

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

DERECHO COMUN Y DERECHOS NACIONALES EN LA TRADICION JURIDICA EUROPEA

Discurso leído el día 9 de noviembre de 1990, en la
solemne sesión de ingreso del Académico de Número

EXCMO. SEÑOR

DON ALEJANDRINO FERNANDEZ BARREIRO

y contestación del

EXCMO. SEÑOR

DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD



LA CORUÑA
1991

DEPOSITO LEGAL: C-472 - 1978

VENUS artes gráficas, s. a. - LA CORUÑA

I

DISCURSO

DEL EXCMO. SEÑOR

DON ALEJANDRINO FERNANDEZ BARREIRO

INDICE

	PAG.
PREAMBULO	9
I. INTRODUCCION	11
1. Revitalización de las condiciones para un Derecho Común Europeo	11
2. El Derecho Común como sistema y como fenómeno jurídico-cultural	14
3. Periodificación	17
II. EL «IUS GENTIUM» COMO EXPRESION DE IDENTIDAD DE LA CULTURA ROMANO-HELENISTICA	22
1. Análisis estructural y funcional del concepto	22
2. Derechos nacionales y Derecho Común	24
3. Relación del Derecho Común con un determinado espacio cultural. Relevancia del elemento jurisprudencial	25
III. EL SISTEMA ROMANO-CANONICO COMO FORMA DE EXPRESION DE LA IDENTIDAD CULTURAL EUROPEA EN EL MEDIOEVO	31
A) FORMACION DE UNA IDENTIDAD SUPRA-NACIONAL EN LA CULTURA POLITICA OCCIDENTAL EUROPEA	31
1. El Cristianismo y la Iglesia romana	31
2. El Humanismo	34
3. Crisis de la conciencia europea	35
B) EL FENOMENO DEL DERECHO COMUN EN LA EUROPA CONTINENTAL: LA TRADICION JURIDICA ROMANO-CANONICA	37
1. Formación del Derecho Común como sistema por obra de la Jurisprudencia	37
2. Difusión del Derecho Común como fenómeno jurídico-cultural. Incidencia del factor político-organizativo	41
3. Derecho y ley. Posición del juez y de la Jurisprudencia en el sistema jurídico	49
C. DESARROLLO DEL FENOMENO DEL DERECHO COMUN EN INGLATERRA. LA TRADICION JURIDICA DEL «COMMON LAW»	58
1. Supuestos previos culturales y políticos. Configuración judicial del sistema	58
2. Incidencia de la tradición jurídica romano-canónica en la formación del Derecho inglés	62
3. Autonomía de la tradición jurídica del «Common Law»	67

IV. DERECHOS NACIONALES Y DERECHO COMUN EN EL PERIODO DE FORMACION DEL ESTADO MODERNO	69
1. Ruptura del espacio político-cultural europeo. La revolución protestante y la consolidación política del absolutismo	69
2. Desarrollo de un nuevo Derecho público. Las declaraciones de derechos de la persona	74
3. Configuración histórica del moderno modelo jurídico continental europeo. Derecho y ley. Posición del juez y de la Jurisprudencia en el sistema ..	84
V. HACIA UN NUEVO DERECHO COMUN EUROPEO	96
1. Antecedentes. Desarrollo de factores correctores en el modelo de ordenación jurídico-social	96
2. Configuración de un espacio jurídico-cultural europeo	101
3. Derecho comunitario. Derechos nacionales y Derecho común europeo ..	105
CONCLUSION	110
CONTESTACION	111

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores:
Excelentísimos e Ilustrísimos Académicos:
Señoras y Señores:

Es fácilmente comprensible para todos la satisfacción que en estos momentos me embarga al acceder a una institución del prestigio de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Mi alegría sería completa si no se viera empañada por el hecho de que mi acceso como académico Numerario se produce en la vacante causada por el fallecimiento del Excelentísimo Señor Don Antonio Rosón Pérez, que a su condición de jurista práctico unió en vida la de persona entregada al noble oficio de la política y precisamente al servicio de Galicia. Sus dotes como jurista y como hombre comprometido con nuestra Tierra Gallega fueron por él íntegra y fecundamente entregadas a las tareas de instauración de las Instituciones autonómicas gallegas durante el último largo período de su vida. A él corresponde el honor de haber presidido el primer Gobierno en el período de la pre-Autonomía, y también el primer Parlamento Gallego; a mí me cupo el honor de haber formado parte de la Cámara Legislativa en la segunda Legislatura, por él también presidida hasta su fallecimiento.

Por desgracia, otro hecho luctuoso precede a mi ingreso formal en la Academia, constituido por el fallecimiento de su primer Presidente y fundador, el Excelentísimo Señor Don Manuel Iglesias Corral, impulsor de la vida de esta Institución y, en particular, de sus trabajos en favor de la revitalización del Derecho de Galicia, y que entregó también buena parte de su creatividad al quehacer en la vida política en circunstancias diversas de la historia de España, pero siempre desde el compromiso con Galicia. También tuve el honor de compartir con él algunas de estas tareas; pero, sobre todo, quisiera en estos momentos recordar mis primeros contactos con su sensible y caballerosa personalidad, en el ámbito universitario, poco después de producirse mi incorporación como Catedrático a la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago en el año 1974.

Respondiendo a su invitación, me uní con gusto a otros compañeros del Claustro de Profesores de la Facultad compostelana para continuar la tradición del mantenimiento de relaciones con el Colegio de Abogados de La Coruña, al que pertencí durante algún tiempo, y con esta Academia y la Judicatura en ella representada. No faltaron en estos contactos reflexiones acerca del por entonces sueño de que algún día pudiera crearse en la ciudad de La Coruña una Facultad de Derecho. El futuro desbordó ampliamente ese sueño, y hoy La Coruña no sólo cuenta con un Centro de enseñanzas jurídicas, sino también con su propia Universidad. Especialmente por lo que se refiere a la Facultad de Derecho, es indudable que

en su momento constituyó un positivo elemento determinante de su creación el prestigio de que gozaba La Coruña, tanto en la práctica del Derecho como en su consideración científica, a través esta última de la actividad de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, personificada en Don Manuel Iglesias Corral. Cuando ya las fuerzas físicas comenzaban a faltarle, quiso reservar las que le quedaban, y toda su intacta capacidad intelectual, para trabajar en la Comisión Parlamentaria encargada de preparar el texto de una nueva Compilación del Derecho Civil de Galicia, de la que también tengo la satisfacción de haber formado parte con él. Tal vez estas sucesivas concurrencias le movieron a acordarse de mi persona como posible candidato para ingresar en esta Academia. Es para mí un grato deber de justicia expresarle mi reconocimiento por ello, y a los demás académicos que apoyaron su propuesta, que me honra como jurista y como gallego.

Resultaría incongruente que el tema elegido para desarrollar en mi discurso de ingreso no tomara como punto de referencia la reflexión histórica sobre el fenómeno jurídico, que constituye la perspectiva científica y docente de mi quehacer profesional como jurista. Pero también sería impropio que lo hiciera en el ámbito del área concreta de mi especialidad. He querido hacerlo desde una perspectiva histórica, pero proyectada hacia el presente, de acuerdo con una concepción que me parece más útil de lo histórico-jurídico como experiencia jurídico-cultural, que incide de alguna manera en el presente y permite también una cierta prospectiva en el análisis de los fenómenos jurídicos globalmente considerados. Es suficientemente conocido que uno de esos fenómenos, que presenta un especial interés en la configuración y desarrollo del moderno Derecho Europeo, es el del Derecho Común y su relación con los derechos nacionales.

Se trata de un fenómeno jurídico-cultural nuevo en el plano del presente histórico, con sus propias características, pero no nuevo en el ámbito de la historia global de la cultura jurídica occidental, que parece tener una cierta propensión genética hacia la formación de ese fenómeno en la medida en que concurren circunstancias que lo propicien; ello permite en alguna medida una aproximación analítica al mismo desde un punto de vista estructural. Evidentemente, los fenómenos culturales, y dentro de ellos los jurídicos, son susceptibles de diversas interpretaciones; la que aquí se ofrece pretende ser tan solo una de esas interpretaciones que pueden presentarse como posibles.

I. INTRODUCCION.

2. Revitalización de las condiciones para un Derecho Común Europeo.

El 14 de diciembre de 1973 se hizo pública en Copenhague, en el marco de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Económica Europea, la «declaración sobre la identidad europea»; en ella (1) los nueve Estados entonces miembros de la Comunidad afirman su determinación de «proteger los principios de la democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social —objetivo del proceso económico— y del respeto de los derechos del hombre, que constituyen elementos fundamentales de la identidad europea»; posteriormente, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Copenhague en Consejo Europeo, los días 7 y 8 de abril de 1978, aprueban otra declaración «sobre la democracia», en la que se proclama (2) que la aplicación de los principios a que se refiere la declaración de 1973 «implica un sistema político de democracia pluralista, que garantice la libre expresión de las opiniones en la organización constitucional del poder y los procedimientos necesarios para la protección de los derechos del hombre»; de esto se desprende que han de considerarse incompatibles con la identidad europea, en el modo en que se formula, no sólo formas de organización política contrapuestas a los principios señalados, sino también doctrinas, medidas normativas y actos de gobierno de los que resulte una incompatibilidad o incongruencia con tales principios; pero, dejando ahora aparte esta cuestión, interesa poner de relieve la significación de las citadas formulaciones como definidoras de la identidad europea y las consecuencias que todo ello implica.

El contenido de ambas declaraciones políticas complementarias tiene, ante todo, el valor de definir el marco jurídico-político necesario para ostentar la condición de Estado-miembro de la Comunidad, pero también el sustantivo de considerar la democracia pluralista y el respeto a los derechos del hombre como parte del patrimonio común de los pueblos de los Estados reunidos en las Comunidades Europeas (3). La identidad europea se entiende, pues, asimilada a un modo de concebir la configuración de la convivencia política, en cuyo marco se proyecta la Unión Europea, pero también se relaciona esa forma convivencial con la propia esencialidad de la cultura política europea en sentido trascendente, con independencia de las vicisitudes histórico-constitucionales de los Estados-miembros.

La significación referencial de los expresados elementos de identidad europea se desprende claramente de la utilización que de los mismos se hace en la construcción de la doctrina de los derechos fundamentales como parte integrante de la estructura jurídico-normativa de la Comunidad, por obra del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (4), que ha ido sentando las bases para una «superlegalidad

(1) **BCE (Boletín de las Comunidades Europeas** editado por las Cortes Generales), n.º 12/73, p. 126.

(2) **BCE** n.º 3/78, p. 5.

(3) Así se señala en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1979 sobre las perspectivas de ampliación de la Comunidad; el Parlamento solicita «que los Estados actualmente miembros de la Comunidad Europea se comprometan formalmente, junto con los Estados candidatos a serlo, a respetar los principios de los derechos civiles y políticos, así como la democracia pluralista consagrada en sus legislaciones nacionales respectivas y en los Tratados internacionales que han suscrito; la infracción de estos principios, constatada por el Tribunal de Justicia, implica una incompatibilidad con la calidad de miembro de la Comunidad: J. O. C. (**Journal Officiel des Communautés Européennes**), 39/47, de 12 de febrero de 1979.

(4) Sobre este tema, con amplia bibliografía, vid. López Garrido, **Libertades económicas y Derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo** (1986), p. 122 ss.

comunitaria» en esta materia, inspirándose en las jurisprudencialmente denominadas «tradiciones constitucionales comunes a los Estados-miembros»; aunque es claro que tal expresión quiere aludir a la actual realidad político-constitucional de los países comunitarios, también puede y debe entenderse referida en sentido históricamente pretérito a la identificación con las tradiciones jurídico-constitucionales y políticas que confluyen en lo que hoy se asume como elementos constitutivos de la identidad europea, excluyendo, pues, las experiencias de organización política de las historias nacionales de países miembros incompatibles con esa tradición, ahora asumida como únicamente válida para configurar la identidad europea como referente; en sentido prospectivo, resulta evidente que en ella se apoya y fundamenta el proyecto de vida en común que culturalmente sustenta desde un primer momento el desarrollo del marco económico y político comunitario.

Una primera repercusión jurídica de las ideas ahora expuestas es la configuración de un **ius publicum europaeum** en el plano constitucional, que admite diversos modos de concreción técnico-jurídica, pero que descansa en principios comunes, que constituyen la base de formas convivenciales propias de sociedades abiertas y, por consiguiente, pluralistas tanto en lo político como en lo cultural, e inescindibles de la idea de soberanía democrática. La adhesión a una identidad político-cultural común y la construcción de un Derecho público constitucional también común, aunque con posibles formulaciones técnicas diferentes, en consonancia con los elementos fundamentales de identidad, son, sin duda, condiciones previas para el desarrollo de un Derecho Común Europeo, que hoy, y por primera vez, se presenta desde la contemplación del Derecho en su conjunto y en sus diversas manifestaciones. En la Historia del Derecho Europeo corresponde a los cultivadores del Derecho privado la paternidad de la primera formulación y realización de la idea de un Derecho Común y, por ello, ha podido decirse con razón que no hay rama alguna de la ciencia del Derecho que tenga un carácter tan europeo como la rama del Derecho privado, que constituye, sin duda, uno de los pilares de la construcción que llamamos Europa (5); el progreso del pensamiento jurídico, la concurrencia de circunstancias políticas favorables y la maduración de la conciencia colectiva, parecen hacer posible en el período histórico que se inicia a mediados del s. XX la formulación global de unas ideas que nacen con vocación expansiva universal para todas las ramas del Derecho.

Corresponde al gran movimiento espiritual racionalista de los siglos XVII y XVIII el haber establecido los fundamentos (6) para la incorporación del Derecho público al nivel de racionalidad y solidez científica con anterioridad alcanzadas por el Derecho privado; a pesar de las derivaciones políticas negativas de signo estatista y autoritario de ese movimiento en la Europa continental, y de las deficiencias jurídico-normativas iniciales del constitucionalismo continental europeo, no cabe duda de que sobre los progresos realizados a partir de la nueva interpretación europea de la existencia y de la autónoma fundamentación espiritual del mundo natural y social, que arranca de aquel movimiento, se asienta la más reciente expres-

(5) Con estas palabras comienza Koschaker su libro **Europa y el Derecho romano** (tr. esp., 1955), p. 17, que es ya una obra clásica de obligada referencia y utilización en cualquier exposición de una Historia del Derecho Europeo, así como para analizar la significación del Derecho romano en la misma.

(6) Sobre el desarrollo de ese movimiento en el campo de la ciencia jurídica, vid. Wieacker, **Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna** (tr. esp., 1957), p. 197 ss.

sión de una tradición jurídico-pública, que se adopta hoy como definidora de la identidad europea y, por tanto, constitutiva de un Derecho público común.

Nos encontramos, pues, ante un nuevo momento de la Historia del Derecho Europeo y de configuración de un período de Derecho Común estructuralmente distinto de otras manifestaciones históricas del mismo fenómeno, en la medida en que se plantea desde una totalidad, superadora de su tradicional reducción al ámbito del Derecho privado, pero también del mantenimiento del Derecho público constitucional al margen de un tratamiento normativo. Pero el actual proceso de recuperación de una común identidad europea, por encima de las peculiaridades de los pueblos que la integran, y la formación de un nuevo Derecho Común Europeo suponen, al mismo tiempo, la superación en la historia jurídica de los supuestos políticos que respecto al Derecho inspiraron el nacionalismo jurídico y la concepción estatalista y voluntarista del Derecho; la superación crítica de tales concepciones en el campo del pensamiento jurídico conduce también a un reencuentro con las ideas en las que tiene su fundamentación la concepción europeo-occidental de la existencia y la recuperación de la dignidad del Derecho y de su posición relacional en el ámbito de la sociedad civil.

No es extraño que la revitalización y desarrollo del fenómeno del Derecho Común actualmente en curso coincida con una nueva reordenación político-organizativa en espacios territoriales no configurados en forma unitaria, y con la aparición de marcos organizativos supra-nacionales; también en ello puede apreciarse un proceso de recuperación de la identidad europea. En efecto, Europa ha diferido siempre de las otras culturas mundiales por su naturaleza no-unitaria; en tanto que las culturas orientales aspiran a configurarse de modo unitario y monolítico, constituye un rasgo específico de la cultura latina el de establecerse y difundirse mediante una cierta ordenación de una diversidad de formas culturales de tipo particular, generando procesos de simbiosis diversificadas, compatibles con el mantenimiento de una unidad espiritual común.

Lo anteriormente indicado se traduce en el plano político en la adaptabilidad natural a formas de organización de carácter supra-nacional, pero en la incompatibilidad genética con sistemas de tipo unitario. Podría verse el sello de esta idiosincrasia europea, o al menos configurada su primera forma de manifestación, en la tradición política romano-republicana, que pervive bajo una forma distinta durante el primer período del Principado, y que se quiebra desde finales del s. III y, sobre todo, desde principios del s. IV, época en que se consolida una concepción de la organización política de signo oriental y antitética a la representada por la cultura latina occidental; de alguna manera, la historia política continental europea ha estado permanentemente influida por la concepción que de la organización social y de la relación entre potestad política y formulación del Derecho se consolida en el s. IV, y muy especialmente en el período romano-bizantino (7); la adhesión a elementos de identidad europea contrapuestos a esa concepción y próximos a la genuinamente latina del Derecho y de la organización de la convivencia política están propiciando también la construcción de un espacio político-cultural en el que puede desarrollarse y presentarse como necesario el fenómeno del

(7) Así es vista, en efecto, la historia política y jurídica de Occidente, por lo que se refiere al continente europeo, por los juristas e historiadores del Derecho anglo-norteamericanos; vid., p. ej., Roscoe Pound, *El espíritu del Common Law* (tr. esp., 1954) y Allen, *Las fuentes del Derecho inglés* (tr. esp., 1969).

Derecho Común, en un ámbito de convergencia también de las dos grandes tradiciones jurídicas europeas, la romano-canónica y la del **common law**. —

Por encima de formulaciones político-organizativas históricamente contingentes, lo cierto es que Europa ha sido siempre una sociedad de pueblos unidos por una tradición espiritual común, pero expresada en formas diversas. La existencia de Europa como identidad cultural depende del mantenimiento de un delicado equilibrio entre la fuerza centrífuga de las realidades nacionales y las tradiciones espirituales comunes que tienden a la unidad europea como fuerza cohesionante que impide la disgregación. La coexistencia de estas distintas fuerzas y el mantenimiento del equilibrio entre ellas es una condición esencial de la plenitud cultural alcanzada por Europa, y la fuente de riqueza y variedad de matices de la misma y de la propia vida europea. Cualquier forma político-organizativa supra-nacional sólo puede establecerse sólidamente sobre estas bases naturales, que tienen en cierto modo carácter permanente y que alcanzan también a las organizaciones territoriales intermedias.

La predisposición hacia formas de ordenación política compatibles con el mantenimiento de diversidades culturales y nacionales pone de relieve la prevalencia del elemento cultural como signo de identidad comunitaria, tanto en lo particular nacional como por lo que se refiere a la identidad supra-nacional europea; la prevalencia del elemento personal de pertenencia a una comunidad político-cultural sobre el meramente espacial del territorio constituye también un rasgo de identidad de la cultura latina (8) y se manifiesta en conexión lógica con la configuración de una identidad supra-nacional, que tiene igualmente naturaleza cultural antes que político-organizativa; ello explica que, como fenómeno cultural, el Derecho Común tienda a trascender las estructuras de organización en las que pueda encontrar un inicial desarrollo.

El proyecto europeo de vida en común, que jurídicamente nace en 1957 con el Tratado de la Comunidad Económica Europea, provocó una dinámica en la que se produce ahora la idea de un nuevo Derecho Común Europeo (9) como marco jurídico referencial del conjunto de los Derechos nacionales y del propio Derecho que nace de la organización político-administrativa comunitaria; pero la naturaleza fundamentalmente cultural de la identidad europea, en su actual formulación, no permite que el ámbito de desarrollo de ese nuevo Derecho Común quede circunscrito al área comunitaria ni a los países en ella integrados, ni tampoco históricamente condicionado a la suerte de una determinada forma de organización política supra-nacional. El Derecho Común se manifiesta, no sólo como sistema, sino también, y ante todo, como fenómeno cultural, y en esta forma tiende a proyectar sus efectos más allá del marco político en que nace y del tiempo histórico en que su desarrollo tiene lugar.

2. El Derecho Común como sistema y como fenómeno jurídico-cultural.

La expresión **ius commune** aparece empleada en las fuentes romanas, entre otras significaciones, en contraposición a **ius singulare**, que se presenta como

(8) Su fundamentación se encuentra en la concepción política romana, esencialmente personalista, y no en la idea hegelianista del territorio, que inspira la teoría del estado-nación; vid. d'Ors, **Sobre el no-estatismo de Roma**, en **Estudios de teoría política** (1979), p. 57 ss.

(9) Alonso García, **Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo** (1969).

norma o conjunto normativo especial, justificado por una **ratio singularis** o **utilitas** (D. 1.13.16) frente a la **ratio iuris** general (D. 1.3.15), que informa el derecho ordinario; se trata, pues, de una significación planteada desde la estructura interna del orden jurídico en relación con el ámbito de aplicación específica de una normativa particular (10); la idea de generalidad, como propia de la norma jurídica, es aquí el elemento referencial de la expresión **ius commune**, con el valor de derecho general u ordinariamente aplicable, del que el **ius singulare** aparece como una excepción. Con todo, se trata de una significación que no se encuentra en contraposición lógica con el concepto de Derecho Común como sistema normativo de vigencia general, en coexistencia con sistemas o conjuntos normativos particulares que pueden prevalecer sobre aquél, que se presenta, pues, con un carácter subsidiario desde el punto de vista de la jerarquía normativa, aunque por su amplitud pueda realmente ocupar una posición prevalente y primaria (11).

El fenómeno del Derecho Común se manifiesta, sobre todo, a partir de la realidad de la vigencia de un orden jurídico homogéneo, pero no uniforme en su globalidad, que se aplica a ciudadanos pertenecientes a diferentes comunidades político-nacionales y en ámbitos territoriales diversos, o que informa los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, con los que coexiste, y que están dotados de particulares mecanismos de desarrollo propio y de adaptación del Derecho Común a su propia realidad socio-cultural. Dentro de un espacio político-cultural común, establecido sobre la base de la ordenación de una diversidad de formas culturales de tipo particular, compatibles con el mantenimiento de una unidad espiritual básica en todas ellas concurrente, el Derecho Común supone en el plano de la cultura jurídica una de las manifestaciones de los elementos cohesionantes del conjunto frente al riesgo de las tendencias disgregadoras representadas por los componentes nacionales o particulares. De la coexistencia de las distintas fuerzas y del mantenimiento del equilibrio entre ellas depende el funcionamiento y operatividad del sistema de una pluralidad de ordenamientos nacionales, participados por un Derecho Común, o de éste en coexistencia autónoma con aquéllos en posición subsidiaria pero integradora del conjunto.

Como es lógico, un fenómeno jurídico-cultural de esta naturaleza sólo puede darse bajo ciertas condiciones socio-políticas, en razón de determinadas necesidades prácticas, y en un ámbito cultural que presente características comunes o prevalentes, sobre las que se proyecta una identificación referencial del conjunto. Desde un punto de vista estructural, la vigencia de un sistema de Derecho Común presenta como primera nota característica la de desarrollarse en un espacio territorial políticamente organizado bajo esquemas pluri-nacionales y, por tanto, en contraposición a formas unitarias y fuertemente centralizadas de organización política, que tienden a reflejarse en formas también unitarias del sistema jurídico; pero el marco político-organizativo, si bien favorece las condiciones para el desarrollo del Derecho Común, que la propia organización política precisa como elemento de cohesión del conjunto pluri-nacional, no constituye el factor esencial para la estable consolidación del sistema, en el que aparece como elemento decisivo

(10) La expresión **ius commune** aparece también contrapuesta a **privilegium** que, aunque distinto del **ius singulare**, tiende a confundirse con éste (D. 29.1.21) desde el momento en que aquél se concibe como **exceptio regulae iuris civilis**.

(11) Lombardi, **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale** (1967), p. 80.

cohesionante la expresión de una identidad político-cultural común, que la organización propiamente política viene a formalizar parcialmente; la relevancia de ese elemento cultural como identificador explica que el Derecho Común, como fenómeno cultural, trascienda determinados marcos político-organizativos en los que puede tener un inicial desarrollo y que incluso pueda proyectar su influencia en el plano normativo fuera del concreto momento histórico en que tiene lugar y cuando han desaparecido los elementos de identificación supra-nacionales de los que depende su propia existencia como sistema.

El carácter pluri-nacional del espacio en que se desarrolla el fenómeno del Derecho Común, y la realidad cultural plural que también presupone, se refleja igualmente en el plano de los elementos formativos del sistema del Derecho Común, que tiende a configurarse como superador de los elementos propiamente nacionales, de los que, sin embargo, parte para construir un conjunto supra-nacional normativo, resultante de una integración racional selectiva de los elementos nacionales, pero abierto a futuras transformaciones del sistema. La incidencia del factor político-organizativo puede determinar la ruptura del equilibrio Derecho Común-derechos nacionales, mediante la adopción de formas unitarias de sistemas nacionales cerrados y, por tanto, aislados del conjunto, de lo que resulta una realidad jurídico-social incompatible con el sistema de desarrollo y vigencia pluri-nacional del Derecho Común, aunque pueda conservarse del mismo la identificación con una determinada tradición jurídica en el plano conceptual y normativo. La influencia del factor político en la ruptura del equilibrio del sistema del Derecho Común se presenta también, sin embargo, como de relevancia sólo secundaria, puesto que normalmente viene a materializar una ruptura en el elemento político-cultural de identificación del conjunto, que dotaba del último sentido cohesionante a la realidad socio-política en la que el fenómeno del Derecho Común tenía su razón de existencia.

El espacio político-cultural en el que se desenvuelve el fenómeno del Derecho Común se corresponde con un desarrollo abierto de la integración del orden jurídico, tanto nacional como supra-nacional, como consecuencia de la interrelación existente entre **ius** y **lex**, es decir, entre la tarea de desarrollo racional del derecho por vía de interpretación, a partir de la realidad social, que corresponde a la Jurisprudencia, tanto científico-práctica como judicial, y la innovación y formulación general del derecho que es propia de la potestad legislativa, en relación con la cual la función jurisprudencial sigue siendo la de integrar esa normatividad en el conjunto del sistema y en su adecuación a la realidad concreta. Un elemento característico de todos los sistemas de Derecho Común es, por ello, la relevancia del papel de la Jurisprudencia y el alejamiento de tales sistemas de planteamientos puramente voluntaristas y de potestad del fenómeno jurídico, tendentes a desplazar la posición de la Jurisprudencia en la estructura del ordenamiento jurídico y a acentuar y colocar como único referente la formulación normativa del derecho por vía legislativa y, en general, presentar el derecho como una ordenación de la potestad.

La operatividad integrativa de los elementos configuradores del **ius** y la **lex**, los primeros tendentes a la conservación y desarrollo armónico del sistema y los segundos a su transformación, se manifiesta tanto en el ámbito del conjunto normativo constituido por el Derecho Común como en el que compone los diferentes ordenamientos nacionales, cuya construcción depende, en gran medida, de la función jurisprudencial. El análisis de un sistema de Derecho Común requiere, en efecto,

examinar la posición de la Jurisprudencia en los diversos espacios político-territoriales en que aquél tiene vigencia, y la actitud de la misma ante el fenómeno del Derecho Común, especialmente por lo que se refiere a su integración en los Derechos nacionales y a la adaptación de los elementos propios de éstos a la unidad básica del conjunto. Como resultado de ello, un sistema de Derecho Común presenta características muy alejadas de una estructura jurídica monolítica, y próximas, en cambio, a una cierta ordenación diversificada del fenómeno jurídico por él representado, en función de su adaptación a las particulares circunstancias y diferentes realidades culturales sobre las que proyecta su influencia.

En efecto, aunque el Derecho Común tiende a construirse como un cuerpo jurídico autónomo, fundamentalmente por obra de la Jurisprudencia, su funcionalidad se proyecta, sobre todo, como conjunto normativo utilizable como referente para el concreto desarrollo y concreción práctica del derecho en los diferentes espacios nacionales y territoriales en que opera. La doble perspectiva del Derecho Común, como sistema y como fenómeno jurídico-cultural es imprescindible para analizar su presencia en determinados momentos de la historia jurídica europea, y también para comprender las razones de su reaparición en el momento histórico presente, y dentro de él los condicionantes de los que depende la continuidad de un fenómeno político-cultural del que el Derecho Común es tan solo una parcial manifestación. Una importante conclusión puede extraerse de la experiencia histórico-jurídica europea en relación con el fenómeno cultural del Derecho Común, y no es otra que su presencia coincide con períodos de encuentro de una identidad supra-nacional por parte de los distintos pueblos europeos y su ausencia con momentos en que tal identidad no se percibe como cohesionante, prevaleciendo los factores internos que conducen a la disgregación y al enfrentamiento. Ante esta realidad, el fenómeno del Derecho Común adquiere una perspectiva valorativa que trasciende, sin duda, lo puramente jurídico y proyecta su significación más profunda en las bases mismas de una convivencia armónica entre los pueblos europeos. El fenómeno del Derecho Común puede ser considerado, por tanto, como una de las manifestaciones de la identidad europea en el plano de la cultura jurídica.

3. Periodificación.

La primera manifestación del fenómeno del Derecho Común que aparece en la historia jurídica occidental tiene lugar en el ámbito de la cultura jurídica romana desde el s. III a.C. hasta el s. III d.C.; durante este período se dan una serie de condiciones político-organizativas, que generan una realidad plurinacional, y el **ius gentium** aparece como orden jurídico cohesionante del conjunto, en el ámbito de las relaciones de Derecho privado; tras la consolidación del Principado, el nuevo Derecho imperial viene también a desempeñar el papel de derecho común en relación con los derechos provinciales y locales. Por encima del factor político-organizativo, son los elementos culturales romanos, sobre todo después del sentido universal que les imprime el helenismo, los que aparecen como identificadores del conjunto, dejando su huella en las diversas culturas nacionales; el afianzamiento político del Imperio se va produciendo, en efecto, a través de un proceso de integración y adhesión a esos elementos culturales.

La elaboración del Derecho Común es obra de la Jurisprudencia, y durante todo ese período se mantiene, bajo formas diversas, la dualidad **ius-lex** en cuanto a la configuración del orden jurídico, e igualmente el carácter no unitario del mis-

mo, constituido por una pluralidad de sistemas, aunque con tendencia hacia su unificación a medida que avanza el proceso de centralización política. Ese proceso puede considerarse consolidado hacia fines del s. III, momento que también coincide con la desaparición de la Jurisprudencia y el establecimiento de las bases de una concepción política autoritaria en cuanto a la formulación del derecho exclusivamente por cauces de potestad y respecto a su legitimación también conforme a referentes autoritarios. Todo ello determina la desaparición de las condiciones para la existencia de un sistema de Derecho Común y favorece, en cambio, las que sustentan un orden jurídico unitario y cerrado; los elementos identificables con el derecho común se entienden ahora como parte integrante de ese nuevo sistema, que excluye la coexistencia o apertura hacia cualquier orden jurídico situado fuera del mismo.

El Derecho Común se presenta como fenómeno propiamente europeo en el período que comprende desde principios del s. XII hasta la primera mitad del s. XVI, desarrollándose en forma técnicamente distinta en el espacio continental europeo y en el correspondiente a las islas británicas, aunque ambos se enmarcan en el mismo proceso cultural. La realidad pluri-nacional favorece también en este período las condiciones para el desarrollo del fenómeno del Derecho Común, a partir del referente cultural representado por el Derecho romano-canónico.

Los elementos de identidad del conjunto presentan en ese período histórico igualmente una naturaleza fundamentalmente cultural, constituida por la concepción de la existencia representada por el cristianismo, operando la pertenencia común a la Iglesia romana como factor institucional políticamente relevante de cohesión, sobre todo tras el rechazo suscitado en buena parte de Europa a la forma político-organizativa construida sobre el Sacro Imperio romano-germánico. Tanto en su consideración de sistema como en el más amplio de fenómeno cultural, este período de Derecho Común está protagonizado por la Jurisprudencia, en sus formas científico-práctica y judicial, y en él puede apreciarse también la dualidad *ius-lex* en cuanto a la creación y desarrollo del orden jurídico en los diversos espacios político-territoriales en que se manifiesta el fenómeno del Derecho Común.

El Humanismo supuso, como movimiento intelectual, una transformación secularizadora de los valores de la cultura latina integrada con la helenística, que el cristianismo había aportado a la cultura europea, integrando en ella a los pueblos germánicos escasamente romanizados. Su sentido universal se presentaba coherente con el propio de la cultura romano-helénica y con el espíritu también universal del cristianismo. Su pleno desarrollo hubiera sido suficiente para proporcionar la nueva interpretación europea de la existencia en la que se asienta el mundo moderno. Dos factores impidieron que ese desarrollo no se produjera sin ruptura con la tradición cultural europea, provocando, al mismo tiempo, la pérdida de un referente universal de identidad europea; tales factores fueron, en primer lugar, la consolidación de los estados nacionales en forma de monarquías absolutistas, generando espacios territoriales cerrados en función del concepto de soberanía nacional acuñado desde la concepción continental europea del estado-nación; en segundo lugar, y como factor especialmente determinante, la Reforma protestante, que supuso la quiebra de los elementos de identidad supra-nacionales hasta entonces comúnmente aceptados, aunque con variedades interpretativas por influencia, sobre todo, del movimiento humanista.

El factor político-organizativo apuntado tuvo en el plano jurídico, entre otras repercusiones, la destrucción de las variedades constitucionales intra-territoriales,

sustituídas por órganos centrales; la tendencia hacia una legislación unitaria, como instrumento de una política del derecho que persigue anular los derechos territoriales particulares, y una jurisdicción centralizada, que crea una Jurisprudencia uniforme; en el ámbito de las fuentes del Derecho, se produce una reconducción de las mismas a la voluntad del titular de la potestad soberana, que se coloca por encima del ordenamiento jurídico y se presenta como referente para la validez y legitimidad del Derecho, incluido el Derecho Común, que mantiene su vigencia en la medida en que es sancionado como propio por el único titular de la potestad legislativa soberana y, por tanto, con independencia de su legitimidad por vía racional, según corresponde a una concepción jurisprudencial y no autoritario-voluntarista del Derecho. El distinto desenlace de estos fenómenos en Inglaterra, en donde no llegan a consolidarse esas tendencias, que tempranamente se resuelven con la afirmación constitucional del principio de supremacía del derecho (1616) y el modelo de soberanía parlamentaria (1688), señalan, en gran medida, para la Europa continental un referente indicador de la dirección en que tendería a corregirse su distinta tradición jurídica.

Pero si los factores político-organizativos a que se ha aludido constituyeron elementos indudablemente disgregadores de la conciencia de identidad común supra-nacional europea, el factor decisivo en la ruptura de esa identidad fue la crisis religiosa, que trajo como consecuencia la quiebra de la identidad europea. En efecto, la aparición pública del luteranismo (a. 1517) y su posterior difusión y transformación en movimiento político vino a eliminar la validez de los elementos de identidad que habían configurado la conciencia europea, no sólo en la forma que a tales elementos había dado el cristianismo, sino también en la versión secular universalista que había empezado a construir el Humanismo. El fenómeno de los estados nacionales encontró en la ruptura de la unidad espiritual un elemento adicional de identificación diferenciadora y la conciencia común de identidad europea su definitiva desaparición.

El Derecho Común como sistema normativo-doctrinal se mantiene aún formalmente vigente hasta las codificaciones del s. XIX, pero desde el s. XVI no representa ya la unidad que como fenómeno jurídico-cultural le era característica y que, en realidad, justificaba su operatividad como manifestación de una interpretación de la existencia y una función ético-social legitimadora del orden jurídico en su conjunto en la forma del Derecho romano-canónico. El final del período del Derecho Común Europeo que se inicia en el s. XII hay que situarlo, por tanto, en el momento histórico en que aquel sistema deja de ser un referente de los elementos de identidad europea. La mera continuidad de la tradición jurídica por vía normativa, que las codificaciones del período en que se forma el Estado moderno consolidan, es un fenómeno cultural diferente al representado por el Derecho Común, puesto que la semejanza de las formulaciones normativas no constituye manifestación por sí misma de expresiones jurídico-culturales del fenómeno del Derecho Común en la medida en que su significación no responda a una identidad cultural y a una fundamentación ético-social sentida como identidad del conjunto. Las condiciones para esa identidad desaparecen de la realidad política y cultural europea desde la primera mitad del s. XVI.

El nuevo período en el que parecen darse las condiciones para el desarrollo del fenómeno del Derecho Común en el conjunto del espacio político-cultural europeo se sitúa históricamente después de la Segunda Guerra mundial y se encuentra en proceso de formación. Del mismo modo que acontece con los dos anteriores

períodos históricos en que el mismo fenómeno jurídico-cultural tuvo también lugar, el del momento presente viene precedido de un período histórico anterior en el que se preparan las condiciones y aparecen los elementos político-culturales que prevalecerán en el nuevo marco del sistema del Derecho Común merced a la concurrencia de circunstancias históricas favorables.

El actual proceso formativo de un Derecho Común Europeo tiene como punto referencial básico la recomposición de una nueva forma de identidad político-cultural europea tras la ruptura de la primera formulación de esa identidad por la crisis religiosa y sus secuelas en la primera mitad del s. XVI; la historia jurídico-política europea inicia ahí un prolongado proceso de encuentro de una nueva identidad común, superando en el plano político los esquemas del estado-nación en la forma en que se consolidó en la Europa continental, la concepción estatalista y voluntarista del Derecho, cuya última manifestación teórico-práctica fue el positivismo jurídico y el aislamiento del mundo del Derecho de toda referencia ético-social legitimadora y, por último, la superación de las derivaciones políticas que en el orden de la convivencia nacional y europea trajo consigo la Reforma protestante y, en especial, el luteranismo. Suele atribuirse al movimiento espiritual y político generado por la Reforma protestante el mérito de la fundamentación del mundo moderno y, en concreto, de las bases para el establecimiento de las relaciones de convivencia; aunque es indudable que muchos de los elementos que configuran la presente realidad histórico-política proceden de ideas que toman forma jurídico-constitucional en el período histórico que sucede a ese movimiento espiritual, no es menos cierto que ello es así en la medida en que tales elementos son la superación de los efectos disgregadores de los planteamientos iniciales; por otro lado, no puede desconocerse que muchos de los valores en los que se fundamenta la adhesión a una común identidad europea enlazan directamente con la tradición humanística incorporada a la cultura europea por el cristianismo; la propia idea de legitimidad democrática de la potestad y del derecho forma parte del núcleo político-cultural básico de la cultura política latina, que el estado moderno ha venido a redescubrir a través de un proceso de secularización de ideas religiosas vinculadas a la Reforma protestante, pero que el movimiento cultural humanista habría igualmente llegado a formular.

Todo Derecho lleva a cabo, en último término, la formalización de una cierta ética social. EL Derecho Común, en los momentos históricos en que se manifiesta, participa de esta misma tendencia. Pero, por encima de ello, supone la expresión de una determinada forma de interpretación de la existencia, sentida como común en un determinado espacio territorial y temporal, que presupone siempre una realidad pluri-nacional, en la que el Derecho Común es uno de los varios posibles elementos cohesionantes del sistema de convivencia y de los conjuntos de sistemas jurídicos nacionales. El análisis del fenómeno del Derecho Común en los dos momentos histórico-culturales a que se ha hecho referencia permite ilustrar empíricamente los elementos que configuran su estructura y los factores condicionantes de sus diversas formas de manifestación. Por lo que se refiere a la experiencia histórico-jurídica continental europea, el análisis histórico muestra también la naturaleza no estable del fenómeno, y la tendencia a quedar absorbido por movimientos político-organizativos unitarios, así como, por otro lado, el riesgo de que la desintegración de los elementos culturales que permiten la adhesión a un marco político-cultural de entidad supra-nacional desemboque en la pérdida de identidad europea y, en consecuencia, de la fundamentación esencial de los supues-

tos culturales que permiten el desarrollo de un Derecho Común como signo de identidad jurídico-cultural. La historia política y jurídica anglo-norteamericana muestra también que ese desenlace no obedece a ninguna razón de determinismo histórico, por lo que constituye una esperanza para la continuidad y desarrollo estable del actual proceso que vive la recuperada identidad europea y la configuración de un marco político de convivencia, en la que es posible en el plano jurídico la coexistencia de un sistema de Derecho Común con ordenamientos jurídicos nacionales, definidos por su identidad político-cultural antes que meramente organizativa por razón del territorio.

II. EL «IUS GENTIUM» COMO EXPRESION DE IDENTIDAD DE LA CULTURA ROMANO-HELENISTICA

1. Análisis estructural y funcional del concepto.

Puede tomarse como elemento de referencia para el análisis estructural y funcional del concepto de derecho común la diferenciación que al inicio de sus **Instituciones** establece Gayo entre el **ius proprium** de cada pueblo y el **ius gentium** como derecho común a todos los pueblos (12); se trata de una descripción general de la realidad jurídica en un momento en que la organización política nacida de la reforma constitucional de Augusto se encuentra consolidada, aunque sigue respondiendo al esquema básico de un sistema supra-nacional (13) compatible, por tanto, con el mantenimiento autónomo de diferentes entidades político-nacionales e igualmente con expresiones culturales diversas. Una manifestación más de esa realidad político-cultural plurinacional es la coexistencia de ordenamientos jurídicos propios de las diferentes comunidades político-culturales, lo que plantea la necesidad de un marco jurídico común cohesionante del conjunto del sistema.

Las condiciones para la formación de un Derecho Común y las necesidades prácticas que determinan su formación, desarrollo y expansión se manifiestan desde el s. III a. C., como consecuencia de la expansión política y comercial en todo el ámbito de los pueblos mediterráneos; el **ius gentium** responde, así, en definitiva, a la necesidad de encontrar un espacio jurídico común en el que puedan ordenarse y resolverse los problemas de Derecho privado entre ciudadanos pertenecientes a comunidades político-culturales diferentes.

Aunque el núcleo originario de las relaciones jurídicas que generan el **ius gentium** como Derecho Común esté constituido por las de naturaleza mercantil, por ser las primeras que requieren un desarrollo espacial más amplio que el meramente nacional, la tendencia natural del orden jurídico hacia el sistema conduce progresivamente a la formulación de un conjunto normativo completo, del que resulta una diferenciación complementaria de formas y modos negociales entre el derecho nacional (**ius civile**) y el derecho común (**ius gentium**). De este modo, aunque el Derecho Común pueda aparecer como subsidiario frente a los Derechos nacionales, en realidad tiende a entenderse como conjunto normativo generalmente aplicable, y de ahí que no exista una contraposición lógica entre el concepto de derecho común como identificable con el derecho ordinario y el **ius singulare**, que prevalece por estar justificado en una **ratio singularis** frente a la **ratio iuris** general (D. 1.3.15). En todo caso, el **ius gentium**, como Derecho Común, es el sistema aplicable cuando en la relación jurídica intervienen personas pertenecientes a comunidades políticas diferentes, por lo que requiere una cierta fundamentación neutral o comúnmente aceptable, de manera que pueda incorporarse también al sistema

(12) I.1.1: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum utitur*; sobre la significación de Gayo y su obra de *Instituciones*, vid., entre otros, Gaio nel suo tempo; *Atti del Simposio romanistico* (1966).

(13) Sobre esta naturaleza de la organización política romana, que procede de la tradición republicana, vid., Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano* (1965) y Frabbrini, *L'Impero di Augusto como ordinamento sovranazionale* (1974).

nacional, aunque no como propio, sino como derecho común. La presencia de este fenómeno puede apreciarse perfectamente en la génesis del **ius gentium**.

En efecto, el nuevo sistema se yuxtapone al antiguo **ius civile** concebido como Derecho nacional propio de los **cives romani**, pero se integra desde el s. II dentro de la pluralidad de sistemas que caracteriza el orden jurídico romano-republicano, y se presenta y construye como común para el conjunto de los pueblos que conviven en el ámbito de los esquemas básicos de la organización político-cultural romana. Aunque los principios y criterios normativos en que se asienta el **ius gentium** son, en gran medida, distintos (14) de los del **ius civile**, el sistema resultante no aparece contrapuesto a éste (15), entre otras razones porque se trata de principios y criterios normativos incorporados como propios, aunque no exclusivos, sino considerados como universalmente válidos, y porque la construcción técnica del **ius gentium** como cuerpo normativo es fruto también de la Jurisprudencia romana, aunque no opere a partir de componentes de la propia realidad nacional, sino de los vigentes en un ámbito cultural más amplio y pluri-nacional.

Así, pues, aunque el **ius gentium** sea un sistema de creación técnico-jurídica netamente romana, no se impone como un Derecho nacional trasladado a los demás pueblos, sino que se presenta como un conjunto normativo desprovisto del elemento nacional como referente, situándose éste en la idea de lo universal común, y su fundamentación operativa y la legitimidad de su vigencia en el terreno neutral de la **naturalis ratio** y en la **vox naturae**, que se manifiesta en el consentimiento universal (16). Esta referencia a la **natura** no es, en principio, extraña a los esquemas intelectuales de la Jurisprudencia y del propio **ius civile** (17), pero como **naturalis ratio** adquiere el valor de fundamentación legitimadora de un orden jurídico autónomo y desprovisto de referentes de carácter nacional o particular y, por tanto, con vocación de validez universal, a partir de criterios jurídico-políticos comúnmente aceptados en un determinado contexto político-cultural.

La fuerza genética del concepto de **ius gentium** como **ius commune** y su legitimación en la **naturalis ratio** produce también en la experiencia jurídica romana algunas otras consecuencias. En efecto, la referencia legitimadora del **ius gentium** en la **naturalis ratio** aporta a la cultura jurídica occidental la idea de la construcción del orden jurídico sobre una racionalidad empírica, a partir de la cual opera la Jurisprudencia elaborando técnicas jurídicas de concreción de las relaciones inter-subjetivas propias del Derecho privado. De ello se desprende también el descubrimiento del Derecho como una realidad básicamente homogénea u homogeneizable, a partir de ciertos supuestos culturales comunes, y, por tanto, en cierta manera trascendente respecto a factores políticos de tipo organizativo y también a los de naturaleza histórico-temporal. La consideración del Derecho como fenómeno cultural en el marco de una tradición jurídica fundada en caracteres propios de identidad, arranca, en buena parte, de las premisas ahora expuestas.

(14) Acerca del **ius gentium** pueden destacarse, entre otros, los estudios de Lombardi, **Sul concetto di «ius gentium»** (1947) y Dalla «fides» alla «bona fides» (1961).

(15) Cicerón, **de off.** 3.17.69 da a entender que el **ius gentium** es «civil», si bien no todo el derecho civil es «de gentes», pero no los contrapone como distintos; el texto de Gayo (I.1.1) tampoco refleja una contraposición, sino sólo una diferenciación de los elementos formativos y la diferente fundamentación del **ius gentium** y el **ius proprium civitatis**.

(16) Cic., **Tusc.** 1.13.35: Gayo, en I.1.1 entiende por **ius gentium: quod naturalis ratio inter omnes homines constituit**.

(17) Maschi, **La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani** (1937); **ius ab natura ductum videtur**, dice Cic., **de inv.** 2.53.

2. Derechos nacionales y Derecho Común.

En el plano conceptual, el fenómeno del Derecho Común supone como contrapunto una pluralidad de Derechos nacionales con los que coexiste. La razón de existencia de un sistema de Derecho Común desaparece en la medida en que esa realidad se transforme, bien por la eliminación de los Derechos nacionales y la adopción de aquél como único Derecho vigente, bien por la integración unitaria del Derecho Común y los Derechos nacionales, que suele ser la tendencia terminal ordinaria de un previo período de Derecho Común. La experiencia jurídico-política romana muestra la generación de un proceso de estas características, determinado por cambios exteriores introducidos en el marco de la organización política, que vienen a alterar las condiciones de equilibrio precisas para la vigencia funcional de un orden jurídico basado en un sistema de Derecho Común; de esa misma experiencia jurídica se desprende que tal sistema es incompatible con formas de organización política unitarias y centralizadas, en las que el Derecho tiende a concebirse como instrumento de organización y ordenación social, que conllevan la configuración de aquél como un sistema unitario y cerrado.

La concesión general de la ciudadanía romana en el a. 212, por decisión política de Caracalla, priva de su originaria significación al **ius gentium**, pero no elimina la justificación operativa y funcional al sistema de Derecho Común, que ahora se presenta bajo la forma del Derecho romano integrado por los antiguos sistemas que tienden a aproximarse por efecto del nuevo Derecho Imperial (18); se configura así un marco jurídico general para los diferentes territorios del Imperio, en el que coexiste una pluralidad de Derechos provinciales, respecto a los cuales el Derecho romano se presenta como supletorio (19). La transformación de la realidad jurídico-normativa se produce, sin embargo, como consecuencia de la reforma constitucional de Diocleciano (284-305), bajo supuestos de concentración centralizada del poder y, en consecuencia, eliminación niveladora de la antigua configuración pluri-nacional, de la que también nacía una potencial diversificación del orden jurídico (20); desde fines del s. III, y muy especialmente a partir de Constantino (306-337) la política legislativa responde al propósito de configurar un sistema jurídico unitario, suprimiendo las particularidades nacionales y territoriales, a costa de la propia adaptación vulgarizadora del Derecho romano a los usos provinciales, con pérdida de su cobertura científica y culta; la política legislativa de Justiniano (527-565) representa la culminación de la iniciada desde fines del s. III, aunque suponga en el plano jurídico-cultural una superación del vulgarismo.

A partir de un sistema jurídico ahora concebido como cerrado y de aplicación general (21), la incorporación de la distinción gayana (D. 1.1.9; IJ. 1.2.117) entre **ius civile** y **ius gentium** tiene una diferente significación. Se trata del análisis interno de un sistema jurídico unitario, en el que se ha operado la fusión de ele-

(18) Sobre este fenómeno, vid. d'Ors, *La formación del «ius novum» en la época tardo-clásica*, en *Nuevos Papeles del oficio universitario*, p. 225 ss.

(19) Esta función del Derecho romano como Derecho Común supletorio en relación con los Derechos provinciales fue puesta de relieve por Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891), que destaca la resistencia de tales Derechos a la romanización, aspecto estudiado para el Egipto romano por Arangio-Ruiz, *L'application du droit romanin en Egipte après la const. antoninienne* (1948).

(20) Schulz, *I principii del diritto romano* (tr. it., 1946), p. 117 ss.

(21) Bossanelli Sommariva, *L'Imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano* (1983), esp., p. 60 ss.

mentos formativos de naturaleza propia y particular con otros muchos procedentes de la tradición jurídica anterior, en la que el sistema jurídico romano-justiniano se inscribe, y que forman parte también de la cultura jurídica común. El **ius commune** como cuerpo normativo autónomo en coexistencia con una pluralidad de derechos nacionales y territoriales ha desaparecido como tal por integración en un sistema único participado por aquél.

El fenómeno de reducción unitaria del sistema jurídico va acompañado de la afirmación de ese sistema en fundamentos autoritarios; ello favorece la traslación de las ideas tradicionales que habían buscado una fundamentación del **ius gentium** en la **naturalis ratio** al campo especulativo, mediante la formulación como autónomo de un **ius naturale** de carácter prevalentemente ético (22) y con vigencia **inter omnes homines**, que viene a significar también un límite extra-jurídico a la potestad normativa y, al mismo tiempo, se presenta como la legitimación última del orden jurídico; pero, desde otro punto de vista, supone también en el ámbito del pensamiento jurídico, la intuición de la existencia de un cierto orden jurídico natural de base racional, asentado en una ética social que todo Derecho refleja y, en cierta medida, formalizada técnicamente. Con este conjunto de ideas enlaza también la incipiente traslación del concepto originariamente privatístico del Derecho Común, a partir del **ius gentium**, al ámbito de las relaciones internacionales en la tardía tradición jurídica romana (23).

3. Relación del Derecho Común con un determinado espacio cultural. Relevancia del elemento jurisprudencial.

Un marco político-organizativo de carácter supranacional no es suficiente para el desarrollo del fenómeno del Derecho Común. Su vigencia requiere también, y muy especialmente, la existencia de un determinado espacio político-cultural común y la identificación global del conjunto de las entidades nacionales con los elementos básicos definidores de aquel espacio, en cuanto forma de interpretación de la existencia. Un análisis de la configuración de un sistema de Derecho Común, y de su relación de equilibrio con los Derechos nacionales requiere tomar en consideración la incidencia del sentimiento nacional como factor constructivo del Derecho (24) y la adhesión a unos elementos comunes de identidad como constitutivos del sentimiento supranacional del que el fenómeno del Derecho Común se presenta como una manifestación en el plano de la cultura jurídica.

La presencia de ese sentimiento nacional y de valores ético-sociales propios de un modo peculiar de entender la convivencia política impregna todo el Derecho

(22) Esta concepción, de naturaleza filosófica y teológica se refleja en textos interpolados del Digesto; de modo expreso se contiene en II.1.2.11: **sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes paraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque inmutabilia permanent**; vid. Biondi, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, RIDA, 4 (1950), p. 129 ss.

(23) Hermogeniano, D.1.1.5; la concepción del **ius gentium** en el moderno sentido del Derecho internacional público aparece por primera vez en San Isidoro, *Etym.* 5.6, recogiendo las ideas tardo-romanas al respecto; vid. d'Ors, *En torno a la definición Isidoriana del ius gentium*, en *Papeles del Oficio universitario*, p. 278 ss.; sobre el planteamiento romano de las relaciones de Derecho internacional público, vid. Tomulescu, RIDA, 24 (1977), p. 423 ss.; sobre el moderno Derecho internacional privado en relación con el Derecho romano, vid. Swind, en *Labeo*, 11 (1965), p. 311 ss.

(24) Un análisis de este factor en el desarrollo del Derecho romano puede verse en Schulz, cit., p. 96 ss.

romano del período republicano (25); la formación del sistema del **ius gentium**, junto al antiguo Derecho nacional, responde a un nuevo orden de valores ético-sociales, que se enmarcan en un sentimiento político-cultural que sirve de referente común aglutinador de entidades nacionales y culturales diversas (26). El elemento político-organizativo representado por la administración republicana primero e imperial después contribuye a cohesionar a las distintas entidades nacionales, pero es, sobre todo, el factor propiamente cultural que aquella forma de organización política representa el que realmente opera como elemento de identificación en una comunidad supra-nacional.

Este sentimiento se forma ya desde el período tardo-republicano, pero alcanza su momento de consolidación durante los dos primeros siglos del Principado. La difusión de la ciudadanía romana y de las formas de expresión de la cultura; la conversión del latín y el griego en lenguas comunes; el acceso a las funciones de administración por parte de ciudadanos pertenecientes a entidades nacionales y sectores sociales diferentes; la práctica de una política de obras públicas representativa de un cierto modo de entender la satisfacción de necesidades colectivas; estos y otros factores, de naturaleza cultural, generan una identificación supra-nacional que puede verse reflejada en la expresión «**Roma communis patria**», frecuentemente utilizada en el lenguaje literario (27), y que alude a un referente cultural más que a un significado político-organizativo identificable con el Imperio, que se entiende como instrumento de realización y difusión de una determinada cultura, idea que procede de la tradición política romano-republicana y que el Principado continúa y generaliza (28). La formación del Derecho romano común y su proceso expansivo es tan solo una parcial manifestación de ese más amplio fenómeno cultural de naturaleza también común.

Los componentes que configuran el espacio cultural en el que se desarrolla el **ius gentium** no son exclusivamente nacionales romanos, sino resultado de la convergencia de los elementos de ese origen con los procedentes de la cultura helenística (29). La filosofía estoica proporcionó la síntesis y facilitó la comunicación entre el mundo cultural romano y el helenístico, y propició la adaptación del acervo de valores tradicionales romanos a las exigencias del nuevo modo de entender la existencia que requería la organización constitucional del Principado; el espíritu universalista de la filosofía jurídico-política del helenismo se adaptaba particularmente a las condiciones políticas del Imperio, aglutinante de entidades nacionales y formas culturales muy diferentes (30).

La síntesis representada por la cultura romano-helenística proporciona los elementos de identidad de una cultura común, pero facilita también la tendencia for-

(25) Archi, **Componenti pregiudicizie del diritto privato romano dell'ultima Repubblica e del Principato**, en *La Storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Florenca, 1966, p. 71 ss.; Pugliese, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, *ibid.*, p. 161; *vid.* también Cremades Ugarte, *El «officium» en el Derecho privado romano* (1988).

(26) Schulz, *cit.*, p. 21 ss.

(27) *Vid.* fuentes en Schulz, *cit.*, 99 n. 11.

(28) Schulz, *cit.*, p. 101 ss.

(29) A.A. Long, **Filosofía helenística. Estoicos, epicúreos, escépticos** (tr. esp., 1975); la influencia político-cultural del estoicismo es analizada especialmente por Pohlenz, **La Stoa. Storia di un movimento spirituale** (1967).

(30) Cremades Ugarte, *cit.*, p. 43 ss.; Schulz, *cit.*, p. 100; Séneca, **Epist.**, 28.4; **Cum hac persuasione vivendum est.: non sum uní angulo natus, patria mea totus hic mundus est.**

mativa del **ius gentium** como Derecho Común. De aquella convergencia cultural procede la propia fundamentación de ese Derecho Común, y, al mismo tiempo, su construcción a partir de elementos tomados de la amplia realidad político-cultural a la que se dirige su ámbito de vigencia; con todo, el indudable carácter técnicamente romano del sistema del **ius gentium**, no sólo demuestra la superioridad de la cultura jurídica romana respecto a la helenística, sino que también revela la relevancia del elemento jurisprudencial en la configuración del Derecho y su papel decisivo en la formación de un sistema de Derecho Común dentro de un orden jurídico en el que coexisten diferentes Derechos nacionales participados por ese Derecho Común.

Tanto la génesis como el desarrollo expansivo del **ius gentium**, junto al antiguo **ius civile**, es obra de una Jurisprudencia (31) socialmente vinculada, o profesionalmente alineada, con la nueva configuración de la sociedad política y la diferente manera de entender las relaciones en el ámbito de una comunidad político-cultural, que desde el s. III a. C. se orienta en un sentido superador del marco nacional como referente para la configuración del orden jurídico. El peso de la autoridad de esa Jurisprudencia y la calidad técnica del Derecho por ella elaborado, en correspondencia con la nueva imagen de la sociedad y de los nuevos valores de la misma, constituyen el soporte para la asunción oficial del nuevo sistema jurídico y su difusión práctica en la vida jurídica y negocial (32). El **ius gentium** como sistema jurídico es, pues, el resultado de un proceso constructivo a partir de una realidad práctica sobre la que opera la Jurisprudencia, que utiliza la vía técnico-procesal como medio de formalización normativa, sobre todo durante el período tardo-republicano. El sistema presenta, por tanto, desde el punto de vista de las fuentes, la estructura combinada de la autoridad y la potestad, propia de todo Derecho jurisprudencial (33).

La progresiva incorporación de los juristas a la administración pública a partir del Principado, propicia el proceso de formación de un nuevo orden jurídico, que tiende a convertirse en un sistema integrado, de acuerdo con la evolución constitucional en sentido cada vez más centralizado. Este nuevo Derecho imperial, resultado también de la actuación formativa combinada de las fuentes de potestad con la autoridad de la Jurisprudencia, es un Derecho científicamente elaborado y, en cuanto expresión de una cultura con la que se identifica el conjunto de las entidades nacionales y que la organización política central asume como propia, se encuentra en condiciones de poder presentarse primero como Derecho Común en relación con los Derechos nacionales y particulares y después en pugna con éstos, a partir del momento en que la organización política se estructura en forma centralizada y unitaria, entrando así en colisión con los Derechos provinciales, que carecían de elaboración científica y, por tanto, sin posibilidades para poder vencer

(31) Sobre la posición y extracción social de los juristas, vid. Kunkel, **Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen** (1952).

(32) Vid. en Lombardi, **Saggio**, cit., p. 42 ss. una interpretación sociológico-política del proceso de formación y asunción oficial del **ius gentium**.

(33) La trascendencia y operatividad de la diferenciación entre autoridad y potestad en la vida política y jurídica romana fue especialmente destacada por d'Ors en diversos estudios; en sus **Estudios varios sobre el Derecho en crisis** (1973) se recogen algunos de ellos, así como también «**Lex**» y «**ius**» en la experiencia romana de las relaciones entre «**auctoritas**» y «**potestas**» (p. 87 ss.), en donde se ponen en relación esos conceptos con el sistema de fuentes en Derecho romano; la relación entre **lex** y **ius** es tratada también por Schulz, cit., p. 5 ss.

la fuerza expansiva de aquel Derecho, que venía avalado por una tradición jurisprudencial de indudable prestigio y apoyado por la organización política central.

El fenómeno del Derecho Común en la experiencia histórico-jurídica romana muestra que el equilibrio entre Derechos nacionales y Derecho Común sólo puede mantenerse en la medida en que, además de desarrollarse en un espacio cultural y político de naturaleza supra-nacional, se forme en el ámbito de los espacios nacionales una Jurisprudencia capaz de operar la integración del Derecho Común en el propio marco jurídico nacional, y que en estos espacios se den también condiciones para un desarrollo normativo autónomo en cuanto a la formulación del derecho por vía de potestad y su aplicación práctica en la administración de justicia. Tales condiciones no concurrieron de manera plena en el fenómeno romano del Derecho Común.

La preponderancia cultural y política de Roma generó durante el Principado una fuerza atractiva hacia el centro de expresión del desarrollo cultural (34), lo que, sin duda, contribuyó negativamente al proceso de formación de Derechos nacionales o territoriales con altura científica, dentro del marco jurídico-cultural del Derecho Común (35). Por otra parte, al producirse la vinculación de la actividad de los juristas en cuanto a la formulación del Derecho por cauces de actuación de naturaleza político-administrativa, esa misma Jurisprudencia tiende a favorecer la configuración unitaria del orden jurídico, en alianza con una política centralizada, que inevitablemente concluye en la reducción de las fuentes del Derecho a las procedentes de la potestad normativa y, por tanto, con la eliminación de la autoridad jurisprudencial y con la actividad integrativa del orden jurídico propia de la Jurisprudencia. A la falta de esa Jurisprudencia en los territorios provinciales hay que atribuir fundamentalmente el hecho de que no se hubiera producido un proceso formativo de Derechos nacionales propiamente dicho, puesto que sólo una Jurisprudencia culta es capaz de operar la adaptación de un sistema externo aceptado como común a las propias condiciones culturales de un determinado territorio y tratar científicamente los elementos consuetudinarios del Derecho nacional.

Desde un punto de vista estructural, el mecanismo de incorporación del Derecho romano a los territorios provinciales responde formalmente a los esquemas operativos propios de un sistema de Derecho Común. En efecto, tal proceso de incorporación se produce fundamentalmente a través de los edictos de los gobernadores provinciales, lo que permite una adaptación diferenciada a las condiciones de cada territorio (36) y a su propio Derecho consuetudinario; la existencia de una Jurisprudencia propia hubiera propiciado la elaboración del desarrollo científico de ese Derecho, procedente de su formulación por parte de la potestad normativa, al modo en que venía operando la Jurisprudencia romana desde la anti-

(34) La emigración a Roma de intelectuales y juristas es un dato característico y en progresivo aumento en el período del Principado; Quintiliano, Marcial, Séneca, entre los primeros, y Juliano, Papiniano y Ulpiano, entre los segundos, son sólo un ejemplo de ese fenómeno migratorio; vid. Schulz, cit., p. 99 ss.

(35) Las condiciones de inferioridad cultural de las provincias constituyó un factor determinante de la vulgarización jurídica ya en el período clásico; este fenómeno fue analizado por Mitteis, cit., p. 189 ss. y Kunkel, cit., p. 346 ss.; a él se refiere también Lombardi, **Saggio**, cit., p. 51 ss.

(36) Así ocurre, ante todo, con el edicto pretorio, que se adapta en forma de «edicto provincial» por parte de los gobernadores a cada provincia, y lo mismo sucede con las disposiciones imperiales, ordinariamente publicadas en las provincias mediante edictos; sobre el «edicto provincial», vid., Martini, **Ricerche in tema di Editto provinciale** (1969); una edición palinogenésica de los treinta y dos libros de comentarios de Gayo **ad Edictum provinciale**, con traducción castellana de los mismos, presenta Valiño en **El Comentario de Gayo al Edicto provincial** (1979).

gua tradición jurídica republicana; tal carencia es suplida por la específica producción normativa procedente de los juristas incorporados a la Cancillería imperial sobre problemas derivados de la aplicación del Derecho en las provincias (37). De esta suerte, más que la formación de sistemas propios nacionales, se produce una incorporación del Derecho general romano adaptado al régimen consuetudinario regional por una Jurisprudencia ajena a las diferencias culturales de los diversos territorios, lo que también supuso, sobre todo en Occidente (38) una penetración del Derecho romano por vías de potestad sin el proceso racionalizador y de adaptación práctica propio de la Jurisprudencia.

A este hecho culturalmente negativo se une la inexistencia de una configuración autónoma de la función judicial y su consideración como partícipe en la labor integradora del Derecho, lo que requiere necesariamente que tal función sea desempeñada por juristas. La tradición jurídica romana, desde el período republicano, no facilitaba esa configuración de la función judicial y los supuestos políticos del Principado tampoco venían a favorecer una transformación en esa tradición y en la posición del juez dentro del sistema jurídico.

En efecto, la consideración del juez como un elemento ajeno al desarrollo jurídico creativo está presente en la tradición jurídica romano-republicana, en la que la **interpretatio** creadora corresponde a una Jurisprudencia que elabora los criterios normativos conforme a los cuales el juez privado, no necesariamente experto en Derecho, habría de dictar sentencia; esta situación se consolida a partir de la organización jurisdiccional del Imperio, al asentarse el desempeño de la función judicial en funcionarios con competencias generales de administración y gobierno, lo que impide la configuración de una administración de justicia profesionalizada y no permite el desarrollo de una función judicial autónoma en cuanto a la aplicación integrativa del derecho. Así como la tecnificación de la administración, desde la época de Adriano, incorpora el estudio del derecho como necesario para el desempeño de la carrera administrativa (39), el desempeño de funciones judiciales por parte de juristas tiene lugar fundamentalmente en las instancias de apelación dependientes de la Cancillería imperial, o en los asuntos que directamente pueden ser sometidos al conocimiento de los órganos judiciales centrales, pero la profesionalización de la función judicial no se extiende a los ámbitos territoriales provinciales (40). Con todo, el aspecto más significativo de la organización jurisdiccional es la posición del juez en el sistema jurídico, que viene configurada como simple destinatario de una normatividad que le viene dada y en la que no le corresponde función alguna de carácter integrativo-creador, sino simplemente la de decidir conforme a la misma el caso concreto, previa verificación probatoria de los términos de la cuestión litigiosa, por lo que ninguna autoridad normativa

(37) Ello ocurre, sobre todo, a partir de Adriano (117-138); sobre este momento de la historia jurídica romana, **vid. d'Ors, La significación de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du droit romain**, en *Les empereurs romains d'Espagne* (C.N.R.S., 1965), p. 151 ss.

(38) La tradición de Derecho greco-helenístico supuso una mayor resistencia en Oriente a la penetración del Derecho romano; aquella tradición influye relativamente desde el s. IV en el fenómeno de la provincialización del Derecho romano imperial unificado; Schulz, *cit.*, p. 118 ss.

(39) Sobre la enseñanza del Derecho, **vid.**, Kodrebski, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (Berlín, II-15), p. 117 ss. y Liebs, *ibid.*, p. 197 ss.

(40) Bassanelli Sommariva, *cit.*, p. 73 ss.; una cierta profesionalización técnica se insinúa a través de la figura del juez pedáneo, pero, en general, la función judicial es desempeñada por funcionarios con escasa cultura jurídica, y tampoco parece que aquel otro tipo de jueces delegados se caracterizara por su preparación desde el punto de vista de su formación jurídica; ese sistema, por otro lado, llegó a constituir una situación abusiva y de irregular funcionamiento de la administración de justicia (C.J. 3.3.2); **vid. Jones, The Later Roman Empire** (1984), p. 499 ss.; de Marini Davonzo, **La política legislativa di Valentiniano III e Teodosio II** (1975), p. 61 ss.

puede conferirse a la sentencia como precedente; tal es, en efecto, el modelo político-organizativo que presenta el Derecho justinianeo, en el que el monopolio imperial sobre la formulación del Derecho y la administración de justicia representa una realidad inmanente en el sistema y la función judicial se concibe al margen de toda facultad de interpretación creadora del Derecho legislado (41).

Esta función de subordinación de la función judicial y su configuración desde supuestos organizativos de naturaleza administrativa y, por tanto, dependientes del poder público, se corresponde en la época tardía de la historia jurídica romana con una concepción del Derecho igualmente dependiente de ese poder y, por tanto, el propio orden jurídico ve comprometida la autonomía que le caracteriza en la cultura latina y que se mantiene como nota peculiar de los Derechos de juristas. Pero la historia jurídica romana muestra también que el mantenimiento de esa autonomía del orden jurídico no puede garantizarse tan solo por medio de una Jurisprudencia científico-práctica, sino que precisa del concurso de una organización judicial igualmente autónoma y un marco político-organizativo no centralizado.

Con Constantino (306-337) se produce la formalización de la ruptura definitiva con los elementos de identidad en que estuvo asentado el período romano en el que se desarrolla el fenómeno del Derecho Común; aunque con características peculiares, el **ius gentium** primero y el Derecho romano imperial después responden a ese modelo, tanto como sistema jurídico como también en cuanto fenómeno cultural; la nueva interpretación de la existencia que representa el cristianismo proporcionará siglos más tarde la base para una nueva identidad cultural supra-nacional. La organización política centralizada y la concepción autocrática del poder, que se manifiesta en la reducción de las fuentes del Derecho a la legislación, suponen igualmente una ruptura con la tradición jurídica y política romano-republicana, que el Principado había mantenido; el derrumbamiento de esa forma de organización político-territorial permitirá también siglos más tarde la reaparición de las condiciones externas en las que puede reproducirse el fenómeno del Derecho Común. La desaparición de la Jurisprudencia creadora se había producido ya en ese momento histórico y tan solo cuando vuelve a recuperarse la tradición jurisprudencial surge de nuevo el Derecho Común como fenómeno cultural; la formación de Jurisprudencias nacionales permitirá la creación de un sistema de Derecho Común en el que se configuren Derechos nacionales por él participados, y la profesionalización de la función judicial permitirá también la recuperación de la autonomía del Derecho como valor socio-político, frente a la concepción del mismo como un producto de la potestad normativa. Estos datos son suficientemente ilustrativos del interés referencial que presenta el período romano del Derecho Común, y no menos, como contraste, la etapa histórica que se inicia a fines del s. III; un análisis del fenómeno del Derecho Común en la Historia jurídica europea y de las líneas conductoras de la misma, incluso al margen de ese fenómeno, no puede prescindir para su correcta comprensión de las ideas culturales y políticas incorporadas a los momentos históricos posteriores desde la cultura jurídica romana. De acuerdo con las posiciones metodológicas adoptadas, el estudio del fenómeno del Derecho Común en otras situaciones espacio-temporales deberá abordarse tomando en consideración los elementos que concurren en la estructura de ese fenómeno, según han podido ser reconocidos en la historia jurídico-cultural romana.

(41) Bassanelli Sommariva, cit., p. 96 ss.; Nov. 82 (a. 539) y Nov. 113 (a. 541); C. 7.45.13; distinto es el caso, naturalmente, de las sentencias dictadas por el propio emperador, a través de los funcionarios judiciales designados para ello (C.1.4.12).

III. EL SISTEMA ROMANO-CANONICO COMO FORMA DE EXPRESION DE LA IDENTIDAD CULTURAL EUROPEA EN EL MEDIOEVO.

A. FORMACION DE UNA IDENTIDAD SUPRA-NACIONAL EN LA CULTURA POLITICA OCCIDENTAL EUROPEA.

1. El Cristianismo y la Iglesia romana.

El Derecho Común aparece como fenómeno cultural europeo en el período comprendido entre los comienzos del s. XII, en que tiene lugar el redescubrimiento científico del Derecho jurisprudencial romano y su difusión mediante la enseñanza universitaria iniciada en la escuela de Bolonia (42), y la primera mitad del s. XVI, en la que se produce la ruptura de los elementos de identidad europeos hasta entonces vigentes, como consecuencia de la Reforma protestante y sus repercusiones en el plano político. Durante el período indicado se dan los elementos estructurales propios del fenómeno del Derecho Común y también concurren las condiciones que propician su expansión.

El primero de esos elementos es la formación de una identidad cultural supra-nacional, entendida como modo de interpretación de la existencia, respecto a la que se produce un sentimiento de adhesión por parte de un conjunto de entidades políticas nacionales; la presencia de una forma de organización política de carácter supra-nacional, que asume esos elementos comunes de identificación suele caracterizar también como elemento adicional a un período de Derecho Común. El análisis de estos elementos, y la constatación de la preponderancia del primero, debe preceder ahora al de los demás factores que caracterizan el fenómeno del Derecho Común.

Desde el plano de la cultura jurídica continúa teniendo validez, como punto de partida, el planteamiento de Koschaker (1947) sobre la inicial formación de la identidad europea, aunque sus puntos de vista presentan una excesiva ponderación del factor político-organizativo; al menos por lo que se refiere a la génesis y difusión del Derecho Común la prevalencia del factor cultural parece indudable, y de esa naturaleza participan también los elementos configuradores de la identidad europea.

Resulta cierto, ante todo, que el concepto político-cultural de Europa carece de tradición en la Antigüedad, en la que el concepto de Europa es puramente geográfico, y que su tradición comienza en la Edad Media (43); también puede aceptarse, en líneas generales, la idea de que Europa es, ante todo, un fenómeno cultural, resultado de la convergencia de elementos culturales clásicos y germánicos, con preponderancia del elemento romano, y cuya formación como realidad político-cultural es inescindible del componente cristiano. Como espacio cultural y político, Europa es una realidad distinta de la representada por el **imperium roma-**

(42) Aunque el estudio de Bolonia parece haber existido desde 1070, propiamente el auge de la Escuela comienza en 1113, año en el que Irnerio inicia su magisterio: vid. C. Mor, *Il «miracolo» Bolognese: la diffusione del metodo scientifico della Scuola di Bologna nel secolo XII*, en *Studi e Memorie per la Storia dell'Università di Bologna*, 1 (1956), p. 161 ss.; Kantorowicz-Buckland, *Studies in the Glossators of Roman Law* (1983).

(43) Koschaker, cit., p. 17 ss. sigue los puntos de vista de Dawson, quien en 1935 publica *The making of Europe. An introduction to the history of European unity*, y H. Pirenne, del que se publica en 1936 su libro *Mahomet et Charlemagne*.

num, que fue, en efecto, un Imperio mediterráneo, cuyo centro cultural y político era la ciudad mediterránea de Roma; también tiene ese carácter la cultura romano-helenística con la que ese Imperio romano se identifica en los dos primeros siglos del Principado.

Ahora bien, el elemento decisivo diferenciador de la propia identidad político-cultural que se encuentra presente, tanto en la cultura griega como en la romana, está constituido por una determinada forma de entender la existencia y las relaciones de convivencia, sobre todo por lo que se refiere al valor esencial de la libertad política y la organización de la vida comunitaria con arreglo a normas jurídicas que reciben su legitimación de un orden constitucional democrático (44). La fuerza atractiva de la identidad cultural explica también el mantenimiento de la unidad jurídica del Imperio, no sólo después de la división territorial de Oriente y Occidente (a. 395), sino también incluso tras la desaparición del **imperator** occidental (a. 476), momento a partir del que la unidad jurídico-cultural del Imperio queda encarnada en el emperador de Bizancio. También puede reconocerse la preponderancia del factor cultural en la actitud de los pueblos germánicos y sus reyes, que aceptan la cultura romana y adoptan incluso sus formas externas.

El factor determinante del mantenimiento de la unidad cultural en todo el espacio territorial del antiguo Imperio romano, y sobre todo en Occidente, tras la desaparición definitiva de la organización política que lo representaba, fue la incorporación al Cristianismo de los pueblos germánicos y la actitud de la Iglesia de Roma respecto a la cultura romano-helenística (45). En relación con su espacio cultural originario, el Cristianismo supone una superación del marco nacional propio de la religión hebrea, y como fenómeno cultural nace en un momento en que las ideas que conforman la interpretación de la existencia en el marco político-organizativo son coincidentes con el sentido universal y los valores éticos en que el Cristianismo se asienta; la aceptación de la cultura romano-helenística se produce a partir del s. IV, y puede personificarse en San Agustín (354-430) y San Ambrosio de Milán (339-397) y, por lo que se refiere al Derecho, el proceso se produce con la incorporación al estudio jurídico en las escuelas orientales de las obras de los juristas clásicos y la Compilación justiniana (529-534); con ello tiene lugar también, en el plano político, la configuración del **Imperium christianum**, al que se confía la misión de mantener y difundir la nueva religión; esto proporciona al poder político autocrático una legitimación que precisaba, y asienta la potestad normativa en esa misma fundamentación autoritaria, que se instala en el Imperio bizantino, en donde encontraba acomodo en las tradiciones orientales relativas a la organización política, y que se traslada también a Occidente, suplantando los elementos de libertades clásicas propios de la cultura latina y también los valores políticos del mundo germánico. La idea del Derecho y del poder político como una ordenación coactiva soberana que se introduce en la cultura jurídica y política con-

(44) Aun a pesar de la desaparición de las Asambleas populares, a las que correspondía la aprobación de las leyes en la constitución republicana, el Principado no prescinde de esa legitimación, que se entiende conferida al emperador por la **lex de imperio**, interpretada como delegación en el **princeps** por parte del **populus** del poder legislativo; **vid.** Magdelain, en **Labeo**, 10 (1964), p. 278 ss.; por lo demás, las funciones de los Comicios son trasladadas al Senado (**Tac., Ann.** 1.15), si bien la tendencia hacia una autónoma potestad legislativa imperial se afirma ya desde principios del s. II con Adriano.

(45) Koschaker, *cit.*, p. 65 ss.

tinental europea procede de la asimilación del mundo cultural bizantino, que el Imperio carolingio reproduce, imitando a Bizancio y, al propio tiempo, situándose en posición antagónica a éste.

Desde el punto de vista político-organizativo, el Imperio carolingio supone un intento de dar forma política al conjunto de las entidades nacionales europeas, sobre la base de la cultura común romanizada y, sobre todo, la unidad religiosa institucionalmente representada en la Iglesia romana. El Imperio carolingio, como expresión política, es una realidad nueva, exponente de la combinación de los elementos romanos y germánicos propios de la realidad del momento histórico en que nace (a. 800), y que utiliza el Cristianismo como referente común de identidad, y la autoridad pontificia como instrumento de legitimación de la dignidad imperial (46). Ni el Imperio carolingio ni el alemán que le sucedió consiguieron la adhesión del conjunto de pueblos de la Europa occidental, permaneciendo al margen y en pugna con él países como Inglaterra, Francia y España, ni tampoco logró la incorporación de los pueblos escandinavos.

Los elementos de identidad europea no tienen, pues, nada que ver con esta forma político-organizativa, sino con la adhesión a la ética social y a la interpretación de la existencia representada por el Cristianismo, que proyecta su influencia, no sólo entre las clases sociales superiores, sino también en el conjunto de la población; pero, además, la Iglesia romana representa ante todos los pueblos europeos una imagen institucionalizada de la realidad, dotando de cohesión al conjunto de las entidades políticas nacionales y particulares, a las que proporciona una base común de pensamiento y, con la adopción del latín como lengua universal de comunicación, también un cauce para la difusión general de la cultura (47). Todo ello cumple la función de identificación del conjunto en una comunidad supra-nacional de naturaleza cultural, en cuanto referida a un cierto modo de entender la existencia, y trascendente a una específica forma político-organizativa, que participa de aquella identidad común sin representarla de modo exclusivo.

La formación de la identidad supra-nacional europea sobre la base del Cristianismo y la cultura romano-helenística por él asumida, así como en la adhesión a la Iglesia de Roma, adquiere un significativo refuerzo como consecuencia de dos hechos disgregadores que se producen fuera del ámbito europeo: en primer lugar, el Islam, que desde el a. 634 inicia un proceso de conquista de las provincias mediterráneas del Imperio bizantino, penetrando en la propia Europa hasta el sur de Francia, en donde es detenido por los francos (a. 732); al contrario de lo sucedido con los pueblos germánicos, cuya concepción del mundo pudo conciliarse con la cultura romana a través de la mediación del Cristianismo, el Islam representó la contra-cultura occidental europea y cristiana. En segundo lugar, el cisma bizantino, que tiene una primera manifestación en el s. IX (a. 867) y su formalización definitiva en el s. XI (a. 1054), momento a partir del cual la Iglesia de Roma se convierte en aglutinante de los pueblos europeos y en expresión de la cultura cristiana occidental, tanto frente a la diferente interpretación del fenómeno religioso y de la propia forma de organización política que Bizancio representa, cada vez más configurada como un estado oriental, y la contra-cultura cristiana identificada

(46) Koschaker, cit., p. 43 ss.

(47) Calasso, *Il Diritto Comune come fatto spirituale*, en *Introduzione*, cit., p. 140 ss.; Koschaker, cit., p. 65 ss. y Wieacker, cit., p. 17 ss.

con el Islam, que finalmente destruye el Imperio bizantino (a. 1453). Estos elementos externos contribuyen a afianzar la identidad y cohesión de los pueblos europeos en torno a elementos de naturaleza político-cultural, cuya relevancia desdibuja la propia significación de Europa como referente identificador dotado de contenido cultural; tal referente, en efecto, fue el Cristianismo, hasta que el movimiento humanista inició la formulación de una nueva interpretación de la existencia para un autónomo espacio cultural europeo.

2. El Humanismo.

La expansión del Cristianismo por los diferentes territorios europeos, y especialmente el proceso de incorporación al mismo de los pueblos germánicos, constituye una muestra de adaptación de una cultura común a las peculiaridades de las diversas entidades nacionales; tanto la transmisión como la adaptación de la religión y la cultura romano-helenística se efectúa a través de elementos personales e institucionales eclesiásticos, que adquieren también importancia y peso en el ámbito de la administración, pero que difunden sólo parcialmente la cultura clásica, aislando de la misma las aportaciones en el campo de las ciencias naturales (48), que comienzan a ser conocidas en Occidente a través de traducciones latinas de las obras de los sabios árabes, en los siglos XII y XIII, y en menor medida todavía se suscita una reflexión político-intelectual en relación con las aportaciones procedentes del campo del pensamiento en la cultura romano-helenística. La superación de tales planteamientos en el mundo de la cultura y en la práctica política se produce por obra del Humanismo, dentro del marco de la interpretación cristiana de la existencia, pero a partir de una concepción secular de la misma.

La moderna revisión de la historia intelectual ha puesto en tela de juicio la supuesta identidad entre el Humanismo y lo pagano, así como la pretendida oposición entre la sabiduría pagana y el saber cristiano; muy especialmente, las indagaciones sobre los orígenes medievales del Renacimiento han demostrado la continuidad del proceso histórico y el fondo cristiano del Humanismo, que en lo esencial supone la liberación de la cobertura eclesiástica y religiosa de la cultura y la formulación de un orden racional autónomo, aunque no concebido como antitético de la interpretación cristiana de la existencia (49).

El movimiento humanista supone una síntesis entre los elementos positivos del clasicismo y los del Cristianismo, en el marco central de la exaltación de los valores propios del hombre y creados por el hombre. De alguna forma, el Humanismo viene a desempeñar, como forma cultural y modo de interpretación de la existencia, la función que correspondió en su momento a la cultura romano-helenística, pero en un espacio cultural y político distinto; sin ruptura con la tradición cristiana de Occidente, el Humanismo sienta las bases de la cultura moderna

(48) Koschaker, cit., p. 67 ss.

(49) Estudios fundamentales en este sentido son los de G. Saita, *Il pensiero italiano nell'Umanesimo e nel Rinascimento*, (3 vols. 1949-1951) y H. Baron, *The crisis of Early Italian Renaissance* (2 vols., 1955); una obra valiosa es la de G. Toffanin, *Historia del humanismo desde el siglo XIII hasta nuestros días* (tr. cast., 1953); también debe ser citado G. de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age* (6 vols., s.d.) y J. Huizinga, *El otoño de la Edad Media* (tr. esp., 1946); las tesis tradicionales tienen su más destacado exponente en J. Burckhardt, *La cultura del Renacimiento en Italia* (tr. esp., 1941).

y de la fundamentación autónoma del orden social y político con el redescubrimiento de la razón como instancia legitimadora del conocimiento y de la persona como elemento esencial de referencia en el plano político.

Desde el campo del pensamiento hay que situar en la nueva dirección a Santo Tomás de Aquino (1224-1274), cuya aceptación de la filosofía griega de la justicia de Aristóteles engendró la primera teoría europea del Derecho natural; Santo Tomás apuntó también la diferenciación entre Derecho y moral y afirmó el valor autónomo de la razón como vía de conocimiento. Pero igualmente hay que situar en esa dirección, aunque en un distinto plano, a Marsilio de Padua (1270-1342), que inició una corriente intelectual defensora de la diferenciación y separación entre el poder civil y el religioso, y que formula la doctrina de la fundamentación democrática de la ley y del poder político. Con Duns Scoto (1274-1308) y Guillermo de Ockam (1280-1349) se establecen en Oxford los primeros fundamentos de la ciencia experimental moderna, que produce en el s. XIV los primeros tratados científicos. Representativo del ideal de transformación sin ruptura con el espíritu de concordia universal es, sin duda, Erasmo (1465-1536), reconocido líder del Humanismo europeo, y testigo de la ruptura violenta de la identidad europeo-occidental a causa de la Reforma protestante, que supuso también una crisis de la conciencia europea, que sólo más tarde pudo ser recuperada precisamente sobre los fundamentos que el movimiento humanista había comenzado a establecer.

El movimiento humanista no logró elaborar en el campo jurídico un nuevo planteamiento práctico del orden jurídico, distinto del por entonces prevalente, debido a su actitud fundamentalmente literaria e historicista ante el Derecho romano. Pero como corriente de pensamiento, y precisamente en relación con el **Corpus Iuris**, adoptó una actitud de crítica racional que suponía una ruptura con la concepción autoritaria del Derecho, que pesaba sobre la tradición jurídico-política desde el s. IV, y de la que la Jurisprudencia medieval no se había desligado. También esta idea renovadora del Humanismo quedó temporalmente frustrada por la concurrencia de factores político-organizativos externos.

3. Crisis de la conciencia europea.

En el siglo XVI se produce el fortalecimiento de las monarquías absolutistas en Occidente, al mismo tiempo que declinan otras formas de organización político-territorial intermedia, como las entidades municipales y las ciudades-estado, y supra-nacionales, como el Imperio germánico y la misma Iglesia de Roma que, en cuanto institución supranacional había quedado seriamente afectada por el cisma de Aviñón (1378-1417). El carácter nacional de estas monarquías va acompañado de un proceso de concentración del poder en la persona del monarca, fundiendo la diversidad de territorios bajo una única soberanía. En el plano de la política del Derecho, ello trajo como consecuencia la afirmación de la idea del monopolio normativo del Estado soberano en el ámbito de su propio territorio.

La fundamentación teórica del absolutismo en la Europa continental fue formulada por Bodino (50), cuya doctrina viene a legitimar científicamente la vinculación del Derecho con el titular de la potestad normativa, que se atribuye al mo-

(50) *De republica libri sex* (1576), cuya versión francesa, *Les six livres de la république* aparece en 1580.

narca absoluto, al que se coloca por encima del ordenamiento jurídico, tomando como imagen referencial la fórmula imperial romana **princeps legibus solutus est**, y entendiendo la ley como un mandato del soberano. En realidad, esta concepción autoritaria en cuanto a la formulación general del Derecho y su legitimación, se corresponde con el pensamiento jurídico-político recibido en la Europa continental procedente del Bajo Imperio romano, y mantenido por las primeras generaciones de juristas del Medioevo (51), en donde, sin embargo, la no concurrencia de factores políticos favorables, impidió que se tradujera en una identificación del Estado con el Derecho y con la reducción de sus fuentes a la legislación. En todo caso, se trata de una doctrina que refrenda una realidad política que supone en el plano jurídico un retroceso respecto a la legitimación democrática del Derecho formulada y vigente en la cultura griega y romano-republicana, y contraria a los planteamientos iniciales del movimiento humanista, en la forma enunciada por Marsilio de Padua. Las ideas de Bodino tienen reflejo en la doctrina política de Hobbes (52) en Inglaterra, en donde el absolutismo y la forma de estado continental europeo no alcanzan a consolidarse.

Los factores políticos ahora expuestos contribuyen a debilitar la conciencia común supra-nacional europea, y muy especialmente la identificación del Derecho con la potestad normativa autocrática y la reducción del ámbito de su vigencia al marco nacional iban a operar como elementos disgregadores del reconocimiento de un Derecho Común de naturaleza supra-nacional. Un factor que contribuyó igualmente a la pérdida del sentido universal del fenómeno jurídico fue también la relevancia que la teoría política continental del estado-nación otorgó al elemento del territorio, como ámbito espacial del ejercicio de la soberanía; se trata de una idea procedente de la concepción griega del estado, en cuanto espacio territorial acotado, frente a la idea propia de la cultura latina, en la que opera sobre todo el elemento personal de pertenencia a una comunidad político-cultural (53). La prevalencia del elemento territorial sobre el personal, y la patrimonialización del estado en forma de dominio del titular soberano del mismo estaban llamados a tener una decisiva repercusión a partir del momento en que se quiebra la unidad religiosa y, con ello, la última fundamentación de identidad europea vigente, por no haber podido generar todavía el movimiento humanista una nueva interpretación europeo-occidental de la existencia y de la organización de la convivencia política comúnmente aceptada por el conjunto de los pueblos europeos, ni tampoco un marco referencial institucional de cohesión del conjunto de las entidades nacionales.

En realidad, la doctrina política de Bodino encuentra su justificación en tratarse de una respuesta teórico-práctica al problema de la convivencia nacional de diferentes creencias enfrentadas, en un momento en que se había producido la quiebra de la unidad religiosa. La soberanía, personificada en el monarca absoluto, aparece como el único elemento de cohesión en la sociedad, pero la pérdida de una comunidad supra-nacional como referente obliga a reducir el ámbito de esa cohesión a cada forma particular nacional de interpretación de la existencia; la religión vino, así, a convertirse en elemento de identificación nacional y, al mismo tiempo, en factor de desintegración de la conciencia europea; el proyecto de res-

(51) Galizia, *La teoria della sovranità del Medio Evo alla Rivoluzione Francese* (1951).

(52) Entre otros, sobre Hobbes, Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes* (1957).

(53) Vid. d'Ors, *Sobre el no-estatismo de Roma*, en *Ensayos de teoría política* (1979), p. 57 ss.

tauración de la **universitas christiana** por parte de Carlos V (1500-1558) representa un último y fallido intento político de detener un proceso histórico-cultural que no podía ser reconducido ya por otros medios que los de la recuperación de una nueva forma de identidad europea. Perdida ésta, la posterior historia política se caracterizará por la formación de espacios políticos y culturales diferentes, proyectados fuera del ámbito europeo y, ocasionalmente, en forma también de expansión interna.

Aunque la fuerza de la tradición jurídica y el natural efecto atractivo de las ideas propias de la cultura occidental europea generen movimientos culturales que repercuten, en mayor o menor medida, en el conjunto de los pueblos europeos, resulta evidente la ausencia de un marco común de adhesión a elementos de identidad supra-nacionales y la inexistencia de una conciencia supra-nacional europea a partir de la primera mitad del s. XVI. El fenómeno de un Derecho Común Europeo, tanto en su dimensión cultural como en cuanto sistema deja de tener sentido en ese momento, porque también desaparece la conciencia de una común forma de interpretación de la existencia y de una cultura asentada en elementos comunes de identidad, de la que el Derecho Común es una simple manifestación.

Descrito el ámbito espacio-temporal en que se manifiesta el Derecho Común como fenómeno jurídico-cultural europeo, procede examinar ahora la presencia a lo largo de este período de los demás elementos estructurales del mismo y las peculiaridades que presenta respecto a la primera manifestación de este fenómeno en la cultura romano-helenística.

B. EL FENOMENO DEL DERECHO COMUN EN LA EUROPA CONTINENTAL: LA TRADICION JURIDICA ROMANO-CANONICA.

1. Formación del Derecho Común como sistema por obra de la Jurisprudencia.

El análisis del período romano del Derecho Común permite reconocer el papel decisivo que en su formación como sistema desempeñó la Jurisprudencia científico-práctica, en estrecha relación con los órganos en los que residía la potestad normativa, constituidos por el edicto pretorio y, a partir del Principado, la legislación imperial (54). La incorporación del sistema jurisprudencial de Derecho Común a los diferentes territorios comprendidos en el espacio cultural y político romano (55) no se produce a través de mecanismos propios de un orden jurídico que emana de un centro político que impone un Derecho general y uniforme a las diversas entidades nacionales y territoriales, sino mediante procedimientos autónomos de adaptación de aquel sistema, fundamentalmente a través de la potestad edictal de los gobernadores provinciales, lo que permite la formación de Derechos particulares participados por el sistema general del Derecho Común y la funcionalidad del específico sistema de Derecho Común como supletorio frente a los

(54) Sobre la relación entre la legislación imperial y Jurisprudencia, vid. Gualandí, **Legislazione imperiale e giurisprudenza** (2 vols., 1963), que estudia las citas de los rescriptos en las obras jurisprudenciales.

(55) Ese espacio es también, naturalmente, económico; un estudio clásico del tema puede verse en M. Rostovtzeff, **Historia social y económica del Imperio romano** (tr. esp., 2 vols., 1962).

Derechos particulares autóctonos. También puede constatarse en el período romano del Derecho Común cómo la ausencia de Jurisprudencias nacionales impide el desarrollo integrado de los Derechos territoriales y genera el fenómeno del vulgarismo jurídico (56). Este esquema estructural sirve de punto de partida para el análisis del período del Derecho Común comprendido entre principios del s. XII y la primera mitad del s. XVI, cuya novedad más característica respecto al momento histórico anterior se encuentra precisamente en el hecho de que el centro cultural inicial de formación del sistema de Derecho Común, situado en el norte de Italia, se diversifica en las diferentes entidades nacionales europeas. De ello resulta la formación de Jurisprudencias propias de las diversas nacionalidades y una estructura general del sistema del Derecho Común Europeo, en cuyo ámbito se encuentran Derechos nacionales participados por el Derecho Común y la vigencia de éste como sistema referencial a partir del **Corpus Iuris** justiniano integrado y desarrollado para su adaptación práctica por la Jurisprudencia, en la que ocupa un papel relevante la específica del centro cultural originario de formación del sistema posteriormente incorporado como común por las diferentes Jurisprudencias nacionales.

La presencia de una realidad normativa plural, resultado de la incorporación en forma técnicamente diversa de un orden jurídico general común, adaptado e integrado por la Jurisprudencia a las diferentes entidades nacionales y territoriales, teniendo en cuenta las peculiaridades de naturaleza cultural dentro del ámbito espacial común, permite establecer la diferencia entre un sistema de ordenamiento único, con vigencia en diversos ámbitos político-territoriales y una ordenación como la representada por el Derecho Común, que presenta la estructura de un sistema general formado por diferentes subsistemas nacionales o territoriales participados por aquél (57).

Ciertamente, en la medida en que exista una organización política que aglutine institucionalmente de manera total o parcial el espacio cultural en el que se desarrolla el fenómeno del Derecho Común éste puede presentarse como un bloque normativo de aplicación general para las diversas entidades nacionales que cuentan con un Derecho propio. Tal es la fisonomía que presenta la legislación romano-germánica del Imperio franco, que desde principios del siglo X aparece dotada de eficacia general para las comunidades romana y franca (58), dentro de una tendencia unificadora a la que también responde desde principios del siglo XI la asunción de la **lex romana**, es decir, la **lex iustiniana**, como **lex generalis**; la genérica denominación de **leges communes** que se aplica a esta legislación supone una antítesis con el **ius proprium** y, por tanto, opera desde la diferenciación de bloques normativos en forma distinta a la que presenta la estructuración de un sistema general de Derecho Común.

La actitud intelectual con la que los Glosadores (59) reciben el Derecho romano-justiniano y, en particular, el Digesto, resulta incompatible para su utilización

(56) Acerca del fenómeno del vulgarismo son fundamentales las obras de E. Levy, **West Roman Vulgar Law**, I, **Law of Property** (1951) y **Weströmisches Vulgarrecht** (1956); una exposición reciente, con bibliografía general, en Wieacker, «**Vulgarrecht**» und «**vulgarismus**». **Alte und neue Probleme und Diskussionen**, en **St. Biscardi**, I (1982), p. 33 ss.; sobre el vulgarismo como ausencia de Jurisprudencia, **vid.** d'Ors en **Labeo** (1960), p. 232 ss.

(57) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 79 ss.

(58) Besta, **Introduzione al Diritto Comune** (1938), p. 20 ss.

(59) Sobre los Glosadores, Koschaker, cit., p. 101 ss. y Wieacker, cit., p. 31 ss.

como base formativa de un sistema de Derecho Común; en efecto, para los Glosadores aquel Derecho se entiende como **unum ius**, es decir, como único y auténtico Derecho, de modo que los Derechos pre-existentes de carácter particular y los derivados de las entidades políticas que convivían en el Imperio germánico (60) y el mismo Derecho canónico no merecían la consideración de auténtico Derecho y, en todo caso, no podían prevalecer frente al Derecho romano-justiniano (61). Con independencia de este planteamiento teórico, en la práctica el **Corpus Iuris** va incorporándose a los diferentes ordenamientos en la medida en que es acogido por las correspondientes jurisdicciones como Derecho supletorio del **ius proprium**, aunque de hecho ocupe un ámbito de aplicación preponderante debido a la insuficiencia de los Derechos particulares y del mismo Derecho germánico, que se admite como **ius singulare** (62). En definitiva, pues, la posición del Derecho romano-justiniano en el espacio político y cultural del Imperio germánico, dentro de la zona de influencia de aquél, viene a continuar la tendencia hacia la territorialización del Derecho presente desde el siglo X, doctrinalmente reforzada por los juristas con la idea del carácter universal del Derecho romano, que se toma como sistema completo y diferenciado de los demás Derechos concurrentes.

Una mayor maduración del pensamiento jurídico, no ajena al contraste con la realidad práctica, conduce a la Jurisprudencia (63) a la formulación de un nuevo concepto de **ius commune** que se identifica con el Derecho romano entendido como subsidiario y apto para operar a partir del mismo la integración de un sistema armónico del conjunto de normas que regulan las relaciones humanas. Este cambio de orientación, que tiene en Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) su expresión más acabada, constituye el punto de partida metodológico de referencia para la formación de un sistema general europeo de Derecho Común, que se aplica por parte de los juristas italianos a sus propios sistemas jurídicos, en el ámbito de **regna y civitates** soberanas o cuasi-soberanas, en un momento histórico en el que se había ido produciendo la desintegración del Imperio germánico, pero también la difusión cultural en los diferentes pueblos europeos del estudio del Derecho romano, constituido no sólo por el **Corpus Iuris**, sino también por las obras de los Glosadores y Comentaristas (64).

La contraposición entre **ius commune** y **ius proprium** caracteriza, en buena medida, el período europeo del Derecho Común, en donde aquél aparece identificado con la **interpretatio Doctorum** realizada a partir del **Corpus Iuris**, y éste no sólo con el Derecho autóctono, sino también con el procedente de la legislación nacional o particular. El **ius commune** como Derecho jurisprudencial es el elemento que da cohesión al sistema general y a través del ejercicio de la potestad normativa que se desenvuelve en el ámbito del **ius proprium** se produce la adaptación y modernización del orden jurídico en los diferentes espacios político-territoriales. Pero de la corriente metodológica representada por Bártolo se deriva también la

(60) El 23 de septiembre del a. 951 tiene lugar la coronación imperial de Otón I en Pavia; sobre la ideología imperial, vid. R. Folz, *L'idée de l'empire en Occident du V au XIV siècle* (1953).

(61) Acerca de esta postura y el problema de los Derechos concurrentes en el pensamiento jurídico de los Glosadores, vid. Calasso, *Il concetto di Diritto Comune*, en *Introduzione*, cit., p. 51 ss.

(62) Lombardi, *Saggio*, cit., p. 80 ss.

(63) Calasso, *Il concetto*, cit., p. 68 ss. analiza la evolución del pensamiento de los juristas de la Glosa, que desemboca en la superación por los Comentaristas del problema de las relaciones entre el Derecho romano-justiniano y los Derechos particulares.

(64) Sobre la escuela de los Comentaristas, vid. Koschaker, cit., p. 143 ss. y Wieacker, cit., p. 48 ss.: en particular, acerca de Bártolo, vid., *Bártolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il IV Centenario* (2 vols., 1962).

función integradora de las Jurisprudencias nacionales del **ius proprium** en el marco general del **ius commune** y, con ello, la configuración de subsistemas jurídicos dentro del sistema general del Derecho Común. Calasso (65) puso acertadamente de manifiesto que el sistema general referencial del Derecho Común en este período está constituido, no sólo por el Derecho romano y la doctrina jurisprudencial de él derivada, sino también por el Derecho canónico que, con el Decreto de Graciano, compuesto entre 1140 y 1142, fue objeto de una ordenación que iba a tener una gran difusión científica y práctica (66). La expresión medieval **utrumque ius** refleja la armónica interrelación entre los dos sistemas y, al mismo tiempo, expresa la adhesión a una identidad cultural común, que se apoya en una valoración de orden ético y que refleja una forma determinada de interpretación de la existencia; el **ius proprium** se entiende, pues, vinculado al **utrumque ius**, y los tres bloques normativos configuran una unidad sistemática general, pero no uniforme, sino adaptada a las diferentes entidades nacionales.

Tanto la formación como el desarrollo del sistema del Derecho Común requiere el concurso de la Jurisprudencia y de la potestad normativa por la que discurre fundamentalmente la introducción de elementos innovadores más allá de los límites de actuación interpretativa jurisprudencial. La insuficiencia y crisis del Imperio germánico como expresión institucional supra-nacional europea determinó un vacío parcialmente ocupado por la Iglesia de Roma, que sirvió como aglutinante de los diferentes pueblos europeos, pero que no podía actuar como soporte de la función legislativa general ni de la correspondiente jurisdicción; todo ello conduce de modo natural a un desplazamiento de esas funciones a los ámbitos nacionales. El fenómeno del Derecho Común en este período de la historia jurídica europea se presenta, pues, bajo notas características de tipo jurisprudencial, y la tendencia hacia la reconducción del fenómeno a los respectivos ámbitos nacionales resulta una consecuencia derivada, no sólo del afianzamiento político de las entidades nacionales y territoriales, sino sobre todo por la falta de consolidación de un marco político-organizativo supra-nacional aglutinante del conjunto, lo que vino a acentuar las tendencias disgregadoras; la pérdida posterior del referente cultural común dejó sin fundamento al sistema general del Derecho Común. La síntesis de los elementos procedentes del **ius commune** con los del **ius proprium** se formalizará por vía legislativa, pero vendrá preparada por las Jurisprudencias nacionales, a través de procesos particulares de integración semejantes al que desembocó en la compilación justiniana y en el marco de una concepción también unitaria del Derecho y de afirmación de la potestad legislativa con exclusión de la autoridad de la Jurisprudencia. Frente a la idea política que identifica ley y Derecho, el período del Derecho Común que se desarrolla desde el s. XII al XVI muestra en sus diversos momentos (67) la fuerza creadora de una Jurisprudencia que fue

(65) **Il problema storico del Diritto Comune**, en *Introduzione*, cit., p. 106 ss.

(66) El Derecho canónico mantuvo siempre una dependencia respecto a las categorías del Derecho romano ya desde el Bajo Imperio: vid. V. de Reina, **La influencia romana en el Derecho canónico como cuestión metodológica**, en *Ius Canonicum*, IX-1 (1969), p. 179 ss.

(67) Sobre las diferentes etapas del Derecho Común en su formulación italiana, vid. Lombardi, **Saggio**, cit., p. 109 ss.; desde un plano más general, Calasso distingue una primera fase, que comprende los siglos XII y XIII, caracterizada por el predominio del Derecho romano como Derecho Común sobre cualquier otra fuente concurrente, cuya validez es admitida en cuanto no viole una norma de Derecho Común; a esta fase podría llamársela período del Derecho Común absoluto, una segunda fase, que comprende los siglos XIV y XV se caracteriza por la afirmación del **ius proprium** como fuente primaria de los ordenamientos particulares y el Derecho Común es admitido como ordenamiento universal subsidiario, de donde la denominación de período del Derecho Común subsidiario; la tercera fase, del s. XVI, es denominada período del Derecho Común particular y se inicia a partir de la consolidación de los estados nacionales: vid. Calasso, **Il problema storico del Diritto Comune**, en *Introduzione*, cit., p. 125 s.

capaz de crear una cultura jurídica europea común, compatible con su diferente expresión en los diversos espacios nacionales, así como contribuir con el Derecho a la transformación de la realidad política.

2. Difusión del Derecho Común como fenómeno jurídico-cultural. Incidencia del factor político-organizativo.

La naturaleza prevalentemente cultural que presenta el fenómeno europeo del Derecho Común se percibe a través de la primacía que ocupa la Jurisprudencia tanto en la formación como en la expansión de ese movimiento jurídico-cultural, así como en la adaptabilidad de esa Jurisprudencia a las condiciones político-organizativas favorecedoras del mismo. La Jurisprudencia se presenta, así, como el primero de los elementos estructurales internos que aparecen como genéticamente configuradores del fenómeno del Derecho Común, en la medida en que se trata de una Jurisprudencia que goza de autoridad, en el sentido de reconocimiento social en el desarrollo creativo del Derecho, y por aparecer vinculada profesional y científicamente con el sentimiento cultural presente en un momento histórico en que la configuración de un ámbito jurídico común se presenta como una demanda de la realidad político-cultural.

La Jurisprudencia romana artífice del **ius gentium** responde a estas características, y también concurren otras similares en los juristas y en el momento histórico en que tiene lugar la aparición de la ciencia europea del Derecho en la escuela de Bolonia y, con ello, la formación de la clase profesional de los juristas, que se configura como socialmente influyente en la realidad jurídico-política. Por lo que se refiere a la posición de la Jurisprudencia en la sociedad de la Italia septentrional, los estudios realizados reflejan, ante todo, la correspondencia entre la nueva imagen de una sociedad más diversificada en la que la profesión jurídica sirve como cauce de acceso a situaciones de influencia social (68); como sector profesional, los juristas ocupan una posición de prestigio y reconocimiento social, que adquiere un gran refuerzo por su agrupación en corporaciones y colegios. La naturaleza de su influencia es de carácter técnico; en calidad de tales, los juristas intervienen en la práctica del Derecho como abogados, notarios y jueces, especialmente en estos casos en funciones de arbitraje, y son llamados al desempeño de tareas de administración y, en ocasiones, diplomáticas. Se trata de una Jurisprudencia práctica, pero que presenta frente a la romano-clásica la novedad de combinar esa dimensión práctica y asentar su prestigio en la docencia universitaria y la producción científica.

El Derecho Común aparece, pues, genéticamente ligado a esta Jurisprudencia y nace primero como producto puramente cultural y científico, al margen de cualquier cauce de formulación oficial y, por tanto, fuera del marco legislativo, pero también como no dependiente de una instancia política. Este origen cultural autónomo de la renovación jurídica derivada del redescubrimiento del **Corpus Iuris** y la posición de prestigio e influencia que los juristas, como grupo profesional, adquieren en la sociedad y ante los poderes públicos es, sin duda, determinante para

(68) El origen social de los juristas refleja una diversificación, que aleja la profesión jurídica de una vinculación a un determinado sector o clase social; Lombardi, **Saggio**, cit., p. 86 extrae esta conclusión de los datos aportados por Savigny en su **Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter** (1834-51).

comprender el modo peculiar de expansión renovadora con que los juristas protagonizan en los distintos pueblos europeos el fenómeno del Derecho Común, así como también las relaciones de ese fenómeno y de los juristas con los elementos político-organizativos y las instancias de poder político de una época histórica en la que los juristas se convierten en instrumentos de apoyo de las transformaciones de la realidad política.

Una primera manifestación de la primacía de los juristas en cuanto a la iniciativa de introducción del nuevo Derecho en la práctica y su aceptación por los poderes públicos se encuentra en la forma en que ello tiene lugar en el ámbito del Imperio germánico. Son los propios juristas quienes ponen a disposición del emperador medieval el Derecho romano-justiniano por ellos considerado como el único verdadero Derecho, formulando la fundamentación teórico-política de su incorporación como Derecho general y único con la doctrina expresada en la fórmula **unum ius unum imperium**, pero también elaboran los propios juristas la doctrina acerca de las condiciones de tal asunción política, de manera que el Derecho permanezca bajo el control de los juristas. En realidad, lo que persiguen los juristas de la Glosa es resolver el problema de la legitimación del Derecho por ellos cultivado científicamente en cuanto a su vigencia práctica como Derecho positivo; tal legitimación, de acuerdo con las exigencias del orden jurídico medieval, sólo podía encontrarse en el emperador católico, cuya investidura divina le faculta para emanar una legislación universal. Se trata, evidentemente, de una legitimación teológica, requerida por las condiciones generales para la legitimidad de todo saber en el mundo cultural del Medioevo, pero todo induce a pensar que se trata de una utilización funcional de una legitimación concebida instrumentalmente, es decir, un modo técnico de conseguir el reconocimiento oficial y preponderante del Derecho que los juristas quieren introducir en la práctica como Derecho universal, utilizando los esquemas mentales y referencias legitimadoras con los que operaba la cultura de su tiempo (69).

El punto de vista antes apuntado resulta esclarecedor para entender la posición de la Jurisprudencia que, al mismo tiempo que formula esa legitimación teórica, afirma su dominio sobre el mundo del Derecho y se atribuye el control racional, a efectos de su asunción o no en el ámbito del Derecho Común, de las por lo demás escasas disposiciones legislativas emanadas por el emperador cristiano (70). El nexo entre el factor político-organizativo representado por el Imperio germánico y el fenómeno del Derecho Común es, pues, inexistente (71); son los juristas los artífices de ese Derecho y también los difusores del mismo en la práctica; uno de los procedimientos utilizados fue el de la cobertura legitimadora universal que ofrecía el emperador medieval, para quien el Derecho romano-justiniano podía servir como instrumento político de unificación jurídica. La naturaleza fundamentalmente cultural del fenómeno del Derecho Común en su expansión europea, lleva a los juristas a encontrar otras formas de fundamentación para su vigencia diferentes de la enunciada por los Glosadores en el marco político del Imperio germánico; es más, el sistema autónomo del Derecho Común se afirmó especialmen-

(69) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 96 ss.; a ello obedece también que la compilación justiniana se perciba a través de la categoría mental de la Revelación y que el emperador se configure como **procurator Dei**.

(70) A. Rota, **Il Diritto Comune** (1946), p. 71 ss.; Lombardi, **Saggio**, cit., p. 97 y n. 33.

(71) Besta, cit., p. 41; Lombardi, **Saggio**, cit., p. 97.

te cuando se tomó por parte de la Jurisprudencia clara conciencia de que su legitimación debía asentarse en una fundamentación racional, que justificaba su incorporación a los diversos sistemas jurídicos nacionales y daba un sentido básico identificador a la cultura jurídica de los diferentes pueblos europeos. En ese proceso intelectual y en el de la afirmación del Derecho Común como fenómeno cultural tuvo una importancia decisiva como cauce transmisor la institución universitaria y el carácter científico-práctico de la Jurisprudencia continental europea.

Un rasgo peculiar de la Jurisprudencia que inicia el período del Derecho Común como fenómeno europeo es su vinculación con la Universidad y la importancia que esta institución tiene como centro de formación y difusión de la cultura jurídica (72). Corresponde al momento de formación de la ciencia europea del Derecho la recuperación de la idea romano-clásica de que el Derecho es cosa de juristas y que requiere un aprendizaje técnico; como consecuencia de la recuperación de esa vivencia social, el jurista se reintroduce en todos los ámbitos de la vida negocial y en la administración. Pero el aspecto que mayor relevancia tendrá para la difusión del Derecho Común es el de la utilización organizada y potencialmente expansiva de un cauce de difusión del pensamiento jurídico como es la enseñanza universitaria; la Universidad se coloca en el centro propulsor de la vida jurídica, en la medida en que se impone la idea de que el jurista se forma en la Universidad, lo que, ciertamente, va a permitir la difusión del Derecho como fenómeno cultural. Este modelo continental europeo, que hace gravitar en la institución universitaria el desarrollo de la vida jurídica, tanto en el plano científico como en el del control formativo para el desempeño de actividades relacionadas con la práctica del Derecho y el acceso a la administración funcionó de manera satisfactoria en la medida en que se mantuvo una interconexión entre la actividad científico-docente y la vida social en el plano de la práctica del Derecho, así como la influencia de esa Jurisprudencia académica en el ámbito de la administración (73). El cauce de influencia en la vida del Derecho representado por la enseñanza universitaria recibe un apoyo adicional por la difusión del pensamiento científico-práctico a través de una importante producción literaria.

Desde los planteamientos ahora expuestos es preciso verificar la propagación de la ciencia romanística del Derecho por toda Europa, a partir de su creación en Italia, y precisamente en la forma expositiva que acertaron a darle los juristas italianos de los siglos XII al XIV, en cuyas construcciones se apoya el fenómeno científico-cultural del Derecho Común Europeo. Parece lógico comenzar ese análisis por Alemania, en la medida en que resulta especialmente probatoria del carácter prevalentemente jurídico-cultural del fenómeno y revelador de la incidencia del factor político-organizativo. En Alemania, en efecto, parecían concurrir los supuestos políticos precisos (74) para una expansión inmediata del Derecho romano-justiniano tras su revitalización en el s. XII; tendencias anteriores en materia de política legislativa venían a favorecer la adopción del Derecho romano-justiniano por parte de los emperadores germánicos, que desde finales del s. X incrementan la adop-

(72) El Medioevo enlaza en este punto con el modelo precedente de la organización bizantina de la cultura; las semejanzas del método exegético y didáctico de los Glosadores con los de las Universidades bizantinas fue puesta de relieve por Pringsheim, **Beryt und Bologna**, en **Festschrift Lenel** (1921), p. 204 ss.

(73) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 109 ss. analiza la relación entre Jurisprudencia y Derecho en los diversos períodos de desarrollo del Derecho Común en el Medioevo italiano.

(74) Sobre esta cuestión, Koschaker, cit., p. 78 ss. y 320 ss.; más ampliamente, Wieacker, cit., p. 62 ss.

ción de formas oficiales imitativas del antiguo Imperio romano; Federico I declara en 1165 que el Derecho romano es Derecho del Imperio, y los Glosadores encuentran en la potestad imperial la fundamentación política legitimadora para la incorporación a la práctica del Derecho romano-justiniano por ellos estudiado; por otro lado, los territorios alemanes ofrecían una notable fragmentación de Derechos territoriales y municipales, respecto a los que el Derecho romano-justiniano podía presentarse como instrumento de unificación o, cuando menos, de cohesión como Derecho Común general. A pesar de todo ello, lo cierto es que el **Corpus iuris** no fue aplicado en la práctica y que la romanización jurídica de Alemania se produjo a través de la influencia de los juristas formados en las Universidades italianas desde el s. XIII y, a partir de la segunda mitad del s. XIV en las propias Universidades alemanas; son estos juristas los que llevan a cabo las primeras fijaciones escritas (75) de algunos de los Derechos territoriales alemanes ya en el s. XIII, y a su influencia hay que atribuir también la incorporación como Derecho imperial en forma de recepción completa del conjunto del sistema jurídico romanístico elaborado por la ciencia jurídica italiana, especialmente por parte de los Comentaristas (76), tras la reordenación del Reichskammergericht (a. 1495).

La historiografía alemana coincide en destacar como hechos explicativos de este fenómeno, entre otros, la ausencia de una Jurisprudencia científica alemana como especialmente determinante de la falta de actualización y desarrollo de los Derechos territoriales y la inexistencia de una conciencia jurídico-cultural alemana, que la debilidad del poder imperial no logró crear y, con ello, tampoco una Jurisprudencia general que, desde los presupuestos metodológicos de los Comentaristas italianos, estuviera en condiciones de integrar los distintos Derechos territoriales a partir de la ciencia romanística y dentro de la estructura plurinacional del Imperio germánico (77). En todo caso, la suerte de la expansión en Alemania del fenómeno del Derecho Común revela la inexistencia de una interconexión práctica entre el factor político-organizativo representado por el Imperio germánico y el nacimiento y propagación de la ciencia europea del Derecho, que aparece históricamente protagonizada por los juristas, a cuya influencia, a través de cauces culturales, se debe primordialmente la difusión de aquel fenómeno, que se adapta en cada entidad nacional a las propias condiciones políticas y culturales por obra de los mismos juristas (78).

La desvinculación de ese movimiento cultural del ámbito político-organizativo en que nace, y el carácter universal del mismo, se percibe especialmente en la forma en que se produce la expansión de la ciencia romanística en países situados, no sólo fuera de aquel espacio político, sino en pugna con la forma organizativa representada por el Imperio germánico. Así ocurre, ante todo, en Francia, cuyas regiones meridionales reciben en el s. XII las doctrinas de los Glosadores a través de la enseñanza universitaria que se instaura en Montpellier y Toulouse, y en el s. XIII en Orleáns y París; ciertamente, la penetración de la ciencia roma-

(75) Vid. Wieacker, cit., p. 79 ss.

(76) Sobre la recepción del Derecho romano en Alemania, vid. Wieacker, cit., p. 179 ss.

(77) Este punto de vista aparece argumentalmente tratado como central en Koschaker, cit., p. 239 ss., pero también es desarrollado por Wieacker, cit., p. 79 ss.

(78) En Alemania los juristas formados en el Derecho romano son defensores del Imperio, en consonancia con las ideas de los Glosadores, pero también porque en ese espacio político el Imperio es el cauce idóneo para su influencia y la del Derecho que profesan: Koschaker, cit., p. 120 s.

nística en estos territorios venía favorecida por la pervivencia de la cultura jurídica romana en los mismos, así como también por la relación con las regiones italianas en que aquélla tuvo su nacimiento, pero se extiende igualmente por las regiones septentrionales, en donde rige Derecho consuetudinario de derivación fundamentalmente germánica (79).

La expansión de ese movimiento científico, vinculado a su introducción en las enseñanzas universitarias y, por tanto, a la formación de los juristas, condujo a la incorporación del Derecho romano en la forma en que fue reelaborado por la ciencia jurídica italiana a la práctica jurídica tanto comercial como judicial. Tal resultado se encuentra en relación con la vigencia de una comunidad cultural europea percibida como identidad supra-nacional y al margen de las concretas formas político-organizativas existentes en los pueblos europeos. La originaria vinculación fundamentadora de la vigencia práctica del Derecho romano en la idea del Imperio que habían elaborado los Glosadores resultaba inservible y contraproducente en un país como Francia, cuyo principio político fundamental era la **exemptio imperii** (80); los propios juristas nacionales facilitan la resolución del problema, primero con la doctrina de su validez como costumbre en las regiones romanizadas del sur de Francia, pero, sobre todo, y con carácter general para el conjunto del reino, como **ratio scripta** (81); tal expresión, que aparece en la ordenanza de Felipe IV (1285-1314) por la que en 1312 se reglamentaron los estudios en la Universidad de Orleáns, se utiliza para autorizar la enseñanza de la ciencia romanística italiana en cuanto instrumento de formación jurídica, pero de hecho se emplea en la práctica como fundamentación de la vigencia y alegabilidad en juicio del Derecho romano y de la Jurisprudencia científico-práctica italiana construida a partir del mismo; la idea es asumida y desarrollada durante el s. XVI por los juristas de la corriente humanística, que ven en el Derecho jurisprudencial romano la concreción histórica de la **aequitas**, que conciben como categoría instrumental; los humanistas entienden la vigencia **pro ratione** del Derecho romano con valor cultural universal (82).

La fundamentación teórico-doctrinal de la vigencia **pro ratione** del Derecho romano como Derecho Común permitió la compatibilidad con el Derecho consuetudinario, al modo de los Comentaristas italianos con el Derecho estatutario; pero, sobre todo, hizo posible la integración científica y conceptual del Derecho consuetudinario en un sistema nacional, participado por el Derecho Común europeo; aquella fundamentación supone también el nexo de unión con el período del Derecho Natural racionalista (83).

La experiencia francesa muestra que el fenómeno del Derecho Común es, en conjunto, un movimiento intelectual que desde el siglo XII discurre por cauces fundamentalmente culturales; sin intervención de la potestad legislativa, e incluso venciendo resistencias políticas, la ciencia jurídica romanista se introduce en la vida

(79) Sobre la expansión de la ciencia romanística y la introducción del Derecho romano en la práctica, *vid.*, entre otras, las obras generales de Olivier-Martin, **Histoire du Droit français des origines à la Revolution** (1948), y Lepointe, **Histoire des institutions et des faits sociaux** (1956).

(80) Acerca de las relaciones entre la monarquía francesa y el Imperio, *vid.*, Kinast, **Deutschland und Frankreich in der Kaiserzeit** (900-1270). **Weltkaiser und Einzelkönige** (3 vols., 1975).

(81) Acerca del origen y significación de la expresión **ratio scripta**, *vid.*, Guzmán, **Ratio scripta** (1981).

(82) Guzmán, *cit.*, p. 61 ss.

(83) Guzmán, *cit.*, P. 113 ss.

social y en la práctica del Derecho por influencia de los juristas; las diferentes condiciones políticas en que el fenómeno se desenvuelve dan lugar a formulaciones teóricas de diverso tipo, con vistas a favorecer la expansión y aceptación oficial de la corriente renovadora representada por el Derecho Común. En Francia, frente a la actitud de los Glosadores técnicamente aliados con el Imperio germánico, los juristas facilitan a la monarquía la fundamentación de su independencia frente al Imperio con la fórmula jurídica **rex Franciae est imperator in regno suo**, en un momento en que, bajo San Luis IX (1226-1270), la monarquía francesa comenzaba a consolidarse (84). La identidad cultural europea, de la que el Derecho Común era una manifestación, no se percibe como adhesión a la forma político-organizativa representada por el Imperio germánico, sino como trascendente a la misma, en un momento en que el Cristianismo y la Iglesia romana servían como aglutinantes y como elementos de cohesión en el plano institucional y en el modo de interpretación de la existencia. Tal identidad no se percibe tampoco bajo esquemas unitarios y uniformadores; la Jurisprudencia francesa acepta e incorpora el Derecho romano y la ciencia romanística italiana y forma a partir de todo ello su propio Derecho nacional y un propio sistema de Derecho Común francés, cuya formulación se encuentra ya en Dumoulin (1500-1566).

Por lo que se refiere a la Europa continental, el fenómeno del Derecho Común debe ser examinado también, finalmente (85) en España. Desde fines del s. XII hay constancia de la presencia en Castilla de juristas formados en Italia, y a principios del s. XIII (a. 1220) se inicia con la fundación de la Universidad de Salamanca por Alfonso IX la tradición universitaria y, con ello, la enseñanza del Derecho romano asociada a la del Derecho canónico; a estas primeras generaciones de juristas hay que atribuir (86) la tarea redactora de los Derechos locales, que tiene lugar desde fines del s. XII y durante la primera mitad del XIII, pero, sobre todo, la publicación de las **Partidas** (a. 1265) por Alfonso X (1252-1284), que más que un texto legal, suponen la exposición enciclopédica de la moderna cultura jurídica europea del momento (87); en el plano jurídico-político, las **Partidas** constituyen una expresión del Derecho castellano sobre la base del **ius commune** en la forma al mismo dada por los juristas italianos, en el marco de una política de unificación jurídica iniciada por Fernando III (1217-1252); a pesar del fracaso de la política unificadora de Alfonso X, el prestigio de su obra, no sólo por la autoridad real sino también por su contenido de **ius commune** y la influencia de los juristas, condujeron a su introducción en la práctica desde fines del s. XIII; con Alfonso XI, en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, se fija un texto oficial del **ius commune** en Castilla, en un momento en que había experimentado un fuerte incremento la afluencia de estudiantes castellanos a Bolonia y aumentado la importancia de las Universidades y, con ello, la posición de influencia de los juristas formados en la ciencia romanística.

España contaba con una tradición visigótica de Derecho romano vulgar que, sin duda, favorecía la recepción del Derecho Común, pero también un fuerte sen-

(84) Koschaker, cit., p. 128 ss.

(85) Una exposición sumaria del fenómeno en otros países continentales puede verse en Calasso, **In orbem terrarum**, en **Introduzione**, cit., p. 306 ss., que sitúa a la ciencia como principal vehículo de ese fenómeno.

(86) Font Rius, **La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media**, en **Recueil de Mémoires et Travaux** (Montpellier), 6 (1967), p. 25 ss.

(87) **Vid.** este punto de vista en Montanos Ferrín/Sánchez-Arcilla, **Introducción a la Historia del Derecho** (1988), II, p. 20,

timiento de autonomía en los ámbitos municipales y territoriales de los diferentes reinos; el Derecho Común venía a suponer, en el plano cultural, un elemento de cohesión unificadora del conjunto de los Derechos particulares y territoriales, en la medida en que se colocara en una posición supletoria respecto a los mismos, pero también era susceptible de ser utilizado como sistema general colocado por encima de aquéllos, como instrumento político de consolidación del poder real en una monarquía situada también en la órbita de la **exemptio imperii**; los juristas proyectan su influencia en la integración de los Derechos particulares y territoriales con esquemas propios de su formación técnica romanística, pero también contribuyen, desde el punto de vista técnico, a la consolidación de la monarquía nacional y la formación del Derecho real, en un proceso político de afirmación de la potestad soberana tanto sobre los ámbitos jurídicos locales y territoriales como respecto al Imperio germánico; Alfonso X justifica su legislación en «no tener mayor sobre nos en lo temporal» (Part. I, tít. 1.1.15), lo que constituye una temprana manifestación de afirmación de potestad legislativa soberana y también de la generación de un Derecho nacional apoyado en la misma, por la vía de la integración de los elementos propios con el Derecho Común europeo.

El análisis hasta aquí realizado de la difusión europea del fenómeno del Derecho Común proporciona algunos datos iniciales para valorar las primeras repercusiones de ese fenómeno en el ámbito del Derecho público y de la transformación político-organizativa de la sociedad. Desde este punto de vista, conviene destacar, ante todo que, al resucitar la concepción romana del Derecho y, con ello, al situarlo en la base de las relaciones sustanciales, la Jurisprudencia científico-práctica del Derecho Común hizo surgir como necesaria la exigencia de una nueva organización de la justicia y, dentro de ella, la necesidad de una mayor fundamentación jurídica de las sentencias de los jueces; al mismo tiempo, promovió un proceso de racionalización de la prueba judicial y estableció criterios y procedimientos para resolver las controversias entre los ciudadanos y entre éstos y los órganos de la administración pública, así como los conflictos entre los diferentes estados; de acuerdo con su formación de base privatística, los juristas adaptan criterios de ese Derecho al ámbito publicístico, pero deducen también de conceptos del Derecho público romano, como el **officium**, la idea de la función despersonalizada en las relaciones entre el ciudadano y los poderes públicos, todo lo cual contribuyó a la formulación inicial del estado moderno como realidad técnica (88).

En el desarrollo del movimiento cultural que tiene en la difusión de la ciencia romanística italiana uno de sus más relevantes aspectos se gestan también los elementos básicos de la nueva estructura de la sociedad y el orden de valores que estaban llamados a sustituir el modo de entender las relaciones de convivencia propio del Medioevo. Ante todo, la expansión económica que se produce desde mediados del s. X, y el desarrollo del comercio rompe las estructuras sociales haciendo nacer, con la burguesía, una nueva clase, y surgen las ciudades como centros económicos y culturales, a los que se traslada igualmente la vida política (89); la presión de la burguesía produce un cambio de orientación en la enseñanza, que deja de ser clerical y se seculariza; las Universidades, de fundación no necesaria-

(88) Wieacker, cit., p. 45; Lombardi, **Saggio**, cit., p. 99.

(89) Una exposición general en Kulischer, **Storia económica generale del Medioevo e dell'età moderna** (tr. it., 2 vols. 1954).

mente eclesiástica, responden a ese movimiento y suponen la apertura del acceso a la cultura a la burguesía y la orientación de la enseñanza hacia el ejercicio de profesiones y actividades seculares (90); la enseñanza del Derecho se inscribe en esta orientación.

El redescubrimiento de la racionalidad del Derecho, a partir del estudio y la enseñanza escolástica del Digesto forma parte de una nueva actitud ante el saber, que no podía dejar de tener repercusiones en la práctica política; los juristas proporcionan la argumentación racional, desde los esquemas de orden lógico-cultural vigentes en la época, en una alianza profesional con el poder secular, para la afirmación política de la independencia de éste frente al eclesiástico. En la cuestión de las investiduras, que se inicia en 1075 con el **dictatus Papae** de Gregorio VII, se perfila la problemática de la necesaria independencia de los poderes político y eclesiástico (91), dentro del movimiento general de secularización del pensamiento político. También parece haber tenido su origen en ese conflicto la formulación de la doctrina de la **exemptio imperii**, acuñada por los canonistas en defensa de las posiciones del Papado en su lucha contra el Imperio y posteriormente utilizada por los juristas civilistas, y los mismos canonistas, para afirmar la independencia de los reinos, derivándose posteriormente de ello la idea de la soberanía nacional en su primera formulación en los siglos XIII y XIV. En fin, la tendencia hacia la formación de espacios políticos nacionales tiene en esos momentos su manifestación en el plano jurídico, sirviendo la difusión del Derecho Común de cauce de integración y, al mismo tiempo, de elemento de cohesión de la unidad básica de la cultura jurídica europea.

El Cristianismo había servido de aglutinante de las diversas entidades nacionales europeas en tanto pudo mantenerse como forma común de identificación de la existencia, y en tanto los elementos eclesiásticos fueron los únicos soportes y transmisores de la cultura. La sociedad que nace desde el s. XII se siente cada vez más distanciada de la forma cultural identificadora representada por la Iglesia romana; su sustitución cultural por una nueva forma secular de entender la existencia y la autonomía del pensamiento en el orden intelectual pretende asumirla el movimiento humanista que, en el ámbito de la ética social, inicia un proceso de exaltación de los valores cívicos, tomando como referente la antigüedad clásica, y una actitud política contraria al absolutismo, coherente con la postura crítica racional que profesa ese movimiento en el campo de la ciencia y del pensamiento. Con todo, lo cierto es que el Humanismo no acertó a dar una coherente interpretación de la existencia, sobre todo por lo que se refiere a su concreción en formas de organización política que supusieran una recuperación de la idea de legitimidad democrática, así como la afirmación política de la libertad individual y la fundamentación de la ética social en los valores de la persona; tampoco en cuanto a la traslación al campo político del pluralismo que en el ámbito del pensamiento

(90) Paré, Brunet y Tromblay, **La Renaissance du XII siècle. Les écoles et l'enseignement** (1935), y Haskings, **The Renaissance of the XII th Century** (1927); sobre las Universidades, Haskings Rasdall, **The Universities of Europe in the Middle Ages** (3 vols., 1936), e Irsay, **Histoire des Universités françaises et étrangères** (1933).

(91) El personaje histórico más significativo de esta doctrina es Federico II, que proclama que la dignidad de emperador es recibida directamente de Dios; sobre Federico II, vid., G. Masson, **Frédéric II de Hohenstaufen** (tr. fr., 1963); los emperadores alemanes, desde los Staufen, se sirvieron de los juristas de Bolonia para apoyar su lucha política con el Pontificado; Federico I concedió privilegios a Bolonia, y tanto él como sus sucesores enviaron sus leyes para su publicación a los Glosadores, a efectos de su inclusión en el **Corpus Iuris**; Koschaker, cit., p. 122 ss.

generó el movimiento humanista. Su carácter intelectualista (92) y la concurrencia de circunstancias políticas no favorables, contribuyeron a truncar el desarrollo práctico de la corriente renovadora del Humanismo, a partir de cuyas ideas secularizadoras y valores universales pudo configurarse más tarde la sociedad y el pensamiento moderno, así como una nueva interpretación europea de la existencia conforme con sus señas de identidad, que se asientan en la antigüedad clásica y en la cultura cristiana del Medioevo.

3. Derecho y ley. Posición del juez y de la Jurisprudencia en el sistema jurídico.

Un sistema de Derecho Común tiene su marco de desarrollo en una pluralidad de ámbitos normativos, que requieren, sin embargo, un punto central de concentración de la potestad normativa general. Se trata, pues, de un orden jurídico necesariamente complejo, que propicia la función integradora y armonizadora de la Jurisprudencia. El sistema resulta incompatible con una concepción unitaria del orden jurídico, pero también con la identificación entre ley y Derecho.

En el período del Derecho Común que se desarrolla desde el s. XII al XVI se aprecia la configuración de ámbitos jurídicos autónomos, pero el sistema carece de un centro político en el que tenga su asiento la potestad normativa general, con eficacia en todo el espacio cultural en el que aquel fenómeno se desarrolla. Diversos factores contribuyen a una orientación evolutiva del fenómeno del Derecho Común en el continente europeo que desemboca en su absorción en un sistema unitario, reproduciendo estructuralmente el esquema del orden jurídico que se consolida en la cultura romana desde el s. IV, cuyos supuestos político-organizativos resultan también coincidentes en lo sustancial con los que se presentan prevalentes en los estados nacionales europeos desde el s. XVI. Entre esos factores, dos merecen ser destacados: de un lado, la consolidación política de las monarquías absolutistas, que asumen la potestad normativa como elemento esencial de la soberanía personificada en el monarca, en detrimento de la atribución de esa potestad a los órganos representativos del orden social; de otra, la prevalencia de la Jurisprudencia científica sobre la función judicial en el desarrollo del Derecho, lo que contribuyó a que aquélla tendiera a proyectar su influencia a través de los cauces de formulación del Derecho vinculados a la potestad normativa, contribuyendo así a la configuración de una imagen del orden jurídico fundamentalmente legal, e imposibilitando el fortalecimiento de una organización judicial que pudiera llegar a configurarse como un poder social y políticamente influyente, sobre el que asentar un orden jurídico autónomo desde el punto de vista de la imagen social del mismo, y no meramente dependiente de la potestad política.

El desarrollo de los factores indicados durante el período Bajo-Medieval prefigura la concepción del Derecho y del orden político bajo los supuestos autoritarios de las monarquías absolutistas que encarnan el estado en su formulación de la Edad Moderna en el continente europeo, y condiciona la configuración posterior de la historia política y jurídica de los pueblos europeos, tanto bajo la forma del estado liberal de tipo continental como en las de signo autoritario y totalitario, que no son sino la formalización extrema en el plano jurídico de la idea identificadora

(92) Vid. en Koschaker, cit., p. 143 ss. una crítica a ese movimiento en su dimensión jurídica, por el distanciamiento de la realidad del Derecho.

del Derecho con la ley estatal. El análisis de la función judicial, y, en concreto, de la posición del juez en el sistema jurídico, así como el papel de la Jurisprudencia docta en relación con el desarrollo del Derecho y la de la potestad legislativa con el orden jurídico en su conjunto, especialmente por lo que se refiere a su legitimación, requiere su verificación en los diversos espacios político-territoriales en los que se configuran los diversos sistemas jurídicos nacionales a través de la difusión del fenómeno cultural del Derecho Común.

Por lo que se refiere al ámbito territorial italiano en el que tiene origen el sistema del Derecho Común, el estudio de la realidad judicial (93) se ve dificultado por las variedades que presenta la organización jurisdiccional a causa del principio de autonomía de las diferentes entidades políticas comunales. Con todo, con carácter general puede afirmarse que la jurisdicción de primera instancia era desempeñada por jueces sin una específica preparación jurídica (94), que, por lo demás, no era necesaria para el desempeño de la función judicial; por otro lado, se trata de jueces-funcionarios nombrados por el órgano político y discrecionalmente separables del ejercicio de su cargo, escasamente remunerado y carente de prestigio social. Estas condiciones son distintas en algunos tribunales de apelación, en los que figuran juristas junto a jueces no peritos en derecho, pero tampoco en estos tribunales la formación jurídica es requisito necesario para el desempeño de funciones judiciales, y los miembros de los tribunales de apelación carecen igualmente de estabilidad.

Falta información suficiente para poder asegurar hasta qué punto este sistema podía satisfacer eficazmente la exigencia social de confianza en la administración de justicia; en todo caso, lo que sí puede afirmarse es que se trata de un modelo que venía a favorecer la pre-eminencia de la Jurisprudencia científico-práctica, que desplegaba su actividad profesional a través de la abogacía (95) y la docencia, y que imponía su autoridad a los jueces a través de la práctica del **consilium sapientis** (96), que venía a facilitar el ejercicio de la función judicial, liberando al juez de responsabilidad en el pronunciamiento de la sentencia, pero que, al propio tiempo, privaba al juez de toda autoridad ante el Derecho y de cualquier valor jurídico como precedente a la sentencia por él dictada.

Bajo estas condiciones, resulta clara la inviabilidad práctica de la estructuración del sistema jurídico sobre la base de la posición del juez en el mismo. En el modelo de ordenamiento construido a partir de la Jurisprudencia científico-práctica sobre la que se asienta el fenómeno cultural del Derecho Común, la relación entre el juez y el Derecho se configura desde un planteamiento pasivo de éste, por lo que se refiere a la elaboración de criterios normativos. La Jurisprudencia científico-práctica asume esa función, que se manifiesta en el **consilium sapientis**, que no es otra cosa que la versión jurisprudencial docta de la sentencia como norma individual; a su vez, la publicación de **consilia** cumple la función suplantadora del valor que las sentencias judiciales pueden tener como precedentes y, por tanto, como criterios normativos generales (97). Ciertamente, pueden señalarse otros

(93) Vid. en Lombardi, **Saggio**, cit., p. 95 n. 21 referencias a algunas investigaciones relativas a esta cuestión.

(94) Salvioli, **Storia della Procedura** (1927).

(95) La abogacía, al contrario de lo que ocurre con la función judicial, es una actividad desempeñada exclusivamente por juristas, y altamente remunerada; vid. Lombardi, **Saggio**, cit., p. 92 ss. y Salvioli, cit., p. 23 ss.

(96) Ampliamente estudiado por Lombardi, **Saggio**, cit., p. 124 ss.

(97) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 191 ss.

motivos por los que el sistema del Derecho Común no introdujo el principio del precedente judicial como elemento del sistema; un obstáculo podía venir de las propias fuentes jurídicas romano-justinianeas, que excluían la eficacia general de los **praeiudicia** (C. 7.45.13); pero, además, contribuyó también a ello la falta de exigencia de motivación de las sentencias y la inexistencia de una práctica de publicación de las decisiones judiciales; hay que señalar también la carencia de una organización judicial basada en tribunales centrales estables y profesionalizados, que sólo se configuran tardíamente y nacen vinculados a los ordenamientos y poderes locales y, por tanto, fuera del ámbito del Derecho Común. De alguna manera, ello favorece que la Jurisprudencia científico-práctica asuma la función normativa relacionada con las decisiones judiciales y sitúa a la Jurisprudencia en una posición relevante en el orden jurídico, desplazando al juez en su relación con el Derecho. Esta posición prevalente de la Jurisprudencia en el orden jurídico se manifiesta también en la función supletoria que la **communis opinio** desempeña respecto a la formulación general del Derecho por cauces legislativos, de escasa trascendencia en el ámbito jurídico-privatístico en el que fundamentalmente desarrollan su actividad los juristas del Medioevo italiano (98).

La progresiva profesionalización de la función judicial, sobre todo en los órganos jurisdiccionales centrales recibe un fuerte impulso a partir de la creación por Juan XXII, a principios del s. XIV, del Tribunal de la Rota Romana, integrado por juristas, lo que genera un movimiento imitativo en los diferentes estados italianos, al que no son ajenos los juristas, que promueven igualmente reformas en el procedimiento judicial inspirados en el proceso canónico. Todo ello, sin embargo, no altera la configuración básica del sistema, por lo que se refiere a la posición del juez en el mismo y a la preeminencia de la Jurisprudencia científico-práctica en cuanto a su influencia tanto en la formulación general del Derecho como en su concreción en forma de criterios normativos para la fundamentación de las decisiones judiciales. Más que en los jueces, el sistema jurídico, desde el punto de vista profesional, se asienta en el peso e influencia de una Jurisprudencia académica y en la abogacía como ejercicio práctico del Derecho, así como también por la presencia de aquella Jurisprudencia en las funciones de asesoramiento en las esferas de la administración. Con todo ello, no sólo el Derecho, sino también la legislación y el procedimiento, adquieren un carácter docto, de acuerdo con las construcciones de la Jurisprudencia formada en los hábitos académicos del Derecho Común. La influencia de la abogacía, tanto en el ámbito civil como en el canónico, fue también determinante en la orientación del procedimiento judicial bajo esquemas burocráticos con predominio de la forma escrita, de acuerdo con los esquemas procedimentales del período bajo-imperial romano, en los que, sin embargo, el proceso canónico introdujo importantes innovaciones que se trasladaron después al procedimiento tanto civil como penal.

El modelo resultante, tanto material como procesal, fue trasladado por los juristas a los diversos territorios en que se difundió el Derecho Común. En todos ellos, la función judicial tiende a configurarse como fundamentalmente deductiva del derecho aplicable al caso concreto a partir de un cuerpo normativo general que le viene dado o de acuerdo con los criterios normativos concretos formulados por la Jurisprudencia docta; por ello, las decisiones judiciales no pueden tener otra

(98) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 183 ss.

consideración que la de meramente declarativas del derecho en el asunto sometido al órgano jurisdiccional. La incidencia de estas concepciones en la configuración de un modelo de sistema jurídico en lo que se refiere a la posición del juez en el mismo resulta especialmente perceptible en el área cultural germánica.

La reforma jurisdiccional que en el a. 1495 establece una nueva ordenación del Tribunal Cameral del Imperio, a la que sigue la reordenación en el mismo sentido de los tribunales en los diferentes territorios, supone la introducción en Alemania del proceso y la Jurisprudencia docta (99). En efecto, en la antigua tradición judicial germánica la función judicial se caracterizaba por declarar el derecho en el caso concreto conforme a la propia conciencia del juez, apoyada en la conciencia jurídica general dentro de un orden normativo fundamentalmente consuetudinario; la decisión judicial, bajo tal consideración, aparecía no tanto como el resultado de aplicar una norma general al caso concreto, sino como la **ratio** del asunto controvertido, a la que el juez tenía que llegar por un procedimiento lógico de naturaleza inductiva. Las insuficiencias de este sistema judicial se hicieron patentes a partir de las transformaciones sociales y económicas que se producen desde la Baja Edad Media, lo que genera la introducción de la figura de los asesores profesionales y, a través de ello, un primer cauce de influencia de los juristas con formación técnica; el mantenimiento del sistema y del procedimiento judicial, basado en un contacto inmediato del juez con los hechos constitutivos de la controversia, así como con las partes, y el valor normativo que en tales condiciones asumía la decisión judicial, sólo podía mantenerse en la medida en que se formara un cuerpo homogeneizado funcionalmente de jueces y jurisperitos, como sucedió en la tradición jurídica romano-republicana y en Inglaterra, y en la medida también en que se construyera una ordenación sistemática del Derecho germánico en el que pudiera apoyarse la instrucción jurídica de los jueces y profesionales del Derecho, adquiriendo éste así, además, el nivel de certeza exigible en cualquier sociedad culturalmente desarrollada. Nada de eso ocurrió en Alemania, en donde la clase de los juristas (100) se formó primero en las Universidades italianas y después en las alemanas creadas a su imitación y, por tanto, en el estudio docto del Derecho romano-canónico, que en el plano judicial imponía la necesidad de que la sentencia se apoyara en una fundamentación técnico-jurídica; ello favorece la progresiva incorporación de los juristas profesionales al desempeño de funciones judiciales, sobre todo por la vía del asesoramiento técnico del juez, pero introduce el principio de la vinculación del órgano juzgador a los preceptos doctrinales de la ciencia del Derecho, es decir, a la doctrina jurídica italiana y alemana elaborada a partir del **Corpus Iuris**, así como también, de modo auxiliar, a los Derechos territoriales y municipales ya fijados por escrito y, en menor medida, al Derecho consuetudinario local; con ello, la función judicial se configura como deductiva y la **ratio decidendi** en explicitación del derecho general en el caso concreto.

Juntamente con ello se introduce el procedimiento escrito, frente a la oralidad propia del antiguo procedimiento y la consiguiente pérdida de mediateidad en las alegaciones de las partes y en la práctica de la prueba, así como de la publicidad del procedimiento, lo que favorece la burocratización de los procesos judiciales. Toda esta transformación viene poderosamente impulsada por la incorporación de

(99) Sobre todo lo que sigue, Wieacker, cit., p. 89 ss. y Koschaker, cit., p. 320 ss.

(100) Estudiada en su formación por Wieacker, cit., p. 112 ss.

los juristas letrados a los órganos jurisdiccionales que entienden de las apelaciones, instancia que la Jurisprudencia científica incorpora como elemento esencial de la organización jurisdiccional, sobre la base del modelo romano-justiniano y canónico; la posibilidad de una revisión sistemática de los fundamentos intelectuales y lógicos del fallo por una superior jurisdicción de formación científica en sus componentes conduce también a una reelaboración del procedimiento de primera instancia, que necesariamente tiende también a formalizarse y a configurarse técnicamente. Con razón se ha dicho (101) que la tecnificación del procedimiento, operada por la Jurisprudencia científico-práctica, ha impreso para siempre el modo de ser y de razonar propio del jurista europeo, capacitándolo, no sólo para la aplicación del Derecho, sino también para la administración y el análisis de los problemas, aunque al mismo tiempo haya supuesto un cierto alejamiento de la comprensión del Derecho y su funcionamiento en el ámbito social.

La profesionalización de la alta administración de justicia no conduce tampoco en Alemania al desplazamiento del sistema hacia una preponderancia del estamento judicial en lo que se refiere al valor normativo de las decisiones judiciales. Por lo demás, tal estamento no llega a configurarse como políticamente independiente, en parte por los continuos cambios que experimentó la sede del Tribunal Cameral, pero también por otros factores, entre los que cabe destacar la irregularidad de su funcionamiento, el modo de provisión de los cargos de jueces y asesores, su desvinculación orgánica con la abogacía y la tendencia cada vez más acusada a la burocratización; por todas estas razones, en Alemania no se dio, o en forma muy insuficiente, la nota de autonomía que constituye la base fundamental de un grupo o estamento profesional de juristas organizado e independiente, que, situado dentro del estado, sirve de firme garantía a la independencia jurisdiccional (102), sin la que no es concebible que el juez y las decisiones judiciales ocupen una posición prevalente en su relación con el Derecho; la Jurisprudencia teórica y la legislación tienden inevitablemente entonces a ocupar esa posición preeminente, que no siempre garantiza el mantenimiento de la autonomía del orden jurídico.

Tampoco en España llegó a orientarse el sistema jurídico de forma diferente al modelo antes descrito, a causa de la evolución que siguen desde la Baja Edad Media los acontecimientos políticos de tendencia unificadora protagonizados por la Corona de Castilla. La posición del juez parece haber tenido una cierta significación en el período visigodo, en forma semejante a la que se encuentra en el área germánica; la referencia fundamentadora de las decisiones judiciales se toma de la costumbre, y la declaración del derecho en el caso concreto se apoya en el criterio del juez, cuya sentencia adquiere valor como precedente (103); pero ya en el **Liber iudiciorum** (a. 654) se ordena a los jueces que sentencien de acuerdo únicamente con las leyes en él contenidas y durante la Baja Edad Media se acoge por Alfonso X la doctrina justiniana a tenor de la cual se priva de todo valor normativo a las sentencias judiciales; la difusión de la ciencia romanística italiana a través de las Universidades desde fines del s. XII supone también la incorporación de la Jurisprudencia docta a la práctica procesal y la recepción del procedi-

(101) Wieacker, cit., p. 145 ss.

(102) Koschaker, cit., p. 330.

(103) Vid. Montanos Ferrín/Sánchez-Arcilla, cit., I, p. 196.

miento romano-canónico, tal como refleja la literatura procesal desde la primera mitad del s. XIII; los juristas formados en el **lus commune** se incorporan progresivamente a las funciones de asesoramiento en las cortes de los distintos reinos y tienden también a desplegar su actividad profesional en los diferentes ámbitos de la aplicación del Derecho (104).

Corresponde a este período la reorganización de la administración de justicia bajo la dependencia del rey y su orientación hacia la profesionalización y tecnificación; especial trascendencia tuvo en este sentido la creación de la Audiencia Real, cuya existencia parece datar al menos desde el a. 1346 y con seguridad desde las Cortes de Toro de 1371, a imitación de la Rota Romana; se trata, sin embargo, de un órgano judicial itinerante, hasta que en 1442 se fija su sede en Valladolid, de funcionamiento irregular y competencias de diversa naturaleza, hasta que en 1387 se reducen las mismas a asuntos de justicia; la Audiencia Real experimenta una reorganización en virtud de las ordenanzas de 1439 dictadas por los Reyes Católicos, que en 1494 crean también la Audiencia de Ciudad Real. La profesionalización de este órgano judicial no alcanzó un desarrollo pleno, presentando una combinación entre jueces legos y peritos en Derecho. En todo caso, y en conjunto, ni de la Audiencia ni del Consejo Real nace un poder jurisdiccional autónomo capaz de ocupar una posición prevalente en el desarrollo del Derecho; por lo demás, y en contra de las corrientes ya por entonces afianzadas en otros ámbitos jurisdiccionales europeos, en Castilla sigue vigente la práctica de la no obligatoriedad para los jueces de fundar sus sentencias. Una realidad muy distinta se presenta, en cambio, en Aragón, Cataluña y Valencia, en donde la recepción del **lus commune** no supuso la adopción de la política legislativa tendente a la anulación de la facultad de intervención de los jueces en la formación del Derecho mediante sus sentencias; incluso durante la Edad Moderna, y en tanto se mantuvo el vigor de las instituciones de representación social, rige en esos territorios el principio según el cual **sententiae Tribunalium supremorum vim legis habent**, y también en contra de los tribunales de Castilla, rige en los de esos reinos el criterio de fundamentación jurídica de las sentencias, que se emitían sobre la base de la mayoría de votos fundados de los oidores, práctica que se hizo obligatoria para los jueces en Cataluña desde 1510, en Aragón desde 1547 y en Valencia desde 1564; tal situación judicial tuvo su término con los Decretos de Nueva Planta (29 de junio y 29 de julio de 1707, y 5 de noviembre de 1707), que extienden al conjunto del territorio español el Derecho de Castilla y establecen una organización judicial uniforme sobre el modelo de la vigente en el reino de Castilla (105).

Una situación peculiar dentro del modelo continental europeo presenta también Francia (106). Al igual que en los demás países, la clase profesional de los juristas aparece en Francia en los siglos XII y XIII, y precisamente constituida por los legistas formados en las Universidades con el estudio del Derecho romano. Estos juristas se convierten técnica y políticamente en aliados del rey en sus luchas contra el emperador alemán, contra el Papa y contra los señores feudales, cooperando así a formar la unidad de la nación francesa y del Derecho; en su mayor parte pertenecen a la burguesía, lo que les convierte en representantes de un

(104) Id., II, p. 76 ss.

(105) Id., II, p. 94 ss. y 168 ss.

(106) Acerca de lo que sigue, Koschaker, cit., p. 250 ss.

sector social dinamizador de las transformaciones políticas que apuntaban hacia la Edad Moderna, pero, al mismo tiempo, se configuran como sector profesional organizado, lo que les permite mantener una fuerte independencia frente al poder político. Tal posición se institucionaliza en el tribunal real o **curia regis**, en el Parlamento de París, que desde el s. XIII tiene en esta ciudad su sede permanente, funcionando con regularidad desde 1308. Su composición refleja originariamente una estructura similar a la de los tribunales del mismo tipo que por esta época se configuran en otros territorios europeos, con una presencia tan solo parcial de juristas, pero desde el s. XIII se advierte una tendencia a la preponderancia de éstos, que se consolida en el s. XIV; en este momento se produce también un notable refuerzo en la estabilidad del nombramiento de los jueces de la **curia regis**, convirtiéndose en inamovibles en el s. XVI; la independencia judicial se ve también reafirmada por la intervención del Parlamento en la propuesta de los candidatos que habían de ser designados como jueces por el rey, pero también por la práctica de verificar esa selección entre los mismos abogados del Parlamento, que desde el s. XIV se encuentran agrupados en colegios profesionales.

La Jurisprudencia nacional francesa del s. XIV está, pues, constituida por juristas con formación universitaria y, por tanto, versada en el Derecho romano y canónico que en ellas se enseña como Derecho Común (107), pero directamente conectada con la aplicación práctica del Derecho por vía judicial; es esta Jurisprudencia la que opera la labor de integración del Derecho nacional francés con el Derecho Común. Su posición política de influencia la coloca en situación de configurarse como un poder dotado de cierta autonomía frente a la potestad normativa del monarca, tras el derecho que en el s. XIV se reconoce al Parlamento de París de ejercer un control de legalidad sobre las ordenanzas reales, que se mantiene incluso durante el período de consolidación política de la monarquía absoluta. Por todo ello, la posición del juez y la significación de las decisiones judiciales resulta en el sistema francés del Medioevo sensiblemente distinta de la que presentan los demás territorios continentales, y de alguna forma intermedia con la representada por el modelo de Derecho Judicial inglés. La posición de la Jurisprudencia práctica en relación con el Derecho en Francia quedará temporalmente alterada por las particulares circunstancias políticas que concurren en el modo en que tienen lugar las transformaciones del estado y la sociedad a raíz de la Revolución de 1789.

Relacionado con el tema de la posición del juez y de la Jurisprudencia científico-práctica en el sistema jurídico se encuentra también la cuestión de la relación entre ley y Derecho. El propio planteamiento relacional de ambos términos como referentes conceptuales supone la configuración del Derecho como algo autóno-

(107) La atracción del estudio del Derecho romano, y del canónico enseñado de acuerdo con el método y los esquemas conceptuales de aquél, motivó a principios del s. XIII una fuerte reacción de algunos sectores eclesiásticos en París contra aquella enseñanza, por entender que contribuía a secularizar la mentalidad de los sacerdotes que acudían a los centros universitarios; tal oposición eclesiástica, unida a la identificación que por entonces se hacía del Derecho romano con el Imperio germánico, contra el que se encontraban enfrentados los reyes franceses y el Papado, parece haber motivado la Decretal que en 1219 dicta el Papa Honorio III prohibiendo la enseñanza del Derecho romano en la Universidad de París, instigado por el rey de Francia; en el a. 1253 el Papa Inocencio IV reitera esa prohibición en la bula «Dolentes», extendiéndola a Inglaterra, Escocia, Gales, España y Hungría, siempre que los príncipes respectivos así lo asumieran; tal prohibición no detuvo la difusión de la enseñanza del Derecho romano. Una ordenanza de Luis XIV derogó (a. 1679) la prohibición establecida en 1219 para la Universidad de París, en donde, sin embargo, fue tolerada en la práctica la enseñanza de ese Derecho ya con anterioridad: vid. Koschaker, cit., p. 126 ss.

mo, y como resultado de la confluencia de diversos elementos formativos, entre los que se encuentra la Jurisprudencia científica, y muy especialmente la científico-práctica, y las decisiones judiciales, pero también el conjunto de declaraciones generales de derecho que constituyen genéricamente el Derecho legal, en cuanto procedente de órganos investidos de potestad política, y con independencia de la forma concreta en que aquellas declaraciones se manifiesten. Por su propia naturaleza estructural un sistema de Derecho Común presupone la existencia de una pluralidad de instancias de potestad normativa, que despliegan su actuación en espacios jurídico-políticos autónomos y una instancia supra-nacional a la que compete la potestad normativa general que puede incidir en el marco del Derecho Común. El sistema resulta, pues, incompatible con la eliminación de esa diversificación en cuanto a la formulación del Derecho por vía legislativa, pero también con la identificación del Derecho y la legislación, en la medida en que prescinde de la función integradora general del sistema y de concreción del derecho, que respectivamente corresponde, y sólo están en condiciones de hacer, la Jurisprudencia científico-práctica y la judicial. Constituye, por ello, una característica propia de todo sistema jurídico unitario la identificación de ley y Derecho, y una orientación marcadamente antijurisprudencial de la política legislativa en tales sistemas. Un presupuesto inescindible para la afirmación de un orden jurídico así concebido es la concepción de la ley como **praeceptum**, es decir, como un mandato de la potestad política, que se impone desde planteamientos autoritarios y al margen de todo control racional y social.

El avance y posterior consolidación de estos supuestos político-organizativos en los países continentales europeos señala la progresiva desaparición de las condiciones para la subsistencia del sistema de Derecho Común; el proceso se encuentra ligado al modo en que constitucionalmente se resuelve en la Europa continental el problema de la unidad nacional, en forma ciertamente contraria a los supuestos de un sistema de Derecho Común. Dejando aparte otras consideraciones de tipo histórico-político, interesa poner ahora de relieve que la vía absolutista y unitaria a través de la que toma forma en los estados continentales europeos la unidad nacional, desplazando el modelo de ordenación supra-nacional de diferentes entidades nacionales autónomas, que da lugar a la formalización del orden jurídico bajo esquemas de naturaleza unitaria y de identificación entre la ley y el Derecho, vino también favorecida, en gran medida, por los juristas cultivadores del Derecho Común. Tal contribución fue también una consecuencia del carácter fundamentalmente cultural del fenómeno del Derecho Común en este período, lo que explica su adaptabilidad técnica a todas las formas político-organizativas a través de las cuales los juristas podían proyectar su influencia; no se trató, pues, de un fenómeno derivado de una previa construcción teórico-política de un proyecto de ordenación general de la convivencia de los diferentes pueblos europeos, que debería tener una formulación correlativa también en los diferentes espacios territoriales de ámbito estatal, sino tan solo de una corriente jurídico-cultural modernizadora de los diversos Derechos nacionales, que se desarrolla merced a la coincidencia identificadora que la cultura romana y el Cristianismo representaban en ese momento histórico para los diversos pueblos europeos, pero con independencia de las concretas formas de organización de la convivencia política. De este modo, los propios juristas difusores del Derecho Común Europeo vinieron a colaborar en la destrucción del sistema, al reconducirlo a los ámbitos exclusivamente nacionales en su alianza con la política unitaria de las monarquías absolutistas, a las que vinieron a facilitar el apoyo teórico para la asunción de la potestad legislativa con

carácter excluyente, preparando así la identificación entre ley y Derecho. La comprensión de este proceso político-cultural requiere tomar como punto de partida los esquemas intelectuales bajo los que se produce en Bolonia la recepción del Derecho romano-justiniano, así como la imagen política que proyecta la configuración del Derecho canónico como ordenamiento jurídico general de la Iglesia de Roma.

En efecto, aunque la compilación de Justiniano recoge la tradición jurisprudencial romana, se trata, después de todo, de una obra legislativa que responde a una política autoritaria del Derecho y de signo anti-jurisprudencial, tanto en su vertiente doctrinal como judicial. En cuanto obra legislativa concebida como cerrada y completa, el legislador prohíbe toda interpretación doctrinal y judicial de la misma. Las primeras generaciones de juristas de la escuela de Bolonia, y los juristas nacionales formados en esa corriente de pensamiento jurídico, reciben y adoptan ante el **Corpus Iuris** una actitud autoritaria, entendiéndolo como un cuerpo normativo que sólo podía ser explicado, y en cuanto Derecho positivo, la norma jurídica concreta que podía corresponder aplicar en cada caso debía deducirse y encontrarse en ese cuerpo jurídico.

La propia solución legitimadora para la introducción del Derecho romano-justiniano como derecho positivo vigente en el territorio del **imperium christianum** no deja de ser una solución coherente con el carácter autoritario con que se enfoca el fenómeno jurídico. Pero la concepción autoritaria de la potestad normativa y la tendencia a su atribución al monarca se introduce, sobre todo, en los reinos situados en oposición al Imperio germánico. Dos factores de tipo político parecen haber contribuido a ello. En primer lugar, la imagen que ofrece la legislación eclesiástica y canónica, a partir del momento en que, con la reforma gregoriana, la Iglesia adquiere una autoridad central en la que se concentra la potestad legislativa y se organiza también una jurisdicción centralizada; la investigación histórica ha podido demostrar que la moderna idea de la legislación como ordenación general sistematizada es de origen eclesiástico y fue adoptada a su imitación por el poder civil (108), que toma también del modelo eclesiástico la utilización técnica de los juristas para la redacción de esa legislación; el modelo eclesiástico influye igualmente en el modo de resolver la relación entre el Derecho sancionado por el poder central y el procedente de las iglesias particulares; desde Inocencio III (1160-1216) el **ius commune** eclesiástico se sitúa por encima de los Derechos procedentes de las iglesias particulares, que conservan tan solo un valor subsidiario, con lo que se establece la primacía de la potestad del legislador supremo sobre la de las entidades eclesiásticas nacionales o territoriales en un plano de subordinación normativa, frente al carácter supletorio que en el orden civil presenta el Derecho Común.

Resultaba inevitable que los monarcas, como afirmación de su soberanía, pretendieran asumir en su territorio la misma potestad normativa general, y es significativo que en este proceso tomaran parte activa los canonistas, que acuñan la expresión **ius positivum** (109), y la doctrina de la **exemptio imperii**, a tenor de la cual al rey corresponden las facultades normativas que al emperador germánico

(108) S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (1960).

(109) Kutner; *Sur les origines du terme «droit positif»*, en *RHD*, 1936, p. 728 ss.

se le reconocen en sus territorios, pero también una potestad de orden superior en lo temporal. Los juristas civilistas utilizan esta doctrina para incorporar el Derecho Común en los reinos situados al margen del Imperio germánico, en virtud de la potestad normativa general atribuida al monarca; desde la Baja Edad Media, tanto la facultad de legislar como la de interpretar el Derecho y su aplicación, tienden a ser asumidas como competencias propias del rey, lo que plantea también la cuestión de la sumisión del monarca al orden jurídico, y el conflicto entre éste y los órganos representativos en los que hasta entonces residía, en algunos territorios europeos, la potestad legislativa en forma paccionada con el monarca (110).

La solución de estos conflictos en sentido favorable a la forma autoritaria que caracteriza la organización política de la Edad Moderna en el continente europeo está condicionada por acontecimientos políticos que exceden de los límites propios de un análisis específicamente jurídico. Con todo, es indudable que el planteamiento teórico y problemático de aquella solución se encuentra ya en la Baja Edad Media; el análisis del período europeo del Derecho Común en Inglaterra muestra un desarrollo y desenlace diferente de los fenómenos que contemporáneamente acontecen en el continente europeo.

C. DESARROLLO DEL FENOMENO DEL DERECHO COMUN EN INGLATERRA: LA TRADICION JURIDICA DEL «COMMON LAW»

1. Supuestos previos culturales y políticos. Configuración judicial del sistema.

Contemporáneamente al desarrollo en la Europa continental del fenómeno del Derecho Común tiene lugar en Inglaterra la formación de un sistema propio (111), diferente como tal de los que se configuran en los diversos territorios del continente europeo, pero igualmente participado por el Derecho Común general desde el punto de vista de las bases culturales y ético-sociales del mismo.

Las islas británicas no habían experimentado apenas el efecto cultural de la romanización, pero desde fines del s. V se habían incorporado al mundo cristiano, asumiendo, por tanto, el conjunto de ideas y valores que formaban parte de la interpretación de la existencia en los demás pueblos europeos y, con ello, el cauce

(110) Especialmente relevante es el desarrollo de estos acontecimientos en España; Alfonso X (**Partidas** 2.1.67) considera que la potestad legislativa es una facultad exclusiva del monarca, y Juan II en las Cortes de Madrid de 1391 se arroga el derecho a establecer leyes a iniciativa personal con el mismo valor que las ordenadas en Cortes; en el s. XV los reyes castellanos legislan mediante reales pragmáticas prescindiendo de las Cortes: la situación no es igual en todos los reinos, especialmente en Aragón, Cataluña y Valencia. A partir de los Reyes Católicos, las Cortes castellanas dejan de tener intervención en el proceso legislativo; tras las Cortes de Toledo de 1480 y las de Toro de 1505 se inicia un proceso de declive que termina con su práctica desaparición en 1665. Las Cortes navarras, por el contrario, conservan y desarrollan una importante actividad legislativa durante los siglos XVI y XVII pero decaen también en el XVIII, y la misma situación y tendencia evolutiva hacia su pérdida de intervención en la iniciativa legislativa puede apreciarse en las Cortes valencianas, en las aragonesas y en las catalanas; la unificación jurídica impuesta por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V supone también la desaparición de la autonomía legislativa de los diferentes territorios que la habían conservado, así como los ordenamientos jurídicos de los mismos; vid. Montanos/Sánchez-Arcilla, cit., II, p. 85 ss. y 234 ss.

(111) Se toma como punto inicial de referencia del período de formación del **Common Law** la fecha de la conquista normanda tras la batalla de Hastings (1066). En el período anterior el Derecho es fundamentalmente consuetudinario y local, aunque la legislación real responde ya al principio de territorialización del Derecho; a esa legislación pertenecen las leyes de Edelberto, rey de Kent, y las más elaboradas leyes del rey danés Canuto (1017-1035), que prefijan ya el paso a la época feudal; David, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos** (tr. esp., 1968), p. 243.

de comunicación con la cultura latina. La conquista normanda no supuso ninguna alteración en esa unidad fundamental, ni tampoco llevó consigo una ruptura formal con el anterior Derecho anglo-sajón, pero introdujo en Inglaterra un poder fuerte y centralizado, que instaura un feudalismo de signo diferente al continental, al estructurarse en una relación de equilibrio entre el rey y los barones, y una incipiente idea de administración real proyectada al conjunto de la población.

A partir de este planteamiento, y como parte de una política encaminada a afirmar el poder real sobre las jurisdicciones territoriales de los barones, se instauran desde el s. XII los nuevos tribunales reales, que progresivamente elaboran un Derecho común a toda Inglaterra, a imitación de las jurisdicciones eclesiásticas que aplicaban el Derecho Canónico, común a toda la Cristiandad. Aunque la **Curia regis** no tiene en un primer momento una competencia general, sino de carácter extraordinario (112), paulatinamente va ampliándose la esfera de competencias de la jurisdicción real y afirmándose un auténtico poder judicial. La afirmación de la jurisdicción de los tribunales reales evitó la feudalización de la justicia, modernizó el procedimiento (113), y al presentarse como garante de una recta administración de justicia frente a la menor confianza social con que aparece la ofrecida por las jurisdicciones locales, la jurisdicción real adquirió un prestigio notable ante los ciudadanos y pudo configurarse como garante de las libertades. El papel esencial que desempeña el poder judicial en la tradición jurídica del **Common Law** hace imprescindible tratar de su configuración histórica como tal.

La supremacía de la jurisdicción real se encuentra ya establecida desde Enrique II (1154-89); en esta época se produce también la extensión de la jurisdicción real por todo el territorio a través de jueces itinerantes, que funcionan desde 1166, acercando al pueblo la administración de justicia e introduciendo una representación del Derecho presidida por la idea de la inmediatividad en el plano procesal y el planteamiento problemático de lo jurídico a partir de los conflictos reales de la vida social. También durante el reinado de Enrique II da sus primeros pasos la profesionalización de la función judicial, que se consolida posteriormente con la agrupación de las cortes reales de justicia en Londres a partir del s. XIII con Enrique III (1216-72); hacia finales de ese siglo, en el reinado de Eduardo I (1272-1307) comienza a tomar forma organizada la profesión legal, que asume también la preparación para el ejercicio de la abogacía en los **Inns of Court**. También desde Enrique III se advierte la tendencia en los tribunales reales a proceder al nombramiento de los jueces de entre el grupo profesional de los abogados, práctica que arraiga en el s. XIV; los jueces son funcionarios de la Corona, altamente

(112) La intervención de los tribunales reales se limita, en principio, a tres tipos de causas: asuntos que interesan a la hacienda real; asuntos que atañen a la propiedad territorial y a la posesión de inmuebles, y asuntos penales graves que ponen en peligro la paz del reino; tres tribunales diferentes, denominados de Hacienda (**Exchequer**), de causas comunes (**Common pleas**) y del Banco del rey (**Kign's bench**) conocen al principio de cada una de estas materias; sin embargo, pronto desaparece esta distribución de competencias y cada uno de los tres tribunales reales de Westminster podrá entender de todas las causas susceptibles de ser sometidas a las jurisdicciones reales. Fuera de estos casos, todos los asuntos seguían siendo juzgados al margen de las jurisdicciones reales, por los **Hundred o County Courts**, las jurisdicciones señoriales, las jurisdicciones eclesiásticas y, posteriormente, según los casos, por jurisdicciones municipales o por diversas jurisdicciones mercantiles, a las que se concederá el privilegio de administrar justicia en ferias y mercados; estas últimas jurisdicciones aplican el derecho internacional mercantil, denominado **lex mercatoria** o **ley merchant**; David, cit., p. 245 ss.

(113) Pertenece a este período la introducción del jurado, al que podía someterse la decisión de los litigios, lo que sólo era posible en el ámbito de la jurisdicción real, ya que únicamente el rey o la Iglesia podían obligar a sus súbditos a prestar juramento; David, cit., p. 246.

retribuidos y beneficiados con honores y distinciones anejos a su cargo, lo que les dota personalmente y a su función de un gran prestigio social (114).

Desde su primera configuración, la función judicial presenta en la tradición jurídica del **Common Law** una posición sin duda muy diferente a la que ocupa en los sistemas jurídicos continentales, respecto a los que presenta, además, la peculiaridad del mantenimiento de una continuidad no alterada por factores políticos externos. En efecto, frente al modelo continental en el que, en líneas generales, el juez es concebido como destinatario del Derecho que le viene formulado por la Jurisprudencia científico-práctica o por el legislador, la función judicial en el sistema del **Common Law** se convierte en el centro de imputación del mundo jurídico y, en gran medida, del propio desarrollo del Derecho. Un factor decisivo para ello fue el hecho de que, si bien la judicatura y la profesión legal nació al amparo de la autoridad de la monarquía, pudo, sin embargo, desarrollarse autónomamente debido a la organización corporativa adoptada por la abogacía, de la que los jueces procedían y a cuya corporación seguían perteneciendo. La independencia judicial frente al poder público encontró en esta organización corporativa, cuidadora de su prestigio, una seguridad más firme que la que podía derivar de textos legislativos en la que aquélla se proclamara. Por lo demás, la profesión legal era desempeñada por personas pertenecientes a cualificados estratos sociales, lo que la dotaba también de una autoridad y prestigio en cuanto depositaria del Derecho entendido como patrimonio social frente a los poderes públicos. Sin duda alguna, contribuyó también al fortalecimiento de la profesión legal y a su autonomía la asunción corporativa por parte de los **Inns of Court** de la enseñanza del Derecho, independientemente de las Universidades, lo que imprimió al **Common Law** como sistema jurídico su peculiar nota distintiva de ser, ante todo, un modo especial de tratar empíricamente los problemas jurídicos, más que un cuerpo de doctrina o de reglas jurídicas (115), cuya formación se hace progresivamente a partir de las decisiones judiciales.

La autonomía de la profesión legal, y su fortaleza frente al poder público, se puso especialmente a prueba en la rivalidad con la nueva jurisdicción de la **Equity**, a partir de la consolidación en el s. XIV de la **Court of Chancery** como una corte independiente, que resuelve los conflictos que se le plantean, primero en nombre del soberano y después en nombre propio, pero con arreglo a un procedimiento y conforme a principios jurídicos distintos de los aplicados en los tribunales ordinarios del **Common Law**, que tras su notable expansión en el s. XIII, había experimentado un proceso de anquilosamiento debido al papel dominante que en él tenían las cuestiones procedimentales y por la carencia de mecanismos renovadores dentro del sistema.

A lo largo de los siglos XV y XVI se produce una generalización del nuevo sistema judicial con la creación de los tribunales municipales de equidad dependientes del Canciller; al comenzar la Edad Moderna, la **Equity** se encuentra plenamente arraigada como una nueva rama del Derecho inglés, paralela y complementaria del sistema estricto del **Common Law**. Las fricciones entre ambos sistemas jurisdiccionales condujeron a un abierto conflicto que concluyó con un com-

(114) Koschaker, cit., p. 254 ss.

(115) Koschaker, cit., p. 257 ss; Roscoe Pound, *El espíritu del «Common Law»* (tr. esp., 1954), p. 17.

promiso en 1616, del que se derivó una nueva estructura normativa y jurisdiccional dual hasta la reorganización judicial efectuada por las **Judicature Acts** de 1873 y 1875, que establecieron la unidad jurisdiccional (116); el compromiso que a principios del s. XVII se establece entre el **Common Law** y la **Equity** supuso una profunda transformación de ésta dentro del marco general operativo de los juristas del **Common Law**, especialmente en cuanto a la decisión conforme a precedentes y a la sujeción a normas precisas de procedimiento.

Pero la consolidación del **Common Law** en el plano político, que en ese período se produce hay que atribuirle, de un lado, a la influencia de los juristas en él formados frente al nuevo tipo de jurista de la **Equity**, prevalentemente eclesiástico o de formación romano-canónica, pero también, de otra parte, a la fuerte personalidad de Edward Coke, que dirigió en el Parlamento la lucha constitucional contra la Corona, en nombre de la supremacía del **Common Law**, que obtuvo así el amparo del Parlamento (117) y, con ello, una formalización constitucional, la independencia del poder judicial y el principio de supremacía del Derecho, que quedó incorporado a los fundamentos de la tradición jurídica del **Common Law**.

La autonomía y relevancia de la posición del juez en el sistema del **Common Law** tiene una importante manifestación en sus relaciones con la legislación. La diferenciación entre **ius** y **lex**, propia de la tradición jurídica romano-republicana y del Derecho Común está presente también en el Derecho inglés, con la variante de que el término **ius** se refiere en éste al Derecho elaborado a través de las decisiones judiciales, que se consideran el modo normal de expresión del derecho; se sigue de ello que la legislación es entendida como un elemento, en principio, extraño al sistema, que sólo se justifica en la medida en que aporta correcciones en el mismo, o innovaciones que no pueden introducirse por medio de decisiones judiciales. Este rasgo del Derecho inglés, por lo demás coincidente con todo Derecho jurisprudencial, se aprecia ya desde los siglos XIII y XIV, período durante el cual existe constancia de una cierta actitud judicial de resistencia frente al Derecho estatutario, así como una tendencia a la discrecionalidad en cuanto a su aplicación; en todo caso, se remonta a este período la idea de que la norma formulada legislativamente sólo se incorpora al **Common Law** desde el momento en que es aplicada e interpretada por los tribunales, es decir, en la medida en que se transforma en **ratio decidendi** de una decisión judicial.

Sólo de manera gradual se fue imponiendo el principio de obligatoriedad de aplicación por los tribunales del derecho estatutario; tal doctrina no aparece definitivamente asentada hasta fines del s. XV, y aún así no de manera ilimitada. En efecto, constituye también una manifestación de la supremacía de la posición del juez en relación con el Derecho la afirmación de la invalidez de la norma estatutaria cuando pudiera contener disposiciones contrarias al orden ético o al orden racional; al menos en el plano doctrinal, se atribuye a los jueces del **Common Law** la facultad de declarar inválidas en tales casos las normas procedentes de la potestad normativa (118). La afirmación de la soberanía del Parlamento tras los acontecimientos políticos de 1688 supuso una ruptura con la corriente doctrinal y judi-

(116) David, cit., p. 253 ss.

(117) Sobre la personalidad de Coke, **vid.**, Beaute, **Sir Edward Coke** (1975).

(118) Esta postura está representada por St. Germain, desde un planteamiento teológico, pero también por Coke desde un plano racional; **vid.** Allen, **Las fuentes del Derecho inglés** (tr. esp., 1969), p. 644 ss.

cial defensora de la potestad de control de la legislación por parte de los jueces cuando pudiera aquélla atentar contra el orden jurídico fundamental, pero tuvo aplicación jurídico-constitucional en el desarrollo de la tradición jurídica del **Common Law** en los Estados Unidos de América; por lo que se refiere al Derecho inglés, tuvo todavía una derivación en la afirmación del principio interpretativo según el cual la legislación debe entenderse e interpretarse de acuerdo con los principios vigentes del **Common Law**, lo que permite combinar el principio de innovación con el de la continuidad de la tradición jurídica, asegurada por el mantenimiento de la estructura general del Derecho; en esta continuidad estructural que el Derecho inglés conserva desde el s. XII se encuentra su identidad como sistema, y su diferenciación con los modelos continentales europeos, que recibieron la influencia, no sólo cultural, sino también científica, del Derecho Común a través del cauce doctrinal universitario y la formalización jurídica de los Derechos nacionales a través de la vía legislativa.

2. Incidencia de la tradición jurídica romano-canónica en la formación del Derecho inglés.

Un orden jurídico que parte de la inexistencia de un cuerpo normativo general de referencia para la aplicación del Derecho y de una expresión legal del mismo, ha de asentarse necesariamente en las decisiones judiciales; tal estructuración del sistema sólo puede satisfacer la necesidad de certeza en el Derecho y la exclusión de la arbitrariedad cuando la declaración del derecho en el caso concreto es el resultado de la aplicación de principios o criterios normativos de validez general. Existe constancia de que, al menos desde comienzos del s. XIII los jueces utilizan como guía para sus decisiones los precedentes judiciales (119), buscando en ellos la **ratio decidendi**, que constituye la norma jurisprudencial; en la aplicación de los precedentes se perfila también en esta época la técnica de las **distinciones** (120), dirigidas a establecer nuevos criterios normativos, inducidos del conjunto de principios que resultan de las decisiones judiciales. El Derecho inglés participa desde su período inicial de formación del carácter racional propio de la concepción occidental del orden jurídico; la decisión judicial no se apoya en un sentimiento difuso de justicia, sino en una fundamentación racional de carácter técnico, es decir, en la «**artificial raison of the law**», según la frase de Coke dirigida a Jacobo I en la célebre entrevista de la mañana de domingo del día 10 de noviembre de 1612, para oponerse a la intromisión del monarca en la administración de justicia (121).

A la vista de la fisonomía que presenta el Derecho judicial inglés, y teniendo en cuenta su desarrollo en un ámbito cultural europeo común, la cuestión que se plantea es la de analizar cuál podía ser el sustrato doctrinal que podía operar como referente constructivo de esa «razón artificial», es decir, técnica, en la que debían fundamentarse las decisiones judiciales.

La investigación histórica ha demostrado que la pretendida fundamentación del **Common Law** en el desarrollo consuetudinario de un Derecho autóctono es

(119) Allen, cit., p. 276 ss.

(120) Sobre **ratio** y **dicta**, **vid.**, Allen, cit., p. 377 ss.

(121) Pound, cit., p. 73.

solamente una ficción, derivada de la necesidad de proporcionar al **Common Law** un fundamento en armonía con la teoría tradicional romano-canónica de las fuentes del Derecho; ciertamente, el Derecho inglés toma en su origen muchos elementos de las diversas costumbres locales (122), sobre las que opera una labor de síntesis y de selección, pero ello es insuficiente para explicar el conjunto normativo del sistema, así como su desarrollo, que no puede entenderse sin la referencia a influencias culturales externas y, dentro de ellas, también del Derecho romano-canónico (123). En efecto, ante todo es preciso tener presente que el Derecho inglés se forma en el ámbito cultural de la Europa romano-cristiana del Medioevo, y tampoco puede desconocerse que la Iglesia romana se implantó fuertemente en las islas británicas desde fines del s. VI, lo que trajo consigo ideas morales que iban a transformar profundamente las costumbres y el modo de entender la existencia en todo el territorio insular (124); pero la Iglesia introdujo también el Derecho canónico y sus elementos romanos; es precisamente a través del Derecho canónico cómo se produce la influencia y una cierta recepción encubierta del Derecho romano (125), aunque también se produce una penetración por otras vías.

La actividad legislativa que se produce tras la conquista normanda tiene inspiración romano-canónica (126). También experimentó Inglaterra la influencia cultural del Derecho romano a mediados del s. XII a través de su difusión en la enseñanza universitaria (127). El rechazo que en esta época se produce contra el Derecho romano no se debió tanto a sus elementos normativos configuradores de **rationes decidendi**, sino a la fundamentación política que acerca de su vigencia habían construido los Glosadores, que despertaba hostilidad en Inglaterra, no sólo por su oposición a la órbita del Imperio germánico, sino también por aportar argumentos en favor del absolutismo, incompatible con la estructura política y el equilibrio de poderes existente. Frente a lo ocurrido en el continente, los canonistas ingleses y los juristas del **Common Law** toman postura contra el poder real en su relación con el Derecho, sentando las bases del principio de la **supremacy of law**.

En efecto, en el s. XIII tiene lugar la formalización de un importante cambio constitucional que supera la idea de que en el rey reside aisladamente la potestad legislativa, y se introduce desde Enrique IV (1216-72) el principio de que la legislación real requiere la aprobación de los barones, antecedente de la concepción del **Common Law**, según formulación de Coke, de que la ley requiere para su eficacia el consentimiento triple del rey, los Lores y los Comunes (128). Se atribuye a los representantes del estamento eclesiástico el apoyo doctrinal a las corrientes

(122) Sobre la significación de la costumbre en el Derecho inglés, *vid.* Allen, *cit.*, p. 95 ss.

(123) Un breve, pero interesante estudio de esta cuestión, efectuada desde el punto de vista del Derecho canónico, puede verse en Martínez-Torrón, **Consideraciones sobre la influencia del Derecho canónico en la tradición jurídica de la «Common Law»**, en *Estudios en homenaje al Prof. López Alarcón* (1987), p. 295 ss.

(124) Plusknett, **A concise History of the Common Law** (5 ed., 1956).

(125) Winfield, **The Chief Sources of English Legal History** (1925), p. 55 ss.

(126) En la legislación de Guillermo el Conquistador parece haber influido Lanfranc, canonista y buen conocedor del Derecho romano, de nacionalidad italiana, pero emigrado a Normandía en 1042, en donde fue abad de Bec, pasando después a Inglaterra con Guillermo el Conquistador; en 1070 fue nombrado arzobispo de Canterbury, adquiriendo una posición preeminente también como consejero de Guillermo el Conquistador; Koschker, *cit.*, p. 310.

(127) La figura más representativa fue Vacarius, discípulo de los Glosadores, llamado a Inglaterra por Teobaldo de Canterbury; fundó en Oxford una escuela de Derecho romano; fue autor del **Liber pauperum**, una suma de los nueve primeros libros del Código de Justiniano; *vid.* Calasso, **In orbem terrarum**, en *Introduzione*, *cit.*, p. 314 ss.

(128) Allen, *cit.*, p. 629 ss.

políticas contrarias al fundamento estatalista y voluntarista del Derecho (129), que inspiran también la **Magna Charta** y la doctrina del derecho de resistencia frente a la ley injusta (130).

El carácter político de la oposición a la recepción del Derecho romano no impide que, a pesar de las prohibiciones de que es objeto su enseñanza (131), ésta continúe en los principales centros de estudio de Inglaterra, especialmente en Oxford y en Cambridge, en donde se enseña en el marco de una «jurisprudencia general»; fruto de esta penetración intelectual es su presencia en la producción literaria de los siglos XII y XIII, que ofrece un primer intento de ordenación del Derecho judicial inglés utilizando la expresión técnica y conceptual romanista (132). Pero más que a través de la literatura jurídico-judicial, la determinación de la influencia del Derecho romano en la formación y desarrollo de las **rationes decidendi** en el **Common Law** debe obtenerse precisamente del estudio del conjunto de principios normativos de naturaleza judicial que configuran el Derecho inglés; las investigaciones realizadas conducen a la conclusión de que el **Corpus Iuris** influyó poderosamente y desde los tiempos más antiguos en el desarrollo del Derecho inglés; aparte de la constancia de citas de textos del Digesto para apoyar determinadas **rationes decidendi**, el análisis estructural de muchas materias del Derecho inglés muestra su construcción a partir de las doctrinas y criterios romanistas y romano-canónicos (133).

A pesar de la influencia de la tradición jurídica romano-canónica en la formación y desarrollo del **Common Law**, lo cierto es que no se produjo una recepción sistemático-conceptual, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar por el esquema procedimental y de diversidad jurisdiccional en que se movía el Derecho inglés; pero, sobre todo, por la separación en cuanto al acceso a la profesión jurídica entre la institución universitaria y los gremios de la profesión legal, que desde principios del s. XIV organizan corporativamente el aprendizaje de la profesión jurídica, con un control de la misma al margen de las Universidades; en éstas se enseñaba Derecho romano y canónico, pero no el Derecho judicial inglés, que sólo se introduce como estudio universitario mucho tiempo después, primero en Oxford (1758) y más tarde en Cambridge (1800), pero la profesión jurídica se aprendía en la práctica, y precisamente en relación con cuestiones de procedimiento y de prueba, por lo que las categorías jurídicas inglesas se construyen en consideración al procedimiento y sobre la base de los diferentes tipos de acciones (134). Excluida la vía legislativa y la científica, la influencia del Derecho romano-canónico sólo podía producirse de forma indirecta y, en todo caso, dentro de los esquemas procedimentales propios de la estructura del Derecho inglés. De acuerdo con esa estructura se produce la incorporación de normas y formas procesales de origen canónico, y una más penetrante repercusión de ese Derecho a través de la jurisdicción de la **Equity** y los tribunales eclesiásticos.

(129) Schwarz, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du Droit anglais* (1977), p. 32 ss.

(130) Maitland, *The Constitutional History of England* (1963), p. 69 ss.

(131) El rey Esteban prohíbe a Vacarius en 1251 toda actividad docente en Oxford; Enrique III, en 1234, prohíbe también la enseñanza del Derecho romano en Londres; Koschaker, cit., p. 308.

(132) Ranulf de Glanvill, en 1178, publica su *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, y con el mismo título publica más tarde Bracton un tratado similar; se ha demostrado que la obra de Bracton (s. XIII) se inspiró ampliamente en la del postglosador Azo; vid. Maitland, *Select passages from the Works of Bracton and Azo* (1895); Winfield, cit., p. 60.

(133) Allen, cit., p. 393 ss.

(134) David, cit., p. 264.

La crisis del **Common Law** a partir del s. XIV constituye un testimonio ejemplificador del riesgo de anquilosamiento de un sistema jurídico simplemente alimentado por el practicismo y el tratamiento artesanal del Derecho, al margen del mundo del pensamiento y de la función crítica propia de la reflexión científica universitaria, así como también de un excesivo desplazamiento de la función innovadora que corresponde a la legislación. En efecto, el procedimiento rutinario del **Common Law** supuso en el s. XIV la pérdida de confianza en el Derecho y en el sistema judicial, a causa de la incapacidad de éste para dar respuesta a los cambios que se producían en la realidad social; al haber desaparecido durante el s. XIII otras jurisdicciones, y no poder llevarse a cabo una reforma jurisdiccional por vía legislativa, la solución innovadora tuvo que proceder a través de la creación de una nueva jurisdicción diferente de la de los tribunales de Westminster, y esa jurisdicción encontró su apoyo en la prerrogativa de acudir al rey directamente en demanda de justicia. Sobre esta base constitucional se desarrolla el sistema judicial de la **Equity**, que se configura progresivamente como un sistema distinto del **Common Law**, aunque no contrapuesto al mismo, sino más bien subsidiario, y, en todo caso, complementario.

La creación y desarrollo de la **Court of Chancery** es la manifestación de la estructura de un Derecho judicial que utiliza la vía de una jurisdicción especial para renovar el Derecho y la administración de justicia, lo que en los sistemas continentales tiende a hacerse por el cauce de la legislación y el derecho sustantivo. Desde el punto de vista que aquí interesa destacar, la **Equity** incorpora como sustrato doctrinal el Derecho romano-canónico, identificado en el orden ético con la **aequitas** canónica, una noción que sintetiza el mundo ideológico y de valores del Medioevo, y que se encuentra en las raíces de todo el ordenamiento jurídico, tanto en el plano normativo como en el de las elaboraciones doctrinales (135). La tradición jurídica romano-canónica opera, pues, como referente no expreso de la normatividad que sirve de guía a la formación del nuevo sistema, especialmente en su período originario (136), durante los siglos XIV y XV, pero también en el XVI, en el que la **Equity** se elabora como cuerpo de principios a semejanza del **Common Law**, quedando ambos asimilados en un sistema armónico desde el compromiso de 1616; con todo, la influencia romano-canónica a través de la **Equity** discurre por la vía de los principios, es decir, por el cauce de las **rationes decidendi**, de acuerdo con la estructura general del Derecho judicial inglés.

Aunque la **Equity** no produce tampoco como consecuencia una recepción conceptual del Derecho romano-canónico, permitió, sin embargo, establecer una relación entre la formación universitaria y la práctica del Derecho; en efecto, mientras que los juristas del **Common Law** obtenían su preparación en la forma corporativa de los **Inns of Court**, los juristas que actúan en los tribunales de la **Equity** procuran su formación en la Universidad, en donde se enseña Derecho romano y canónico (137). Pero la actuación práctica de los legistas no se reduce a la **Court of Chancery**; tienen también gran importancia las causas en materia de matri-

(135) Calasso, cit., p. 324 ss.; Martínez-Torrón, cit., p. 295 ss.

(136) Este hecho es generalmente admitido dentro de la historiografía del Derecho anglo-americano; vid., Martínez-Torrón, cit., p. 310.

(137) La enseñanza del Derecho romano recibe un especial impulso con Enrique VIII (1509-1547), quien crea en Oxford y Cambridge los **regii profesores** con ese cometido; tras la reforma anglicana se produjo la supresión del Derecho canónico.

monio y sucesiones, en las que son competentes los tribunales eclesiásticos (**ecclesiastical courts**), que se conservan hasta 1857; pero, además, constituye un campo profesional relevante para los juristas de formación romanista la jurisdicción mercantil, ligada a la **Court of admiralty**, creada en 1357 como tribunal real de la Armada, y que paulatinamente extiende su jurisdicción a cuanto concierne a la navegación y al comercio; el Derecho comercial que desde aquí se desarrolla con un carácter marcadamente internacional se asienta en la doctrina italiana de los siglos XIV y XV, muy influida por el Derecho romano (138). Todas éstas constituyen otras tantas vías de penetración de elementos formativos del Derecho inglés procedentes de la tradición jurídica romano-canónica (139), que recibe un fuerte impulso en el s. XVI con la influencia cultural del Humanismo en Inglaterra (140).

Del mismo modo que en los demás países europeos, el impacto cultural de la tradición jurídica romano-canónica se produce en función de ideas renovadoras en el mundo jurídico y en la organización social; la adherencia de componentes autoritarios en esa tradición jurídica, por la forma romano-bizantina en que se recibe en la Europa continental y el apoyo que encuentra en las monarquías absolutistas, repercute también en Inglaterra en el período de los Tudor y los Estuardo, sin que llegara a producirse una alteración sustancial en cuanto a la relación de la función judicial y la potestad legislativa con el Derecho, entre otras razones por la distinta actitud respecto a estas cuestiones por parte de los juristas ingleses y el peso de la tradición constitucional contraria a la identificación entre ley y Derecho. Aunque el triunfo del Parlamentarismo en 1688 supuso la victoria política del **Common Law**, tampoco puede asegurarse (141) que si se hubiera producido el triunfo de la jurisdicción de la **Equity** sobre la de los tribunales del **Common Law** hubiese ello determinado la incorporación del Derecho inglés a los supuestos políticos de primacía de la formulación legal del Derecho que se impuso en los países continentales europeos. El modo en que se produce desde el s. XII, y sobre todo desde el XIV, la incorporación del Derecho inglés al fenómeno cultural del Derecho Común, representado por la tradición jurídica romano-canónica continental, permite pensar que, en todo caso, la estructura general del Derecho, el punto de vista empírico y procedimental y la naturaleza judicial del fenómeno jurídico habrían permanecido configurando básicamente una realidad estructuralmente distinta de la que se consolida en los pueblos del continente europeo. La forma distinta que adopta en Inglaterra el principio constitucional de soberanía del Parlamento y, por tanto, de la legislación, respecto al poder judicial, cuya independencia se consagra, tras la reforma constitucional de 1688, y el triunfo del legalismo y la subordinación de la función judicial que se instaura en el modelo continental desde 1789 constituyen también una prueba que evidencia diferencias estructurales profundas en los supuestos político-culturales conforme a los que se desarrollan y se incorporan a la realidad social fenómenos culturales y tendencias políti-

(138) Koschaker, cit., p. 313 ss.

(139) Todavía hay que añadir la presencia de los legistas en el s. XVI en puestos de la administración; la importancia e influencia de estos juristas conduce a su organización corporativa en el **College of doctors of law exercent in the ecclesiastical and admiralty courts**, creado en 1521; Koschaker, cit., p. 314.

(140) La figura de Arthur Duck (1580-1549), autor de una obra titulada **De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum** (publicada póstuma en 1653) es expresiva de un punto de vista puramente cultural ante el Derecho romano, al margen de toda identificación con supuestos políticos concretos.

(141) Así lo hace David, cit., p. 255.

cas apoyadas en corrientes de pensamiento que tienen un carácter común europeo, pero que se concretan de manera diferente en las distintas realidades culturales y políticas de los pueblos europeos. Tal diferente concreción aparece marcada especialmente desde el Medioevo entre Inglaterra y los países continentales europeos. La aproximación entre ambas tradiciones jurídicas puede ser posible precisamente por su fundamento común, pero resulta difícilmente imaginable un proceso de integración de ambas.

3. Autonomía de la tradición jurídica del Common Law.

La razón de la autonomía de la tradición jurídica del **Common Law** en el ámbito de la cultura occidental no viene determinada por una diferente fundamentación ética del Derecho respecto al que se desarrolla en el continente europeo, ni tampoco por su oposición sustantiva al marco jurídico referencial de la tradición jurídica romano-canónica. En lo esencial, esa autonomía se fundamenta en la diferente, e incluso contrapuesta, concepción del Derecho, entendido como manifestación de la potestad en los sistemas jurídicos continentales y como una ordenación racional autónoma, basada en los principios establecidos en las decisiones judiciales de un poder judicial independiente, de forma que los órganos de potestad quedan también sometidos en su actuación al orden jurídico común.

La formulación de esta idea como principio de supremacía del Derecho responde a componentes previos de origen germánico, a los que se superpone la interpretación iusnaturalista que protagonizan los representantes de la Iglesia romana en Inglaterra (142), a cuya influencia social y política se debió también la introducción de otras instituciones de Derecho público (143). Aunque tal principio no es ajeno a la cultura jurídica latina, y no está ausente su problemática en el ámbito político de la Baja Edad Media en algunos territorios del continente europeo, lo cierto es que sólo se afirma constitucionalmente en Inglaterra y se consolida ininterrumpidamente desde 1688, mientras que en el Derecho público continental se afianza el principio contrapuesto de la supremacía de la potestad legislativa, atribuida al monarca absoluto como titular de la soberanía nacional, y se configura la función judicial como dependiente y ejecutora del Derecho formulado por aquella potestad.

La posición central que en el sistema jurídico inglés ocupa el juez convierte a las decisiones judiciales y al conjunto de principios a través de ellas formulados en el cuerpo normativo que en el ámbito continental ocupa el Derecho Común y la doctrina científica en él fundada. Pero la preeminencia del juez tiene también su manifestación en la concepción en forma judicial de la norma jurídica (**legal rule**), que se entiende en relación con el derecho aplicable al caso concreto, y que resulta de un procedimiento inductivo a partir de los principios jurídicos que informan el conjunto del Derecho; se trata, pues, de un sistema abierto, y la función del juez no es la de mera interpretación de una norma general que le viene dada, sino una **inventio** del derecho del caso sometido a su decisión.

(142) Pound, cit., p. 77 ss.

(143) En particular, según algunos autores, la creación de la institución del jurado (Rabassa, *El Derecho angloamericano*, 2 ed., 1982, p. 113 ss.) y los principios de la **Magna Charta** (Maitland, cit., p. 69 ss.); vid. en Martínez-Torrón un análisis de otras influencias del Derecho canónico en el Derecho inglés.

La naturaleza judicial del Derecho inglés no supone, sin embargo, que se entienda atribuida al juez una potestad creadora de Derecho en sentido propio; tanto el juez inglés como el jurista romano-republicano y el del Derecho Común realizan una actividad creadora de derecho tan solo en sentido derivado, en la medida en que aplican o formulan criterios normativos que forman parte de un cuerpo jurídico general; no se trata, en definitiva, de un acto originario de creación, para lo que carecen de legitimación constitucional, y de ahí la referencia de las decisiones judiciales a los precedentes (144) y la necesidad de una **ratio decidendi** como fundamento de la sentencia.

El **Common Law** participa del fenómeno cultural del Derecho Común europeo en su carencia de adjetivación como Derecho nacional; se trata de la manifestación concreta en un determinado espacio político-cultural de aquel fenómeno universal, e igualmente coincide con el fundamento básico racional del orden jurídico. Y sin embargo, desde otro punto de vista, supone en la práctica la configuración temprana de un propio Derecho nacional, es decir, un sistema jurídico cuyo carácter común se entiende en el sentido de ser el generalmente aplicable, situándose en una posición primaria y no subsidiaria en relación con los Derechos particulares que pretende, precisamente, integrar; en ello el Derecho inglés, desde el punto de vista político, guarda también correspondencia con las tendencias que en los países continentales tienden a configurar en la Edad Moderna Derechos nacionales propios a partir del Derecho Común europeo fundamentado en la tradición jurídica romano-canónica.

(144) Sobre la función del precedente en el Derecho inglés, *vid.* Allen, *cit.*, p. 235 ss.

IV. DERECHOS NACIONALES Y DERECHO COMUN EN EL PERIODO DE FORMACION DEL ESTADO MODERNO.

1. Ruptura del espacio político-cultural europeo. La revolución protestante y la consolidación política del absolutismo.

En la primera mitad del s. XVI concurren tres acontecimientos históricos que provocan la ruptura del espacio político-cultural en el que se sustentaba la identidad europea vigente en el Medioevo. En primer lugar, la quiebra de la unidad religiosa y, con ello, de los fundamentos en que se basaba la interpretación de la existencia entendida como común a los pueblos europeos, al margen de las formas concretas de organización política; en segundo lugar, la tendencia a la consolidación de la concentración del poder político en un único titular de la potestad, en el que se sitúa la identidad y soberanía nacionales, lo que provoca la tensión con los elementos de representación social que se habían configurado en la Baja Edad Media, así como con el gobierno de la Iglesia romana y con las nuevas confesiones e iglesias nacidas de la revolución protestante, pero también, en otro plano, con las instituciones autónomas de autogobierno de las diversas entidades nacionales agrupadas en un orden político superior por la Corona; en tercer lugar, el descubrimiento y colonización del continente americano, que propicia una política de signo expansivo extendida después a los demás continentes, que ocasiona el desplazamiento de la dimensión europea como referente político y genera determinados espacios político-culturales con entidad propia, en los que se diversifica la desaparecida entidad supra-nacional europea que, al menos como realidad cultural, estuvo presente como elemento cohesionante en el mundo medieval.

Estos acontecimientos condicionan el período histórico y cultural europeo desde el s. XVI hasta la segunda mitad del s. XX; la recuperación del referente político-cultural europeo se producirá como consecuencia de la superación histórica de las consecuencias de los tres acontecimientos antes apuntados: la reducción de los países europeos a sus propios límites territoriales, tras la desmembración de los imperios coloniales; la adhesión a una nueva interpretación europeo-occidental de la existencia, sobre la base de la confluencia en unos supuestos político-culturales comunes, compatibles con la diversidad cultural de las diferentes entidades nacionales; la ruptura con los modelos unitarios y centralizados de organización política y la forma autoritaria del estado, incompatible con una concepción pluralista de la convivencia y con el reconocimiento de la persona humana y de la libertad civil como valores políticos fundamentales en la ordenación social de la convivencia, y con la idea de soberanía popular como legitimadora del ejercicio de la potestad y de la formulación general del Derecho. De algún modo, se trata de la reformulación histórica de los supuestos originarios y característicos de la cultura occidental; la identificación de las corrientes de pensamiento sobre las que se establece la nueva interpretación europea de la existencia requiere situarlas en el contexto político en el que se desarrollan y describir las circunstancias históricas que permitieron su incorporación al ámbito jurídico-normativo, dejando de ser meros enunciados teóricos.

De los tres acontecimientos mencionados, el que, sin duda, tuvo mayor relevancia fue la ruptura de la unidad religiosa, y precisamente por ese carácter. En efecto, la corriente cultural que desde el s. XII se expande por el conjunto de los pueblos europeos, y de la que el fenómeno del Derecho Común es tan solo una manifestación, evoluciona hacia un movimiento de signo humanista, que se

manifiesta claramente como tal en los siglos XV y XVI, pero que aporta ya con anterioridad elementos diversos de un proceso de secularización de la sociedad civil y el pensamiento, apuntando valores que prefiguran un nuevo orden social correspondiente al tiempo histórico que estaba llamado a suceder a la concepción del mundo y la forma de entender la convivencia política propios del Medioevo; incluso en el ámbito de la Iglesia romana se había ido gestando un movimiento reformador que a principios del s. XV se encontraba en pleno desarrollo (145).

Desde la perspectiva histórica que se desprende del análisis de los fenómenos culturales y políticos que se producen en la Baja Edad Media ha podido decirse, no sin razón, que la Reforma protestante no aportó ningún elemento nuevo al mundo moderno (146), en la medida en que, al menos en el plano del pensamiento, todos ellos se encuentran presentes en ese período, y es lícito suponer que podrían haber tenido un desarrollo ordenado a partir del movimiento humanista; con todo, también es verdad que las ideas por sí mismas son insuficientes, si no concurren circunstancias históricas que hagan posible su incorporación a la realidad jurídico-política; desde este punto de vista, es indudable que los valores y formas de organización de la convivencia política que configuran el mundo moderno nacen de la necesidad de superar las consecuencias de la ruptura de la unidad religiosa que se produce en el s. XVI, generando un orden convivencial diferente, tanto del modelo medieval como del que inmediatamente se deriva de la Reforma protestante; una vez más puede apreciarse en el desenlace de este proceso cultural la tendencia propia de la cultura europeo-occidental a generar ámbitos generales básicos de convivencia y formas culturales alejadas de esquemas cerrados y unitarios; desde otro punto de vista, en el período comprendido entre el s. XVI y la segunda mitad del s. XX, en que desaparece la conciencia de identidad europea y, al mismo tiempo, se decantan los futuros elementos definidores de esa nueva identidad, puede percibirse también la tensión de las corrientes que se dirigen a la configuración de espacios políticos-culturales nacionales, que operan como fuerzas desintegradoras en la medida en que no actúan integradas en un espacio superior común.

En realidad, la revolución protestante es un fenómeno que, desde el punto de vista político-religioso, se mueve dentro de los esquemas medievales; en efecto, lejos de proponer una sociedad política basada en valores seculares, la Reforma pretende una **renovatio fidei**, que, en los términos del luteranismo, se concreta en la anacrónica fórmula de vincular las nuevas iglesias a la organización estatal (147). Tras producir la ruptura de la conciencia espiritual de Occidente, la revolución protestante provocó la multiplicación de sectas sin casi otro denominador común que la oposición a la Iglesia romana; la conversión de la religión reformada en un elemento de identidad política, atribuyendo al poder civil legitimidad para su imposición coactiva, no sólo supone un retroceso en el orden anterior de convivencia, sino que inevitablemente genera un proceso involutivo en la misma, provocando un recrudescimiento de la intolerancia tanto en el campo protestante co-

(145) Sobre este proceso de reformas y la influencia del Humanismo, vid. M. Nédoncelle, A. Renaudet y otros, en *Cou-rants religieux et humanisme à la fin du XV et au début du XVI siècle* (1959).

(146) Eisenstad, *The protestant ethic and modernisation* (1968), p. 8.

(147) Sobre Lutero, vid. García Villoslada, *Martín Lutero* (1973).

mo en el católico y la destrucción de las condiciones mínimas para el mantenimiento de una ordenación político-cultural fundada en la adhesión a unos valores convivenciales comunes.

Las repercusiones políticas de la revolución protestante, en cuanto a su incidencia como fuerza disgregadora, fueron especialmente intensas en Alemania, en donde la cuestión religiosa favoreció la posición de los príncipes territoriales frente a las tentativas de Maximiliano I y Carlos V de reforzar la autoridad imperial, que definitivamente fracasan, precisamente a causa de la división religiosa, con el tratado de Passau (2 de agosto de 1552) y después con la paz de Augsburgo (3 de octubre de 1555), que sanciona jurídicamente la doctrina luterana en forma de decisión autoritaria de los príncipes territoriales (**cuus regio eius religio**), de quienes se hace depender la confesión luterana o católica de los súbditos (148); por este procedimiento autoritario se introdujo el protestantismo en Suecia (a. 1536) y al año siguiente en Dinamarca, Noruega e Islandia. El carácter puramente alemán de la Reforma protestante adquiere dimensión europea, a partir de supuestos organizativos muy diferentes, con el calvinismo (149), cuya difusión se vio favorecida por su carácter universal y no estatalista, por la coherencia lógica de su doctrina y su capacidad proselitista; el calvinismo se propagó rápidamente en varios cantones suizos, en la Inglaterra de Eduardo VI, en Francia y en los Países Bajos, en Escocia y, en menor medida, en Italia y España, así como en el área germánica, especialmente en Hungría y Bohemia.

Desde el punto de vista del Derecho público, la revolución protestante tuvo una inmediata repercusión en el fortalecimiento del absolutismo, que viene ahora a recibir una fundamentación teórica tanto desde corrientes de pensamiento católicas como protestantes. El fenómeno, en el plano político, venía precedido por el proceso de concentración del poder en la figura del monarca en los reinos que durante el Medioevo habían afirmado su posición de independencia frente al Imperio y orientado su política hacia la consolidación de la unidad territorial. Los reyes encuentran el apoyo para esa política en las asambleas estamentales, pero, en la medida en que su poder se afianza tienden a prescindir de la mediatización de esos órganos de representación social. Así sucede, ante todo, en Francia, en donde desde el acceso al trono de Luis XI (a. 1461) recibe un fuerte impulso la política de anexiones territoriales, que continúan sus sucesores hasta Luis XII (1498-1515), momento en que se hace ya perceptible el desplazamiento del poder hacia la persona del monarca. La política de unidad territorial que en España se deriva de la unión personal de Isabel y Fernando (a. 1469) se consolida con Carlos I (a. 1516), pero supone también el declive de las Cortes de Castilla y el paulatino debilitamiento de las de los demás reinos. La monarquía afirma su poder en Inglaterra en la guerra por la sucesión al trono de los Plantagenet, que desde 1459 sostuvieron las casas de York y Lancaster; el debilitamiento de los elementos feudales permite a Eduardo IV de York desentenderse del Parlamento; aunque con Enrique VII Tudor vuelve a tener protagonismo esta cámara de representación, el rey tiende a afirmar un poder personal prescindiendo lo más posible del Parlamento; con la sumisión del Parlamento de Irlanda al de Inglaterra, al conseguir aprobar

(148) Acerca de la Reforma protestante en Alemania, la obra de K. Brandt, **Die deutsche Reformation** (1937) constituye una importante síntesis, desde el punto de vista alemán y protestante.

(149) En torno al calvinismo, *vid.*, entre otros, J. T. McNeil, **The history and character of Calvinism** (1954).

por aquél en 1494 las actas según las cuales era condición precisa que el Parlamento inglés aprobara previamente todos los proyectos sometidos a deliberación en el Parlamento de Irlanda, Enrique VII logra recuperar la autoridad sobre este territorio. Con todo, así como en Francia y en España el rey consigue afianzar en la Corona la titularidad única de la soberanía nacional, en Inglaterra la dualidad monárquico-estamental perdurará al no haber podido prescindir los Tudor completamente del Parlamento, y al frustrarse en el s. XVII las tentativas absolutistas de los Estuardo; también por ello, la unidad política se configura en las Islas británicas bajo una forma no unitaria, muy diferente al modelo que se impone en el continente europeo. La debilidad del imperio alemán hace inviable una política de concentración del poder en la figura del emperador germánico, produciéndose, por el contrario, un proceso inverso de afianzamiento de signo absolutista de los príncipes territoriales, que las contiendas religiosas vienen a consolidar durante mucho tiempo. Tal es el panorama político que presentan a fines del s. XV y principios del XVI las naciones europeas que iban a protagonizar la Edad Moderna (150), cuyas tendencias al absolutismo se manifiestan también en el regalismo, que en Francia se refleja en la pragmática de Bourges (a. 1483) y en los concordatos de 1472 y 1516, que dejan amplio margen al rey en el gobierno de la iglesia francesa; por lo que a España se refiere, una orientación semejante se aprecia desde los Reyes Católicos con el convenio de 1482 y el posterior reconocimiento del patronato sobre las iglesias de Granada e Indias.

El luteranismo formula una teoría del estado que conduce claramente al fortalecimiento del absolutismo, no sólo por la atribución al príncipe de jurisdicción sobre las iglesias reformadas, sino también por la consagración del culto a la autoridad y una apología de la obediencia y la disciplina, que excluye toda posible legitimación del derecho de resistencia e inviabiliza cualquier evolución hacia formas de organización política basadas en la legitimación social (151); el modelo de estado autoritario nacido del luteranismo configura uno de los espacios político-culturales que resultan de la desintegración de la forma común de interpretación de la existencia y la fundamentación del orden social producido por la revolución protestante, y que encontrará en la Prusia de la segunda mitad del s. XVII, con Federico Guillermo I y Federico III, su expresión política inmediata más significativa como potencia europea basada en el militarismo.

Un segundo espacio político-cultural puede identificarse con el representado por la monarquía española de los siglos XVI y XVII, cuya fundamentación teórica se encuentra formulada en los tratadistas españoles desde Vitoria (1483-1546) a Suárez (1548-1617). Tomando como referencia la doctrina tomista, establecen la diferenciación entre los fines de la sociedad civil y los de la sociedad religiosa, pero supeditando la política a los principios del sistema teológico católico y, entre ellos, el respeto a la persona y a la ley natural, que se configuran como límites para el ejercicio de la autoridad y, al mismo tiempo, en el fundamento para la legitimación del derecho de resistencia frente a la tiranía, que encontró en Mariana

(150) En torno al desarrollo del poder del Estado en la Edad Moderna, vid., entre otros, W. Naef, *La idea del Estado en la Edad Moderna* (tr. cast., 1947) y J. Vicens, *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII* (1960); por lo que se refiere al sistema de gobierno inglés y su evolución tiene interés la obra clásica de A. F. Pollard, *The evolution of Parliament* (1926).

(151) Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (1968); Troeltsch, *El protestantismo y el mundo moderno* (tr. cast., 1967).

(1535-1624) un excelente formulador de resonancia europea; aunque la teoría de la sociedad y del gobierno se plantea desde supuestos teológico-morales, la autoridad se construye como derivada de Dios pero **per populum**, de acuerdo con la doctrina tomista y escolástica de los dos pactos que dan origen separadamente a la sociedad y al gobierno; la consideración de la monarquía como el más perfecto sistema de organización política conduce a interpretar que el pueblo ha hecho a ésta una transferencia de soberanía, lo que viene a legitimar el absolutismo, pero mitigado en esta concepción teórica por la idea de pacto con la sociedad, que se formaliza con el juramento del rey ante las Cortes, y los condicionamientos de orden moral con los que se entiende que debe ser desempeñada la función de gobierno, y cuya conculcación puede implicar un retorno al pueblo de la soberanía transferida. Esta doctrina no encontró en la práctica política reflejo en una organización institucional que pudiera controlar el ejercicio del gobierno, ni se dieron las circunstancias histórico-políticas precisas para su transformación posterior en una forma de organización del estado superadora del absolutismo; de hecho, venía a ser una explicación teórica de una realidad política, de la que formaba parte como poder interno la Iglesia Católica, depositaria e intérprete del orden teológico-moral, que venía a presentarse en ese modelo como mecanismo externo y extra-jurídico de control de la potestad política.

Un tercer modelo político-cultural se configura también en Francia en la segunda mitad del s. XVI, aunque tiene más tarde en Luis XIV (1715-1774) su más claro representante, aunque ya desvinculado de los fundamentos originarios del modelo. Los intentos de superación de las guerras civiles de origen religioso en la Francia del s. XVI favorecen la aceptación de la corriente política, en la que confluyen sectores católicos y protestantes, defensora de la idea de situar a una autoridad general, identificada con la institución monárquica, por encima de las facciones en pugna, lo que requiere la modificación teórica de las doctrinas de inspiración católica antes descritas y el establecimiento del principio del directo origen divino del poder civil, personificado en el rey, al margen de cualquier mediación del pueblo o de los órganos de representación social. Esta doctrina encuentra aceptación tanto por parte de los sectores católicos como protestantes, y tiene su formulación científica en Bodino, que recupera la idea del estado incipientemente formulada en la doctrina política italiana de la Baja Edad Media, como entidad abstracta e independiente de los miembros de la sociedad política; la identificación del príncipe con el estado configurado como neutral conduce a atribuir a aquél la titularidad de la soberanía nacional, y, por tanto, un poder no sujeto a leyes, sino entendido como fuente del ordenamiento jurídico de aplicación general; al no tratarse de un poder delegado, no cabe la exigencia de responsabilidad alguna en cuanto a su ejercicio ni puede ser sometido a ningún tipo de limitación; en 1527 el Parlamento de París había proclamado que el rey estaba por encima de la ley, entendiéndolo por ley, en sentido medieval, un orden social externo y autónomo de la organización secular; tiempo después, y desde el campo teológico, Bossuet (1627-1704) defenderá doctrinas que conducen a las mismas conclusiones legitimadoras del absolutismo que, con la revocación (a. 1685) del edicto de Nantes dejó sin efecto la fundamentación en la tolerancia religiosa de la forma de absolutismo que con su promulgación por Enrique IV (a. 1589) había introducido un modelo diferente de relación del estado con el hecho religioso, configurando éste como marco general de convivencia por encima de las diferencias religiosas, que entonces constituían la manifestación del pluralismo en la sociedad civil.

Las tres formas en las que se presenta el absolutismo en los siglos XVI y XVII configuran otros tantos referentes político-culturales generados como consecuencia de la revolución protestante; el elemento diferenciador está constituido por la diferente posición adoptada ante el hecho religioso, y en esa posición se encuentra el factor de identidad del modelo, presentando los tres coincidencias en cuanto a la forma de organización social. El signo disgregador de la conciencia de identidad europea que ello supone se manifiesta todavía más en la incorporación del elemento religioso al desencadenamiento del fenómeno del nacionalismo particularista, ante todo, en los estados territoriales del Imperio alemán, pero también en otros ámbitos político-culturales, tales como los Países Bajos, en cuya sublevación (a. 1542) la cuestión religiosa se identifica con la causa nacional, al igual que sucede en Irlanda, en donde la adhesión al catolicismo tuvo una significación diferenciadora con los ingleses y escoceses, incorporados a diversas formas de iglesias protestantes a raíz del cisma anglicano (1531-1533) y la aprobación por el Parlamento de Escocia (a. 1560) de la reforma religiosa del calvinista Knox.

2. Desarrollo de un nuevo Derecho público. Las declaraciones de derechos de la persona.

La revolución inglesa de 1688 aporta un nuevo modelo de organización del Estado, que constituiría el primer referente político-cultural de una nueva forma de entender la convivencia y la ordenación de la sociedad de manera diferente a los modelos absolutistas continentales, que habían tenido reflejo también en la monarquía inglesa. Desde el punto de vista constitucional, la importancia de la revolución inglesa reside, sobre todo, en el hecho de la resonancia histórico-temporal que alcanza la derrota política del absolutismo en un momento en que se encontraba consolidado en el continente europeo, aunque se habían generado ya corrientes ideológicas en su contra; el proceso revolucionario inglés se convertirá en un elemento de referencia para esas corrientes, aunque, en realidad, la forma en que se resuelve en Inglaterra la derrota política del absolutismo supone el restablecimiento de la tradición constitucional inglesa, bajo una nueva formulación política; tal tradición se había desarrollado en el marco de la concepción germánica del estado desde la Edad Media, y el absolutismo de los Estuardo amenazaba la ruptura con esa tradición.

Esta perspectiva permite valorar la incidencia tan solo relativa de las corrientes culturales originadas en el continente en medio de las contiendas político-religiosas que siguen a la Reforma protestante, cuyas consecuencias tratan de superar una serie de doctrinas que son asumidas por los elementos sociales que protagonizan la revolución de 1688, y ello porque, en cierto modo, venían a expresar de diferente manera nociones de Derecho público desarrolladas en un proceso histórico concordante con antiguas concepciones jurídicas. Ello dota de una especial singularidad al modelo constitucional inglés formalizado tras la revolución de 1688 y explica su difícil traslación a espacios político-territoriales diferentes ocupados por componentes culturales históricamente asentados, que de manera inevitable se trasvasan parcialmente al nuevo modelo importado.

El significado referencial que adopta el modelo inglés desde finales del s. XVII y durante el XVIII estriba en que en él aparecen asumidas ideas ampliamente difundidas en los pueblos del continente europeo en los que había tenido repercusiones la revolución protestante. Entre esas ideas debe hacerse una obligada referencia, en primer lugar, a la doctrina de la tolerancia; en segundo lugar, los plan-

teamientos anti-autoritarios en cuanto a la organización de las iglesias reformadas difundidos por el calvinismo y, en tercer lugar, y en relación con ello, las doctrinas sobre la soberanía popular propagadas por los primeros representantes del iusnaturalismo racionalista, movimiento cultural al que están también ligadas las formulaciones de las declaraciones de derechos de la persona como fundamentación legitimadora del orden jurídico-social y la organización política. La incorporación de las ideas procedentes de estas corrientes de pensamiento al modelo constitucional inglés de 1688 se produce en el marco de los conflictos políticos entre la Corona y el Parlamento envueltas en las luchas religiosas que tienen lugar también en el continente europeo.

La doctrina de la tolerancia (152) tiene en Erasmo su primera formulación y en los humanistas sus propagadores más destacados, aunque sus ideas sólo son tomadas en consideración cuando los difusores de la Reforma advierten el peligro de atomización del Protestantismo, y en el terreno político se teme que la fragmentación religiosa pueda suponer la anarquía en el Imperio alemán, y convertirse en causa de desintegración de la unidad nacional en los países en que se desencadenaron conflictos civiles a consecuencia de la cuestión religiosa. Los humanistas ocupaban puestos de influencia en las principales cortes alemanas, independientemente de que fueran católicos o protestantes, pero su política conciliadora fracasa tras la paz de Augsburgo, en virtud de la cual los autócratas alemanes implantan la intolerancia en el ámbito de los respectivos estados, según la decisión confesional protestante o católica de los respectivos príncipes. Con todo, por influencia también de los humanistas, y en contra del sistema de la paz de Augsburgo, en la Alemania católica de los Habsburgo se inicia una política de conciliación religiosa de signo estamental, seguida igualmente en Polonia y Francia; esta política fracasa también a causa de la tensión político-religiosa de fines del s. XVI y principios del XVII; también por influencia del humanismo se incorpora al calvinismo la doctrina de la tolerancia, que se fundamenta en la libertad de conciencia (153) en el pensamiento de la escuela liberal calvinista representada por P. Bayle (1647-1706) y J. Locke (1632-1704). Desde el punto de vista jurídico, la doctrina de la tolerancia es el germen del derecho a la libertad religiosa, pero tal reconocimiento no se produce todavía ni en la Europa continental ni en la Inglaterra de fines del s. XVII; su adopción como principio político responde en los países absolutistas a la utilidad que la idea proporciona para el fortalecimiento de la posición del monarca, compatible con el mantenimiento y control de la Iglesia oficial; además de estas razones políticas, otras circunstancias vinieron a propiciar la aceptación de la tolerancia como principio de convivencia, sobre todo la expansión del capitalismo comercial (154) en el s. XVII, especialmente en las principales potencias marítimas de Europa (Holanda e Inglaterra), y la secularización de la política y la vida cotidiana, que se tradujo en la indiferencia de los gobiernos de los estados absolutistas a finales del s. XVII respecto a las cuestiones religiosas. Puede afirmarse, por tanto, que la doctrina difundida por Locke en su **Carta sobre la tolerancia** (a. 1689) reflejaba un estado de opinión generalizado en los países

(152) Sobre esta cuestión, vid. H. Kamen, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna* (1967).

(153) Wendel, Calvin, *Sources et évolution de sa pensée religieuse* (1950), destaca la influencia de la formación humanista en Calvino, quien trata de conciliar el humanismo con la fe cristiana.

(154) Luzzato, *Storia economica. L'età moderna* (1934); Fanfani, *Protestantismo y catolicismo en los orígenes del capitalismo* (tr. esp., 1956).

en los que coexistían diversas confesiones religiosas; de todas maneras, dejando aparte el período de vigencia del edicto de Nantes (a. 1598), la doctrina de la tolerancia no tuvo incorporación al sistema jurídico-político hasta la aprobación por el Parlamento inglés del **Acta de Tolerancia** en 1689, que, en realidad, supone la formalización legal de la práctica política que respecto a la tolerancia tenía vigencia de hecho en los estados absolutistas continentales y en la propia Inglaterra; en efecto, en virtud de esa disposición legal, no sólo se excluye a los católicos y judíos, sino que se mantiene la inhabilitación civil de los no anglicanos, con lo que quedaba asegurada la fuerza política de la iglesia anglicana e institucionalizado en parte el modelo luterano; la revolución inglesa de 1688 no aporta, pues, en este punto otra cosa que la consagración legislativa de una doctrina relativamente asumida desde el punto de vista del Derecho público, y distante del reconocimiento del derecho de libertad religiosa; tan solo en la época de Jorge II (1727-1760) los disidentes protestantes son admitidos a los cargos públicos y hasta el s. XIX no fueron abolidas las restricciones a católicos y judíos; este mismo efecto relativo se produce en cuanto a la incorporación de la idea de soberanía democrática.

El fundamento democrático de la organización política no era una idea nueva en la cultura política occidental; aparte de su vigencia en forma de democracia ilustrada en el mundo griego (155), la legitimación democrática del ejercicio de la potestad política y del propio orden jurídico se encuentra en la tradición política romano-republicana, aunque, de hecho, el funcionamiento real de ese orden político era oligárquico, a causa del control institucional que en el mismo se daba por parte de la nobleza y la burguesía. El redescubrimiento de la fundamentación democrática de la potestad política se produce primero a través del pensamiento humanista, que adopta posturas contrarias al absolutismo en unos casos o limitativas del mismo, como sucede en los tratadistas españoles, e incluso conduce a la defensa de la forma de organización política republicana, tal como sucede en Marsilio de Padua. Esta corriente humanista adquiere una primera incorporación práctica con la Reforma protestante, a partir de los planteamientos eclesiástico-organizativos del calvinismo, a través del cual se trasladan a la teoría general de la organización política civil; de alguna manera, la noción política de pueblo y la idea de soberanía democrática se presentan en este período histórico como una secularización de conceptos religiosos (156), aunque ello ocurre, sobre todo, en el plano doctrinal, puesto que es la concurrencia de ciertas circunstancias históricas la que determina, en definitiva, la incorporación de esas ideas a la organización jurídico-constitucional. La consideración de esas circunstancias explica la forma de concreción de esas ideas en los diferentes modelos de organización política que las adoptan; el desenlace del conflicto religioso y constitucional inglés supone la aceptación de los planteamientos eclesiástico-organizativos del calvinismo presbiteriano y de las ideas políticas de los representantes de esa corriente de pensamiento religioso en cuanto a la organización del Estado, en la medida en que resultaban coincidentes con las posiciones defendidas por los elementos sociales protagonistas y triunfadores en la revolución de 1688. El valor referencial que el modelo constitucional inglés presenta para los países continentales, especialmente para Francia, no se debe sólo a la superación que supone del modelo absolutista,

(155) Vid., Rodríguez Adrados, *Ilustración y política en la Grecia clásica* (1966), p. 259 ss.

(156) Sobre esta cuestión, vid. Caperochipi, cit., p. 108 ss.

sino a la forma que adopta el modelo resultante, centrado en la soberanía del Parlamento, dominado éste todavía por la concepción medieval en cuanto a su composición; se trata, en definitiva, de un modelo que, de hecho, asegura el control oligárquico del poder político a la nobleza y a la burguesía, presentándose la legitimación democrática como un referente político-doctrinal. Los planteamientos eclesiástico-organizativos calvinistas se adecuaban perfectamente a ese modelo político-constitucional.

A diferencia de Lutero, Calvino pertenece a una familia de la alta burguesía estrechamente ligada a la nobleza; recibe una excelente educación secular y, sobre todo, estudia Derecho en Orleáns con Alciato, célebre jurista humanista que parece haber influido poderosamente en la formación clásica de Calvino. Estos componentes personales e intelectuales y, sobre todo, su condición de jurista formado en el Humanismo, se reflejan en su pensamiento religioso y, muy especialmente, en la organización de las iglesias. Al contrario que Lutero, Calvino no diviniza el Estado, sino que afirma la existencia de un orden moral objetivo cognoscible por vía racional; mantiene la diferenciación entre la organización de la sociedad política civil y la eclesiástica y el principio de tolerancia (157); pero, sobre todo, interesa poner de relieve la relación que guardan sus puntos de vista doctrinales sobre la organización de las iglesias y las categorías del Derecho público romano-republicano, acerca del cual existen constantes citas en su **Institución cristiana** (a. 1536).

La preocupación principal de Calvino es que el poder dentro de la iglesia sea compartido; la imagen de la que Calvino parece partir, tanto para la formación de ese punto de arranque como para la articulación organizativa de esa idea, no es otra cosa que la preocupación de la tradición aristocrática y oligárquica de la república romana, centrada en mantener la colegialidad del poder para evitar su concentración más que en el ejercicio de ese poder en nombre del pueblo, que constituye, no obstante, el elemento legitimador de la potestad política; para la viabilidad del gobierno colegiado y evitar tensiones en el mismo, Calvino introduce como criterio organizativo la separación de funciones, que también desempeña un papel ordenador ante la ausencia de jerarquía; frente al modelo centralizado luterano, Calvino proyecta un modelo organizativo descentralizado, basado en la iglesia local como entidad autónoma, en la que se fundamenta la garantía de independencia frente al poder civil, mientras que el carácter universal de la iglesia reformada se establece sobre la federación de las iglesias locales territoriales.

No resuelve, en cambio, Calvino de manera clara la cuestión crucial de la elección de los ministros de la iglesia; en su pensamiento original, el pueblo tiene un derecho de oposición, pero no de elección de los mismos; el sistema conduce a un aristocratismo presbiterial, que genera una casta sacerdotal que se perpetúa por cooptación, pero pronto se asiste al nacimiento de ideas democráticas, que se generan primero entre los hugonotes franceses y después en los países calvinistas, especialmente entre los congregacionalistas ingleses y americanos (158), que desembocan en la forma republicana de estado; en la revolución inglesa de 1688 triunfan las ideas calvinistas presbiterianas, que se adaptan al modelo parla-

(157) Gherandini, **La Chiesa nella storia della teologia protestante** (1968), p. 113 ss. analiza críticamente la pretendida concepción teocrática de Calvino y su participación en la iglesia de Ginebra; Caperochipi, cit., p. 48.

(158) Sobre los principios organizativos de la iglesia calvinista, vid. Caperochipi, cit., p. 117 ss.

mentario tradicional, que asegura el control del poder político a la nobleza y a la burguesía, frente al republicanismo de Cromwell y las ideas democráticas congregacionalistas; en la nueva forma constitucional de organización política, y al igual que sucede en la iglesia presbiteriana, la separación de funciones y el territorialismo son los principios en que se asienta la organización jurídico-política, en coherencia con la tradición del Derecho público inglés, en tanto que la Corona permite la representación de la unidad del conjunto de los diferentes territorios que mantienen una autonomía político-organizativa.

Presenta también el carácter de reafirmación de la tradición constitucional inglesa el afianzamiento de la independencia del poder judicial, mediante la consagración parlamentaria de la inamovilidad de los jueces (decreto de 1689 y ley de 1701). En efecto, el estamento de juristas y, en concreto, el de los jueces, había ido consolidando desde el Medioevo una posición autónoma en el orden constitucional, configurándose como un elemento funcionalmente independiente tanto respecto al monarca como al Parlamento; tal posición autónoma del conjunto del sistema judicial había quedado también reforzada tras el compromiso entre el **Common Law** y la **Equity** en 1616; pero, además, el estamento de juristas del **Common Law** había participado activamente desde el Parlamento en el conflicto constitucional con la Corona. La configuración de la función judicial como independiente supone, de un lado, la confirmación legal de una tradición de Derecho público, pero, al mismo tiempo, es el resultado del compromiso entre los elementos sociales y políticos que confluyen en los acontecimientos de 1688; con todo, la afirmación de la supremacía del Parlamento impidió que prosperara la doctrina del **Common Law**, defendida por Coke, de otorgar a los jueces la facultad de declarar la nulidad de una ley del Parlamento estimada contraria al orden constitucional por parte de los jueces (159); a pesar de ello, la continuidad histórica del Derecho inglés se puso también en este punto de manifiesto al no implicar la afirmación constitucional de la supremacía de la legislación del Parlamento ninguna alteración en cuanto a la posición del juez en el sistema jurídico ni tampoco un desarrollo del Derecho por vía legislativa, manteniéndose una evolución armónica del orden jurídico de acuerdo con la dicotomía **ius-lex**, al entenderse que corresponde a la función judicial integrar en el sistema del **Common Law** las innovaciones introducidas por la legislación, que no se presenta, por ello, como ruptura sino como actualización del sistema jurídico tradicional.

El calvinismo fue también en Inglaterra el cauce de penetración de las ideas de los primeros representantes del Derecho natural racionalista (160), que tiene en Althusio (1557-1638) el fundador más significativo de la teoría de la soberanía popular, a partir de los planteamientos expuestos en el s. XIII por Marsilio de Padua en el **Defensor pacis** y el concepto calvinista de comunidad. Las ideas de Althusio sobre la supremacía de la ley, entendida no como voluntad del rey, sino de la comunidad expresada a través de órganos colegiados como el Parlamento, resultaban especialmente valiosas para una nueva fundamentación teórico-política de la tradición cultural inglesa y un apoyo para la posición del Parlamento en su

(159) Roscoe Pound, cit., p. 85.

(160) Vdi. en Wieacker, cit., p. 236 ss. una exposición sobre los precursores y fundadores del Derecho natural racionalista y un análisis de su origen social, político y confesional; sobre la penetración de esas ideas en Inglaterra, vid. Hill. **Los orígenes intelectuales de la revolución inglesa** (tr. esp., 1980), p. 288 ss.

conflicto con la Corona. La doctrina constitucional de Locke (1632-1706), que fundamenta teóricamente el modelo resultante de la revolución de 1688, se mueve en esa misma línea de pensamiento, desarrollando los puntos de vista de Lawson (**Política sacra et civilis**, a. 1660) sobre el carácter derivado del poder del rey y del Parlamento, que permite descubrir al pueblo como entidad política en la que reside la soberanía y justificar así la deposición de Jacobo II. Todas estas ideas no eran nuevas, sino que procedían de su formulación en algunas corrientes del pensamiento teológico-moral del Medioevo, pero era la primera vez que se utilizaban para fundamentar hechos políticos que en Inglaterra suponían el restablecimiento de la tradición constitucional. En la medida en que el moderno modelo político-constitucional inglés aparece históricamente configurado en estos momentos y, sobre todo, teniendo en cuenta su función referencial posterior, interesa precisar el carácter del pensamiento iusracionalista que contribuye a la fundamentación de ese modelo con el fin de apreciar la distinta significación que presenta el iusracionalismo que influye en el modelo constitucional continental y en la fundamentación del orden jurídico ligado a ese modelo.

La investigación historiográfica ha puesto de relieve desde hace tiempo la fundamentación doctrinal común en la tradición teológica y escolástica del Medioevo de las dos corrientes de pensamiento que inician el iusnaturalismo racionalista (161), esto es, los teólogos-juristas españoles de la segunda escolástica (Vitoria, Soto, Covarrubias, Suárez) y los representantes del calvinismo político (Althusio, Grocio), vinculados, además, al movimiento humanista. Este primer Derecho natural racionalista participa de la antigua creencia del pensamiento estoico, que asumió el Derecho natural cristiano, en una comunidad universal jurídicamente ordenada, así como también de la idea de un orden jurídico de validez general con independencia de las formas de organización política de las que se deriva el derecho positivo. En el plano de la teoría de la organización social constituye un elemento común de reflexión de estos autores la diferenciación entre el **pactum societatis**, símbolo explicativo de la agrupación en sociedad, y el **pactum subiectionis**, en virtud del cual se explica el ejercicio de la potestad política, derivada tanto en su origen como en su mantenimiento por esa relación paccionada entre el soberano y los súbditos; en estas ideas encuentran en el Medioevo fundamentación legitimadora la oposición estamental a las pretensiones absolutistas de los príncipes y las primeras teorizaciones sobre la soberanía popular de Marsilio de Padua; la segunda escolástica española parte de este pensamiento para fundamentar el absolutismo limitado de la monarquía de los Austrias; el pensamiento político calvinista toma como punto de referencia la idea de comunidad como legitimadora de la potestad política, y al dar a ese concepto una fundamentación iusnaturalista la convierte en arma política contra el absolutismo, del mismo modo que en el ámbito eclesiástico-organizativo es utilizada como argumento contra el modelo representado por la Iglesia católica.

A pesar de la diferente confesión religiosa de los representantes de ambas corrientes de pensamiento, este primer iusnaturalismo racionalista no persigue la secularización del pensamiento bajo-medieval, sino tan solo su emancipación metodológica de la teología moral y la formulación de una ética social autónoma; tal exigencia venía determinada por la ruptura de la unidad religiosa, lo que requería

(161) Sobre esta cuestión, vdi. Wieacker, cit., p. 197 ss.

recrear un lenguaje cultural común en el que pudiera fundamentarse el orden social y jurídico con independencia de las confesiones religiosas. Una característica de este nuevo período del iusnaturalismo es su planteamiento como método racional para el análisis de los problemas referentes a la organización de la sociedad, con resultados no coincidentes, en la medida en que también eran distintos los objetivos perseguidos en la argumentación racional. Así ocurre, ante todo, en la toma de postura adoptada por los diferentes representantes del pensamiento racionalista según su alianza política con el absolutismo, en sus varias formas, o con las corrientes democrático-parlamentarias; en un plano concreto, la obra de Grocio **Mare liberum** (a. 1609) constituye una muestra de la eficacia metodológica del Derecho natural racionalista al servicio de una causa político-económica concreta que interesaba defender al estado holandés frente a las pretensiones hispano-portuguesas de monopolio del comercio colonial.

En el ambiente político-cultural en que se desarrollan los acontecimientos que concluyen en el año 1688 influye este primer iusnaturalismo racionalista en el plano de la discusión política, directamente tributario de la tradición escolástica y teológica; los teólogos-juristas españoles dieron una fundamentación de tipo teológico-moral al derecho de la guerra y al internacional de su tiempo; Althusio afirmó el principio de soberanía popular frente al estado absolutista; Grocio trató de establecer un marco de relaciones internacionales por encima de las diferentes confesiones y los contrapuestos intereses entre los estados europeos; pero ninguno de ellos buscó una ruptura con la metafísica del Derecho de la que participaba tanto el pensamiento católico como el calvinista y, por ello, esta primera generación del iusnaturalismo no se preocupó de establecer las premisas metodológicas para la elaboración de un sistema jurídico autónomo. La compatibilidad de este iusracionalismo con el sentimiento ético y la tradición jurídico-constitucional inglesa, así como la pronta derrota del absolutismo político en 1688, fueron, sin duda, factores que evitaron la penetración en Inglaterra de las ideas del Derecho natural racionalista secularizado posterior, que influyó, en cambio, tanto en los estados autoritarios del continente europeo como en el movimiento intelectual que desembocó en la Revolución francesa de 1789; de este modo, es preciso situar en esta época el momento de una separación entre la tradición jurídica del **Common Law** y la moderna formulación constitucional inglesa, que mantuvo la fuerza moralizante y conservadora del Derecho natural del Medioevo, y la configuración de los sistemas jurídicos y constitucionales del continente europeo profundamente influenciados por el iusracionalismo laico de las siguientes generaciones de pensadores vinculados al área cultural germánico-luterana.

La declaración de derechos inglesa (**Bill of Rights**) de 1689 no responde tampoco al carácter ni tiene la significación jurídica de las declaraciones de derechos derivadas del pensamiento iusracionalista, sino que se sitúa en la línea de la tradición constitucional inglesa desde la **Magna Charta** (162). De acuerdo con esa tradición, fundamentada en la concepción germánica del Estado, a la que se super-

(162) El diferente significado de la declaración de derechos inglesa, las de los Estados de América del Norte y la francesa fue puesta de relieve por Jellinek en su estudio **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**, publicado en 1895; el estudio de Jellinek, juntamente con otros escritos polémicos a raíz del mismo, así como un estudio de A. Posada y un análisis general de G. Amuchastegui ha sido publicado en 1984 por la Editora Nacional con el título **Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano**.

puso el contenido ético del pensamiento derivado del Derecho natural del Medioevo, el poder político encuentra en su actuación límites necesarios y el orden social se entiende asentado en un espacio de libertad que no constituye un derecho atribuido por el Estado, sino una situación de hecho por el mismo reconocida; la ley y el Derecho se configuran, en consecuencia, como el marco objetivo bilateral de ordenación de las relaciones entre el rey y los súbditos, dando lugar a un ámbito de libertades y derechos que éstos adquieren y heredan como propios.

Las doctrinas del primer Derecho natural racionalista venían a expresar de otra forma ideas ya contenidas en antiguas concepciones jurídicas, dentro de las que ocupaba un lugar importante la de la superioridad del individuo frente al Estado y el reconocimiento por éste de todo el ámbito de libertad compatible con el interés general. Tanto el desarrollo del **Common Law** como las relaciones entre ley y Derecho se presentan como una confirmación permanente del orden jurídico tradicional y originario del pueblo inglés, y ese mismo sentido tienen las sucesivas declaraciones de derechos. Tales declaraciones no presentan relación alguna con supuestos derechos naturales del hombre, sino que confirman un Derecho público que tiene su origen en los antepasados; ese carácter de la declaración de derechos de 1689 se aprecia en el análisis de su contenido, que no recoge derechos individuales, sino deberes del gobierno para asegurar el mantenimiento del orden constitucional tradicional, del que forma parte el mantenimiento de la esfera de libertad individual en tanto no se restrinja por una ley del Parlamento. Sin embargo, dentro del marco constitucional el Parlamento es omnipotente, y según la forma adoptada en 1688 ni siquiera el poder judicial puede ejercer control de la legalidad parlamentaria sobre la base de un orden jurídico superior; la idea de derechos innatos a la persona, entendidos como límites al poder legislativo del Parlamento estuvo presente en el **Agreement of the people** (27 de octubre de 1617) de Cromwell, en el que figuraban una serie de materias respecto a las cuales no podía ejercerse el poder legislativo, entre ellas las materias religiosas, pero ese modelo no prosperó, y el de la soberanía absoluta del Parlamento fue formalizado en 1689.

Un segundo modelo político-organizativo se configura en los Estados Unidos a partir de la declaración de independencia por el Congreso de Filadelfia el 4 de julio de 1776. El nacimiento político de los Estados Unidos se encuentra históricamente vinculado a la primera formulación del iusnaturalismo racionalista, que, al igual que sucedió en la Inglaterra del setecientos, estaba inspirado en una profunda tradición religioso-moral frente a la fundamentación laico-racional del iusnaturalismo que en el s. XVIII ejercía ya una notable influencia en las naciones del continente europeo entre los sectores intelectuales y dirigentes. Pero, al mismo tiempo, en los Estados Unidos se dieron las circunstancias históricas precisas para que pudieran incorporarse al orden jurídico ideas que en el continente europeo y en la misma Inglaterra tomaron una distinta dirección, precisamente por el peso de los respectivos supuestos de Derecho público en el que operaron. Con todo, también en América del Norte la configuración de un modelo político-organizativo diferente se presenta como el resultado evolutivo de la incidencia de los acontecimientos que concluyen con la declaración de independencia y la necesidad de organizar la unión de los diferentes estados.

En efecto, en un primer momento se reproducen en las colonias americanas las posiciones encontradas que respecto a la cuestión religiosa se vivían en Ingla-

terra (163); de todas maneras, los establecimientos coloniales presentan también la oportunidad histórica de llevar a cabo experiencias fundacionales sobre la base de los principios de libertad religiosa, así como plasmar por primera vez textos normativos constitucionales en los que se establecían derechos de la persona como límites al poder legislativo; en esta experiencia histórica se encuentra el moderno origen de la constitución escrita, que consagra una forma de organización de la convivencia política en la que el Parlamento o Asamblea legislativa tiene una soberanía limitada (164). Tal resultado fue, sin duda, la confluencia de corrientes ideológicas con circunstancias de hecho y acontecimientos históricos que permitieron que ideas nacidas en Europa encontrarán en América del Norte plasmación jurídico-constitucional; entre los elementos de carácter doctrinal se encuentran la influencia del congregacionalismo, la difusión de las ideas de Locke, Grocio y Puffendorf; las ideas de este último fueron introducidas en América por J. Wyse en su obra **A Vindication of the Government of New England Church** (a. 1717), que sirvió de referencia a Samuel Adams para elaborar la declaración de derechos que fue aprobada el 20 de noviembre de 1772 en Boston (165), y que constituye el precedente de la declaración de derechos votada en el Congreso de Filadelfia el 14 de octubre de 1774; estas declaraciones recogen, junto a la incorporación de las antiguas libertades inglesas otorgadas a los colonos en las Cartas fundacionales por los reyes ingleses, otros derechos que se consideran propios de la persona individual. Tras la declaración de independencia, el estado de Virginia fue el primero que adoptó una constitución, precedida de un **Bill of Rights** (12 de junio de 1776), que sirvió de modelo para las de los demás estados hasta que el Congreso de los Estados Unidos adoptó en 1789 la redactada por Jefferson.

Dos notas peculiares es preciso destacar en el modelo constitucional americano; en primer lugar, refleja la concepción de una esfera jurídica independiente del Estado, que, en realidad, en las condiciones de América del Norte no es otra cosa que expresar con una fórmula general una situación de hecho; en segundo lugar, no se trata de meras declaraciones de tipo político-doctrinal, sino de derechos que pueden ser invocados por los ciudadanos frente a la legislación del Parlamento; la afirmación de la posición del juez en el naciente sistema jurídico norteamericano se encuentra vinculada, en efecto, precisamente a hechos históricos relacionados con la interposición por parte de los jueces de su autoridad en defensa de los ciudadanos frente a invasiones del orden constitucional protagonizadas por la legislación ordinaria; la antigua doctrina del **Common Law** que no prosperó formalmente en el modelo inglés de 1688 tuvo, en cambio, en América su vigencia práctica (166). Estas características permiten apreciar la diferencia que presentan los modelos inglés y norteamericano con el que se instaura en Francia en 1789 y, a partir de él, en los países continentales y extraeuropeos que siguieron su modelo.

Desde Jellinek se sabe que el modelo de la declaración de derechos francesa son los **Bill of Rights** de los estados particulares de la Unión norteamericana, que Lafayette tomó como referencia para el proyecto de tal declaración que propuso

(163) Vid. Kamen, cit., p. 172 ss.

(164) García de Enterría, **La constitución como norma jurídica**, en **La constitución española de 1978** (2.ª ed., 1981), p. 109; Jellinek, 1. cit., p. 97 ss.

(165) Sobre esta influencia intelectual, vid. Welzel, **Introducción a la filosofía del Derecho** (tr. esp., 1979), p. 146 ss.

(166) Roscoe Pound, cit., p. 74 ss.

en la Asamblea Nacional el 11 de julio de 1789 para añadir a la Constitución (167). La significación política de esta declaración de derechos es muy diferente de las que figuran como elementos de configuración del moderno constitucionalismo inglés y del norteamericano; en efecto, el **Bill of Rights** de la reforma constitucional inglesa de 1688 venía a confirmar la tradición constitucional histórica de Inglaterra; las declaraciones de derechos americanas, aunque proclaman tales derechos como un patrimonio eterno de todos los pueblos libres, en realidad venían a formalizar una situación ya por entonces vivida en los estados de la Unión; la Revolución francesa, por el contrario, pretende otorgar algo nuevo y adecuar las instituciones a esos principios. Pero, aparte de esta distinta significación política, es todavía más relevante la diferente significación jurídica que el texto francés de la declaración de derechos tiene en relación con su modelo americano.

En efecto, frente a la concepción de un orden normativo configurado como límite del poder legislativo, el constitucionalismo revolucionario francés acoge la doctrina roussoniana de la soberanía de la ley elaborada por un Parlamento democrático; el poder legislativo se configura, así, como ilimitado y absoluto, de tal suerte que se consagra una concepción de la libertad vinculada a la autoridad del Estado, intérprete de la utilidad pública, que es la única limitación intrínseca que se reconoce a la ley (168); tales ideas presentan una clara relación con las que sobre la soberanía fueron elaboradas por el pensamiento político francés en el período absolutista, y también con las posiciones doctrinales de Hobbes (1588-1679) en defensa del absolutismo político a partir de postulados iusracionalistas, cuyas ideas encontraron un rechazo general en Inglaterra.

La aparente correspondencia entre el modelo inglés y el francés por lo que se refiere al principio constitucional de soberanía del Parlamento se rompe en el modelo francés por el rechazo a la doctrina de Montesquieu, que en su **Esprit des lois** (a. 1748) había reformulado en términos continentales la teoría constitucional de Locke, en la que ocupaba una posición destacada la independencia del poder judicial, de acuerdo con la tradición constitucional inglesa; de hecho, merced a la autonomía conquistada por los Parlamentos en cuanto a su función judicial, éstos se habían constituido en un poder de resistencia al absolutismo de la monarquía francesa, proclamando su función de control del orden político fundamental frente al poder legislativo del monarca, y manteniendo una concepción de la ley como el resultado de un concurso entre el rey y el Parlamento; el carácter revolucionario que revisten los acontecimientos franceses de 1789 determinó precisamente el rechazo del modelo inglés y americano del poder judicial y la sustitución de la idea calvinista-lockiana de la división de funciones por la de separación de poderes, de la que se derivó la exención del poder ejecutivo del control por parte de los tribunales en la ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790, lo que se complementará más tarde con la atribución de un poder reglamentario general al poder ejecutivo, en contra también del modelo anglosajón y del propio principio de separación de poderes (169). La dialéctica revolucionaria requería la sustitución de la antigua organización política y sus poderes secundarios

(167) Jellinek, 1. cit., p. 72 ss.

(168) Amuchastegui, 1. cit., p. 54 ss.

(169) Sobre este tema, vid. García de Enterría, **Revolución francesa y administración contemporánea** (reimp., 1986), p. 33 ss.

por una administración centralizada; el monopolio legislativo del Estado se hacía preciso para esa transformación; en el modelo constitucional francés, que servirá desde entonces de referente político-cultural en las naciones continentales europeas, no sólo se produce una separación del modelo inglés y norteamericano en cuanto a la independencia del poder judicial, sino también por lo que se refiere a la sustantividad de los derechos proclamados en las declaraciones constitucionales; ningún testimonio mejor que el de E. Boutmy (170) en su réplica a Jellinek: «Todas las declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales... para los franceses, la declaración no es sino una pieza oratoria... ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio». El constitucionalismo continental tardaría, en efecto, bastante tiempo en superar esta concepción y adoptar la derivada del modelo de los Estados Unidos. Con todo, es preciso reconocer que probablemente estos principios hubieran permanecido limitados a América si Francia no los hubiera recogido y difundido.

La diferente concepción ética de las relaciones entre el Estado y los miembros de la comunidad política no es la única disociación que puede percibirse en los modelos sobre los que se configura el Estado moderno en los siglos XVII y XVIII; constituye también un elemento históricamente relevante el asentamiento del modelo europeo-continental en el racionalismo laico representado por el movimiento racionalista del s. XVIII, que es asumido por la filosofía política de la Ilustración como doctrina política; el desarrollo de las ideas de ese movimiento a través de cauces autoritarios en el continente europeo y, asimismo, por la ideología de la Revolución francesa, explica que tanto el modelo de ordenación social como el sistema jurídico de él derivado se apoyen en supuestos culturales y políticos diferentes de los que sirven de fundamento al modelo anglosajón.

3. Configuración histórica del moderno modelo jurídico continental europeo. Derecho y ley. Posición del juez y de la Jurisprudencia en el sistema.

Las declaraciones de derechos constituyen el referente político constructivo de una nueva forma de interpretación de la existencia en el ámbito de la convivencia política; desde un punto de vista cultural, suponen la reformulación de elementos procedentes de la cultura romano-helenística y más próximamente del Cristianismo, pero en el plano jurídico se presentan por primera vez como relevantes, no ya sólo para la fundamentación ética del orden jurídico y de la organización política, sino también como constitutivos de derechos tanto individuales como políticos y sociales. El movimiento iusnaturalista contribuyó a dar a los tres modelos históricos examinados el fundamento espiritual de la organización del Estado y del ordenamiento jurídico, si bien en forma diferente según los supuestos culturales y políticos sobre los que operan aquellas ideas. Corresponde examinar ahora las condiciones histórico-culturales que concurren en la configuración del modelo de ordenación jurídica en el Estado de tipo continental europeo que nace de la Revolución francesa. Así como la forma de constitución escrita tiene su origen en el modelo norteamericano, constituye una característica de la ordenación jurídica del modelo continental europeo la forma del código general como instrumento de ex-

(170) L. cit., p. 131.

presión del Derecho del Estado nacional. Desde el punto de vista que interesa a los fines del presente estudio conviene, ante todo, situar culturalmente esa forma de expresión de la ordenación jurídica tal como aparece en este período histórico, y su incidencia en las relaciones entre el Derecho Común y los derechos nacionales.

El Estado centralizado y la potenciación de la administración que surgen de la Revolución de 1789 se encuentran históricamente vinculados al proceso de centralización del antiguo régimen, que la Revolución francesa consolida monopolísticamente al destruir las estructuras de los poderes sociales y territoriales secundarios, que quedan estructurados en forma dependiente en el modelo administrativo napoleónico; pero, al margen de esta relación histórico-estructural con la política del absolutismo, el elemento sustantivo diferenciador se encuentra en la nueva filosofía social que inspira los fines del Estado, orientado a transformar positivamente las condiciones sociales, fomentando el bienestar de los ciudadanos, de acuerdo con las ideas políticas de la Ilustración (171).

La consolidación de la ley como única forma de expresión del derecho se presenta también en una evidente relación histórico-cultural con la política del absolutismo, que recibe un notable impulso en el s. XVIII al asumir la filosofía política de la Ilustración; la concepción de la legislación como instrumento para introducir transformaciones en la realidad social, mediante la modificación del orden jurídico pre-existente constituye un elemento cultural en el que coinciden tanto la política legislativa del absolutismo ilustrado como la que inspira la legislación revolucionaria francesa, y en ambos casos se persigue también el objetivo de la unificación jurídica territorial para lo que se adopta la forma del código general como forma de expresión de un orden jurídico renovado.

La política del absolutismo ilustrado sólo consiguió parcialmente el objetivo de unificación territorial del Derecho y en medida muy limitada vincular ese proceso a la idea de unidad nacional; el significado político de la ordenación jurídica que Napoleón logra llevar a término tiene un alcance muy distinto. El conjunto de la obra legislativa está constituido por el Código civil (1803), el de Comercio (1806), el de Procedimiento (1807) y el Código Penal (1810); se trata, pues, de una nueva ordenación de la totalidad del Derecho anterior, inspirada en los valores culturales promovidos por el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración; supone la ejecución del mandato de la Asamblea constituyente de 1790 y de la Constitución de 1791 de hacer un código de leyes civiles comunes a todo el reino, extendido a todos los demás sectores del Derecho; el aspecto jurídicamente relevante en cuanto a su ámbito de aplicación se encuentra en la significación del término derecho común con el sentido de único Derecho aplicable y, en el plano político, al ser expresión de la soberanía popular, su configuración como Derecho nacional; en consecuencia, y de acuerdo con la fórmula derogatoria de la ley de 21 de marzo de 1804, al disponer la entrada en vigor del Código civil, se priva de todo valor normativo general o particular a todas las fuentes de expresión del derecho hasta entonces vigentes, lo que, naturalmente, se reproduce también en los Códigos que siguen al civil (172).

(171) Mauzi, *L'idée du bonheur au XVIII siècle* (1960); García de Enterría, cit., p. 53 ss.

(172) Las incidencias histórico-políticas de la codificación francesa son tratadas por Van Kan, *Les efforts de la codification en France* (1929); vid. también, en general, Wieacker, cit., p. 312 ss.

La configuración unitaria del sistema jurídico, tanto desde su estructura interna como en las fuentes del Derecho, y su identificación como Derecho nacional en el marco de una organización política unitaria y centralizada suponen la creación de un modelo de ordenación jurídica diferente del promovido en los estados absolutistas de ese período histórico, aunque se desarrolla dentro de la misma corriente de pensamiento en cuanto a la política legislativa.

En efecto, las primeras manifestaciones del proceso codificador tienen lugar en los estados autoritarios centroeuropeos del área cultural germánica, y concretamente en Baviera, Prusia y Austria, en donde la práctica del derecho se fundamenta en el **usus modernus pandectarum** (173), asumido como Derecho del Reich; la decadencia del poder imperial después de la paz de Westfalia (a. 1648) provocó la potenciación de los estados territoriales alemanes; corresponde a este momento histórico-político la difusión en el área germánica del pensamiento iusracionalista, que se desarrolla en forma secularizada respecto al de la primera generación por la posición doctrinal que adopta de ruptura con la ortodoxia luterana y sus principios fundamentales; pero, al mismo tiempo, este movimiento cultural se sitúa en una posición crítica contra el orden ético-social y jurídico anterior, formulando, para sustituirlo, una teoría de los deberes de inspiración luterana sobre la que se establece un sistema de filosofía moral desde el que se fundamentan las reformas en la vida pública.

El pensamiento iusracionalista creó en el área germánica una aristocracia intelectual a través de la influencia de las Universidades, en las que se formaba la clase dirigente del absolutismo, que influye en la administración y en la legislación y más tarde en la administración de justicia; tal influencia se vio acrecentada por el proceso de centralización que se realiza en los grandes Estados del área germánica, Prusia y Austria, especialmente representativos de la alianza entre el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración. Las bases de este iusnaturalismo germánico fueron establecidas por Puffendorf (1632-1694), a quien se debe la elaboración de una metodología para la formulación de una ética social autónoma y sistemática, reordenando el patrimonio ético y de pensamiento, tanto el procedente de las doctrinas político-sociales del Medioevo como de los primeros fundadores del iusnaturalismo, para elaborar una teoría general del Derecho laica con pretensiones de validez general, de acuerdo con las exigencias de la cultura social y política de su tiempo.

Puffendorf había independizado de la Teología el Derecho natural por él construido como un sistema homogéneo y cerrado de verdades de razón, que aplica también al Derecho privado; Thomasius (1655-1728), siguiendo esa misma línea doctrinal, separa el sistema del Derecho natural de la Filosofía y lo construye como disciplina jurídica; el Derecho romano suministra a estos autores gran parte del material para elaborar ese Derecho natural racionalista, como había hecho ya también Grocio en la primera generación; pero es Christian Wolff (1679-1754) quien, en el ámbito del Derecho privado, y a partir del Derecho romano, establece una metodología conducente a la posibilidad de formular decisiones aplicables a la casuística práctica que ofrece el sistema romano, junto a la que se colocan las soluciones basadas en el Derecho natural, obtenidas mediante una rigurosa deducción lógico-matemática; además de la utilidad que tal metodología podía tener en

(173) Wieacker, cit., p. 89 ss.

la aplicación del Derecho natural en la práctica jurídica, en el plano teórico aquél se instala en el ámbito del Derecho privado como un conjunto de principios jurídicos que integran una rigurosa construcción lógica; los discípulos de Wolff, especialmente Nettelbladt (1719-91), aseguraron la continuidad de este método, que continúa la Pandectística del s. XIX al adoptar el tipo de discurso lógico-conceptual de ese iusnaturalismo racionalista y la preponderancia de la sistemática (174). La aportación de Wolff es todavía más relevante por lo que se refiere a la restauración de los fundamentos lógicos y éticos del Derecho racional en una ética natural social enmarcada en el ámbito histórico de la monarquía ilustrada, en la que la relación entre príncipe y súbdito aparece como un consorcio recíproco de deberes; la filosofía moral de Wolff constituye la ética política del absolutismo ilustrado prusiano (175), pero también del de la filosofía política de la Ilustración en los demás países europeos (176), e informa igualmente el pensamiento filosófico-político que precede a la Revolución francesa.

El Derecho natural racionalista, propuesto como canon o medida para la valoración crítica del Derecho vigente y asumido por la filosofía política de la Ilustración, generó un movimiento cultural reformador de la vida jurídica y despertó la sensibilidad social, tanto en la vida pública como en la revisión de los valores vigentes. El carácter europeo de este movimiento cultural tiene un elemento de coincidencia en el desarrollo de la corriente de pensamiento crítico que promueve al margen de cualquier identificación religiosa, e incluso desde supuestos desvinculados de las diferentes confesiones, respecto a cuyos principios y creencias adoptan los representantes de este movimiento una actitud igualmente crítica. La ética racionalista formuló la línea de pensamiento que permitió la elaboración del moderno Derecho penal, en relación con el cual se produce una especial reacción crítica. En efecto, al contrario de lo ocurrido con el Derecho privado, el Derecho penal que recogían las fuentes romano-justinianeas era mucho menos desarrollado científica y sistemáticamente que aquél; aun utilizando esos elementos, los comentaristas italianos de la Baja Edad Media desarrollaron independientemente un Derecho penal propio, aprovechando concepciones germánicas y, sobre todo, la práctica penal y penitencial canónica (177); tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, el Derecho y el proceso penal presentaban en el s. XVIII notables deficiencias y vicios, incompatibles con las exigencias de un ordenamiento jurídico moderno; la crítica de la legislación penal vigente se convierte, por ello, en el principal objetivo de crítica del pensamiento de la Ilustración, proponiendo, al mismo tiempo, formulaciones constructivas para su reforma; la difusión del libro de Beccaria **Dei delitti e delle pene** (a. 1764) despertó la inquietud reformadora y tuvo la significación de una denuncia global del sistema penal por entonces vigente en el conjunto de los países europeos.

El pensamiento iluminista francés era también especialmente crítico con la legislación y el sistema penal; desde 1752 Voltaire difunde una serie de escritos en relación con esa materia, a los que se añaden los de Servan y Marat; gran parte

(174) Koschaker, cit., p. 351 ss.

(175) Wieacker, cit. p. 284 ss.

(176) Hartung, **Die aufgeklärte Absolutismus** (1955); Mornet, **Les origines intellectuelles de la Révolution française** (1934); Cassirer, **La filosofía de la Ilustración** (tr. cast., 1940); F. Valvajec, **La Ilustración europea** (tr. esp., 1963); P. Hazard, **El pensamiento europeo en el s. XVIII** (tr. esp., 1946).

(177) Wieacker, cit., p. 96; Dahm, **Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter** (1931).

del contenido ideológico y de las propuestas de reforma contenidas en esta producción literaria se incorpora a las primeras codificaciones penales de fines del s. XVIII, que persiguen tanto la unificación de la dispersa legislación penal como la reforma del sistema, estableciendo garantías individuales en el Derecho penal sustantivo y en el procesal; a este período pertenecen los proyectos de legislación penal, sustantiva y de procedimiento, elaborados en Italia por G. Romagnosi; la legislación penal prusiana en la que toma parte Klein; la de Baviera en la que participa Feuerbach; el primer intento de unificación de las leyes penales que en España protagoniza Lardizábal; la legislación penal general austríaca de 1787; los Códigos penales revolucionarios franceses de 1791 y 1795 y, finalmente, el Código penal napoleónico de 1810, que serviría de modelo principal a las posteriores codificaciones penales europeas. El movimiento codificador y las ideas reformistas que lo inspiran producen también las primeras construcciones científicas formuladas por J. Bentham (1748-1832), G. Filangieri (1752-1788), G. Romagnosi (1761-1835) y Feuerbach (1775-1833), que sentaron los principios de la legislación penal moderna (178).

El movimiento codificador se extiende también a otros aspectos del orden jurídico con el fin de conseguir la unificación del Derecho territorial y, al mismo tiempo, introducir reformas en el mismo por vía legislativa; a estos objetivos se orientan la codificación procesal bávara de 1753 y la codificación civil de 1756; pero, sobre todo, tuvo especial resonancia en el área germánica la codificación prusiana, inspirada plenamente en la filosofía política de la Ilustración, que, como proyecto de un Código general para los estados prusianos fue dado a la publicidad para su crítica en 1787; paralelamente, tuvo lugar también en Austria la elaboración de una codificación general del Derecho civil, publicada el 1 de junio de 1811; en general, estas codificaciones se presentan como una ordenación sistemática con fundamentación ética iusnaturalista, pero sin la fuerza de expresión política de ser ordenamientos nacionales, ni tampoco con carácter de orden normativo excluyente, en la medida en que dejan subsistentes los derechos locales y particulares y el propio Derecho romano-justiniano (179). En realidad, la política unificadora del absolutismo ilustrado, que continúa la del período anterior, no podía llevar a sus últimas consecuencias el objetivo de unificación del ordenamiento jurídico sin una transformación profunda del orden social y constitucional, que debía afectar a los fundamentos del propio sistema absolutista; la tendencia hacia el establecimiento de un ordenamiento jurídico uniforme se presenta en el absolutismo en relación con la concentración del poder en el monarca y, por tanto, en detrimento de las libertades y las autonomías normativas de las entidades político-territoriales intermedias; por otro lado, el monopolio legislativo pretendido por el monarca y la imposición del derecho por él sancionado tropezaba con la tradición doctrinal del **ius commune**, conservada en las Universidades.

En el marco ahora descrito se desarrolla en España el proceso que la monarquía ilustrada protagoniza desde Felipe V. La política de unificación del ordenamiento jurídico territorial sobre la base del monopolio legislativo del monarca había tropezado en el período anterior con la subsistencia de órganos de producción

(178) Una exposición de conjunto en Sáinz Cantero, **La ciencia del Derecho penal y su evolución** (1970).

(179) Una descripción general del período de las codificaciones iusnaturalistas en el área germánica en Wieacker, cit., p. 296 ss.

legislativa autónomos, así como la correspondiente organización judicial propia en diversos territorios; los acontecimientos políticos ligados a la Guerra de Sucesión permiten a Felipe V suprimir las instituciones autónomas en las regiones en donde aún se mantenían y, en consecuencia, decretar la unificación jurídica y jurisdiccional; los intentos de introducir en las Universidades el estudio del derecho real tropiezan con la resistencia de éstas, vencida parcialmente por Carlos III con la reforma de los planes de estudios de las Facultades de Leyes, en las que se introduce junto a la enseñanza del **ius commune** el del derecho de origen legislativo. Las tendencias recopiladoras que tienen lugar en los diversos territorios de la monarquía española durante la Edad Moderna no suponen una alteración sustancial del orden jurídico vigente, por lo que se refiere al mantenimiento del sistema del **ius commune**; a mediados del s. XVIII se proyecta la elaboración de una codificación a imitación de la que estaba llevándose a cabo en Prusia; la iniciativa de Ensenada (a. 1751) no pasó de un simple proyecto que, por lo demás, no seguía el modelo de los códigos iusnaturalistas ilustrados; tampoco llegó a ser promulgado el proyecto de codificación de leyes penales de Lardizábal; todo ello refleja, de alguna manera, la incidencia tan solo relativa que en España tiene en esta época el movimiento iusnaturalista europeo, a pesar de la difusión de esas doctrinas en las Universidades, sobre todo desde la reforma de Carlos III; los acontecimientos de la Revolución francesa determinan la supresión en 1794 de las enseñanzas de Derecho natural en los centros universitarios; la Novísima Recopilación, promulgada en 1805, continúa en el plano legislativo la línea anterior y, al no contener disposiciones derogatorias, mantiene la estructura general del sistema jurídico en cuanto a las fuentes del Derecho y, en consecuencia, la vigencia también del **ius commune** (180).

Por lo que se refiere a Francia, el absolutismo encontró una fuerte resistencia a la afirmación del monopolio legislativo del monarca en los Parlamentos territoriales y, en especial, en el Parlamento de París; las facultades de registro de las disposiciones reales como requisito previo para su aplicación, y de devolución de aquéllos antes de su registro, dotaron a los Parlamentos de una capacidad de mediatización del poder absoluto del monarca, cuya política ilustrada de reformas se vio en muchas ocasiones paralizada; el sistema permitió, sin embargo, el mantenimiento de la autonomía de la organización judicial, dependiente de los Parlamentos, frente al poder real, y la construcción del Derecho nacional sobre la base de las elaboraciones de una Jurisprudencia científica y práctica a la vez. Es precisamente a esta Jurisprudencia a la que se debe la configuración de un **droit commun français** entendido como derecho nacional de general aplicación.

La primera formulación del empleo de la expresión derecho común en sentido diferente al de **ius romanum** (181) se encuentra en la segunda edición que en 1554 publica Dumoulin (1500-1566) de su comentario a la costumbre de París; modificando sustancialmente el punto de vista tradicional sostenido en la primera edición de 1539, identifica ahora la expresión derecho común con las costumbres vecinas generales, que constituyen derecho supletorio de las locales; en consecuencia, son las costumbres generales el verdadero derecho común de Francia, y no el Derecho romano, al que sólo en último término puede acudir en busca de los crite-

(180) Montanos/Ferrín, cit., p. 117 ss. y esp., p. 193 ss.

(181) Sobre lo que sigue, vid. Guzmán, cit., p. 69 ss.

rios normativos aplicables en la práctica, y ello siempre y cuando la solución del Derecho romano se demuestre equitativa y racional. La innovación de Dumoulin se incorporó a la terminología forense merced a la toma de postura en ese sentido del Presidente del Parlamento de París C. de Thou (1508-1582), a partir del cual el término derecho común comienza a emplearse en referencia al derecho nacional representado por las **coutumes**, mientras que el Derecho romano, cuya vigencia se introdujo en Francia **pro ratione**, pasó a designarse **raison écrite**. El cambio de terminología propugnado por Dumoulin y de Thou pretendía afirmar la madurez del derecho nacional francés y su posición preeminente en el sistema de fuentes del reino; con todo, la antigua consideración del Derecho romano como común se mantuvo aún durante mucho tiempo, al menos en el plano doctrinal, y precisamente en consideración a tratarse de un Derecho común a diferentes naciones que lo habían recibido, según dirá en 1547 G. Tarrien, reflejando con ello la idea de la vigencia cultural de un Derecho común europeo tal como había sido entendido en el Medioevo.

La superación de la cuestión terminológica conceptual se produce desde mediados del s. XVII por obra de una escuela de juristas prácticos que se entregan a la tarea de elaborar un cuerpo de instituciones aprovechando materiales de diversa procedencia con tal de que sirvieran para sus fines constructivos; esta metodología es la que va a conducir a la formulación sistemática por obra de la Jurisprudencia científico-práctica de un derecho común francés que sintetiza el derecho propiamente nacional con la tradición romanística, y de esta corriente se deriva el contenido y la estructura que adoptará el Código de Napoleón. Entre los representantes de esta corriente jurisprudencial se encuentran J. M. Ricard (1622-1678) y Bauval (1615-1675), primeros artífices del concepto de **Droit civil** como compendio y síntesis superadora del **droit écrit** y del **droit coutumier**. El iusnaturalismo racionalista aporta a esta corriente un importante apoyo merced a la obra de Domat (1625-1676) **Les lois civiles dans leur ordre naturel** (a. 1689), que suministró al **Code civil** su principal base iusnaturalista; partiendo de una concepción unitaria del sistema jurídico, Domat distingue en él un sector normativo formado por las que denomina leyes naturales o inmutables y otro compuesto por las que llama leyes arbitrarias, en el sentido de que su vigencia se debe a su establecimiento por parte de una autoridad legítima, que puede también cambiarlas o abolirlas; en la exposición de Domat, la mayoría del derecho contenido en los libros justinianeos son leyes naturales, mientras que el derecho procedente de las demás fuentes pertenece al sector del derecho arbitrario, que debe estar, en todo caso, en relación con las leyes naturales.

La construcción de Domat guarda relación con los puntos de vista ya sustentados por Donellus (1527-1591), pero, sobre todo, resulta coincidente con el pensamiento de Leibniz (1646-1716); sin embargo, la teoría domaciana tuvo el mérito de influir decisivamente en la actitud de los juristas científico-prácticos que a partir de aquellas ideas construyen en el s. XVIII un Derecho nacional nuevo sobre la base de los principios del romano y de las regulaciones positivas de las **coutumes** y las ordenanzas; tal será la actitud de Boutaric (1672-1733), Bourjon (m. 1751) y, sobre todo, Pothier (1669-1772), cuyas monumentales **Pandectae in novum ordinem redactae** (1748-1752) y su **Traité des obligations** (a. 1761) proporcionaron los materiales para la redacción del **Code civil**. La unificación del orden jurídico en materia civil, e igualmente en los demás campos del Derecho, que se formaliza en los códigos napoleónicos viene a recoger una tradición de Derecho nacio-

nal en gran parte ya por entonces elaborada, y precisamente por una Jurisprudencia científico-práctica de muy diferente significación de la existente en el área germánica (182); a diferencia de lo que sucedió en los demás países europeos, el movimiento cultural de la Ilustración adoptó en Francia una actitud crítica contra el orden social y político en su conjunto, lo que hizo históricamente posible la configuración del modelo de orden jurídico unitario y nacional que, de alguna forma, venía preparado técnicamente, pero también en el plano político por la Jurisprudencia que elaboró el **droit commun français** que sancionó la codificación. Durante el s. XIX, y tras las correspondientes transformaciones constitucionales y en el orden social, se darán en Italia y España las condiciones para la adopción del modelo francés, y con él también la codificación de los Derechos nacionales siguiendo un ejemplo similar al recorrido por Francia, e igualmente como forma de expresión de una concepción unitaria del Derecho nacional. La independencia de los territorios del continente americano permitirá por la misma época la extensión extra-europea del modelo francés, en virtud de la fuerza política de la idea de nación y de los principios constitucionales y la filosofía social que Francia representaba.

El análisis del modelo continental europeo, que tiene su formalización en la ordenación jurídico-política napoleónica, requiere examinar también la posición que ocupa en el sistema tanto el juez como la Jurisprudencia por lo que se refiere a la configuración del orden jurídico. El modelo responde al prototipo del orden jurídico **legal** y reproduce los caracteres que en el primer ciclo de la historia del Derecho europeo se encuentran presentes en el período post-clásico romano, que se consolida de acuerdo con aquel modelo en el Derecho justiniano. Un presupuesto coincidente en los ordenamientos jurídicos **legales** es el de la afirmación de una organización política centralizada, que promueve un orden jurídico de tipo unitario formalmente expresado a través de codificaciones generales con la finalidad de regular completamente, y por tanto con exclusión de otras fuentes, la materia de una o diversas ramas del Derecho; esta caracterización diferencia sustancialmente a los ordenamientos jurídicos **legales** de los jurisprudenciales, compatibles éstos con la existencia de legislación e incluso con recopilaciones legislativas, que se sitúan como fuentes de derecho derivadas de la potestad legítima junto a la autoridad de la Jurisprudencia y de las decisiones judiciales. El código puede completarse con nueva legislación, que se coloca en el mismo plano de la ordenación general del Derecho legal, pero los demás cauces de producción normativa, tales como la costumbre, la Jurisprudencia científico-práctica, las decisiones judiciales y otras fuentes metapositivas o positivas no estatales quedan excluidas, salvo reenvío expreso a las mismas por parte de la legislación. La adaptación del Derecho a las nuevas necesidades sociales se atribuye exclusivamente al legislador, sea éste una autoridad unipersonal soberana o un órgano de representación democrática en el régimen de separación de poderes (183).

La experiencia jurídica anglosajona muestra que el tránsito de la forma de organización política del Medioevo a la propia del Estado moderno, incluso tras el derrumbamiento del absolutismo, no tenía que implicar necesariamente la destrucción de un orden jurídico abierto, en donde la primacía política de la ley democrática fuera compatible con una concepción del Derecho como resultado de la inte-

(182) Koschaker, cit., p. 272.

(183) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 201.

gración de otros cauces de producción normativa y, en especial, la Jurisprudencia y las decisiones judiciales; las circunstancias histórico-políticas permitieron en el modelo anglosajón un desarrollo constitucional del Estado moderno que no alteró el modelo tradicional del orden jurídico, sino que, por el contrario, lo consolidó mediante la incorporación de la función judicial y la autonomía del orden jurídico al orden constitucional. No sólo las ideas, sino, sobre todo, las circunstancias políticas constituyen la última causa determinante de que el modelo continental de orden jurídico que nace de la Revolución francesa y al que da forma el estado napoleónico se configurara de acuerdo con el prototipo de orden jurídico **legal** con un signo anti-jurisprudencial y de sumisión de la función judicial a la legislación en forma pretendidamente mecánica. El desarrollo posterior del modelo francés dentro de su propia historia jurídica nacional resulta, sin embargo, especialmente aleccionador respecto a la incompatibilidad cultural entre el modelo político inicialmente instaurado y el orden natural de las cosas cuando en la estructura de ese modelo se encuentra presente o se forma una tradición jurisprudencial autónoma, que suele venir favorecida por la ordenación abierta de la sociedad y la democratización de la misma, lo que introduce una dinámica de apertura del sistema y posibilidades de desarrollo de mecanismos de control acerca de la racionalidad de los contenidos normativos del derecho formalizado por vía legislativa y su adaptación a la realidad social.

El testimonio de Portalis (184) en la exposición de motivos del **Code civil** es suficientemente expresivo (185) de que para sus redactores se trataba de una legislación situada en el marco de la tradición jurídica europea y romanista, que precisaba la continuidad de la integración y desarrollo posterior por parte de la Jurisprudencia y la autoridad judicial (186). Esta actitud jurídico-intelectual era congruente con la formación de unos juristas, como fueron los redactores del **Code civil**, discípulos de los grandes prácticos del s. XVIII, entroncados por tradición con sus predecesores del s. XVI, que elaboraron el **droit commun français** contenido en el **Code civil**; la decisión revolucionaria de impedir cualquier control por parte de los tribunales de la acción de gobierno y de la soberanía legislativa de la Asamblea Nacional condujo a la configuración política del principio de automatismo del juez y del jurista, rompiendo, no sólo con el modelo constitucional inglés, sino también con la propia tradición jurisprudencial y judicial francesa (187); esta razón

(184) Portalis y Tronchet fueron los dos principales artífices del **Code civil**; Portalis fue el filósofo de la Comisión; el que inspiró las principales doctrinas del **Code** y el elegido para redactar el Discurso preliminar; Tronchet ejerció, por su parte, una influencia fundamentalmente técnica; vid. Planiol, **Traité élémentaire de Droit civil** (ed. 1925), I, p. 33 ss.

(185) «Ce ne sera pas connaître nos Codes, que de les étudier seulement eux-mêmes; il faut pour comprendre le Droit français, remonter au Droit romain, Le Législateur français a rassemblé un certain nombre de principes, leur a donné force de loi, mais c'est dans le Droit romain que se trouve le développement de ces principes, et que la loi est reconnue l'oeuvre et le produit de la raison»; vid. Koschaker, cit., p. 272; Fernández Barreiro, **Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón** (1970), p. 14 ss.

(186) «Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est plus tôt achevé que milles de questions inattendues viennent s'offrir au magistrat; car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours, et ce mouvement, que ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau... c'est au magistrat et aux jurisconsultes, pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application»; Koschaker, cit., p. 273.

(187) La Revolución rechaza expresamente la doctrina de Montesquieu sobre el papel central de la magistratura; como señaló Tocqueville, aceptar la tesis de un poder judicial independiente e inamovible, con facultades de control sobre los actos de gobierno y la legislación hubiera supuesto configurar un poder entorpecedor de los objetivos de transformación revolucionaria de la sociedad; vid. García de Enterría, cit., p. 40 s.

histórico-política encontró un importante apoyo doctrinal en la escuela de la exégesis (188), forma en la que se presenta en Francia el positivismo jurídico durante el s. XIX, y la afirmación política del principio de legalidad como contraposición a la arbitrariedad gubernamental y los abusos judiciales del antiguo régimen; de ello se derivó una concepción de la ordenación jurídico-social basada en leyes generales reguladoras del conjunto de las relaciones derivadas de la convivencia, en un sentido ciertamente diferente del modelo anglosajón, en donde la existencia de un poder judicial independiente fue siempre concebido como la condición esencial de garantía de las libertades civiles y del buen funcionamiento de las instituciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos (189). El modelo francés condujo a la identificación posterior del Estado de Derecho con el Derecho del Estado, lo que resulta especialmente grave cuando en la teoría general del Derecho y en la práctica política se prescinde de los fundamentos democráticos como condición para la legitimación del orden jurídico de tipo **legal** y de cualquier otro tipo de control ético o racional de la legalidad establecida, pero, en todo caso, insuficiente incluso bajo los supuestos políticos de legalidad democrática (190).

El carácter anti-jurisprudencial y anti-judicial que presenta inicialmente el modelo de ordenación jurídica europeo-continental que asume como referente el sistema revolucionario francés se manifiesta incluso en el establecimiento de prohibiciones legales de comentarios e interpretaciones doctrinales del Derecho legal, así como de citas de autoridades científicas (191); la posición de subordinación en la que se coloca al juez en el modelo francés se percibe, por otra parte, en el hecho de que hasta la constitución de 1958 no se formaliza con tal denominación el poder judicial en un plano jurídico-normativo de equivalencia con los poderes legislativo y ejecutivo. La doctrina de la separación de poderes, interpretada en el sentido continental de sustraer al juez cualquier participación en la creación normativa por vía de interpretación racional, y la identificación consiguiente entre ley y Derecho, generó en la difusión continental de este modelo a lo largo del s. XIX

(188) J. Bonnetcase, *L'école de l'exégèse en droit civil* (1924), distingue en esta corriente de pensamiento jurídico tres periodos: el primero, de instauración o fundación de la escuela (1804-1830); el segundo, de apogeo (1830-1880); el tercero, de decadencia (1880-1900); Planiol, cit., p. 41, dedica el siguiente comentario a los juristas de esta escuela: «ces premiers générations de commentateurs, qui avaient été témoins de l'écroulement de l'ancien régime et du renouveau que l'avait suivi, furent victimes d'une illusion bien naturelle. Ils s'imaginèrent que le Code était quelque chose de tout neuf, sans attache avec le passé, et il le commentèrent en l'isolant de tout le reste, comme s'il était tombé du ciel. La science juridique moderne se renferma ainsi dans la contemplation du Code seul, avec une sorte de superstition pour son texte. C'était appliquer à l'étude des lois une procédé tout à fait factice, une méthode purement dogmatique».

(189) Groethuysen, *Philosophie de la Révolution Française* (1956).

(190) La corriente anti-positivista de fines del s. XIX consideró a Montesquieu como el padre del positivismo legalista; aunque las ideas aplicadas a la función judicial por el positivismo jurídico y las doctrinas políticas con él concordantes se apoyan en Montesquieu, tal utilización es una instrumentalización ideológico-política ilícita, por cuanto el verdadero pensamiento constitucional de Montesquieu por lo que se refiere a la función judicial, concebida como un poder autónomo en el Estado, aunque subordinado a la ley, al modo de la tradición judicial francesa y el modelo inglés que Montesquieu adapta a Francia, fue desechado por la Revolución francesa; vid. Einsenmann, *L'esprit des lois et la séparation de pouvoirs*, en *Mélanges Carré de Malberg* (1933), p. 163 ss.; Montesquieu y otros aristócratas son execrados por los revolucionarios cuando se disponen a adoptar el esquema central de la constitución; vid. Duclos, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789* (1932), p. 71 ss.; fue el liberalismo doctrinario el que utilizó más adelante la autoridad de Montesquieu; vid. Díez del Corral, *Liberalismo doctrinario* (2.ª ed., 1956), p. 90 s.; sobre esta cuestión, vid. García de Enterría, cit., p. 34 ss. con otras referencias bibliográficas.

(191) Se reproduce así una característica del sistema **legal** romano-justiniano, que se encuentra también en el *Allgemeines Landrecht* prusiano, que prohíbe que en las sentencias se tuvieran en cuenta las opiniones de los profesores de Derecho; vid. sobre este asunto, Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft Ausgewählte Schriften zur Freirechtlehre* (reimpr., 1965), p. 36 ss.; Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre* (reimpr., 1962), p. 54 ss.

una actitud de legalismo pasivo y formalista tanto en la práctica como en la enseñanza del Derecho, cuyos efectos se manifiestan con distinta intensidad a tenor de la relevancia de la tradición jurisprudencial respectiva y en función de la estructura abierta o autoritaria de la organización político-social. Por lo que se refiere a la realidad jurídica francesa, en contra de los supuestos políticos del sistema y del positivismo legislativo resultante, el modelo legal codificado no logró eliminar el protagonismo del Derecho de juristas; la acción de la Jurisprudencia, especialmente la judicial, acabó reconduciendo en la práctica aquel modelo al propio de los sistemas jurisprudenciales. En cuanto al **Code civil**, el juicio de Saleilles en el **Livre du Centenaire** («le texte du **Code civil** est resté le même, mais le contenu qu'il recouvre s'est modifié du tout») es un comentario suficientemente elocuente de la perspectiva que por entonces ofrecía ya el Derecho privado en virtud del desarrollo creativo de los preceptos codificados por parte de la Jurisprudencia judicial y, en consecuencia, prueba de que la realidad del modelo no respondía ya al esquema político originario (192). Con todo, la experiencia jurídica francesa ofrece un ejemplo verdaderamente excepcional de creación jurídico-normativa por cauces jurisprudenciales en el ámbito del Derecho administrativo.

No deja de ser históricamente sorprendente que la ruptura del modelo **legal** y la quiebra de los supuestos políticos a tenor de los cuales el juez quedaba privado de toda participación en el desarrollo creativo del orden jurídico se hubiera producido a partir de la necesidad de rectificar la ley de 1790 de la Asamblea Constituyente que estableció la separación de las funciones judiciales de las administrativas (193), prohibiendo a los jueces cualquier inmisión en la acción administrativa, lo que se tipifica incluso como delito en el Código penal de 1791; la formalización napoleónica de la personificación de la Administración supone una separación del modelo anglosajón, así como también lo es la organización del Estado jerárquico y centralizado con una administración autoritaria, que en un primer momento resuelve por sí misma los procesos de naturaleza administrativa hasta la creación de una jurisdicción especializada con ese fin. El Derecho administrativo nace como una derogación global del Derecho privado, y el fenómeno se encuentra ligado a razones histórico-políticas circunstanciales, así como por la derivación estructural del modelo napoleónico del precedente absolutista (194); en todo caso, el esquema francés de administración contemporánea y el régimen de Derecho administrativo constituyen parte esencial del modelo general de ordenación jurídica de tipo continental europeo y su difusión, juntamente con el Derecho codificado, deben considerarse históricamente como un fenómeno de mayor alcance todavía que el de la Recepción del Derecho romano en el Medioevo (195).

Las condiciones históricas en que nace en Francia el Derecho administrativo lo convierten en un Derecho que se desarrolla al margen del modelo general de las codificaciones, y todavía hoy las exposiciones legislativas agrupadas bajo el

(192) Sobre el carácter de Derecho de juristas que presenta el sistema francés, **vid.** Koschaker, cit., p. 273 ss.

(193) Este es el punto histórico a partir del que se forma el régimen administrativo; **vid.** García de Enterría, cit., p. 41.

(194) G. Vedel, **Derecho administrativo** (tr. esp., 1980), p. 44; dos estudios clásicos sobre las analogías y diferencias entre el régimen administrativo francés y el **rule or law** son los de Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (a. 1885) y Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public** (11 ed. 1927); sobre el tema, **vid.** Rivero, **Cours de Droit administratif comparé** (1956-57).

(195) García de Enterría, cit., p. 64 y n. 92; sobre la difusión de las codificaciones napoleónicas, **vid.**, **L'influence du code civil dans le monde** (**Travaux de la semaine internationale de droit**, Paris, 1950).

término de codificaciones tienen un sentido interno más próximo a las recopilaciones de leyes y otras disposiciones en función de las materias que el de las codificaciones propiamente dichas; por otra parte, se trata de un Derecho en buena medida no legislativo, debido a veces al alcance general de los principios enunciados por la legislación y en otros a su carácter particular, lo que conduce a la necesidad constante de la función integradora del juez. Como consecuencia de ello, de hecho, las normas más importantes en el Derecho administrativo francés han sido enunciadas en forma de decisiones judiciales en una labor de interpretación creadora que, al haber tenido que prescindir del **Code civil** y del Derecho privado, ha conducido a que el juez tuviera que elaborar verdaderamente el Derecho; desde una posición de autónoma consideración del orden jurídico, el Consejo de Estado francés ha introducido por vía de interpretación desviaciones de los textos legales para establecer criterios normativos nuevos en mayor medida de la realizada por la Jurisprudencia civil (196). El desarrollo del Derecho administrativo en Francia es una muestra, sin duda, de la vitalidad de una tradición jurisprudencial anterior, desde la que se produjo la superación del positivismo legislativo y la reconducción de la fórmula de actuación del Estado conforme a la ley al principio de sometimiento a la ley y al Derecho, tal como éste se entiende en un orden social democrático occidental y de acuerdo con la tradición cultural propia de los Derechos de juristas, a la que corresponde la idea de que los contenidos normativos de la legislación deben ser integrados en el cuerpo jurídico-normativo general e interpretados dentro del conjunto del sistema por parte de la Jurisprudencia, y de acuerdo con los valores que forman parte de la organización social (197). La construcción jurisprudencial de esta moderna rama del Derecho ha sido, en gran medida, posible merced a la tradición de independencia y de sentido político inspirado en la salvaguarda de las libertades que ha caracterizado al Consejo de Estado francés, notas que pueden encontrarse también presentes en todos los demás momentos histórico-jurídicos en que ha podido desarrollarse cualquier otro Derecho de juristas. La constatación de la realidad, al margen de las formulaciones teórico-políticas o doctrinales reproductoras de las mismas, ha conducido finalmente en la doctrina francesa a superar la concepción del orden jurídico como integrado exclusivamente por normas formuladas por vía legislativa y a entenderlo estructuralmente compuesto por el conjunto constituido por la legislación y la Jurisprudencia, tanto judicial como científica, pues de ese conjunto se extraen en la práctica las **rationes decidendi** y los criterios normativos para la aplicación del derecho en el caso concreto (198).

(196) G. Vedel, cit., p. 45 ss.

(197) J. Rivero, *L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de Droit?*, en *Annales de la Faculté de Droit de Liège* (1957).

(198) Un claro planteamiento en este sentido puede verse en Santamarina Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, p. 402 ss. (1988), con bibliografía respecto a esa misma perspectiva doctrinal en otros países continentales.

V. HACIA UN NUEVO DERECHO COMUN EUROPEO.

1. Antecedentes. Desarrollo de factores correctores en el modelo de ordenación jurídico-social.

Los elementos constitutivos de la nueva forma de entender la identidad europea se refieren a un modelo de convivencia política que tiene su referente histórico en el período comprendido entre 1688 y 1789; la relación de los principios constitucionales presentes en ese modelo con ideas formuladas y parcialmente vigentes en anteriores momentos de la cultura política occidental muestra la continuidad esencial de esta cultura y su constante proceso de readaptación en función de las circunstancias de la realidad y los acontecimientos históricos. Desde este punto de vista, interesa analizar el desarrollo de una serie de factores que operaron como correctores del modelo de ordenación jurídico-social que arranca de aquel período histórico-político.

Las declaraciones de derechos en las que los tres modelos se asientan tienen como última justificación la definición del marco de relaciones entre el ciudadano y el Estado, que en el modelo continental clásico tiene como única garantía la legalidad democrática. El positivismo legislativo derivado del esquema roussoniano se ha revelado insuficiente para garantizar la seguridad jurídica de los derechos de la persona, proclamados en las constituciones de tipo continental más como declaraciones políticas que como auténticos derechos preexistentes al Estado y, por tanto, exigibles frente a éste a través de la correspondiente tutela jurisdiccional.

En efecto, el Estado de Derecho de origen humanista-racionalista es un concepto que sólo puede entenderse como vinculado a valores, siendo éstos los derivados de los derechos fundamentales de la persona. Ello excluye, ante todo, cualquier modelo de organización social que identifique Estado y sociedad, aunque esté formalizado en leyes el conjunto de las relaciones que constituyen el objeto del Derecho, tal como sucede en los sistemas totalitarios, pero también resulta incompatible aquella concepción con el sometimiento incondicional de la persona a los intereses de la comunidad, que los órganos del Estado se encargan de definir (199). La legalidad democrática constituye una garantía formal para preservar tales derechos, pero no de carácter sustantivo, puesto que no excluye la posibilidad de un poder político manifestado a través de un Legislativo éticamente irresponsable, frente al cual el ciudadano se encontraría en situación de indefensión si no se establecen procedimientos de defensa de sus derechos en un sistema en el que el juez viene obligado a aplicar la ley en los términos en que ha sido formulada.

La aceptación de la posible discrepancia entre legalidad y legitimidad en el marco de los derechos fundamentales no se introduce en el modelo continental de manera efectiva hasta después de la Segunda Guerra mundial. Como punto histórico de referencia debe tomarse el Congreso de Europa, celebrado en La Haya en mayo de 1948 y organizado por el Comité Internacional del Movimiento para la Unidad Europea, en el que nace el proyecto de redacción de una Carta de de-

(199) K. Doehring, *Estado social, Estado de Derecho y orden democrático*, en *El Estado social* (Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986), p. 116 s.

rechos fundamentales y la creación de un Tribunal para velar por su cumplimiento; tras la constitución del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949) la Asamblea Consultiva tomó las iniciativas que condujeron a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 de la Convención europea para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, que quedaban bajo la tutela de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Desde el punto de vista jurídico, la novedad no se encuentra, evidentemente, en la declaración, sino en el establecimiento de mecanismos de protección jurisdiccional de carácter supra-nacional y en la obligación de introducirlos en los sistemas nacionales internos. En el plano político, ello supone la admisión de la insuficiencia del modelo continental y, en concreto, del medio de protección formal derivado de la mera legalidad democrática; el constitucionalismo continental europeo incorpora a partir de entonces elementos correctores tomados del modelo norteamericano, bien en la forma de protección absoluta de esos derechos, sustraídos a la disponibilidad legislativa, o al menos su disponibilidad esencial, de acuerdo con la doctrina denominada teoría relativista (200).

La formalización jurídica de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional supone la crisis de la fuerza de legitimación del orden jurídico por parte de la voluntad general democráticamente expresada, en el sentido de ilimitación en cuanto a su ámbito de expresión y de no sometimiento a cualquier control externo. La adecuación del poder legislativo ordinario a una legalidad superior constituida por el marco de los derechos fundamentales supone una profunda transformación en la conciencia jurídica continental europea, en la medida en que implica la admisión de la insuficiencia de la legalidad como vínculo regulador de las relaciones en el Estado de Derecho, de cuyo orden jurídico también forman parte principios materiales de naturaleza ética y jurídica, que se concretan en la fórmula de sometimiento a la ley y al Derecho, que conservó la tradición jurídica anglosajona y que se oscureció en la continental europea, tanto por obra del iusnaturalismo racionalista laico como por la introducción de la identificación de la razón con la voluntad general expresada a través de la legislación en el sistema democrático liberal clásico.

Un evidente reflejo de estos sentimientos en la conciencia jurídica pública es la revitalización del pensamiento iusfilosófico que retoma la tradición del iusracionalismo humanista que influyó en la configuración del modelo anglosajón de ordenación jurídico-social, y del que se separó la tradición jurídica continental europea al adoptar, primero la ética racional del iusnaturalismo secularizado y prescindir después de toda referencia ética legitimadora del orden jurídico. El formalismo que metodológicamente adopta la Pandectística alemana en el ámbito del Derecho privado, y que se traslada después al Derecho público, excluye de los elementos a tener en cuenta en el análisis del Derecho los de naturaleza metapositiva, es decir, las consideraciones éticas, políticas o económicas; a partir de esta concepción científica del Derecho como dotado de existencia autónoma se construye un sistema de Derecho civil aplicando a los materiales del Derecho Común la ordenación sistemática y el aparato conceptual elaborado por el último iusnaturalismo alemán.

(200) Sobre los derechos fundamentales en el Derecho constitucional moderno. *vid.* la obra colectiva **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema** (Universidad de Sevilla, 1979).

Prescindiendo ahora de la valoración de esta metodología y de sus indudables aportaciones al pensamiento científico y a la lógica jurídica, interesa poner de relieve que, en la aplicación práctica del Derecho, esta forma de positivismo científico viene a coincidir con el positivismo legislativo en la identificación de la justicia material con una conclusión obtenida mediante una deducción lógico-conceptual, de igual forma que en el legalismo positivista la justicia del caso concreto resultaría pretendidamente de la aplicación mecanicista de una norma general. En el ideal de formación científica y de aplicación del derecho, el juez ocupa una posición subordinada, dependiente y pasiva en el sistema; en un caso porque su actuación debe acomodarse a una deducción derivada de las construcciones científico-dogmáticas y en el otro al derecho legislativamente formulado. Con razón se ha dicho que, aun antes de la codificación general unitaria, Alemania responde al esquema de un país con ordenamiento jurídico formalmente legal, en la medida en que la Pandectística presenta todos los caracteres de una Jurisprudencia legalista, cuya preponderancia en el área cultural germánica no puede desligarse de los componentes psicológicos de la mentalidad alemana y, asimismo, del carácter autoritario y burocrático que la organización político-social presentaba en ese período en el conjunto de los Estados germánicos (201). Los postulados del positivismo, sobre todo cuando el orden jurídico discurre por cauces no democráticos, pueden conducir en la aplicación práctica del derecho y en su formulación legislativa a la legalización de cualquier injusticia con la mayor elegancia lógico-formal y el más depurado rigor jurídico, eliminando en el juez toda posibilidad de atender teleológicamente a la realización de la justicia material en el caso concreto, a cambio de la exoneración de responsabilidad ante su propia conciencia jurídica y ética merced al principio de sumisión al derecho formalmente aplicable.

Aun antes de que en el sentimiento jurídico público se introdujeran las ideas que determinaron el abandono del positivismo jurídico y se plantearan con ello los problemas permanentes de cualquier cultura jurídica acerca de la adecuación entre el derecho positivo y el sentimiento de justicia, una serie de corrientes de pensamiento prepararon la rectificación del modelo positivista continental desde el ámbito jurídico interno. En la superación teórica del positivismo, tanto legalista como doctrinario, tuvo una especial significación, y precisamente en el área germánica, el movimiento iusliberista (*Freirechtbewegung*), que se desarrolla (202) desde fines del s. XIX en correspondencia con otros movimientos semejantes en diversos países europeos del área de influencia jurídica francesa (203); la importancia de este movimiento radica en que al mismo se suman, no sólo teóricos del Derecho, sino juristas prácticos y profesores universitarios cultivadores de materias de Derecho positivo; todos ellos coinciden en el empeño de demostrar, desde la realidad del derecho aplicado en la práctica, la insuficiencia de las formulaciones teóricas del positivismo y su inadecuación para garantizar la realización del derecho en concordancia con la justicia material, estando en tal caso el juez legitimado para apartarse del texto legal y establecer el criterio normativo aplicable al caso; la defensa de la autonomía del juez frente al orden jurídico legal genera un movimiento paralelo que trata de promover medidas legislativas que favorezcan la se-

(201) Lombardi, **Saggio**, cit., p. 209, recoge estas valoraciones críticas formuladas por autores alemanes; vid. también en sentido crítico, Koschaker, cit., p. 365 ss.

(202) Sobre este movimiento, vid. Lombardi, **Saggio**, cit., p. 201 ss.

(203) En especial, Gény, **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif** (1899).

lección de los jueces y la orientación del sistema judicial en el sentido del modelo anglosajón, superando la figura del juez-funcionario continental; el iusliberismo desaparece como movimiento activo después de la Primera Guerra mundial, a causa del ambiente de deterioro económico-social primero y después político de este período, pero las ideas difundidas por esa corriente de pensamiento recuperaron vitalidad después de la Segunda Guerra mundial en la Jurisprudencia profesional y contribuyeron, tanto en Alemania como en Francia, así como en otros países europeos continentales, a orientar la interpretación jurisprudencial en una línea creadora y más independiente frente a la legislación.

Desde el plano de la técnica de interpretación del Derecho positivo y su aplicación práctica en el caso concreto alcanzó también una notable influencia la corriente metodológica denominada «Jurisprudencia de intereses», que favoreció la orientación del Derecho hacia la realidad práctica, al concebir el orden jurídico conceptual y los criterios normativos legalmente establecidos también con sentido instrumental y meramente directivo, constituyendo puntos de partida obligados para la interpretación judicial, en virtud de las exigencias del principio de legalidad, pero sin que de ello se siga que el resultado de la declaración del derecho en el caso concreto se agote en una mera operación lógico-formal. El desarrollo de ciencias jurídicas auxiliares tales como la Historia del Derecho, la Sociología Jurídica, el Derecho comparado y la Criminología contribuyeron también a modificar la actitud formal ante el Derecho y la concepción del orden jurídico derivada del positivismo científico y legislativo, restableciendo así la relación entre la norma jurídica y la realidad social (204). Con todo, la incidencia del conjunto de estas corrientes de pensamiento en la corrección del modelo positivista continental habría tenido un efecto tan solo limitado si no se hubieran producido las transformaciones en la conciencia jurídica pública y la consiguiente reacción ética contra la concepción positivista del orden jurídico y su legitimación derivativa como manifestación de la potestad política. Es en este marco en donde la función racionalizadora de la Jurisprudencia y la operatividad de los valores éticos y jurídicos orientados a las condiciones reales del presente adquieren relevancia en la aplicación del Derecho y en la política legislativa; también bajo esas condiciones recobra el Derecho su objetivo de servir a la realización de la justicia material y su identificación con el sentimiento jurídico general.

La falta de correspondencia entre el orden jurídico-social inicialmente adoptado por el modelo de organización política que nace de las revoluciones liberales, que adoptan el sistema de codificaciones como formalización del Derecho del Estado nacional, provoca también una serie de rectificaciones en aquel modelo, que repercuten en el sistema jurídico. En efecto, la concepción liberal del Estado, que tiene en Kant (1724-1804) una nueva fundamentación filosófico-jurídica, era inadecuada para expresar la propia realidad del modelo de organización política que se deriva de la Revolución francesa, y mucho menos para hacer frente a las exigencias derivadas de la igualdad y la solidaridad que, como consecuencia del desarrollo industrial, se hacen presentes en la realidad político-social desde mediados del s. XIX; las limitaciones introducidas en un primer momento en los derechos de participación política aseguraban de hecho a la burguesía el control del

(204) Sobre las corrientes metodológicas mencionadas, vid. Wieacker, cit., p. 490 ss.

poder político, de forma que la configuración del orden jurídico que expresan las sucesivas codificaciones, aunque formalmente legitimadas por los órganos de representación democrática, en realidad se presentan como reflejo de los sectores sociales políticamente presentes en la dirección del Estado; aunque tal característica es común al conjunto del movimiento codificador liberal, el retraso con que en Alemania se produjo la unificación legislativa y los cambios que por entonces se habían producido ya en la realidad social provocaron un especial movimiento crítico contra el sistema jurídico que la codificación alemana venía a sancionar (205).

La transformación del Estado liberal burgués en un Estado democrático con la introducción del sufragio universal conduce también a la aparición histórica de la fórmula del Estado democrático y social, con ocasión de la revolución de París de 1848, en cuyo desenlace se configura el derecho al trabajo como derecho fundamental y, con ello, el primer núcleo de ideas sobre las que se fundamentarán los derechos de origen liberal; esta doctrina tiene una primera formulación jurídico-constitucional después de la Primera Guerra mundial, pero, sobre todo, en el constitucionalismo posterior a 1945, que adopta como proyecto político la fórmula del Estado de Derecho democrático y social (206). Las condiciones que determinaron la transformación del Estado liberal de Derecho en la nueva formulación social del mismo van acompañadas del abandono de buena parte de los supuestos ideológicos que habían informado el sistema jurídico expresado en las codificaciones liberales y en la doctrina que les sirvió de base, y muy especialmente en el ámbito de las relaciones de Derecho privado. Las exigencias derivadas del Estado social se corresponden con una conciencia pública que propicia la incidencia por vía legislativa en el establecimiento de límites y de un marco social ordenador del interés privado con los intereses de la comunidad; sobre la concepción liberal del Derecho privado como compaginación de diferentes esferas de libertad incide ahora la idea de la solidaridad económica global, que introduce una dimensión diferente en los contenidos y en las posiciones de las partes en las relaciones de derecho privado, así como en el ejercicio de las facultades relativas al aprovechamiento de los bienes. La emancipación del Derecho del Trabajo del marco del antiguo Derecho privado constituye una manifestación de la nueva dirección que el conjunto del sistema privatístico está destinado a tomar, precisamente para recuperar la correspondencia entre el orden jurídico y la realidad social.

Es preciso hacer referencia, por último, al elemento nacionalista presente en el modelo de ordenación jurídico-social que arranca de la Revolución francesa. Frente al carácter universal del fenómeno cultural del que es una manifestación el Derecho Común en el Medioevo, la expansión europea del modelo de organización política derivado de la Revolución francesa, así como de los cuerpos normativos en que se formaliza el Derecho nacional no generan un espacio político-cultural europeo en el que las diferentes entidades nacionales pudieran encontrar elementos de identificación, sino que produce una multiplicidad de espacios territoriales en los que la idea de nación se asienta sobre la base de la acentuación de los elementos diferenciadores. Superado el componente religioso como factor de identificación nacional y adoptado el modelo formal de organización político-constitucional

(205) Wieacker, cit., p. 520 ss.

(206) W. Abendroth, *El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político*, en *El Estado social*, cit., p. 15 ss.

de tipo liberal, la configuración de los elementos de identidad nacional se construyen a partir de las formas culturales propias. El fenómeno de los nacionalismos en el s. XIX europeo no se resuelve en formas de organización u ordenación de conjuntos de entidades nacionales, sino en Estados unitarios, de acuerdo con el ideario de la burguesía liberal, que asume para ese objetivo los supuestos intelectuales de los movimientos nacionalistas; en esa corriente político-cultural se inscribe también la política legislativa de signo uniforme expresada en las codificaciones y la organización judicial inspirada también en criterios unitarios, como expresión de la unidad política en la administración de justicia. El soporte teórico de la soberanía nacional condujo a la afirmación de una realidad europea políticamente disgregada; por lo que al Derecho se refiere, el nacionalismo jurídico oscureció la conciencia de una comunidad jurídica europea, cuya recuperación tampoco era posible en tanto las diferentes naciones no encontraran en elementos político-culturales comunes una identidad supra-nacional, y la dinámica de los acontecimientos históricos contribuyera a la superación de la idea de soberanía nacional en su forma originaria, así como de la necesaria identificación de los conceptos de estado y nación en los términos propugnados por el movimiento nacionalista decimonónico.

2. Configuración de un espacio jurídico-cultural europeo.

El desenlace de la Segunda Guerra mundial y la posterior dinámica de los acontecimientos políticos propiciaron las condiciones externas precisas para el desarrollo de un movimiento de integración europea sobre la base de la afirmación de los elementos de identidad que se expresan en las declaraciones de 1973 y 1978 realizadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Económica Europea. Tal identidad se refleja desde el punto de vista político-organizativo en la adopción del modelo constitucional que nace de los principios históricamente incorporados al Derecho público en 1688-1789, pero rectificado con los elementos correctores desarrollados en ese modelo inicial y que se plasman en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho. La adopción de este modelo como definidor de la identidad político-cultural europea se sitúa en contraposición, no sólo de los fascismos derrotados en la Segunda Guerra mundial, sino también, y muy especialmente, respecto al socialismo totalitario entonces activamente presente en la realidad política europea y mundial. Pero, además de la forma constitucional, desde el punto de vista jurídico constituye un elemento fundamental en cuanto fundamentador de la nueva formulación de la identidad europea la ética social y política derivada de los derechos fundamentales de la persona, que se plasma en 1950 en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La consolidación de principios comunes de organización político-social constituye un factor que favorece la configuración de un espacio jurídico-cultural homogéneo, pero es en sí mismo insuficiente para generar la conciencia de una identidad supra-nacional común en la medida en que otros factores no contribuyan a crear la necesidad de asumir determinados elementos culturales, vinculados a la interpretación de la existencia, como constitutivos de aquella identidad, compatible con las diferentes formas en que la misma pueda concretarse en las diversas culturas nacionales. La vinculación a una organización política supra-nacional en la que se exterioriza esa común identidad aparece, pues, como necesario elemento de cohesión institucional frente a las tendencias a la dispersión procedentes de las entidades nacionales. La fuerza aglutinadora del conjunto no reside, sin em-

bargo, en la mera adhesión político-organizativa a una estructura supra-nacional, sino en la atracción que los vínculos comunes de naturaleza cultural suponen para el conjunto y en la funcionalidad representativa de la común identidad que consigan mantener las instituciones de orden superior que aglutinan las diversas entidades nacionales.

La relevancia del factor cultural como aglutinante puede percibirse en cualquier espacio territorial en el que se desarrolla como consecuencia el fenómeno del Derecho Común como elemento cohesionante del conjunto de los Derechos nacionales, en la medida en que previamente se haya configurado un espacio jurídico-cultural común, fundamentado en una determinada concepción ética de la existencia. Desde esta perspectiva puede comprenderse la fuerza cohesionante que los valores ético-religiosos desempeñaron en la cultura social y política del Medioevo y la difusión del fenómeno del Derecho Común como manifestación de una cultura jurídica que en su dimensión europea tenía en aquella fundamentación sus elementos identificadores. La recuperación de la identidad europea ha tomado forma también a partir de una reflexión antropológica y ha encontrado su fundamentación cohesionante en el marco de los valores del Humanismo, enunciado primero como ideas intelectuales en la cultura romano-helenística, difundidos después socialmente a través del Cristianismo e incorporados finalmente al Derecho público a través del proceso que se inicia con la formación del Estado moderno en la cultura occidental.

La configuración de un espacio jurídico-cultural europeo se produce en la medida en que se consolida y difunde la adhesión a ese orden de valores, que enlaza con el momento histórico en que se desarrolla el primer iusnaturalismo racionalista vinculado al Humanismo, y antes de que degenerara en las corrientes de pensamiento intelectuales y políticas que provocan la ruptura con el orden ético representado por aquel movimiento, fuera del cual carece de sentido la cultura occidental, según se han encargado de demostrar los acontecimientos histórico-políticos de la más reciente historia europea. La adhesión de los diferentes pueblos europeos a un grupo de componentes sociales y éticos comunes como valores de la convivencia social y política, e informadores del orden jurídico, han hecho posible la aproximación entre los modelos anglosajón y continental, y la consiguiente recuperación de la unidad espiritual que la cultura europea presentaba en el Medioevo; desde esta perspectiva puede contemplarse de nuevo una comunicación entre las tradiciones jurídicas representadas por el **Common Law** y la romano-canónica como formas de expresión de los elementos constitutivos comunes de la cultura jurídica occidental (207).

La diversificación de ambas tradiciones jurídico-culturales desde el Medioevo no ha impedido una constante interinfluencia entre las mismas. El **Common Law** no sólo no fue ajeno al fenómeno cultural del **ius commune**, sino que constituye una manifestación nacional del mismo, aunque no hubiera ido acompañada por la recepción material del derecho romano-justiniano ni fuese afectada por la posterior conceptualización del sistema jurídico que adoptó la tradición jurídica continental europea. La separación estructural que ello supuso permitió, en cambio, que la tradición jurídica anglosajona conservara, entre otros valores, el de la con-

(207) David, cit., p. 17.

cepción del orden jurídico en su dinámica relación con la tutela jurisdiccional de los derechos, que había caracterizado a la tradición jurídica romano-republicana frente al modelo justiniano objeto de recepción material en los derechos nacionales continentales (208); la recepción encubierta de muchos elementos del sistema romano-canónico en el **Common Law** constituye el rasgo característico de la forma de asimilación indirecta de los fenómenos culturales europeos en Inglaterra, sin ruptura con los supuestos tradicionales de su propio Derecho público. La comunicación entre los dos sistemas se produce también en el período histórico en que se configura el Estado moderno y puede seguirse en el desarrollo de la incidencia de los factores correctores en los modelos iniciales en uno y otro sistema; en la segunda mitad del s. XVIII se produce la absorción del derecho mercantil por el **Common Law**, al mismo tiempo que en el continente se preparan procesos de integración de ese cuerpo normativo en los Derechos nacionales; la doctrina civil francesa, y especialmente Pothier, influye en la modernización de diferentes materias del **Common Law**, que incorpora, además, el Derecho internacional privado elaborado en el continente (209), aunque todo ello siempre a través del mecanismo de las **rationes decidendi** que establecen nuevos criterios normativos en las decisiones judiciales; el triunfo de las ideas democratizadoras en el s. XIX representa un momento de transformación fundamental en la historia del Derecho inglés (210), por la incidencia de una serie de reformas legislativas en el procedimiento y en la organización judicial (**Judicature Acts**, 1873-75), todo lo cual permitió desplazar la atención al derecho sustantivo e hizo posible una cierta ordenación sistemática del **Common Law** y el establecimiento de la regla del precedente vinculante como principio obligatorio en la aplicación del derecho. Con todo, el sistema mantuvo su estructura tradicional, y muy especialmente la posición preeminente en el mismo de la función judicial y la concepción jurisprudencial de los criterios normativos frente al modelo del positivismo legislativo y doctrinal que por entonces presidía la concepción del orden jurídico en el continente europeo. Las exigencias derivadas del Estado social han generado un desarrollo de la legislación reguladora de la actividad administrativa que, aun sin romper la unidad jurisdiccional anglosajona, ha introducido en ella un proceso de especialización y generado un acercamiento al régimen de Derecho administrativo continental (211).

Por encima de las diferencias estructurales, la identidad del espacio jurídico-cultural europeo se fundamenta en la convergencia en valores comunes, no tanto derivados de las coincidencias o la proximidad normativa, sino de la adhesión a principios concordantes a los elementos constitutivos de aquella identidad y su capacidad informadora del orden jurídico-social. Tal adhesión no sólo ha permitido res-

(208) Sobre la analogía estructural entre el Derecho romano-republicano y el anglosajón, *vid.*, H. Peter. **Actio und Writ** (1957).

(209) Allen, *cit.*, p. 397 ss.

(210) Dicey, **Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX siècle** (tr. fr. 1906).

(211) Un análisis comparativo del momento actual en cuanto a los sistemas continental y anglosajón en el ámbito del régimen administrativo en **New perspectives for a Common Law of Europe** (Florenca, 1978), que incluye estudios de J. Rivero y R. David, entre otros; tanto los «Statutes» parlamentarios que sirven de cobertura a la actividad administrativa como la legislación delegada operada básicamente a partir de los «Statutory Instruments» constituyen en la actualidad un cuerpo normativo de gran importancia y, en gran medida, extraño al sistema tradicional, cuyos criterios de interpretación les resultan difícilmente aplicables; el proceso de especialización dentro de la jurisdicción ordinaria arranca fundamentalmente del nuevo régimen procesal introducido en 1978 en la Orden 53 de las «Rules of the Supreme Court», que tras algunas modificaciones complementarias posteriores, fue confirmado por la Section 31 de la «Supreme Court Act» de 1981; *vid.*, Alonso García, *cit.*, p. 239 ss.

tablecer la comunicación entre las dos tradiciones jurídicas occidentales, sino que ha hecho posible la integración en un espacio cultural homogéneo al conjunto de los pueblos europeos, cuyos sistemas jurídicos han experimentado con ello una aproximación sustancial por lo que se refiere a la concepción del Derecho y a la posición del juez en el sistema. Aun conservando formalmente la estructura de derechos codificados, la dinámica derivada de los principios constitucionales de un Estado de derecho vinculado a valores y las exigencias de adaptación del orden jurídico a la conciencia social han obligado a introducir profundas reformas legislativas en los cuerpos normativos codificados y colocado a la Jurisprudencia judicial y científica ante la necesidad de adaptar las normas jurídicas a la realidad social y a las condiciones de justicia material como objetivo en la aplicación del Derecho, superando la idea de identificación de la legalidad formal con la justicia material en la aplicación del derecho; tales transformaciones se han dejado sentir especialmente en las naciones continentales con tradiciones político-culturales más alejadas del modelo de ordenación jurídico-social tomado como forma de expresión de la identidad cultural europea, en las que también tuvo especial adherencia la concepción formalista del Derecho, difundida a través de la docencia de los derechos positivos y en la aplicación del derecho por los Tribunales de Justicia.

Los diferentes sistemas jurídicos nacionales presentan, pues, en estos momentos una identidad básica común con tendencia a su aproximación a modelos abiertos, aunque cada uno conserve técnicamente sus propias características, como corresponde a una ordenación jurídica general de un sistema caracterizado por la concurrencia de diferentes cauces normativos y constituido por una pluralidad de entidades nacionales con propias peculiaridades de naturaleza socio-cultural. Desde un punto de vista estructural, los sistemas jurídicos continentales se han acercado al modelo jurisprudencial, configurado por la integración del derecho procedente de la legislación con el que resulta de la interpretación creadora judicial y científico-práctica; el carácter cerrado que adopta el sistema jurídico en los modelos **legales** codificados ha evolucionado en una progresiva tendencia descodificadora, manifestada en la superación de los textos normativos codificados tanto por un importante desarrollo legislativo posterior como por la adaptación jurisprudencial de aquel Derecho formalizado a la realidad social del tiempo en que son concretamente aplicados; una serie de microsistemas se han añadido a los tradicionales codificados sin que hayan adoptado ya esta forma, sino un desarrollo legislativo disperso, integrado y completado por la aplicación judicial, y que en conjunto sólo resulta inteligible merced a la integración general operada por la Jurisprudencia científica; parece evidente que la dinámica de la realidad social moderna genera la necesidad de constantes modificaciones en el orden jurídico-normativo, lo que requiere una permanente producción legislativa sectorial y particularizada, de signo muy diferente a una legislación general con vocación de estabilidad; una realidad normativa de estas características tiende a propiciar las condiciones de protagonismo de los juristas como estamento profesional y coloca en primer plano las cuestiones de interpretación normativa en la aplicación práctica del derecho, lo que viene a favorecer el desarrollo y orientación de los sistemas hacia modelos de naturaleza jurisprudencial. La experiencia histórico-jurídica muestra también que la configuración de un marco de ordenación jurídica constituido por una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales propios que operan integrados dentro de un espacio jurídico-cultural común tiende a generar la necesidad de un cuerpo normativo también común con valor referencial, que cumple la función de informar el conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales y que proporciona cohesión

al conjunto del sistema y asegura un desarrollo armónico de los diferentes subsistemas; tal fue la función práctica del **lus commune** en su período de vigencia en el Medioevo y hasta el momento de las codificaciones nacionales que, al adoptar un modelo cerrado de ordenación jurídico-social, dejaron sin sentido la referencia a cualquier marco jurídico-normativo situado fuera del propio sistema nacional. El desarrollo del Derecho comunitario y la incorporación de los Derechos nacionales al marco institucional derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tratado de la Comunidad Económica Europea ha comenzado a generar de manera incipiente las primeras manifestaciones de un nuevo **lus commune** en un sentido fundamentalmente similar al del período anterior, pero que parte ahora de supuestos de Derecho público.

3. Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo.

Aunque los objetivos originarios del Tratado de Roma de 1957 se presenten como de naturaleza fundamentalmente económica, el proyecto comunitario está vinculado desde un primer momento a supuestos políticos que implican su realización dentro de formas de organización social que respondan a los principios de la democracia pluralista, la economía social de mercado y el respeto a los derechos fundamentales de la persona. La declaración política de 14 de diciembre de 1973, en la que se explicitan como elementos básicos de la identidad europea los principios de la democracia representativa, el imperio de la ley, la justicia social y el respeto de los derechos del hombre, se produce en un momento en que se había verificado ya la adhesión a la Comunidad del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, cuyos sistemas jurídicos diferían considerablemente de los de los Estados miembros originarios, por lo que tal declaración tiene el significado de situar en un plano político sustantivo las bases de la identidad europea y no en la proximidad jurídico-positiva de los ordenamientos nacionales; esa misma significación presenta la declaración de 1978 sobre la democracia, efectuada con ocasión del proceso de incorporación a la Comunidad de Grecia, Portugal y España, tras la llegada a la democracia de estos países después de un largo período dictatorial, y en la misma línea se pronuncia el Parlamento Europeo en la resolución de 18 de enero de 1978 sobre las perspectivas de ampliación de la Comunidad; por último, con ocasión de las negociaciones con Grecia se declara que los principios de democracia pluralista y de respeto de los derechos del hombre forman parte del patrimonio común de los pueblos de los Estados reunidos en las Comunidades europea y constituyen, por tanto, elementos esenciales de pertenencia a las mismas (212). La afirmación de este conjunto de principios adquiere especial relevancia en la medida en que a los iniciales objetivos económicos se superponen los relacionados con el proceso de integración política, implícitamente recogida en los preámbulos de los Tratados comunitarios y expresamente contemplada ahora en el del Acta Unica Europea.

En relación con el proceso de expansión del ordenamiento comunitario y el afianzamiento de los objetivos políticos se encuentra la incorporación al Derecho comunitario de la doctrina de los derechos fundamentales por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. De acuerdo con la naturaleza y objetivos

(212) Vid. López Garrido, cit., p. 150 ss.

originarios de la Comunidad, la Jurisprudencia del TJCE ha operado en un primer momento a partir del texto del Tratado, configurando un núcleo de derechos fundamentales de contenido económico, relacionados con la libertad de circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la igualdad de tratamiento remunerativo entre hombre y mujer, el derecho a la libre competencia y el derecho a la no discriminación (213); el carácter de sistema que presenta todo ordenamiento jurídico se ha manifestado también aquí en la frecuente incidencia en otro tipo de derechos, tales como el de la libertad personal, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de domicilio, la libertad de expresión, la libertad de asociación, etc., reconocidos en los Derechos internos, con los que se producen interferencias como consecuencia de la expansión competencial comunitaria. El principio de primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales en las materias que son competencia de la Comunidad, condujo al TJCE, a partir de la **sentencia Stauder** de 20 de noviembre de 1969, a introducir la doctrina según la cual la protección de los derechos fundamentales forma parte integrante del Derecho comunitario.

La formulación de esta doctrina jurisprudencial se hace tomando como punto de referencia la legalidad derivada del art. 164 del TCEE, en el que se establece el principio de «respeto al Derecho» como criterio de actuación del TJCE en la interpretación y aplicación del TCEE; a partir de ese concepto se enlaza con los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», contenida en el art. 173 en referencia a la responsabilidad extra-contractual por los daños causados por las instituciones o agentes comunitarios en el ejercicio de sus funciones. Se trata, pues, de una típica forma de creación judicial de derecho que, además, presenta el interés de haber sido inspirada desde la doctrina (214), que promueve la idea de que el respeto de los derechos fundamentales constituye parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, que en este punto se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, si bien tales derechos operan sólo en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad, en la medida en que a ello se circunscriben las competencias del TJCE, según se establece en la doctrina jurisprudencial de la **sentencia Internationale Handelsgesellschaft**, de 17 de diciembre de 1970.

En virtud de las sentencias judiciales ahora referidas, se comunitariza la doctrina de los derechos fundamentales, en el sentido de que no se adopta ningún esquema nacional concreto sobre los mismos, sino que pretende establecerse por vía jurisprudencial una superlegalidad comunitaria inspirada en el conjunto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros en esa materia, aunque referida a la esfera de autonomía propia del Derecho comunitario. Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, la doctrina jurisprudencial del TJCE ha permitido superar en el ámbito de los derechos fundamentales el texto del TCEE, incorporando al sistema de fuentes los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros y, en concreto, las tradiciones constitucionales comu-

(213) López Garrido, cit., p. 15 ss.

(214) El origen de esta interpretación jurisprudencial parece estar, en efecto, en el artículo de Pescatore, **Les droits de l'homme et l'intégration européenne**, en **Cahiers de droit européenne** (1968), p. 629; también se señala como soporte el dictamen de la Comisión europea en el caso Stauder, en donde se sostiene que las instituciones europeas están sometidas a la obligación de proteger los derechos fundamentales en base a «las tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros; vid. López Garrido, cit., p. 125 y n. 9.

nes, pero también, y como consecuencia de éstas, los **instrumentos internacionales** sobre protección de los derechos del hombre suscritos por los Estados miembros de la Comunidad, que también pueden ser tenidos en cuenta a efectos de suministrar criterios interpretativos, según establece la **sentencia Nold v. Comisión**, de 14 de mayo de 1974, en referencia implícita al Convenio Europeo de Derechos Humanos (215).

Desde el punto de vista de la configuración de un **ius publicum europaeum** de naturaleza común y, por tanto, trascendente al propio sistema jurídico comunitario y a los Derechos nacionales, ha tenido una especial relevancia la adopción del criterio de un **standar** máximo de protección como criterio rector en materia de derechos fundamentales por parte de la Jurisprudencia del TCE; este principio de mayor progresividad (216), conduce a una interpretación restrictiva de la reserva de orden público y a adoptar como **ratio decidendi** las soluciones más avanzadas que ofrezca cualquier derecho nacional; aparte del efecto de recepción interna de este criterio interpretativo por los Derechos nacionales en las materias en que es competente el TJCE, la formación de una doctrina jurisprudencial común en los campos no abarcados por el Derecho comunitario parece venir favorecida por el hecho de que tanto el Derecho comunitario como los Derechos nacionales son aplicados por los mismos Tribunales, y no resulta fácilmente imaginable una disociación interpretativa de ordenamientos jurídicos, pero, además, el TJCE debe tomar sus criterios normativos de las soluciones aportadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, todo lo cual introduce una dinámica de convergencia de los diferentes ordenamientos jurídicos y, al mismo tiempo, propicia la formación de un **ius europaeum**, que sirve de referencia tanto para los Derechos nacionales como para el propio Derecho comunitario, en un sentido similar al desempeñado por el **ius commune** (217).

En efecto, el sistema del Derecho Común, constituido por la elaboración científica del Derecho romano-justiniano, era, sobre todo, un cuerpo normativo de principios en los que podía apoyarse en la práctica forense el razonamiento dialéctico, y en esta forma inspira la **iurisprudentia forensis** (218) propia del período del **ius commune** con resultados técnicos distintos según los países; esa misma función, fundamentalmente dialéctico-educativa, desempeñaba en la enseñanza, que respondía, por tanto, a un cierto modelo común en las distintas Universidades europeas (219); esta función referencial del Derecho Común lo convertía en instrumento de interpretación de los Derechos nacionales para la aplicación práctica de las normas de este origen en los casos concretos, sirviendo también como medio de integración de estos Derechos. La falta de una instancia política común a los pue-

(215) El Parlamento Europeo, en su reunión de 27 de abril de 1979, se declaró favorable a la adhesión de la CEE al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, así como a la creación de un Comité de expertos para la elaboración de una carta europea de los derechos civiles; sobre el estado de esta cuestión, **vid.** López Garrido, cit., p. 163 ss.; desde la doctrina ha habido un amplio tratamiento de esta cuestión; **vid. bibl.** en Alonso García, cit., p. 264 n. 90.

(216) Enunciado por el juez del Tribunal de Luxemburgo Pescatore, en la **Communication écrite à la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme** (Viena, 1971).

(217) Este punto de vista es adoptado, con todo acierto, por Alonso García, cit., p. 279; **vid.** también Ch. Mouly, **Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne?**, en **Revue Internationale de droit comparé** (4-1985, p. 896 ss.); en el mismo sentido, G. Gorla, **Diritto comparato e diritto comune europeo** (1981).

(218) El papel desempeñado por esta **iurisprudentia forensis** ha sido destacado por G. Gorla, cit., p. 543 ss. en cuanto a su función armonizadora del Derecho en los Estados italianos pre-unitarios.

(219) Sobre el método común de enseñanza universitaria del Derecho en el período del **ius commune**, **vid.** H. Coing, **European common law: historical foundations**, en **New Perspectives**, cit., p. 32 ss.

blos europeos, con su correspondiente administración judicial, hizo inevitable la derivación del sistema hacia los diferentes marcos nacionales, en cuyo ámbito se forman jurisdicciones centralizadas a medida que se consolida el Estado moderno.

A partir de la ampliación a todo el ámbito comunitario de la remisión del art. 215 del TCEE a los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», el TJCE ha ido configurando una serie de categorías generales, principios y técnicas jurídicas de concreción, que han servido, por un lado, para interpretar el Derecho comunitario y, por otro, para colmar sus lagunas (220), configurando progresivamente una doctrina general sobre la base de los ordenamientos de los Estados miembros; de alguna forma, el conjunto de la cultura jurídica común de los pueblos integrados en la Comunidad constituye el fondo referencial del que se extraen los principios que sirven para la construcción por vía judicial de criterios normativos que pasan a formar parte del Derecho comunitario. La función unificadora que esta construcción jurisprudencial representa, fortalecida por la exigencia de unanimidad en las sentencias, sólo es posible desde una cultura jurídica común, entendida en el sentido de una convergencia de actitudes ante el Derecho y una identidad básica en torno a una serie de valores que orientan la adopción de criterios normativos por vía de interpretación, entre los que hay que situar los propios objetivos de la Comunidad, a cuya realidad socio-económica y política se refiere el Derecho comunitario (221); desde estos presupuestos, el punto de encuentro entre jueces formados bajo la influencia de ordenamientos jurídicos diferentes es la confluencia en el método jurídico tópico (222), tomando como elementos para la articulación del razonamiento jurídico los procedentes de cualquier fuente interna, ya se trate de legislación, jurisprudencia o doctrina (**sentencia Algeria y otros v. Asamblea**, de 12 de junio de 1957) para escoger el que ofrezca la solución más adecuada para los objetivos del Derecho comunitario; esta posición de independencia de criterio del Tribunal, en cuanto a la búsqueda de la solución más apropiada al caso concreto, ha conducido incluso a tomar en consideración elementos normativos de Derechos de otros Estados no miembros, pero pertenecientes a la misma área cultural, tal como ha sucedido con la invocación del Derecho económico americano en cuestiones interpretativas en materia de derecho de la competencia (223). En consecuencia, en este proceso constructivo, y por lo que se refiere a la Jurisprudencia del TJCE, puede apreciarse que el conjunto jurídico-cultural constituido por las tradiciones que confluyen en el Derecho occidental opera como referente global para la configuración del Derecho comunitario como ordenamiento jurídico autónomo que, en las materias de su competencia, desplaza y sustituye a los Derechos nacionales.

Al mismo tiempo que se produce el proceso anteriormente descrito, que tiene una importante manifestación en la formación del Derecho administrativo comunitario (224), ha comenzado a percibirse el desarrollo de un movimiento de penetración jurídica en el conjunto de los ordenamientos nacionales de los principios que

(220) Alonso García, cit., p. 232 ss.

(221) Pescatore, *Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation des Traités Internationaux*, en *Miscellanea W. J. Gandshof van der Meersch* (Bruselas, 1972), II, p. 327 ss.

(222) Es ilustrativo el testimonio de García de Enterría, en cuanto juez del TEDH, que recoge Alonso García, cit., p. 231 n. 4.

(223) *Vid.* Alonso García, cit., p. 239 y n. 25.

(224) Estudiado por Alonso García, cit., p. 258 ss.

informan el Derecho comunitario, con su consiguiente repercusión en todas las esferas del Derecho interno, tanto público como privado, así como en la teoría general del Derecho. El contenido de **ius commune** que lleva implícito el Derecho comunitario constituye, pues, el germen de expansión de una comunidad de lenguaje renovado, y en muchos casos nuevo, que puede configurar un marco referencial informador de los diversos Derechos nacionales que, aunque conserven su propia identidad como **ius proprium**, pueden tender a presentarse como manifestaciones en formas diversas de una nueva cultura jurídica común.

Para esta transformación recuperadora en lo jurídico de la identidad europea está llamada a desempeñar también una importante función el cambio en los tradicionales métodos de enseñanza del Derecho en el modelo continental europeo; no puede dejar de recordarse en relación con ello que, según algunas de las conclusiones de los estudios realizados en el Instituto Universitario Europeo de Florencia acerca de los problemas que presenta la integración jurídica europea (225) se ha señalado que tal objetivo requiere una transformación profunda en el modo de concebir la enseñanza del derecho positivo en las Facultades de Derecho de tipo continental, habiéndose propuesto a tal fin su orientación hacia una técnica de conocimiento del funcionamiento del Derecho, que ha de entenderse situado en el medio en que se proyecta aplicar y tener presente la función que cumple el Derecho en la sociedad; esta actitud ante el orden normativo, bien distinta de los planteamientos pasivos derivados de la herencia cultural positivista toma también en esas conclusiones como referencia el modelo anglosajón, no distante del método de razonamiento dialéctico en que se basaba la enseñanza del Derecho en el modelo docente del **ius commune**. Desde el plano formativo y de situación del orden jurídico en su entorno cultural, la reflexión histórico-jurídica cumple la función de mostrar los descubrimientos y experiencias del pasado, también con el propósito de contribuir a evitar errores ya cometidos por otras generaciones y, en otro orden de ideas, no tener que iniciar desde el principio caminos ya en parte recorridos, o entender como fenómenos culturalmente aislados de la tradición jurídico-cultural acontecimientos del presente.

(225) Vid. sobre esta cuestión, Mouly, cit., p. 914 ss.

CONCLUSION

Europa y la civilización occidental viven hoy momentos de justificada esperanza. Los acontecimientos políticos más recientes han permitido iniciar el proceso de reintegración en la cultura occidental a la que pertenecían al conjunto de pueblos del centro y del este de Europa. Nada autoriza a limitar a las naciones integrantes de la Comunidad Económica Europea la incidencia de la dimensión de identidad cultural que supone el desarrollo y difusión del fenómeno del **lus commune**, con independencia de la incorporación al mismo como sistema. La historia política europea aconseja mantener un prudente optimismo en cuanto al riesgo permanente de retroceso por la acción de los factores de dispersión desintegradora en el proceso de ordenación supra-nacional de las diferentes entidades culturales que configuran la realidad europea. Un riesgo igualmente permanente es también siempre la tentación de conducir el sistema hacia modelos unitarios. En el mantenimiento de ese difícil equilibrio se encuentra la garantía de la consolidación de un proyecto de vida en común que tiene en los valores del Humanismo su elemento más profundo de cohesión. La recuperación de estos componentes éticos en la ordenación jurídico-social y en la conciencia colectiva constituye la más firme base de esperanza.

II

C O N T E S T A C I O N

DEL EXCMO. SEÑOR

DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD

Excmas. e Ilmas. Autoridades:
Señores Académicos:
Miñas donas, meus señores:

Cumpro e con sumo gusto, o deber estatutario de contestar ó discurso de ingreso dun novo Académico, o Excmo. Sr. D. Alejandrino Fernández Barreiro.

É costume inveterado en tódalas Academias que estes discursos de contestación deben quedar reducidos a facer unha breve ficha biográfica do recipiendario, despois, unha sumarísima síntese do exposto por aquél no seu discurso. Por suposto, en forma laudatoria, dado o carácter protocolario que estes actos teñen, ata o punto de que esta forma de proceder trascendeu ó gran público que por trasposición chama «forma académica» a aquela na que prima a esquisitez, a loubanza e corrección no dicir. Pero de vez en cando, a bondade do discurso de ingreso, obriga a subir ese tono de simple cortesía, para cumprir cos postulados da xustiza, que, en último termo sempre deben perseguirse na actuación dunha Academia como esta que se titula de Xurisprudencia e Lexislación. E, isto é o que ocorre co discurso que hoxe pola miña boca pronuncia a Academia en contestación ó do que ingresa no seu seo, pois, como todos terán podido comprobar, aínda coa lectura que nos caiba facer dunha simple recensión do traballo (que eu si tiven a satisfacción de ler completa) estamos na presenza dun estudio serio, profundo e novedoso que só poden realizar persoas como Alejandrino Fernández Barreiro, que ademais dunha enorme bagaxe de coñecementos no mundo xurídico-cultural, tivo a xenerosidade de afrontar-lo enorme esforzo e adicación que unha obra deste tipo require para ofrecela á Academia.

D. Alejandrino Fernández Barreiro, nace en Leiro (Ourense) o día 1 de xuño de 1943. Cursa estudos de Dereito en Santiago, licenciándose no ano 1966. Estudia a lingua alemana na Universidade de Salzburgo e no Goethe Institut. Elexida a súa especialización científica no eido dos estudos romanísticos, doutórase cunha tese sobor do tema «A previa información do adversario no proceso privado romano» coa que obtivo o grao de doutor en Dereito. No ano 70 vén a Santiago como profesor adxunto de Dereito Romano. No ano 1973 obtén a praza de Agregado Numerario na Universidade de Granada. En marzo de 1975 a Cátedra de Dereito Romano en Santiago: en 1987 trasládase á Universidade da Coruña.

Moitos son os seus traballos e publicacións e só cunha bagaxe cultural tan grande se pode facer un traballo da categoría do que hoxe nos presenta.

O obxectivo do Discurso é verdadeiramente ambicioso, pois fai unha reflexión histórica sobor da experiencia xurídica-cultural coñecida como Dereito

Común, que por ter influído nos primeiros Dereitos nacionais, e despois na configuración e desenvolvemento do Moderno Dereito Europeo, aínda hoxe segue vivente nos proxectos de unión europea. Non se pode esquecer que a converxencia nos valores éticos e sociais herdados do Humanismo é o que constitúe o sedimento de cultura occidental, e o que permitiu que aínda despois dun rompemento tan traumático coma o ocorrido coa II Guerra Mundial se puidese recupera-lo sentido de unidade cultural coa aproximación dos modelos anglosaxóns e continental e que as velas de Europa hinchadas por ese vento, a encamiñan cara formas de organización política supranacionais, superadoras do efecto fraccionario e insolidario que provocou o nacemento dos Estados Modernos e Absolutos.

O fío conductor do Discurso cumpre os cánones dunha correcta e suxestiva metodoloxía e, por iso, nos permite avanzar por él sen rupturas, facéndose, así, diáfano o que doutra forma tendería a resultar escuro, dada a complexidade dos diversos elementos e factores concorrentes nas diferentes e moi distintas épocas co fenómeno do Dereito Común abranga.

Para os civilistas resulta grato ver como no Discurso se recoñece que foi a ciencia do Dereito Privado —gracias ó nivel de racionalidade e solidez que acadou a partir da Idade Media— a que se erixiu nun dos pilares da construción diso que en sentido político-cultural e non meramente xeográfico, chamamos Europa e que isto sexa proclamado polos Xefes de Estado e de Goberno da actual Comunidade Económica Europea, ó dicir que o concepto de unidade europea se asimila a un modo de concebi-la convivencia política conforme á propia esencialidade da cultura europea, enxendrada polos valores esparrexidos polo Dereito Civil Común. Non cabe dúbida que o Dereito Común, ó contribuir á creación dunha cultura común entre os pobos de Europa, actuou de contrapeso ou forza cohesionante, fronte ás forzas disgregadoras que emanaban das peculiaridades de cada nacionalidade.

A finalidade do Discurso resulta, así clara: demostra que o fenómeno do Dereito Común ha ser considerado como unha das manifestación da identidade europea no plano da cultura xurídica. En apoio desa tese periodifica os distintos ámbitos históricos en que ese fenómeno se xestou e das súas andainas. Fai un profundo análise das diversas circunstancias en que actúa, dende o sistema romano-canónico, e o Humanismo, secularizador, ata o nacemento das Monarquías Absolutas e a Reforma Protestante, creadoras do monopolio normativo en mans do Rei dentro do seu territorio, que fan entrar en crise a anterior conciencia europea e a transcendencia do Dereito Común, como creadora desta. E nestes aspectos, onde o Profesor Fernández Barreiro fai verdadeiros alardes de erudición, que se trocan en razoamentos de perspicaz analista, cando afronta o tema de creación dun novo Dereito Común Europeo, ó final da II Guerra Mundial, poñendo de manifesto como a consolidación de principios comúns de organización político-social son factores que favorecen a configuración dun espazo xurídico-cultural homoxéneo, propiciador da recuperación de identidade europea, que segue encontrando o seu fundamento cohesionante nos mesmos valores que informaran o Dereito Común e que tenden a enxendra-la necesidade dun corpo normativo común, que se estenda coma telón de fondo polos ordenamentos nacionais, para dar cohesión ó sistema supranacional, que se pretende instaurar. Cada día que pasa parece máis claro que esta función levandoa a cabo a dinámica xurídica derivada das diversas Comunidades Europeas existentes e, sobor de todo, a Xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades. O Profesor Fernández Barreiro tamén atisba este camiño ó cal o profundo romanista trata de induci-los principios xerais deste novo Dereito das Sentencias dese Tribunal.

Precisamente, esta concepción integradora do Dereito Comunitario permitiu a máis moderna doutrina científica sinalar como natureza súa, que é un Dereito supranacional, que encontrase inmerso nos ordenamentos xurídicos de cada Estado membro e, por conseguinte, non é unha parcela illada, senón que é un conxunto de principios e normas, harmonicamente insertadas, que se aplican simultaneamente, polo que as súas dúas características esenciais, que serven para definilo e delimitalo, son: a súa aplicabilidade directa e a súa prevalencia ou supremacía, é dicir, que as súas normas son susceptibles de ser aplicadas polos xuíces de cada Estado membro, dende que son publicadas no Boletín Oficial das Comunidades e que ese Dereito prevalece, en calquera caso, sobor do Dereito dos Estados. Estas características, aínda sen estar contidas en ningún dos artigos dos Tratados, foron consagrados por importantes Sentencias do Tribunal, como absolutamente fundamentais. Unha vez máis se pon de manifesto a importante función da Xurisprudencia na configuración dun Dereito Común, ó ser encargada de constatar e en certo modo oficializar, cal é a escala de valores informantes do sistema xurídico e cales son as súas liñas estruturais básicas, que cada un dos Estados ha de incorporar tamén ó seu particular ordenamento. Eu coido que esta función difusora dos principios fundamentais se vai ver favorecida pola diversidade das fontes do Dereito Comunitario, xa que aparte do Dereito orixinario, contido nas Leis fundadoras das Comunidades, hai un Dereito derivado, emanado do funcionamento das institucións comunitarias, pois, estas poden dictar non só Regulamentos, obrigatorios en tódolos seus elementos e directamente aplicables en tódolos Estados membros, senón tamén Directivas, que obrigan ó Estado destinatario en canto ó resultado que deba conseguirse, aínda que deixe ás autoridades nacionais a elección dos medios e da forma, decisións, que son obrigatorias en tódolos seus elementos para os destinatarios e ás Recomendacións e ós Dictames, que aínda que non vinculantes, marcan pautas de proceder. Este rico entramado normativo é, sen dúbida, propicio a unha docencia creadora de pautas comúns en importantes facetas da vida e, sobor de todo, do modo de proceder dos distintos Estados conforme ós postulados aceptados como comúns na cultura europea; pero, por riba de todo, esa trascendente misión, a está xa levando a cabo ó Tribunal de Xustiza das Comunidades, pois, sen entrar na súa calificación como fonte de Dereito, o que non pode descoñecerse é a súa competencia na integración da orde xurídica comunitaria, o ser seu único intérprete e o seu garante, mediante o control da súa correcta aplicación. Pero, en todo caso, o carácter da fonte do Dereito non llo nega ninguén ós principios xerais comúns ós Estados membros e o único que os proclama e sacraliza, é aquel Tribunal por medio das súas sentencias. Como vemos, un facer creativo de valores comúns da máxima transcendencia, pois, a parte da simple labor docente, teñan a forza de potestade para se impoñer coactivamente.

Como punto final, pois coido que abusei en demasía da miña quenda, só facer votos porque o proceso de reintegración da cultura occidental e todo o que eso conleva, se estenda, como o Profesor Fernández Barreiro desexa na conclusión do seu traballo, ós países do Leste de Europa, que antano comulgaron con ela, e dicir ó novo Académico, que esta Corporación síntese, en verdade, moi honrada ó acollelo no seu seo.