

EL DERECHO ROMANO Y LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DEL SIGLO XIX

MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO *

I. EUROPA Y EL DERECHO ROMANO

Es necesario un breve preámbulo sobre la influencia de Roma y su Derecho en el nacimiento y la formación de Europa. La base política del nuevo *ius commune*, y el nacimiento de Europa, puede fijarse en el día de Navidad del año 800 en que el Papa León III coronó a Carlomagno: *imperator a Deo o divino coronatus*, por la gracia de Dios (*divina largiente gratia*).

El nuevo imperio naciente se construye con cimientos romanísticos. En 1947 se publicaron contemporáneamente dos libros sobre Europa: uno, del Conde Gonzague de Reinold, La formación de Europa; otro, de Koschaker, Europa y el Derecho Romano, precedido unos años antes por la obra de Pirenne, Mahomet et Charlemagne, 1936. Según estos ilustres autores, Europa es una realidad geográfica, un mito, y un fenómeno cultural; una mezcla de elementos culturales clásicos y germánicos, con una preponderancia del factor romano y una influencia de los principios cristianos. Europa, decía Plinio en su Historia Natural (III,1), es la madre y nodriza del único pueblo dominador y de todos los demás pueblos, superior en belleza a todos los demás países. Europa es un mito, en la Teogonía de Hesiodo es una de las tres mil oceanidas de finos tobillos que vigilan

* Catedrático Emérito de Derecho Romano. UNED.

la tierra y los abismos marítimos. Zeus enamorado, rapta a Europa disfrazado de toro.

Por último Europa es un fenómeno cultural una mezcla de elementos romanos, germánicos y cristianos. En la expresión de Zubiri, los factores integradores de la idea cultural de Europa son: el Derecho Romano, la filosofía griega y el cristianismo. Falta sin embargo un nuevo factor importante. Según la tesis de Pirenne, no fueron los germanos quienes acabaron con el *imperium romanum*, sino el Islam. Podemos añadir que los invasores godos aceptaron la influencia superior del Derecho de Roma en las compilaciones comenzando por la *lex Romana Visigothorum*, verdadero *Corpus Iuris* para Occidente, igual que el justiniano lo había sido para Oriente.

II. LOS PRECEDENTES: MOS ITALICUS Y MOS GALLICUS

Antes de entrar en el siglo XIX, con el florecimiento de las codificaciones, debemos señalar unos precedentes medievales y modernos y unas etapas de la llamada segunda vida del Derecho Romano. Una primera etapa se inicia con los glosadores de Bolonia, que con el descubrimiento del Digesto en el siglo XII, introdujeron estudios de jurisprudencia en la tradicional formación en Gramática y Retórica y sirviéndose de las reglas de la lógica escolástica, inauguran el nuevo método del comentario o glosa a los textos romanos. Irnerio y los doctores de la glosa (a los cuatro doctores, Bulgaro, Martino, Hugo y Jacobo debe agregarse los nombres de Piacentino, Azón, Godofredo y, sobre todo Accursio, autor de la magna glosa), inauguraron el llamado **MOS ITALICUS** técnica de servirse de los textos jurisprudenciales romanos para adaptarlos a las necesidades del presente, que perdura frente al **MOS GALLICUS**, o dirección histórica o humanística que tiende a la reconstrucción del derecho del pasado. Para entender la preeminencia de que goza el derecho romano en las épocas medieval y moderna, es imprescindible referirse a estas tendencias, aunque sean sobradamente conocidas por los romanistas.

Una segunda etapa, dentro del **mos italicus**, es la de los comentaristas y maestros *consiliatores* del *ius commune*, entre los que destaca la figura de Bartolo de Sassoferrato (*nemo iurista nisi bartolista*). Sus obras de comentarios cierran el ciclo del derecho medieval y marcan el tránsito hacia el derecho moderno. En la creación de un

sistema jurídico, supieron superar las contradicciones entre el derecho romano y el canónico, y entre el derecho común y los derechos regionales y convirtieron la glosa en el instrumento profesional del jurista. Como afirma Bussi, «del choque fecundo entre la corriente de los comentaristas, que forzaron la ley romana para adaptarla a las nuevas necesidades, y de los canonistas, que proclaman la supremacía de la ley de la Iglesia, nace el esquema abstracto del contrato recibido en las legislaciones modernas.»

Como precedente de las codificaciones del siglo XIX, debemos adentrarnos en otra fase de la influencia del Derecho Romano en la época moderna: los humanistas y los iusnaturalistas (*mos gallicus*).

El Humanismo centra el ideal formativo en el hombre, según los cánones de la Antigüedad clásica, y nace en el siglo XVI como consecuencia del Renacimiento. Frente a las tendencias prácticas de glosadores y comentaristas, el movimiento cultural de los humanistas, inspirados por el clasicismo, o tendencia cultural hacia la imitación del modelo clásico (Wieacker), se propone reconstruir el Derecho de Roma, liberándolo de las influencias utilitarias. Criticaban a los autores del *mos italicus* por su ignorancia en conocimientos históricos y filosóficos (*Graeca non leguntur; graecum est, non est verum*). Para ello, el *Corpus iuris* era una manifestación del espíritu de Roma y una fuente de conocimiento del ordenamiento romano tal y como se aplicó en las distintas fases de su historia. Postulan la utilización de las fuentes literarias y defienden la intervención de los literatos en la polémica, como Petrarca y Bocaccio, que insisten sobre la ignorancia de la historia y de las letras de los juristas y las malas artes de los abogados.

Fuertes críticas a los autores de la glosa: *Inepti, rixantes de lana caprina*. Anseres: gansos; Cino: *sicut antiqui adorabant idola pro deis, ita advocati adorant glosatores pro evangeliis*. Las críticas se extienden a Triboniano, mientras se alaban las obras de Cuyacio, Budeo, y de nuestros Elio A. de Nebrija y Antonio Agustín. Los humanistas crearon un derecho profesoral, en oposición al derecho de juristas (Koschaker) y mediante el descubrimiento y estudio de las interpolaciones y por la crítica a Triboniano y a su señor Justiniano contribuyeron poderosamente a socavar la autoridad normativa del *Corpus Iuris*. El influjo de los humanistas en la práctica del Derecho fue nulo, como concluye Koschaker y a ellos se debe la tajante separación de la teoría y de la práctica y el haber sido

excluida esta última de la Universidad. Sin embargo, se debe al humanismo el nuevo orden de valores llamados a ser el estandarte de la Edad Moderna: La razón, como medio de conocimiento; la verdad como objetivo de la ciencia; y la persona como meta y fundamento del ordenamiento jurídico.

Especial influencia en la codificación tuvieron los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, que defendían la existencia de una ética social conforme a la naturaleza humana y un derecho de la razón de aplicación universal a todos los pueblos. La extensión al comportamiento humano de los descubrimientos de las ciencias naturales lleva a postular la existencia de unas leyes de la convivencia social inspiradas en los principios de la reforma y la contrarreforma, y en los ideales de la revolución francesa (Voltaire: *Vuoles-vous avoir des bonnes lois? Brulez les votres et faites-en des nouvelles*). Las características fundamentales de la Escuela de Derecho Natural son: la separación de los principios de la teología moral tradicional, la sistemática y el descubrimiento de los principios del Derecho, sobre todo los de libertad y tolerancia burgueses.

El Derecho Romano se consideraba como la *suprema ratio scripta*, aunque criticaban la ausencia de sistemática de las obras jurisprudenciales. En esta corriente doctrinal, en la que destacan el holandés Vinio y el alemán Heinecio, sobresalen los franceses Domat y Pothier, que influyen decisivamente en la codificación francesa de 1804. Para Domat, el Derecho Romano era en sustancia el derecho natural mismo, ideal, inmutable y aplicable a todos.

La difusión del ideario iusnaturalista preparó la codificación primero mediante las críticas y el descrédito del sistema de administración de la justicia. También proporcionando la sistemática del derecho civil, sin la cual las codificaciones no hubieran sido posibles. Se observó que el razonamiento casuístico, el precedente y el abuso de la analogía de los casos producían inseguridad e incerteza en las decisiones de los jueces. Sin embargo, lo que mas molestaba a los iusnaturalistas del sistema de tradición romanística era la ausencia de sistemática. Como señala Gambaro, la pérdida del prestigio cultural de la jurisprudencia del *ius commune*, fue debida a una doble separación de la jurisprudencia de la cultura y de la jurisprudencia de la doctrina jurídica interpretada por los iusnaturalistas. Con el final del derecho jurisprudencial, los juristas tuvieron que decidirse por la legislación y los códigos.

La influencia del iusnaturalismo fue distinta en Francia que en Alemania, porque aparte de la renovación cultural que se produce con la revolución francesa, en Francia fue apoyada por una prestigiosa clase de juristas en relación con un sistema judicial centralizado, mientras que en Alemania fue seguido por profesores de universidad y no estaba coordinado con la práctica judicial.

Prueba del enorme prestigio científico y cultural que el Derecho Romano tenía al final del siglo XVIII, lo demuestra el entusiasmo que de este ordenamiento tenía Johan Wolfgang Goethe, nacido en 1749. Estudió Derecho en Leipzig, Dresde y Estrasburgo, siguiendo los deseos de su padre consejero imperial. Además de la conocida anécdota de comparar al Derecho Romano a un cisne que alguna vez desaparece pero vuelve en seguida a mostrarse, menciona al *Corpus iuris* en su obra dramática el «Goetz de Berliheingen». En el diálogo entre Olegarius, el Abad y el Obispo, se dice en relación con el *Corpus* justiniano: «Bien podría llamársele el libro de todos los libros, colección de todas las leyes; para cada caso, la sentencia justa; y suplen lo incompleto y oscuro las glosas con que los hombres mas doctos han adornado la obra mas excelente.»

Las primeras codificaciones, fruto de las tendencias iusnaturalistas e iluministas son las siguientes:

DE BAVIERA: *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* (1756): se trata de una codificación del *ius commune*, en la que se sigue el orden sistemático de las Instituciones de Justiniano que rige subsidiariamente a los Estatutos que deja en vigor.

PRUSIA: *Algemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR) (1794). Una compilación que comprendía prácticamente todo el derecho vigente tanto público como privado. Contiene reglas severamente paternalistas: permite a las mujeres que amamantan a sus hijos, sustraerse del débito conyugal. Estuvo en vigor hasta la introducción del BGB en 1900.

AUSTRIA: Es una historia paralela a la del Código prusiano. Su gestación es mas lenta hasta el punto de que no tiene vigencia hasta después del Code francés en 1811. La 1.^a Comisión fue nombrada por Maria Teresa, y su resultado fue el *Codex Teresianus iuris civilis*. Después de otras vicisitudes se llega a la publicación del conocido

con las siglas ABGB, todavía vigente en Austria. Es una codificación de Derecho privado únicamente y permanece en estrecha relación con el *usus modernus padectarum*.

III. EL SIGLO XIX Y EL DERECHO ROMANO

A. **LOS JURISTAS FRANCESES Y EL CODE CIVIL DE NAPOLEÓN**

Como ya hemos afirmado, en Francia existía un verdadero estamento de juristas, organizado en colegios gremiales, y formado por gentes procedentes de las Universidades y formados en la tradición romanística. Como el Parlement de Paris aplica con preferencia la *coutume*, los juristas cultivan también el derecho nacional creando una jurisprudencia francesa y un *droit français commun*. Se crea una nobleza hereditaria de juristas, una *noblesse de robe*, junto a la nobleza de capa y espada, pertenecientes a la burguesía. Son los representantes del *Tiers Etat*, y tienen verdadera fuerza política. Como campeones del tercer estado tuvieron parte muy destacada en la revolución. Como afirma C. Schmitt, seguido por Koschaker, en el siglo XIX son ellos los conductores de la moderna democracia y contribuyeron eficazmente a la creación de la mentalidad francesa, tan despierta siempre para las cuestiones jurídicas. Como la burguesía fue la clase dominante en Francia durante el siglo XIX, el Código fue popular. Esto se debe a una jurisprudencia viva y despierta a las necesidades de cada momento histórico. Según el juicio certero de Soler: «Yo no creo que exista un país donde la ley haya penetrado mas profundamente en las costumbres y se haya introducido tan íntimamente en la vida intelectual, pasional y literaria del país.»

Estas consideraciones son necesarias para un enjuiciamiento objetivo de lo que era y representó el Code civil. La obra sistemática del derecho privado vivió varias vicisitudes. Durante la revolución francesa se presentaron 4 proyectos que fueron abandonados. Fueron considerados o demasiado casuísticos o demasiado generales. Por la firme voluntad de Napoleón se llegó a la publicación de un Código de equilibrio entre los dos extremos que entró en vigor en 1804. Fundándose sobre el Derecho Romano y los principios iusnaturalísticos, proporcionó la verdadera constitución de la sociedad burguesa postrevolucionaria (Gambaro). En cuanto al modelo de la propiedad absoluta,

con los sólo límites del poder público, se organiza sobre la propiedad mobiliaria. En el contrato rige el principio del consentimiento libre y voluntario. Los diversos tipos de actos ilícitos se unifican en la obligación de indemnizar los daños causados. Todo este diseño pudo funcionar con la condición de que la ley estuviese privada de ambigüedades, lagunas y contradicciones. El mito del Código civil perfecto, potencialmente aplicable a todas las situaciones fue alimentado por los juristas intérpretes del Code. Se sucedieron las proclamaciones de fidelidad a la letra de la ley. Es sintomática la frase de Brugnet: «yo no conozco el derecho civil yo enseño solamente el Código de Napoleón».

En relación con el Derecho Romano, el Code era distinto del *Corpus iuris*, pero se basaba en el sistema construido sobre la base de los materiales jurídicos romanos. Aunque el Derecho civil francés era principalmente el Derecho patrio antiguo, éste utilizó la superior claridad de los conceptos romanísticos e incluso se sirvió de preceptos provenientes de la jurisprudencia romana (Koschaker).

La sistemática de la *Ecole dell'Esepose*, con bases tudescas, en la obra de Zacharie, traducida y divulgada por Aubry y Rau, ha sobrevivido hasta nuestros días.

El hecho de ser Francia el país socialmente mas adelantado y ser la potencia hegemónica de Europa contribuyó a la difusión y general aceptación del Código civil. Por vía política y militar su legislación se impone en Italia, en Belgica, en Holanda y en grandes territorios de Alemania. Napoleón al mismo tiempo que extendía sus territorios por la fuerza de sus legiones, imponía su nuevo Código. Pero fue mucho mas duradera la segunda vía por el prestigio que gozaba el modelo francés. Así su influencia alcanzó al Código español de 1889, y a los Códigos americanos, y también a los de Holanda, Bélgica, en parte de los cantones suizos y en el Reino de Italia.

B. ALEMANIA: LA ESCUELA HISTORICA Y LA PANDECTISTICA.

De especial relieve en la bibliografía es el tema de la Escuela histórica alemana y de su fundador Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Koschaker afirma que a Savigny a su Escuela debe

Alemania el puesto que ocupa en la ciencia del Derecho de Europa y del mundo. Es uno de los grandes genios que aparece en la historia del Derecho, comparable a Labeón o Juliano en Roma o a Bartolo en el Medievo.

Esto resulta sorprendente si se tiene en cuenta la decadencia política del imperio alemán, junto a la hegemonía francesa, así como el auge del iusnaturalismo, que influía en los autores mas prestigiosos. El Sacro Romano Imperio desaparece en 1806, y Francisco José es emperador de Austria, mientras que Napoleon sueña con ser heredero de Carlomagno. El Derecho imperial es sustituido por el derecho general formado por los distintos derechos territoriales. El Derecho Romano no tenía ni validez subsidiaria, reemplazado por las codificaciones y se rebajó a nivel de Derecho territorial. El cambio operado entra en la categoría del mito, ya que la Escuela histórica consiguió en breves años restablecer el estudio del Derecho Romano en las Universidades alemanas, al tratarse de un derecho profesoral que terminó influyendo en el derecho de juristas. Se comprende con este origen que motivara la crítica de los prácticos como Kirchmann, que en 1847, en una conferencia sobre el valor científico de la jurisprudencia, terminó con la conocida frase: «tres palabras del legislador rectificando y bibliotecas enteras se convertirán en papel de desecho».

Aun cuando la Escuela Histórica nace como tendencia opuesta al iusnaturalismo, existen muchas analogías entre ambas corrientes desde el punto de vista jurídico, aunque estén separadas en lo filosófico (Gambaro). Ambas corrientes se dirigen a la elaboración de una dogmática jurídica, fundada sobre un sistema y construido con métodos inductivo y deductivo. En lo que ahora nos interesa, las dos mantienen una actitud de admiración profunda hacia el Derecho Romano. Finalmente concluyen con una codificación de tradición romanística que sustituye al *Corpus Iuris civilis*. La Escuela histórica se basa en la fenomenología histórica del Derecho con la que se construye la dogmática jurídica. El ideal de la nueva ciencia se concreta en la fundación por Humboldt de la nueva universidad de Berlin, como un centro consagrado a la investigación de la ciencia, mediante la aplicación de la razón crítica y la consagración del programa kantiano universitario. A ella fueron llamados Fichter, Schleiermacher, Niebuhr y Savigny. Las tendencias prácticas no se olvidaron al constituirse en 1811 la Facultad jurídica de Berlin como escuela de dictámenes.

La Escuela Histórica defiende el elemento nacionalístico en una tendencia hacia el romanticismo. Aunque esta es la opinión mas difundida, Koschaker niega que Savigny fuera un romántico. Pese a sus orígenes y sus relaciones con círculos románticos, su actitud intelectual tiende hacia el clasicismo. Rechaza toda violencia o idea revolucionaria y en él predomina un pensamiento lógico y de claridad que se reflejan en su estilo.

En su idea del espíritu del pueblo, es donde se observa la influencia de Herder. Es la idea de que el derecho no es el resultado, con valor universal, de la naturaleza del hombre, sino de la historia de cada pueblo o de las fuerzas que crean esa historia (*Volksgeist*). Pero ese espíritu no lleva a una noción democrática o del pueblo sino aristocrática, ya que el pueblo se expresa a través de los juristas cultos, profesores o jueces. La función principal del jurista es investigar sobre el derecho de su propia nación, rejuvenecerlo y mantenerlo fresco. De otra parte la historia jurídica de la Nación coincide con la historia de la jurisprudencia culta, que era fundamentalmente romanística. Savigny era antes que nada un romanista y un clasicista, en la consideración del clasicismo como la imitación del modelo clásico.

Sin embargo, no todo se agota en la investigación histórica, porque el jurista, lejos de ser un anticuario es el creador de la actualidad del derecho. Por ello propugna el Derecho Romano actual y el método sistemático. Este método fue seguido por sus discípulos, el mas influyente de ellos Puchta, que convierte la idea del espíritu del pueblo en una categoría jurídica formal.

Según Savigny la doctrina de los maestros del *mos italicus*, tanto los comentaristas como los juristas del *usus modernus* habían corrompido las nobles líneas del Derecho romano. Aceptando a los glosadores se pasaba directamente a los autores del *mos gallicus*. Se dedicaba una especial atención al derecho arcaico. Una idea no explicada: teoría de fusión del *mos gallicus* con el *italicus*. Savigny era un teórico y un historiador: Así lo demuestran sus principales obras: «Historia del Derecho Romano en la Edad Media», «El Derecho de la posesión», y la fundación de la «Revista para la ciencia histórica del Derecho». También la doctrina del método jurídico y el Derecho de obligaciones. Sin embargo Savigny propugna también un *mos italicus* culto. No es cierto que se desentienda de los

problemas prácticos y que fuera solo un teórico: influye en leyes particulares de territorios alemanes, en el Código civil Sajón de 1863, y en el Código de Comercio de 1861. Con su obra «De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho», se opuso frente a Thibaut a una anticipada codificación en momentos inoportunos y retrasó la publicación del BGB hasta 1900. Desde 1819 actúa como magistrado en la Corte renana de revisión y de casación. En 1842 es nombrado ministro prusiano de legislación y elaboró los proyectos de ley cambiaria, de prensa y penal. En su «Sistema de derecho romano actual» postula la cooperación entre la teoría y la práctica porque en otro caso, dice, la teoría degeneraría en un vano juego cerebral y la práctica en un bajo oficio. Postula también, junto al derecho profesoral, un derecho de juristas creado y sustentado para la práctica. El clasicismo de Savigny le lleva a crear un nuevo modelo de jurisprudencia culta, al mismo tiempo que supuso un semillero de nuevas ideas y de fomento de la investigación en el campo romanístico.

Consecuencia de la escuela histórica fue la llamada jurisprudencia de conceptos. De los manuales usados sobre derecho de Pandectas, viene el nombre de pandectistas o Pandectística. Sus más conocidos autores: Brinz, Derbunrg, Windscheid, que realiza una síntesis del trabajo de toda la Escuela.

Se suele relacionar la metodología pandectística con su consecuencia: el positivismo jurídico. Según sus postulados, todo ordenamiento jurídico constituye un sistema de instituciones y reglas cerrado y completo. Este sistema goza de medios suficientes para rellenar las eventuales lagunas, que el jurista asume en una construcción positiva.

La crítica al método de los pandectistas y a sus resultados positivista se basa en criterios históricos: el sistema romano que ellos inventan no tuvo vigencia en ningún tiempo en cuanto está construido con elementos provenientes tanto del derecho clásico como del derecho justinianeo. Especialmente criticable aparece la parte general. Otras críticas se referían al formalismo de los conceptos que conducía hacia una indiferencia por los problemas prácticos. Los más críticos: Ihering y Gierke en la llamada jurisprudencia de intereses caen en la legitimación del derecho del mas fuerte, y del poder político, sin atender a su legitimidad.

La crítica de Savigny a Thibaut, «Vom Beruf», constituye la carta programática de la Escuela histórica: para Savigny la codificación es por sí mismo un modo inorgánico de desarrollo del derecho, una intervención arbitraria, dañosa e inútil en el proceso de la formación espontánea del propio derecho, del cual el pueblo, representado por los juristas cultos, es el protagonista. La prueba: el pueblo romano ha vivido gracias a sus juristas sin sustanciales intervenciones legislativas, mientras el iusnaturalismo ha producido como cosa mejor al ALR, Código prusiano, que es una «porquería». De todos modos la codificación debía ser aplazada, ya que si se realiza enseguida será una copia del código francés. Los juristas alemanes deben estudiar en primer lugar el Derecho Romano, ya que éste tiene un carácter de universalidad, que en Alemania habría salvado del particularismo y en la Europa del provincialismo. Como conservador aristocrático era un enemigo irreducible de los postulados revolucionarios franceses. Patrocinaba un derecho romano actual que habría llevado a la jurisprudencia alemana a ser la mas universal y por tanto, la primera de las jurisprudencias europeas. El triunfo de estas ideas fue indiscutible y ello por dos razones: la situación política alemana que hacia la codificación imposible y la fuerza cultural y el prestigio universal de la Escuela histórica.

La publicación del BGB en 1900, fue precedida de varios proyectos: el primero de 1881 estaba excesivamente ligado a los postulados de la Pandectística; la segunda comisión concluyó sus trabajos en 1895, con un contendio doctrinario y prevalentemente pandectístico. La discusión política motivó la agregación de una ley introductiva. El BGB, código civil para el Imperio alemán, fue aprobado el 8 de agosto de 1896, para entrar en vigor el 1 de enero de 1900 con el nuevo siglo. En su sistemática respeta el plan de Savigny, y representa la culminación y el triunfo de la Pandectística. Supone también el final de la vigencia de las fuentes romanas y la suspensión, al menos temporal y parcial del *mos italicus*, o interpretación de los textos romanos con fines prácticos. Tuvo una extraordinaria difusión en toda Europa.

C. EL DERECHO PATRIO Y LA CODIFICACION ESPAÑOLA

El medio de introducción de la tradición romanística en el derecho español medieval es sobre todo *Las VII Partidas*. En nuestra historia no hay hasta el Código civil ninguna obra que pueda comparársele. Su

predominante carácter romanístico se basa en la continua cita de los textos romanos. Incluso se abandonan instituciones hispanas típicas, y se abusa con pedantería de los nombres romanos. Se dice que su espíritu es distinto: la virtud del derecho no solo es el escarmiento sino el galardón. Antes deben respetarse las palabras de los Santos que los dichos de los sabios. Siempre aparece el espíritu cristiano, y los mandatos del padre. Se consideran sentimientos básicos del pueblo: el honor, la lealtad y la dignidad. Según De Castro, no puede hablarse de una recepción del Derecho Romano ni de la glosa italiana; se trataría de una versión independiente del *ius commune* con la *auctoritas* doble de Roma y de la Cristiandad. Fue un instrumento poderoso de unificación, ya que se aplicó como derecho supletorio. Para De Luca: cuando surgían dudas sobre el *ius civile*, los comentaristas acudían a Las Partidas.

Debo referirme brevemente a mis propias conclusiones en los trabajos de investigación sobre las VII Partidas: se trata de una obra de recepción del Derecho Romano con influencias canonistas que ha desempeñado la mayor influencia en la pervivencia de la tradición romana. En materias como el patrimonio uxorio o en obligaciones y contratos se siguen las decisiones de los juristas romanos. Estas respuestas jurisprudenciales se muestran especialmente en el comodato y en la compraventa. La compraventa es trasmisora de la pacífica posesión y no del dominio. Es curiosa la forma en que se cita y adapta la solución de los casos: después de la regla o principio jurisprudencial aparecen como ejemplos. Se sigue la enseñanzas de los glosadores en la doctrina del contrato y de la causa. El carácter casuístico de la obra y su falta de sistema excluyen las supuestas antinomías entre la P. III y la V. es contra de lo que opina Núñez Lagos.

En cuanto a los precedentes del siglo XVIII hay que destacar: las tendencias anti romanistas, en las que destaca Macanaz; en el ideal codificador: los proyectos de la Ensenada, y los principios racionales de Jovellanos. No obstante, predomina el general respeto que inspiraban las Partidas considerado como el más racional de los Códigos. Con la Novísima Recopilación de 1805 se pretende completar la Nueva Recopilación, subsanar sus defectos y modernizarla ya que tenía la concisión propia de un cuerpo de leyes.

En el proyecto de Código civil de 1821 y en su discurso preliminar, se pretende el intento legislativo mas curioso y original: conci-

liar las ideas liberales y utópicas del progresismo con la doctrina católica y la concepción española de la unidad del Derecho en el marco de los deberes de los ciudadanos para concurrir a la felicidad pública.

Con el poder absoluto de Fernando VII cambia de carácter el movimiento codificador. Se suceden una inconexa multitud de disposiciones que causan dificultades para determinar la vigencia. Ello hace decir a Mora y Juraba: «Miserables una, dos y tres veces los juristas que estamos sumergidos entre escollos de disposiciones invencibles». Se criticaba a los profesores que sentían repugnancia por la leyes patrias porque se criaron sólo con las leyes romanas. Es un momento oscuro también para el Derecho Romano, que como base de los estudios universitarios se estudia a través de pequeños compendios y no se continúan los trabajos de investigación romanista de la generación anterior. En la Historia del Derecho español se estudian manuales reducidos: como el de Aso y De Manuel. Goza de merecida fama el manual de Sala, «Ilustración al derecho real de España». La decadencia motiva la inclinación por modelos extraños, sobre todo el código francés.

El proyecto de 1851 es una obra fundamental y el antecedente inmediato del Código civil sobre el que gira toda la obra posterior. Se caracteriza por el afrancesamiento de su doctrina. En las concordancias de García Goyena aparece el espíritu y las motivaciones del nuevo Código. Moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, respeta la organización tradicional de la familia española.

Al Proyecto sigue una fuerte corriente anticodificadora y de oposición de los foralistas que sufren la influencia de la escuela histórica reafirmando la imperfección de los códigos (Durán y Bas).

El Sistema de la ley de Bases de Alonso Martínez es de 11 de mayo de 1888. Su declarada finalidad no es la innovación sino la codificación del derecho patrio.

Se suceden dos ediciones del Código civil: de 1 mayo y de 27 julio. Dentro del movimiento codificador europeo, el español tiene un valor secundario: Se considera un Código más del grupo latino, que encabeza el francés.

Motiva numerosas críticas y la enconada oposición de los foralistas que afirman que entre los mas modernos es el mas defectuoso y carece de precisión técnica. Se dice que debe encuadrarse , dentro del derecho de juristas no del derecho de profesores. Se publica en el momento político gris de la regencia de Maria Cristina. Sin embargo sus autores (Alonso Martinez, Silvela, Cárdenas, Gamazo y Romero Girón), abogados y prácticos, supieron respetar la esencia tradicional de nuestro derecho histórico.

En la época de la codificación se enfrentaron dos tendencias: Durán y Bas, con argumentos de la escuela histórica, en apoyo de su tesis regionalista. Sánchez Román, por influencia de Ihering, en defensa de la jurisprudencia de intereses y la construcción jurídica.

D. EL COMMON LAW Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Una de las familias que componen el actual mundo del derecho esta formada por los sistemas de Common Law y Equity. Existían coincidencias con el Derecho Romano: medios procesales: *tot erant actiones quot sunt formula brevium*.

Como en el D. continental, se llega a la mitificación del Common Law: Blackstone: derecho natural y perfecto que deriva de Dios. La sabiduría de la regla está basada en la tradición jurídica que el juez individualiza en cada caso para ponerlo en relación con las decisiones precedentes.

Semejanzas entre sistemas romanístico e inglés: orientación procesal; derivación de principios y reglas de decisiones casuísticas; prevalencia de la intuición y el metodo inductivo; fundamento de decisiones más que en criterios lógicos y sistemáticos en la justicia y la equidad.

Existen también varios momentos de recepción del Derecho Romano. En el siglo XIX, en la teoría del Derecho por la obra de Austin y por el historiador inglés Maitland. Los tribunales ingleses citan las fuentes romanas. La resistencia en épocas anteriores se debe exclusivamente al estamento de juristas. Como afirma Koschaker: el Derecho Romano viene a ser para los juristas ingleses como

un venerable anciano de hermosas barbas, al que se le abre costosamente la puerta cuando llama, a quien se escucha con respeto y a quien se acompaña hasta la puerta para despedirle.

E. LA INFLUENCIA FRANCESA Y ALEMANA EN ITALIA

En el Reino unitario de Italia la legislación privatística tiene una innegable influencia francesa. El Código civil italiano de 1865 tiene la misma sistemática del Code y sus preceptos están influidos por el francés. Precuruti, Ricci y Borsari imitan en sus obras a los franceses. Como afirma Gambaro, el cambio en la doctrina italiana se debe a la recepción de los modelos culturales franceses. La ciencia romanística conservó siempre un alto nivel científico y fueron los romanistas los que importaron los postulados de la escuela histórica y de la pandectística. Ferrini y Serafini. Fadda y Bensa traducen las Pandectas de Windscheid. Serafini y Cogliolo las de Glück. Sobre todos, destaca Vittorio Scialoja uno de los más eminentes juristas italianos de todos los tiempos (Arangio Ruiz), traductor de Savigny y *caposcuola* de brillantísimos juristas: Bonfante y Segré; Vassalli y Ruggero: autor del más celebre manual de derecho privado; de derecho procesal Chiovenda; del derecho administrativo: Rannelli.

F. LA DIRECCIÓN NEOHUMANISTA O HISTÓRICO-CRÍTICA

Una vez publicados los Códigos civiles, parece terminada la función práctica del Derecho Romano que se canaliza en las codificaciones. El *mos italicus* se cierra, pero el Derecho Romano pervive en las legislaciones que necesitan de los principios romanísticos para su interpretación y estudio histórico.

Grandes juristas alemanes: entre todos destaca T. Mommsen: con las *editiones* del Digesto. *maior* y *minor*: Krüger, Hugo. Bluhme con su teoría de las masas criticada por Hofmann. Lenel: Edicto Perpetuo y *Palingenesia iuris civilis*, reconstrucción de las obras de los juristas.

Las investigaciones se extienden a nuevos campos: Epigrafía y Papirología. En los estudios filológicos prevalecen las exageraciones

de la denominada «caza de interpolaciones». Una nueva orientación sociológica se orienta al estudio de los Derechos de la Antigüedad en la que destaca Wenger.

Grandes juristas italianos del siglo XIX y comienzos del XX son: Ferrini, Bonfante, Riccobono, Albertario. Además de los citados antes: Scialoja. Chiazzese. a ellos sucede una escuela fecunda de romanistas del siglo actual: De Francisci, Betti, Arangio Ruiz, Volterra, que fueron mis maestros de la Universidad de Roma.

La nueva orientación histórico-crítica trae como consecuencia el alejamiento del derecho de juristas: y con ello la crisis y con una importante repercusión en la enseñanza del derecho: Como se observa en los planes de estudio franceses. El Derecho Romano desaparece con el comunismo en los países del este.

G. CONCLUSIÓN

El Siglo XIX aparece denso de cambios, en la adaptación de una sociedad preindustrial a una industrializada. El Derecho Romano ocupa una posición de máximo relieve e importancia. Su muerte como tendencia práctica, supone la vigencia de los nuevos ordenamientos civiles que reconocen la superioridad de las creaciones romanas que aceptan en sus medios técnicos y postulados.

Hoy, ya en los umbrales del siglo XXI, nos encontramos en una situación parecida a la que vivieron los juristas del *ius commune* cuando debieron unificar los diferentes sistemas y estatutos regionales en un derecho del imperio. Con la diferencia de que para la unificación del nuevo derecho europeo contamos con antiguos y modernos códigos civiles, que tienen una indiscutible base de partida: la tradición romanística que incorporan. Sin duda que los nuevos tiempos exigen nuevas ideas y nuevas soluciones en una sociedad cambiante y plural, pero el derecho no se forma con cambios bruscos y revolucionarios. Como decía Cicerón: «*seculis et aetatibus, usar et vetustate*». Las nuevas relaciones mercantiles y los avances de la técnica imponen sin duda nuevos sistemas y medios como son una legislación adecuada y la jurisprudencia renovadora. Si existe un caos legislativo y una elephantiasis en derecho interno, el

desorden en los recursos procesales del derecho comunitario es evidente. Se requieren mentes ágiles de juristas bien formados y no leguleyos. Quiero que sirvan mis palabras de punto de reflexión sobre un pasado inmediato y un futuro cercano del que no podemos desenternarnos los que tenemos la responsabilidad de formar a las nuevas generaciones.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

I. Sobre el nacimiento de Europa, GONZAGUE DE REYNOLD, *La formación de Europa. IV. El imperio romano*. Trad. española Madrid 1950. Estudia la influencia del Islam, PIRENNE, *Mahomet et Charlemagne*, 1936. Obra general de obligada referencia es KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. española de Santa Cruz, Madrid 1955. También WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 edic. Göttingen 1967; trad. española de Fernández Jardón, Madrid 1957. Sobre los glosadores, KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938. SAVIGNY, *Geschichte des röm. Recht im Mittelalter*, 3 vols. Reimp. Darmstad 1956. Sobre los canonistas y autores del ius commune, BUSSI, *La formazioni dei dogmi di diritto privato nel diritto comune, Diritti reali e diritto delle obbligazioni*, Padova 1937; *Contratti, successioni, diritto di famiglia*, rsit. anast. Padova 1971.

II. Sobre los precedentes de las codificaciones: CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea*, 4.^a ed. 2 vols. Torino, 1989. La Escuela histórica y la Pandectística ha motivado una numerosa literatura: WIEACKER, *GESCHICHTEE* cit.; *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1958.; *Vom Röm Recht*, 2 ed. Sttugart, 1961. *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Koschaker*, 2 vols. Milan 1954.

En cuanto a la tradición romanística y los precedentes históricos de la codificación española, SALA, *Digestum romano-hispanum*, 2 ed. 2 vols. Matriti 1824; *ILustración del derecho real de España*, 3.^a ed. 2 vols. Madrid, 1832; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*, 2 vols. Madrid 1852. Sobre las compilaciones españolas, GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, Valladolid 10.^a ed. 1972. Veáanse también mis trabajos sobre Las Partidas: el último publicado «Causa contractual en el derecho inter-

medio: Influencia de glosadores y canonistas en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá», en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Aristec di Palermo, 1997.p. 175 ss. y los trabajos precedentes sobre Las Partidas citados. Un amplio resumen de la codificación española y los precedentes en F. DE CASTRO, Derecho civil de España, reimp. Civitas, Madrid, 1984.