer una selección oficial de la inmensa literatura jurídica clásica, y de las leyes imperiales, no fue tarea fácil, y sobre el modo de disponer los materiales elegidos tenemos sólo datos generales. No obstante, la retórica encomiástica de la leyes imperiales en general, y las justinianeanas, aconseja manejar con prudencia esos datos.

<sup>13</sup> M. Kaser, «El Derecho romano-vulgar tardío», *op. cit.*, pág. 630.

<sup>14</sup> Vid. E. Lévy, *The law of property*, Filadelfia, 1951, y *das Obligationenrecht*, Weimar, 1956. *Derecho romano vulgar de occidente, Interpretatio*. *Revista de Historia del Derecho*, IX (trad. I. Cremades Ugarte), ed. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003.

<sup>15</sup> Vid. Schoell-Kroll, *Novellae (Corpus Iuris Civilis)*, III, 6.<sup>a</sup> ed. Berolini, 1954, págs. 799 y ss.

<sup>16</sup> C. A. Cannata, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea* (trad. L. Gutiérrez-Masson), Madrid, 1996, pág. 126.

El análisis y consideración del *Codex Iuris Civile* ha puesto de manifiesto que no se debe confundir Derecho romano con derecho justinianeo, así, Mitteis<sup>17</sup> en su estudio sobre el Derecho romano, se puso como límite la época de Diocleciano, confesando no poder ir más allá porque entre el derecho de los juristas clásicos y el codificado por Justiniano se da tal antítesis que queda excluida cualquier «zusammenfassende Behandlung».

A diferencia de Occidente, en Oriente el Derecho romano continuó existiendo no como idea, sino como realidad por ser parte integrante de un ordenamiento vivo, pero con algunos cambios como se puede percibir en las *Novelas*. Y a pesar de que Justiniano trató de restaurar el Imperio romano, no dejó de ser uno de los fundadores del Estado bizantino, creando también su peculiar cultura. Recuérdese que se abandonó el uso de la lengua latina.

Pero la preponderancia del Derecho romano no ha sido una constante en nuestro devenir histórico. Si durante el sistema visigodo el Derecho romano deja de ser romano para convertirse en algo romano, pero no todo romano. Durante el Medieval, ese Derecho romanizado pasaría a un segundo plano en amplias zonas de la península, pues la hegemonía en esos siglos medievales hasta el XII, quedó prácticamente circunscrita a la impronta del Derecho germánico, hecho fácilmente apreciable con el simple análisis del contenido de los principales fueros municipales.

Ya en la segunda mitad del siglo XI, comenzaron a producirse los primeros síntomas del renacimiento Bajomedieval del «derecho romano-justinianeo». Se descubren nuevos manuscritos del *Código* y de las *Instituciones* en bibliotecas italianas; y lo que fue más importante, aparece la primera parte del *Digesto*, *Digestum vetus*, las primeras citas (de Urbano II y de Ivo de Chartres), giran entorno a 1090; después aparece la parte final, *Digestum novum*, y la *Infortiatum* o parte central.

Esta fuente analizada por maestros de Bolonia, sobre todo por Irnerio, jurista muerto hacia 1130 (?), del que se ignora casi todo, incluso no se tiene certeza en su nombre; en la glosa ordinaria se le designa con iniciales que nos permiten pensar en Warnerius, o tal vez Guarnerius. Fue conocido como *lucerna iuris*, maestro de artes que enseñó el *Corpus Iuris Civilis*, según los testimonios de la *Crónica* de Bucardo Uspergense y de Odofredo; llegando a conocer minuciosamente el *Digesto*.

Desde ese momento ese Derecho justinianeo, a raíz de su estudio en la Universidad de Bolonia y la escuela teológica de París, comentado por glosadores y comentaristas, y más tarde por los pandectistas, se convertiría en una de las fuerzas esenciales para el mantenimiento de la cultura romana-europea.

A este tenor, afrontando en la actualidad el nuevo concepto de la Universidad Europea y la declaración de Bolonia, no debo dejar de apuntar que, para

---

<sup>17</sup> Vid. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig, 1908.



llegar a la Bolonia del siglo XXI no debería olvidarse aquella otra del siglo XII y su *Studium Generale*.

Pero volviendo al momento de la antigua Bolonia, tal fue la impronta de los glosadores y comentaristas, que estos últimos podrían ser considerados, en opinión de Wieacker<sup>18</sup>, «fundadores de la jurisprudencia europea», que volcados sobre todo en el *corpus* del Derecho, procuraron unificarlo y adaptarlo a las necesidades normativas de finales de la Edad Media.

En la médula de la nueva actitud intelectual de los comentaristas, en la equiparación del derecho «vivido» al derecho contenido en las fuentes de la tradición, se encuentra una postura diferente ante la tensión existente entre la verdad y la realidad, que se puede relacionar con la aparición de la escolástica tomista como defiende Hespánha<sup>19</sup>.

Pero, la distinción y separación entre glosadores y comentaristas no fue ni brusca ni radical, se trató de una transición metodológica con diferencias cualitativas. La diferencia entre unos y otros la sintetizó Calasso<sup>20</sup> al decir que la antigua labor de los primeros daba la impresión de ser fruto de un trabajo más instintivo, mientras que la de los segundos respondía a una cuidada elaboración intelectual. También, en los comentaristas se encuentra más libertad para encontrar soluciones útiles; elaborando una dogmática orientada no tanto a formular conceptos como a obtener soluciones.

Como consecuencia de ese proceso, se contempló la generalización de otra «esencia», que partiendo del Derecho justiniano, junto con otros importantes elementos (canónico, feudal, mercantil), se nos corporeiza en un Derecho leído, interpretado y difundido especialmente por canonistas. Pues no estamos haciendo referencia simplemente a la puesta en vigor de la Compilación de Justiniano, sino a la interpretación que de ella hacen los juristas de ese momento. Y ese Derecho «comentado» se convirtió con matices según los reinos, en un *Ius commune* a Europa.

A este respecto, aboga Grossi<sup>21</sup> que la ciencia jurídica del Medievo creó una intrépida vestimenta interpretativa para la que, desde luego, no fueron límite los innumerables espacios políticos en los que estaba dividida Europa: los estatutos y las costumbres locales siguieron conviviendo con un derecho científico universal que sirvió para interpretar e integrar la insuficiencia de los derechos particulares. En esta línea de pensamiento, no quiero dejar de referenciar la obra de Arthur Duck<sup>22</sup>, civilista inglés, sobre el uso y la autoridad del Dere-

<sup>18</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 ed., Göttinge, 1964. *Historia del derecho privado de la Edad Moderna* (trad. F. Fernández Jardón, existe otra traducción de 1957), Granada, 2000, pág. 56.

<sup>19</sup> A. Hespánha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 2002, pág. 112.

<sup>20</sup> Vid. F. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milano, 1938.

<sup>21</sup> P. Grossi, *La primera lección de Derecho* (trad. Cl. Álvarez Alonso), Madrid, 2006, pág. 51.

<sup>22</sup> A. Duck, *De usu autoritate iuris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*, Londini, 1653.

cho romano en los reinos cristianos, que desde datos precisos demostró en qué medida se había recibido ese Derecho en los diferentes países europeos; afirmando que ninguna legislación nacional podía ser más apropiada que el Derecho romano, puesto que contenía el más completo conjunto de normas.

Pero los componentes que configuraron el espacio jurídico-cultural en el que se desarrolló ese Derecho común no fueron exclusivamente romanos, sino resultado de la convergencia de elementos de ese origen con los procedentes de la cultura helenística. De otra parte, los elementos de identidad europea en este período no se identificaron con forma alguna de tipo político-organizativo, sino con la adhesión a la ética social y a la interpretación de la existencia representada por el cristianismo que proyectó su influencia no sólo entre las clases sociales superiores, sino también, en el conjunto de la población. Además la Iglesia, desempeñó ante todos los pueblos europeos una imagen institucionalizada de la realidad, dotando de cohesión al conjunto de las entidades políticas nacionales, a las que proporcionaba una base común de pensamiento<sup>23</sup>.

En este contexto, se ha de puntualizar la importancia del Derecho canónico, «ciencia de las ciencias», según el jurista Silvestre de Prieto (el «Ostiense»); como elemento integrante y en muchos casos definidor, no sólo, de ese Derecho común, sino como normativa del Derecho civil, al tener el criterio de los canonistas prioridad sobre el de los civilistas en los supuestos de opiniones contradictorias.

El Derecho canónico fundamentó su vigencia y predominio en la facultad legislativa del Papa, en su aplicación como costumbre, y en la tolerancia de los reyes. Tolerancia que no siempre se dio, recuérdese el caso de Felipe el Hermoso de Francia (1303), que en función de la «plenitudo potestatis»<sup>24</sup>, se negó a obedecer la bula «Unam Sanctam», de Bonifacio VIII. En esta línea, los reyes en sus respectivos reinos fueron adquiriendo el derecho *regium exequatur*, por el que, *v. gr.*, en el reino de Castilla por previa censura del Consejo de Castilla (regalía desde el siglo XVIII), se podía impedir la validez de las bulas hasta que no fuesen analizadas y en todo caso adecuadas al Derecho de ese reino. Esta institución que al parecer surgió en el contexto del Cisma de Occidente, tuvo su etapa de esplendor con Carlos III, siendo las pragmáticas de 18 de enero de 1762 y de 16 de junio de 1768 las que marcarían un momento decisivo en su trayectoria.

Pero volviendo al Derecho común, se incide que cuando hablamos de «común», ese término lo utilizamos en el sentido de difusión de unos conceptos

---

<sup>23</sup> A. Fernández Barreiro, «El Derecho común como componente de la cultura jurídica europea», *Seminarios complutenses de Derecho romano*, III, Madrid, 1991, pág. 95.

<sup>24</sup> Vid. A. Otero Valera, «Sobre la idea de soberanía y su recepción en España», *Derecho de gentes y su organización internacional II*, Santiago de Compostela, 1957. *Idem*, «Sobre la «Plenitud Potestatis» y los reinos hispánicos», *A.H.D.E.*, 34, 1964. Hermann Heller considera como significativa la fecha de 1303, en cuanto a la constitución de la «plenitudo potestatis», pero esa teoría ya se había desarrollado con anterioridad a esa fecha.

jurídicos homogéneos dentro de un contexto espacial y cultural semejante<sup>25</sup>. Pues no podemos extrapolar la idea de que Europa nunca fue una comunidad unitaria, como tampoco constituyó nunca una unidad política. Por tanto, no hablamos de identidad.

Recordemos en este punto concreto de difusión de conceptos que la enseñanza universitaria se circunscribía especialmente al estudio del derecho romano y canónico, en la misma lengua y con la misma metodología. La clave de la cohesión intrínseca del Derecho europeo durante el período de la recepción del *Ius commune* estuvo en que se dio a conocer un mismo pensamiento jurídico, y unas mismas ideas fueron las que impregnaron las instituciones, con independencia de las leyes concretas de cada uno de los reinos que componían el espacio europeo de ese momento. Es decir, una verdadera cultura jurídica europea al modo de las exposiciones de Koschaker<sup>26</sup>, Wieacker<sup>27</sup> o Coing<sup>28</sup>.

El Derecho común era esencialmente un derecho académico, no era el ordenamiento de una sociedad política, sino el ordenamiento de una comunidad de profesores que estudiaba, analizaba y construía un derecho sobre la *leges romanae*, y sobre los cánones.<sup>29</sup> De esta manera los juristas recogieron un ordenamiento jurídico sin contradicciones, resultado de reducir a unidad los textos jurídicos estudiados que dieron las bases para una globalización del Derecho. Los cimientos de lo que ahora denominamos «Unión Europea», como una «cultura común a Europa», se sustentan en el estudio y armonización del *Corpus iuris civilis* y del *Corpus iuris canonici*.

Pero esa «cultura común» no niega el derecho a la diferencia. La coexistencia de la diferencia significa una organización en torno a un sistema de pluralidad de referencias. No hay en ello ninguna contradicción con la idea de la universalidad, pues no trata en absoluto de proceder a una vasta asimilación de los individuos, sino de reunirles, a pesar de sus diferencias.

No obstante esa recepción del Derecho común, no fue aceptada de igual forma ni por las mismas vías. *Grosso modo*, Cataluña lo admitió abiertamente como Derecho supletorio, pero al ser el Derecho común más completo que el propio catalán se difundió en seguida, de tal forma, que a principios del siglo XV (en las Cortes de Barcelona de 1409), Martín el Humano aceptó la vigencia del Derecho común, pero sin especificar si debían incluirse tanto el Derecho romano como el canónico juntos o por separado; entendiendo algunos juristas, como Tomás Mieres que debía de prevalecer el canónico sobre el ro-

---

<sup>25</sup> R. Morán Martín, «El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 2005, pág. 105.

<sup>26</sup> P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano* (trad. J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, 1955).

<sup>27</sup> F. Wieacker, *Historia del derecho privado...*, *op. cit.*

<sup>28</sup> H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, München, 1985 (trad. A. Pérez Martín, Madrid, 1996).

<sup>29</sup> A. Iglesia Ferreirós, «La forja de la civilización europea: el *Ius commune*», *Cultura jurídica europea: una herencia persistente* (seminario permanente de cultura jurídica), Sevilla, 2001, pág. 58.

mano en los casos de discrepancia. En Mallorca, Jaime II aceptó el Derecho común en 1299.

En los territorios de Valencia, la propia legislación real fue vehículo difusor de este Derecho, por la clara inspiración canónica-romana con que se dota a los textos promulgados a raíz de la conquista de Jaime I.

En Aragón, el Derecho común se propagó solapadamente a través de las decisiones judiciales, de la doctrina jurídica y de las recopilaciones del siglo XIII, pese a teóricas prohibiciones. La recepción tuvo lugar inicialmente en los círculos de los juristas que rodearon a Jaime I (Raimundo de Peñafort, Pere Albert, Vidal de Cañellas...).

En Navarra, se recibió por medio de los sacerdotes que estudiaron en territorios franceses y por los juristas formados en Bolonia, o Montpellier, al formar parte algunos de ellos del tribunal de la Corte de Navarra. En el siglo XVI y mediante una disposición adoptada en las Cortes de Pamplona en 1576, se aceptó definitivamente como supletorio, desapareciendo las limitaciones que una Ordenanza (1413) de Carlos II de Navarra había impuesto para el Tribunal de la Corte, donde se recogía que en caso de laguna de norma, se tenía que apelar a la interpretación regia antes que al Derecho común.

En Castilla y León, inicialmente se prohibió. Alfonso X, en textos como el *Fuero Real*, o el *Espéculo* y el *Ordenamiento* dado a los alcaldes de Valladolid (1258), prohibió la utilización de textos legales diferentes a los nacionales. Más tarde Alfonso XI, en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, señala como única fuente de suplir la laguna jurídica la autoridad del rey. Juan II, en 1427, por la ley de Citas, al modo de las de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III (408-450 y 425-455 respectivamente), aceptó las alegaciones de autores como Juan Andrés o Bartolo de Saxoferrato.

Después los Reyes Católicos, a las opiniones admitidas de estos dos autores, añadieron las de Baldo degli Ubaldi y Nicolas de Tudeschis o Abad panormitano. En 1505 en las *Leyes de Toro*, el texto más trascendente de la legislación castellana en materia de Derecho privado, retrocedió al criterio recogido en el *Ordenamiento de Alcalá*, donde la única fuente jurídica que se reconocía era la autoridad del rey, pero finalmente, por medio de la difusión de las decisiones judiciales y la doctrina jurídica el Derecho común también se difundió y aceptó en Castilla.

Aunque el objeto de estas reflexiones es traer a colación la impronta y vigencia de los legados romanos, no creo inoportuno, pues se podría dar una visión sesgada de nuestro devenir histórico-jurídico, prestar una mínima atención a la trayectoria de otra categoría: Derecho germánico. Derecho que a pesar de la marginación sufrida en la legislación visigótica, surgiría con gran fuerza en la Edad Media, no desapareciendo del todo con la recepción del Derecho común. Baste simplemente recordar, la ascendencia de la diferenciación tan taxativamente llevada entre bienes muebles e inmuebles en la *Partidas*, o en el *Espéculo*.

O la propia regulación que se hace en la *leyes de Toro*, donde se retrocede en algunas de sus determinaciones al Derecho germánico. Así, la regulación por primera vez del Mayorazgo, institución que, aunque de una forma *sui generis*, salvaguardó indiviso parte del «caudal relicto», conservando determinados bienes dentro de una familia a perpetuidad, idea básica del «principio de troncalidad»; pues supuso una limitación al Derecho de propiedad, en cuanto eliminó la enajenabilidad de un patrimonio al vincularlo a un apellido.

O la pervivencia en el Derecho actual de costumbres germánicas en los rituales litúrgicos del matrimonio, o en las discusiones sobre matrimonios morganáticos; o en la propia regulación que nuestro *Código Civil* hace en la no reivindicabilidad de bienes muebles (art. 464) de extracto germánico basado en la máxima «Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen» (donde tú has dejado tu fe (allí) debes tú buscarla), que tomaría después la forma más técnica latina «mobilia non habent secuelam»; en los retractos familiares (art. 1522), como reminiscencia de la antigua comunidad patrimonial de bienes que implicaba el «Beispruchsrecht» o «laudatio parentum»; en los vecinales (art. 1523), procedentes de las antiguas comunidades de aldea, etcétera.

De nuevo, haciendo referencia al Derecho común, su recepción fue tal, que se convirtió en el Derecho más difundido, más comúnmente aplicado y estudiado por los juristas. Ese Derecho, analizado en las universidades, marginó el «derecho patrio» o «real», hasta que en el siglo XVIII con la plenitud del absolutismo, se comenzó a batallar por una mayor importancia de ese «derecho real», por su aplicación efectiva en el ámbito del Derecho público y por su enseñanza en las universidades.

Con esto el Derecho se estatalizó, pero asimismo, es obvio que se particularizó debido a una proyección geográfica que se limitaba a la del Estado particular, y Europa continental se convirtió en algo similar a un archipiélago integrado por tantas islas como estados; islas políticas y jurídicas<sup>30</sup>.

Sin embargo, que el Derecho romano se siguiese estudiando en las universidades motivó en el siglo XVIII, el desarrollo del *usus modernus pandectarum*. Se destaca que este método no cabe reducirlo a una mera fase de transición tendente y precursora del iusnaturalismo racionalista, sino que tiene su propia forma y autonomía.

Es sabido que esta metodología tuvo una gran importancia en Alemania, donde desde finales del siglo XV y en el XVI, existía un Derecho romano vivido en la práctica con peculiaridades propias sobre el que se elaboraría durante el XVIII, el Derecho de las pandectas (Boemer, Schubart, Heineccius). De esta forma, el Derecho romano volvió a servir de base para la formación de un derecho nacional, que forjó los cimientos de la presente ciencia civilista

---

<sup>30</sup> P. Grossi, *La primera lección...*, *op. cit.*, pág. 54.

(Windscheid, Berkker, Brinz, Serafini...), conjugando el estudio del Derecho romano con el Derecho nacional.

La emancipación del derecho *nacional* o patrio, del *Ius commune*, había sido anunciada desde el Humanismo. Estos ordenamientos nacionales ya no eran concebidos como simples *statuta*, sino como sistemas de normas cerrados en sí mismos<sup>31</sup>. Precisamente la Ilustración que tuvo la firme convicción de que la razón podía desarrollar un sistema jurídico universalmente válido, contribuyó de hecho a destruir el ordenamiento jurídico que imperaba en toda Europa y a disgregarlo en sistemas nacionales.

Se dieron una serie de motivos que contribuyeron a este cambio, desde el propio Montesquieu, con la teoría general del Derecho; a Vico, en el análisis general de la cultura. Y ya en la segunda mitad del siglo XVIII comenzó a regir el axioma de que todo sistema jurídico debía responder no sólo a la constitución política, sino también, a toda la civilización de un pueblo. Estas nuevas corrientes ideológicas influirían en el Derecho proclamándose la fuerza ilimitada de la razón y del libre examen.

La teoría del derecho de la razón, forma que tomó la doctrina del derecho natural en los siglos XVII-XVIII, postulaba la existencia de una ética social conforme a la naturaleza y se traducía en un derecho natural, no olvidemos que Montesquieu escribió que las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas.

Esta directriz representó uno de los grandes fenómenos que condujeron a la superación de la concepción medieval del mundo y de la vida. Del mismo modo que el humanismo, fue la superación literaria y artística de la Edad Media; las «Luces» y en particular la doctrina del derecho natural, representaron la superación de la ética medieval.

Pero, no se olvide que la idea del derecho natural, como criterio jurídico superior, ya se encontraba en Grecia y en la propia Roma, que en la Edad Media alcanzó gran difusión gracias a la Escolástica (Alberto Magno, Tomás de Aquino, etc.); germinando de nuevo con la segunda escolástica (Francisco de Vitoria, Suárez, Vázquez de Menchaca, etcétera).

En este entramado, es importante tener presente la disidencia religiosa, punto de partida del derecho racionalista (Althusius, Hugo Grocio...), al igual que la filosofía cartesiana y los nuevos principios matemáticos y físicos (Puffendorf Spinoza, Leibnitz...). La defensa de la aplicación del método matemático en el campo del Derecho fue determinante en cuanto a su enfoque de universalidad.

Tras esa ruptura de la unidad religiosa en Europa, los representantes del humanismo formularon y propagaron la doctrina de la tolerancia y la crítica

---

<sup>31</sup> H. Coing, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pág. 115.

del absolutismo; proporcionando los fundamentos de ética social y política de las declaraciones de derechos de la persona, sobre los que se estableció el nuevo modelo de convivencia y los elementos comunes de identidad de la cultura política occidental europea<sup>32</sup>.

El antirromanismo de los juristas de esa época que fue en muchos autores más aparente que real, y el casi unánime rechazo contra los doctores del *ius commune* no impidió la presencia de citas de los mismos en obras tan características del momento como las *Instituciones* de Asso y de Manuel; de Dou i de Bassols; pero cierto es que en el siglo XVIII se produce el final de la doctrina del Derecho común.

En esta línea, desde mediados del siglo XVIII, la ley «estatal» tendió a monopolizar la atención de los juristas; y Felipe V, siguiendo las nuevas tendencias y la orientación de Melchor de Macanaz en 1713, trató de que las universidades introdujeran la enseñanza del «derecho real o estatal», pero éstas se resistieron, continuando la enseñanza del Derecho común. Más tarde, un Auto Acordado de 1741, establecería esa enseñanza sin sustituir la del Derecho romano, disponiendo que se explicase, pero marcando las concordancias o diferencias de las leyes reales en relación con del Derecho común.

En ese contexto el comentario de Vinio a las *Instituciones* se convirtió en el libro de texto más utilizado, pero para ello fue modificado en dos aspectos: se suprimieron las referencias que podían entenderse ofensivas para la Inquisición, y se incorporaron referencias al Derecho patrio. Juan Sala elaboró para los estudiantes una edición de *Vinnius castigatus*<sup>33</sup>, con una portada muy significativa que representaba a la Justicia entregando con su mano izquierda las *Instituciones* de Justiniano al emperador y con la mano derecha las *Siete Partidas* al rey de España.

El triunfo del «derecho patrio o real», tuvo lugar a raíz de las reformas llevadas a cabo por Carlos III en las universidades españolas, especialmente en los planes de estudios que en 1771 se dieron para las Facultades de Leyes de las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, y que acabarían imponiéndose a las demás; aunque sería Carlos IV<sup>34</sup> en 1802, quien de una manera definitiva estableció la enseñanza del «derecho patrio» sobre el romano.

En esa «tensión», un apoyo a favor de la pervivencia de ese Derecho común fue la convicción en su fundamento y composición en preceptos de Derecho Natural y de Gentes, todavía esgrimida por muchos juristas como Mayans, y por consiguiente, en la necesidad de la inviolabilidad de su permanencia. Latía la vieja creencia medieval de que el Derecho romano había sido la encarnación de la razón natural.

---

<sup>32</sup> A. Fernández Barreiro, «El Derecho común como...», *op. cit.*, pág. 95.

<sup>33</sup> J. Sala, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accomodatus*, Valencia, 1767.

<sup>34</sup> *Novísima Recopilación*, VIII, 4, 7.

Otros en cambio lo atacaron, argumentando contra él, desde puntos de partida distintos pero convergentes, que si el Derecho romano valía como encarnación de la razón natural podía prescindirse de su estudio, simplemente ejercitando la propia y actual potencia racional, con la ventaja que las luces de la razón estaban más desarrolladas en el siglo XVIII que en los remotos tiempos romanos.

Con independencia de esa diversidad de tendencias, la realidad era que ese gran esqueleto en conexión con los diferentes ordenamientos nacionales formaba a modo de tela de araña un conjunto donde *ius commune-iusnaturalismo-Ilustración*, constituiría el cimiento del Derecho privado que se integra en los Códigos.

Así que ese nuevo monopolio sustentado en la idea del iusnaturalismo racionalista (Domat, Pothier, de Moulin...) había sentado las bases en un orden jurídico universal, inmutable, que defendía la implantación de las ideas de libertad, igualdad y protección de la propiedad. Todo ello construido y expresado a raíz de un sistema lógico-axiomático-deductivo, cuya representación máxima fue y es el sistema codificador.

La evolución de estas ideas fueron distintas según los países. En Alemania, fueron sinónimo de absolutismo; en Francia en cambio, fueron intelectuales como Montesquieu o Rousseau los que apadrinaron esa línea de pensamiento. A España llegaron de una forma más atenuada, y la influencia del pensamiento jurídico de la Ilustración no condujo a la promulgación de los códigos, pues los intentos realizados en este sentido fueron ambiguos y dispersos, sin obedecer a una política legislativa impuesta desde el poder soberano. Ya que desde ese poder se siguió impulsando la política recopiladora (*Novísima Recopilación*). En España el ritmo de sustitución del viejo orden por el nuevo fue muy desigual.

La codificación supuso la ruptura de la unidad jurídica que había fundado y sustentado el Derecho común para el Continente europeo, pues, aunque tomó muchos elementos del Derecho común, en ella se perdió la conciencia de la «comunidad-europea».

Los códigos aparecieron como una especie de positivación de la razón, amparados por los órganos representativos de la nación, constituyendo la concreción legislativa de la voluntad general; la unificación y centralización del ordenamiento jurídico.

Pero junto a estos presupuestos de carácter jurídico-político, también operaron otros presupuestos socioeconómicos. No olvidemos la estrecha vinculación entre el proceso de codificación y lo que algunos califican «revolución burguesa», que más que «revolución», fue un pacto social, al modo de la «vía prusiana» al capitalismo, que haría posible la salvación de los intereses nobiliarios, junto con los burgueses. Y en este orden de ideas, el Derecho romano era el que mejor defendía los intereses de esa burguesía ya consolidada.

De hecho, aunque los códigos han sido considerados como una ruptura con el pasado, con la tradición doctrinal romanista, aún siendo verdad esto, la rup-



tura fue mucho menor que lo que los políticos y filósofos del Derecho anunciaban.

Así, en Francia, la pronta redacción del *Código Civil* se debió a la perfecta combinación del estudio de las fuentes romanas-justinianas con la depuración del propio Derecho consuetudinario francés, con arreglo al racionalismo y a la lógica deductiva del iusnaturalismo de la Ilustración.

En materia de derecho privado, los juristas utilizaban los instrumentos conceptuales provenientes del Derecho romano (contrato, pacto, obligación, etc.) y de hecho el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podía ser romanista, pues el origen de la mayoría de nuestras leyes de derecho privado es romano.

Si los siglos anteriores se habían caracterizado por una hegemonía del Derecho común, el siglo XVIII marcó el final del mismo. Y fue a partir del siglo XIX, con la Escuela Histórica y especialmente Savigny, cuando se retoma el estudio del Derecho romano (Mommsen, Otto Gradenwitz, Otto Lenel o Ludwig Mitteis, Eisele, Pernice...).

Lo que se podría enunciar como una ruptura con el Derecho romano fue más profunda en unos campos (penal) que en otros. Pero especialmente por lo que concierne a la codificación civil, se dio una vuelta a las fuentes del Derecho privado romano.

No obstante, al margen de ese distanciamiento, no se puede negar que, para conocer el Derecho, para captar lo jurídico, un jurista ha de habérselas con el Derecho romano, ya que la jurisprudencia romana sirvió de base para toda jurisprudencia, y su terminología llegó a ser la terminología de los juristas de todos los pueblos. Y mérito incontestable de la experiencia cultural romana es haber sabido leer el mundo socioeconómico-político en términos jurídicos.

Pues como es sabido, la elaboración de una norma jurídica tiene por finalidad su vigencia, a pesar de que su imperfección intrínseca o la cambiante situación de la realidad regulada puede hacerla ineficaz. En tales casos sería normal su derogación. Sin embargo, como una característica fundamental del Derecho romano, es su perfección técnica, esa perfección hace que se mantenga inalterable el tenor literal del precepto, sirviendo el mismo, no sólo en ambientes ideológicos diferentes, sino también, permitiendo que en virtud de un proceso hermenéutico se pueda infundir un nuevo espíritu en la vieja letra de la ley; presentándose así las nuevas normas que la vida reclama como contenidas en el texto objeto de la interpretación.

### III. EL LEGADO POLÍTICO

Si los griegos fueron los primeros en practicar la democracia directa con Pericles de «abanderado», los romanos fueron los que le dieron usos más amplios, siendo Roma el embrión de las formas políticas más significativas de la

civilización occidental; y es a Roma, a quien debemos el desarrollo, la toma de conciencia de esos valores.

Entre otras cuestiones a nivel político-administrativo, Roma impulsó: el funcionamiento de los respectivos órganos asamblearios; la magistratura; la función suavizadora del Senado; las reformas agrarias y sociales de los Gracos, así como, toda la cuestión social, etc. Pero sobre todo, fue la médula del triunfo del Estado y del Derecho sobre las nacionalidades. Esta idea designa la misión peculiar de Roma en la historia universal. La historia de Roma comienza con una victoria sobre su propia nacionalidad (latina, etrusca, sabina). Y en este punto de nuevo evoco a Ihering<sup>35</sup>, al defender que, la importancia y misión de Roma en la historia se resume en presentar el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades.

Aunque en Roma no hubo una «constitución romana», escrita tal y como hoy entendemos esa expresión: reguladora de manera más o menos fija del funcionamiento de los organismos del Estado, de sus límites y competencias; sí se identifica con esa noción al derecho público romano. De hecho en la actualidad muchos de los historiadores de las ideas políticas la utilizan para hacer referencia al estudio de la organización y funcionamiento del poder en Roma.

A este respecto, en el terreno «constitucional», frente a una apreciación de la constitución romana en términos análogos a las constituciones modernas, como cuadro fijo de relaciones y obligaciones jurídico-políticas, se ha subrayado el carácter fundamentalmente dinámico y progresivo del orden constitucional romano. Así, Christian Meier<sup>36</sup>, habla de *eine gewachsene verfassung*, de una constitución en proceso de construcción permanente, en continuo hacerse y crearse, de la que tendríamos una falsa imagen si la viéramos como un cuerpo más o menos estático y cerrado, al modo moderno.

No obstante, al margen de lo apuntado, todos sabemos que fue la filosofía estoica la que proporcionó la síntesis y facilitó la comunicación del mundo romano, al igual que propició la adaptación del acervo de los valores culturales romanos tradicionales a las exigencias políticas del Imperio como aglutinante de entidades nacionales y formas culturales diferentes.

A este tenor, al pensamiento de dos griegos: Pericles<sup>37</sup> y Tucídides<sup>38</sup> (el político que escribió para políticos, precursor de Polibio, Maquiavelo, Hobbes y Montesquieu), les debemos las primeras definiciones del régimen democrático.

---

<sup>35</sup> R. von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, Madrid, 1997, pág. 29.

<sup>36</sup> Vid. C. Meier, *Res publica amissa: Eine Studie zu verfassung und geschichte der Späten Römischen republik*, Wiesbaden, 1966.

<sup>37</sup> Pericles, «La administración del Estado no está en manos de pocos, mas del pueblo, y por ello la democracia es su nombre», discurso pronunciado en homenaje a los caídos en la *Guerra del Peloponeso*

<sup>38</sup> Tucídides, II, 37. «Nuestra Constitución... se llama democracia porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría».

Más tarde, también Polibio<sup>39</sup> expuso como la república romana estaba dividida y asentada en un hábil equilibrio entre tres formas de gobierno, monarquía, aristocracia y democracia, y que estas tres formas se repartían tan equitativamente, que nunca nadie hubiera podido afirmar con seguridad si el régimen era totalmente aristocrático, democrático o monárquico.

O Cicerón<sup>40</sup>, quien en su *De re publica*, escuetamente por boca de Escipión, hizo referencia a la *res publica*, como cosa que pertenece al pueblo, «gestión pública», el gobierno. Y aludiendo a esa «gestión», siguiendo a Polibio, defendió la teoría de la mayor perfección en una forma o régimen mixto<sup>41</sup>, en el que se equilibraban la autoridad del príncipe, la libertad del pueblo y la potestad de los magistrados, afirmando que si se examinaban los poderes del príncipe se podría hablar de un régimen monárquico; si se juzgaban las facultades del Senado, de una aristocracia; si se consideraban los derechos del pueblo, de una inequívoca democracia; y que los tres principios expuestos en la República romana se mezclaron y se equilibraron de tal forma, que el poder estaba en manos de todos.

En este sentido, Mommsen, en numerosas referencias, puso de relieve que en Roma *res publica* correspondía exactamente a lo que los ingleses llaman *commonwealth*, designando exclusivamente lo que es común, porque sólo en este sentido podría entenderse cabalmente el concepto. También, pero dándole un sentido europeísta, defendió en sus trabajos sobre las provincias del imperio, que la historia de éste era sustancialmente la historia de las provincias<sup>42</sup>.

No obstante, el sincretismo entre la cultura griega y latina alcanzaría su punto de inflexión de una forma *sine qua non* en el ámbito de la organización administrativa, por medio de la *polis*, pues una de las primeras y más fundamentales nociones, y fundamento de la *res publica* que Roma importó de Grecia, fue la de la política directa, en la que los ciudadanos tomaban por sí mismos las decisiones que concernían a la «*polis*». Idea que sería clave en el proceso de la extensión territorial de los romanos, en su innata habilidad para lograr un orbe pacífico, y una romanización paulatina y poco traumática.

De nuevo Mommsen persistiendo en la idea de la unidad, no hizo otra cosa que proyectar el imperio romano en una dimensión holística y como un espacio geográfico sobre todo globalizado. Se adelantó a concebir el *orbis Romanus* como una globalización<sup>43</sup>, aunque todavía no se hubiese inventado tal neologismo, la idea es la misma.

---

<sup>39</sup> Polibio, *Historia Universal durante la república romana*, VI, 11. 10-11 Barcelona, 1968.

<sup>40</sup> M. T. Cicerón, *De re publica*, I, 39, ed. Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1984.

<sup>41</sup> *Idem*, I, 54.

<sup>42</sup> Vid. T. Mommsen, *Historia de Roma* (trad. García Moreno, 1876), reimpresión, ed. Turner, 8 vols., Madrid, 1983.

<sup>43</sup> En este sentido: R. Domingo Oslé, *Ex Roma Ius*, ed. Fundación Garrigues, Madrid, 2005. La Cátedra Garrigues de Derecho Global tiene por objeto el estudio de los efectos jurídicos de la globalización, así como la fundamentación de un Derecho global, configurador de un *ordo orbis* más justo, democrático y libre.

Recordemos que el sistema administrativo estructurado en *civitates*, *municipia*, reproduciendo el modelo de ciudad existente en Roma, con su mayor o menor capacidad de autogobierno en cada caso, fue uno de los ejes más importantes de la romanización. La historia del Imperio romano es la historia de una ciudad, que se ensancha para ser la historia del mundo mediterráneo<sup>44</sup>.

La difusión de la *civitas Romana*, por la que Roma pasó de ciudad a país y al mundo<sup>45</sup>, creó una especie de ciudadanía mediterránea, «matriz» de la «ciudadanía europea» y de los estados modernos, como defienden con matizaciones hoy, entre otros, Nicolet; Barker; y Bailey<sup>46</sup>. La *civitas* romana había completado su trayectoria inicial para coincidir de una manera «ideal», con la *ecumene*, en la relación de ciudadanía, extendida a todos los súbditos del Imperio por la *Constitutio antoniniana*.

Por tanto desde la antigua Grecia hasta el umbral de la modernidad, fue la ciudad la que se presenta como organización política por excelencia. La ciudad es una forma de convivencia que se sitúa en el origen del discurso político occidental y continuará siendo su principal punto de referencia durante un larguísimo período como apunta Pietro Costa<sup>47</sup>.

La unidad de la *civitas*, no obstante, postula la diferenciación de sus integrantes y en modo alguno es una igualdad mecánica; sino concebida como una coparticipación en los valores y en las normas, como sentimiento de una pertenencia común.

De ahí, que la historia del Derecho europeo pueda considerarse iniciada en la antigua «polis» griega, una comunidad de ciudadanos con una voluntad determinada por una ley común y dos grandes principios políticos: *politeia*, o conjunto de órganos que definen la vida ciudadana, y las *nomoi*, las leyes, que establecen la organización, tanto pública, como privada.

Se presenta por tanto la ciudad, el ciudadano y la ciudadanía, *prima facie*, como el núcleo original de la evolución histórica occidental. Recuérdese asimismo, que el orden político imaginado por Rousseau en *El contrato social*, es un modelo que rememora la tradición de la ciudad.

Y esa organización es la que fue transmitida al mundo occidental por los romanos bajo la noción de *res publica*<sup>48</sup>. *Re publica*, democracia, como base fundamental de la organización política que dio fundamento a instituciones

---

<sup>44</sup> T. Mommsen, *El mundo de los césares*, Madrid, 1983, pág. 3.

<sup>45</sup> De una ciudad estado (monarquía), pasó a dominar toda la cuenca del mediterráneo (republica), alcanzó Britania y Jerusalén (principado) y más tarde con Trajano alcanzó su máxima extensión al llegar y superar las fronteras del Danubio, llegó a la Dacia, y en oriente a Armenia, Mesopotamia (entre el Éufrates y el Tigris), Asiria.

<sup>46</sup> Vid. C. Bailey (ed.), *El legado de Roma*, Madrid, 1956.

<sup>47</sup> P. Costa, *Ciudadanía* (trad. Cl. Álvarez Alonso), Madrid, 2006, pág. 39.

<sup>48</sup> Vid. A. Torrent Ruiz, «La democracia en la república romana», *Anales de la Facultad de Derecho*, 10, 2, 1982.

como las Asambleas populares *Concilia Proventiae* y el Senado, donde todos los ciudadanos, patricios y plebeyos participaban en los asuntos de la comunidad. Esos *Concilia Proventiae*, al estar constituidas por representantes de las distintas ciudades, fueron consideradas como un primer ensayo de Asambleas representativas por Hinojosa<sup>49</sup>, y más tarde por Chapot<sup>50</sup>.

Esas comunidades fueron y son la vía eficaz de la integración progresiva en el ejercicio futuro de los derechos electorales que hoy garantizan los textos constitucionales europeos, y un formidable instrumento en el Derecho comunitario de dinamización.

No obstante, algunas de estas instituciones en su devenir histórico no siempre gozaron de eficacia, recuérdese la *Curia* municipal, que en el Bajo Imperio, perdió la importancia y significación político-administrativa de tiempos anteriores, degradándose al convertirse en un «agente» recaudador, expoliador para los habitantes de las ciudades, perdiendo sus integrantes todo el «honor» de tiempos anteriores, hasta tal punto que un retórico del momento llamado Libanius, dijo, que nadie podía odiar tanto a sus hijos como para dar a una hija en matrimonio a un curial<sup>51</sup>.

Para paliar la situación de crisis y decadencia de las estructuras locales y en defensa de los intereses del pueblo se creó la figura del *defensor civitatis* o *plebis*. La figura la reguló Valentiniano I en una constitución del año 368, debía recaer el nombramiento en una persona del orden senatorial, para que con su prestigio lograrse imponerse a los *potentiores*. El cargo se creó inicialmente con carácter vitalicio, pero pronto se limitó su vigencia a 5 años. Tenía como competencias la cobranza de impuestos y sobre todo proteger los intereses de los habitantes de la ciudad contra opresiones e injusticias, más tarde se le concedió una limitada jurisdicción civil.

Esta institución con el tiempo fue un fracaso y ese fracaso se debió, en gran parte, a que a raíz de un determinado momento su designación correspondió a la Curia, quedando el *defensor civitatis* en manos de los intereses de los curiales, y más que defensor de los ciudadanos fue un elemento de distorsión para los mismos.

La institución del *defensor civitatis*, salvando obviamente los matices diferenciales propios de las circunstancias y tiempo, es de plena actualidad. Nuestra Constitución<sup>52</sup>, la recoge y regula, y su finalidad, es la misma que motivó la crea-

---

<sup>49</sup> E. de Hinojosa y Naveros, «El régimen municipal romano en España», *Revista Hispano-Americana*, 4 (1882), en *Obras*, III, Madrid, 1974.

<sup>50</sup> Chapot, *Le monde romain*, 1927.

<sup>51</sup> *Apud* M. Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, tomo I, Salamanca, 1933, pág. 384.

<sup>52</sup> Art. 54, «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del pueblo, como alto comisionado de las Cortes generales, designado por éstas para la defensa de los derechos... a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes generales».

ción y regulación de tal figura: la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a los abusos cometidos por la administración.

#### IV. UNAS CONCLUSIONES

Hoy día el Derecho romano se ve como un factor esencial de la historia de nuestra cultura jurídica<sup>53</sup> que marca su evolución, la mutación de significado de sus normas al cambiar las circunstancias, y la progresiva elaboración de valores supratemporales. Y así como el Imperio romano llevaba en su seno la incipiente Europa, así también, el Derecho romano abrigaba el germen del mañana, del Derecho común y europeo.

El Derecho Romano no es sólo un camino que deba recorrerse hacia atrás por razón de su carácter histórico, dinámico, sino también, hacia delante como verdad jurídica permanente, o utilizando palabras de Mitteis<sup>54</sup>, como «valor fuera del tiempo», que ha impreso su sello en la cultura jurídica europea.

Por tanto, son numerosas las «esencias» que le debemos a la civilización romana. A Roma republicana los valores de la democracia. Al Derecho romano clásico, la elaboración de los contenidos esenciales de múltiples relaciones jurídicas, el descubrimiento de los conceptos fundamentales con que operan los juristas modernos a la hora de construir abstracciones, es decir, la técnica, la noción de ciencia jurídica como saber jurídico sistematizado, y la noción de la jurisprudencia como ciencia de la justicia.

Como contrapartida, al romano-vulgar, le debemos la adaptabilidad, comprensión, y en cierta forma la popularización-vulgarización. Al Derecho común, las bases de la globalización que hoy ya tenemos, y a la pandectística la técnica jurídica de los códigos.

Dentro de un plano teórico, no es exagerado subrayar que si el Derecho romano es el elemento o denominador común de la mayor parte de los derechos vigentes, su misión más noble, como anticipó Rabel<sup>55</sup>, sería volver a ser punto de partida para un Derecho europeo.

En fin, recordaba Mommsen, que la afirmación tantas veces repetida de que el Derecho romano es el más perfecto de todos, o que el Estado romano debe ser considerado como portador de la idea de Derecho en la historia universal, era un recurso retórico y fácil, que realmente lo que debía de subrayarse es que, se trataba de un Derecho bajo cuyo influjo todos nuestros derechos nacionales se formaron, ya fuese en conexión o en oposición a él.

<sup>53</sup> Vid. Peter G. Stein, *El Derecho romano en la historia de Europa*, Madrid, 2001.

<sup>54</sup> L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891 y 1963.

<sup>55</sup> Vid. E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1915.

Sin embargo, no es posible actualizar el Derecho romano, no es posible re-gimentar la vida presente con la normativa romana; no cabe eso de «retornar a Savigny» (Koschaker), de volver al *modernus usus pandectarum* (Wenger); eso en fin, de prestar quieta y única atención a las viejas y tradicionales fuentes jurídicas (Mitteis)<sup>56</sup>.

Aunque, hoy quizás sí nos encontremos ante la conveniencia de recordar nuestros antecedentes jurídicos más que de comparar los mismos. Y entre ellos, para un sector muy importante de Europa (Alemania, Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Suecia), bajo el sustrato del Derecho romano, está también la raíz germánica, raíz que, de igual modo, se encuentra en algunas de nuestras instituciones.

En cualquier caso, pienso, como ya apunté<sup>57</sup>, que los elementos que configuran nuestro Derecho hay que verlos en su integración y no acumulativamente. Y en esta circunstancia el Derecho romano unió a través de un conjunto afortunado de coincidencias, los dos méritos más altos que pueden darse en el desarrollo jurídico, a saber: el origen nacional y el desarrollo universal. El sistema romano supo transformar el Derecho de la nación romana en un Derecho para todas las naciones, y cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico europeo debe hacerse a la luz de las fuentes romanas.

Por tanto, corresponde al Derecho de la civilización romana en este siglo XXI servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo, y muy especialmente, entre el civil *law*, expresión acuñada por los comparatistas e intraducible, pues «Derecho civil» no le haría justicia, y el *common law*, frase que se usa en contraposición al civil *law*. Estos dos sistemas, aunque distintos, también tienen un denominador común en el Derecho romano. Y existen no pocas analogías curiosas entre la evolución del Derecho romano y la del Derecho inglés, con las respectivas distinciones entre el derecho civil y el pretorio y el *common law* y la *Equity*.

En relación a esta última cuestión, apuntó Castan Tobeñas<sup>58</sup>, que la *Equity*<sup>59</sup> inglesa presenta muchas coincidencias con el *ius aequum* y el *ius gentium* de los romanos, lo mismo en su aspecto sustantivo como en el procesal, contraponiéndose a un Derecho concebido estrictamente: el *common law*. Por ello, cobra plena actualidad, la calificación del Derecho romano como «humanismo de los juristas»<sup>60</sup>, o como escribiese Ihering, «alfabeto del Derecho». Sin olvidar por

<sup>56</sup> J. Iglesias, *Estudios, op. cit.*, pág. 63.

<sup>57</sup> Vid. M. Rodríguez Gil, «Acerca del "Zeitgeist" en la Historia del Derecho: "In memoriam Eugen Wohlhaupter"», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXVII, Madrid, 1994.

<sup>58</sup> J. Castan Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo Occidental* (discurso de apertura de los tribunales), Madrid, 1956, pág. 79.

<sup>59</sup> *Idem*, *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea* (discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, 1950, pág. 58.

<sup>60</sup> U. Álvarez Suárez, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, pág. 44.

supuesto, que la fuerza del *common law*, reside en su manera de tratar los casos concretos, mientras que la fuerza del moderno Derecho romano, radica en el desarrollo lógico de conceptos generales.

Llegados a este momento de la reflexión, nos parece pertinente extraer del recuerdo que en 1957, el Colegio de Europa y la Universidad de Pennsylvania en la conferencia que convocaron para definir los valores esenciales de la civilización europea, asumieron los siguientes:

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

En función de estos valores, y sobre todo con la impronta que implica la «ciudadanía», Marcelino Oreja<sup>61</sup> abogó por una Constitución Europea, basada en una construcción centrada en los ciudadanos, requiriendo la Comunidad la participación activa de los ciudadanos europeos. «Europa no es ni puede ser sólo asunto de los gobiernos; son los mismos ciudadanos los que deben pensar y hacer Europa»<sup>62</sup>.

Pero para ello se ha de concebir un concepto de ciudadanía como *status* con independencia de la forma política y de la comunidad en la que el sujeto, considerado como tal, por los ordenamientos jurídicos respectivos, depende del Derecho<sup>63</sup>. Es decir reactivar la idea de ciudadanía que en su día recogió la *Constitución Antoniniana*.

Dentro de ese marco se ha de entender por «ciudadanía», la relación política fundamental. La relación entre individuo y el orden político-jurídico en el cual está inserto, con la necesidad de sustraerlo del dominio absoluto de Estado-nación situándolo en un escenario supranacional, como hoy apunta Pietro Costa<sup>64</sup>; y en su día defendió Jean Monnet, el verdadero artífice de la unidad europea, al luchar por una Europa sin naciones. Pues siempre dijo que Europa o sería transnacional o no sería nada.

Estamos en un momento en el que por primera vez, Europa conforma una Unión por voluntad de los diferentes Estados y la votación de sus ciudadanos en un proceso que se nos presenta como puente entre el inicio del proyecto de construcción europea, mediante el Tratado de la Comunidad Económica

<sup>61</sup> M. Oreja, «Introducción. Estado actual del proceso...», *op. cit.*, pág. 26.

<sup>62</sup> *Idem*, pág. 38.

<sup>63</sup> Cl. Álvarez Alonso, «Pietro Costa o la coherencia sostenida», introducción a *Ciudadanía*, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>64</sup> *Vid.* P. Costa, *Ciudadanía*, *op. cit.*, págs. 35-38 y 151.



Europea de 1957 en Roma, y la integración progresiva del resto de los países aún no incluidos en la Unión.

El contenido del «Derecho europeo» debe llevar a una profunda transformación en los derechos internos y una aproximación entre los mismos, al igual que una construcción de un lenguaje jurídico renovado de ámbito común, donde todos queden reflejados, con una estructuración abierta de las fuentes del Derecho.

La Constitución Europea, cuyo inicial preámbulo de su proyecto de tratado, adoptado por consenso en la Convención Europea el 13 de julio de 2003, recordaba a Tucídides al recoger, «nuestra constitución... se llama democracia porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría». Preámbulo que el propio Giscard<sup>65</sup> redactó, sufrió una serie de reformas debidas a la Conferencia Intergubernamental (C.I.G.), en las que se suprimió la cita, a petición de los Estados pequeños que argumentaron que iba contra el principio de igualdad de todos los Estados miembros. La eliminación de la referencia pudo deberse a dos lógicas diferentes, la de la Convención (con un raciocinio constitucional), y la de la C.I.G. (en términos de Estados y dentro de una directriz internacional).

Para concluir, cualesquiera que sean los problemas abiertos con la Constitución Europea y las soluciones pronosticadas, estamos todos de acuerdo que es en el marco transnacional donde emergen las más interesantes líneas hacia la actual representación de la relación entre individuo, derechos y orden político-jurídico. O lo que es igual, en la defensa del mantenimiento de la herencia greco-romana.

---

<sup>65</sup> V. Giscard D'Estaing, *Informe oral presentado al Consejo Europeo de Salónica*, 20 de junio de 2003, en <http://european-convention.eu.int>.