

ROMA Y LOS JURISTAS EL MODELO ROMANO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA DEL SIGLO XIX⁽¹⁾

This paper refers to the consideration of Roman Law in 18th and 19th centuries, especially by the German Historical School and Pandectists, that took the *Corpus Iuris Civilis* as a practical legal system and tried to follow the path of the Roman classical jurists, whose historical role and main activities are here summarised.

A fines del siglo XI tuvo lugar en el Norte de Italia un acontecimiento de singular trascendencia para la historia del Derecho occidental: el “redescubrimiento” del *Digesto* (*Digesta seu Pandectae*), la parte más larga y enjundiosa del *Corpus Iuris Civilis*, la gran compilación del Derecho romano mandada componer por el emperador Justiniano en Bizancio en el primer tercio del siglo VI⁽²⁾. En efecto, después de haber sido olvidado durante siglos en la Alta Edad Media occidental, el Derecho romano justinianeo experimentó a partir de esa época un sorprendente renacimiento. Por razones diversas, los estudiosos italianos de ese momento verán en ese texto (y en el *Corpus Iuris Justiniano*, en general) no sólo un monumento literario de la Antigüedad, sino también una cantera de soluciones jurídicas aplicables a sus propias circunstancias históricas. A partir de tal recuperación, y durante varios siglos, los juristas italianos profundizarán en el estudio de esos textos, cubriéndolos de glosas y prolijos comentarios, y conformando así un sólido y denso cuerpo de doctrina jurídica que se expandirá por toda Europa occidental (con la excepción parcial de las Islas Británicas⁽³⁾).

(1) Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación VA25/00B, subvencionado por la Junta de Castilla y León.

(2) El *Digestum* (esta es la denominación adoptada en la terminología jurídica medieval para referirse a lo que Justiniano denominó *Digesta* o *Pandectae*) fue descubierto, según la leyenda, por el maestro de gramática *Imerius* en la ciudad de Amalfi; el manuscrito fue trasladado en 1135 a Pisa y, posteriormente, en 1406, los florentinos se hicieron con él como botín de guerra, permaneciendo en su ciudad hasta la actualidad (de ahí su denominación como *littera Pisana* o *codex Florentinus*). Sobre las incidencias y problemas en la transmisión del texto, vid. F.J. Andrés, “Apuntes sobre la transmisión textual del Digesto”, A.M.^º Aldama Roy et al. (eds.), *La Filología Latina hoy. Actualización y perspectivas I*, Madrid, 1999, 49-54.

(3) Las dos principales escuelas de juristas italianos dedicados al estudio de los textos jurídicos romanos fueron, justamente, la de los *glosadores* (siglo XII y primera mitad del XIII) y la de los

El Derecho romano justinianeo, en la forma dada por la ciencia jurídica italiana, acabó por convertirse en materia normativa vigente en la mayor parte de los territorios europeos, en paralelo o superponiéndose a los diversos Derechos locales o territoriales de los distintos reinos, constituyendo así un auténtico *Ius commune* de alcance continental. Pero no sólo fue eso. También configuró el único ordenamiento jurídico realmente estudiado en las Universidades europeas. Todos los juristas europeos de finales de la Edad Media y de la Edad Moderna recibieron su formación en el Derecho romano justinianeo (según el método denominado *mos Italicus* ⁽⁴⁾), ya que este constituía el único sistema jurídico completo con un elevado nivel técnico que tenían a su disposición, frente a los particularismos y las imperfecciones de los distintos ordenamientos territoriales ⁽⁵⁾. A través de estos juristas formados en el *Ius commune* de base romana (y canónica ⁽⁶⁾), el Derecho justinianeo fue aplicado regularmente en los tribunales de justicia y en la práctica comercial de los distintos países europeos. Es lo que se ha denominado el proceso de “Recepción” del Derecho romano-justinianeo en Europa, o, más pomposamente, la “segunda vida” del Derecho romano ⁽⁷⁾.

Ahora bien, este Derecho romano aplicado en la Europa moderna no era propiamente el Derecho jurisprudencial romano, sino una amalgama formada

postglosadores, comentaristas, consiliatores o *prácticos* (desde med. s. XIII hasta finales del XV). Vid. al respecto, por todos, O.F. Robinson, T.D. Fergus, W.M. Gordon, *European Legal History Sources and Institutions*, London, Edinburgh, Dublin 2000³, 42-71. Sobre la escasa y problemática penetración del Derecho justinianeo en las Islas Británicas, vid. últimamente J.L. Zamora Manzano, “Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en el *common law*”, *Revista de Ciencias Jurídicas de las Palmas de Gran Canaria* 5, 2000, 419-430, con más indicaciones. Por supuesto, en Bizancio el Derecho justinianeo continuó vigente, con sucesivas variaciones, hasta la caída de Constantinopla; vid., por todos, L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 679-726.

(4) La denominación *mos Italicus* fue adoptada a partir del siglo XVI para señalar las técnicas de análisis de los textos romanos seguidos por los autores de formación italiana (singularmente, los *comentaristas*), y que se extendieron por toda Europa a través de las Universidades, frente al llamado *mos Gallicus*, el estilo peculiar de estudio de las fuentes seguido, bajo la influencia del humanismo, sobre todo, por eruditos franceses.

(5) B. Aguilera Barchet, *Introducción jurídica a la historia del Derecho*, Madrid, 1996², 26.

(6) La Iglesia jugó un importante papel en la conservación de la herencia jurídica romana (*ecclesia vivit iure Romano*) en los “siglos oscuros” de la Alta Edad Media. A partir del renacimiento del Derecho romano, los estudiosos de las fuentes canónicas (*Corpus Iuris Canonici*) adoptaron los mismos métodos que los “legistas” en Bolonia y demás universidades europeas, llegando a configurar un cuerpo de doctrina común (*Utrumque Ius*) que está en la base del nuevo Derecho culto de finales de la Edad Media y de la Edad Moderna. Sobre la aportación del Derecho canónico, vid., por todos, Robinson, Fergus, Gordon, *European Legal History... op. cit.*, 72 y ss. Sobre el *Utrumque Ius*, con detalle, E.J.H. Schrage, *Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts*, trad. al., Berlin, 1992.

(7) La expresión “segunda vida del Derecho romano” aparece en P. Vinogradoff, *Diritto romano nell'Europa medioevale*, trad. it., Milano 1950², 16, y ha hecho fortuna; J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 1976, 3, habla de “resurrection” del Derecho romano. Sobre el problema general de la “Recepción” del Derecho justinianeo y su conversión en un *Ius commune* europeo, vid. ampliamente F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967², 97 y ss., y G. Wesenberg, G. Wesener, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. esp., Valladolid, 1998, 105 y ss.

por los textos justinianos, por las glosas y comentarios de las sucesivas generaciones de juristas bajomedievales y modernos, y por elementos procedentes de los Derechos territoriales y del Derecho de la Iglesia. En este sentido, tan válida era ante los tribunales la cita de un texto jurídico romano como la opinión de un renombrado jurisconsulto medieval o moderno. Existía, de ese modo, un elevado nivel de confusión e incertidumbre respecto al Derecho realmente vigente en los distintos Estados: sólo juristas de gran pericia técnica eran capaces de moverse en la selva normativa que constituía el Derecho positivo de la época moderna. Por otra parte, a partir del Renacimiento, fue constatándose progresivamente que los textos jurídicos romanos, a pesar de su innegable calidad técnica, resultaban cada vez menos operativos para satisfacer las necesidades jurídicas de sociedades cada vez más complejas (lo que es lógico si se tiene en cuenta que los textos romanos, compilados en el siglo VI pero procedentes aún de épocas anteriores, seguían siendo de aplicación trece siglos después) ⁽⁸⁾.

Naturalmente, surgieron voces críticas frente a este estado de cosas. Ya el humanismo del siglo XVI (sobre todo en Francia) denunció el anacronismo de esta situación y cuestionó la validez intemporal del Derecho romano, que debía reducirse a ser expresión de un determinado período histórico. Pero será sobre todo la época de la Ilustración, de la mano del racionalismo, la que verterá las críticas más aceradas contra el Derecho romano en cuanto sistema jurídico vigente y como objeto de enseñanza ⁽⁹⁾.

El racionalismo crítico de la Ilustración retomó el viejo tema del Derecho natural, pero ahora fundado en bases puramente racionales ⁽¹⁰⁾. Las leyes han de ser pocas, claras, sencillas y derivadas de la propia razón natural a través de un proceso lógico-deductivo. El Derecho romano, tal como había sido concebido en los siglos precedentes y como seguía aplicándose en los siglos XVII y XVIII, constituía una rémora histórica que debía ser radicalmente eliminada. Se veía, asimismo, como un sistema jurídico lagunoso, oscuro, a menudo contradictorio e indescifrable, además de estar en la base de una tradición jurídica "bárbara", en el sentido de extranjerizante y contraria a las tradiciones nacionales entonces emergentes. Era visto, además, como un sistema esencialmente lastrado por un rancio e irreversible envejecimiento, causado por la falta de renovación en los métodos de estudio y comentario. En las obras de Voltaire y Diderot, o en la propia *Encyclopédie*, pueden encontrarse numerosas muestras

(8) Aguilera Barchet, *Introducción jurídica...* op. cit., 26.

(9) En torno a la polémica consideración de los ilustrados respecto a la tradición jurídica romano-canónica y, en general, sobre la realidad jurídica de su época, vid. últimamente L. Rodríguez-Ennes, "El Derecho romano y la Ilustración", *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 6, 1994, 125-156, al que seguimos fundamentalmente en los siguientes comentarios.

(10) En torno a la penetración del pensamiento racionalista en el análisis del Derecho y su influencia en el estudio de las fuentes romanas, vid. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...* op. cit., 249 y ss.; Wesenberg, Wesener, *Historia...* op. cit., 221 y ss.; M. Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid 1994, 44 y ss.

de hostilidad hacia el Derecho romano; el mismo Montesquieu, sin mucha imaginación, calificará la compilación de Justiniano como “el Indigesto”. Se considerará el conocimiento del Derecho romano como un saber únicamente teórico y, por tanto, decididamente inútil desde la óptica ilustrada, propugnándose su reemplazo por el cultivo exclusivo del Derecho nacional.

La Ilustración propone, pues, la sustitución del modelo del jurista romano por el del legislador. Las leyes deben ser limitadas, y condensadas en unos pocos cuerpos normativos ordenados racional y orgánicamente (*more geometrico*). Estos cuerpos legales serán los *códigos*, que constituyen la expresión más acabada de la mentalidad jurídica ilustrada⁽¹¹⁾. Frente a la amalgama de textos legislativos y comentarios jurisprudenciales procedentes de distintas épocas que configuraban el *Ius commune* romano-canónico, la Ilustración propone un código de normas claras y distintas, ordenadas sistemáticamente, de modo que no ofrezcan dudas sobre su validez y su aplicabilidad. La jurisprudencia debe abandonar todo papel creativo, limitándose a la interpretación literal del código, de modo que el juez no habrá de ser otra cosa que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, según la gráfica expresión de Montesquieu⁽¹²⁾.

Con la Revolución Francesa y el triunfo de las Luces y el liberalismo, estas ideas acabarían imponiéndose en casi toda Europa. Los códigos civiles se suceden de forma constante a lo largo del siglo XIX, a partir del *Code civil* francés de 1804 (Austria, 1811; Holanda, 1836; Italia, 1868; España, 1889; etc.)⁽¹³⁾. El Derecho romano va desapareciendo como ordenamiento jurídico aplicable (aunque no como objeto de enseñanza) en todos los países de Europa, sustituido por esos nuevos códigos de normas de validez exclusivamente nacional. Aparentemente, pues, las críticas al Derecho romano como sistema arcaico y bárbaro habían obtenido un éxito arrollador.

Sin embargo, si observamos las cosas un poco más de cerca, nos daremos cuenta de que aquellas críticas ilustradas al Derecho romano tenían un carácter más retórico que sustancial y de que en realidad la presencia del Derecho romano no había sido ni mucho menos borrada del panorama jurídico europeo. A decir verdad, la mayor parte de los proyectos de reforma ilustrada del sistema jurídico (como los de G.W. Leibniz en Alemania, o de J. Domat en Francia) no eran sino reformulaciones de las viejas reglas jurídicas romanas pasadas por el aro de la exposición sistemática racionalista⁽¹⁴⁾. Lo que los

(11) Vid. B. Clavero, “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia, Instituciones, Documentos* 6, 1979, 49-88.

(12) “...la bouche qui prononce les paroles de la loi” (*L'Esprit des Lois*, lib. XI, cap. VI). Al respecto, vid. E. Pedraz Penalva, “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, ahora en *id.*, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, 9-42.

(13) Sobre el proceso codificador vid. un buen resumen en A. Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, 108-145 (Europa) y *passim* (América).

(14) Vid. A. Latorre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1976⁷, 156; C.A. Vogel, *Historia del Derecho romano*, Buenos Aires, 1993⁵, 328-331; P. Stein, *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. esp., Madrid, 2001, 149.

ilustrados llamaban “principios del Derecho racional” no eran en la mayor parte de los casos más que reconstrucciones de los antiguos principios romanos que aparecen, de forma mucho más confusa y problemática, en el *Corpus Iuris* de Justiniano, acaso porque, como ya decían los juristas medievales, el Derecho romano no era sino la misma *ratio scripta* (por supuesto, la razón europeo-occidental escolástica y cartesiana). Naturalmente, los códigos civiles, en su mayor parte, no hicieron otra cosa que reescribir muchas de las reglas del Derecho romano con el lenguaje jurídico de la época de las Luces y del siglo XIX. Podrían ponerse numerosos ejemplos a este respecto ⁽¹⁵⁾.

Pero, por otra parte, lo cierto es que el Derecho romano como tal tampoco desapareció del horizonte jurídico europeo, sino que, por el contrario, en el siglo XIX vino a experimentar un sorprendente renacimiento en Alemania y, por extensión, en el resto de Europa. No es fácil comprender las causas de un fenómeno de esta naturaleza sin conocer a fondo las circunstancias históricas en que se produjo la penetración del Derecho romano en el territorio del antiguo Sacro Imperio Romano-Germánico y, en general, la evolución del Derecho en su conjunto en Alemania en la Edad Moderna ⁽¹⁶⁾. No obstante, podemos proponer un acercamiento a esta problemática observando los hilos concretos con que se tejió lo que se ha denominado la “segunda recepción del Derecho romano” en la Alemania contemporánea.

La figura clave de esta “segunda recepción” fue sin duda Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), cabeza de la llamada Escuela Histórica del Derecho (*Historische Rechtsschule*) y, seguramente, el jurista más influyente de la historia alemana ⁽¹⁷⁾. Savigny nació en Frankfurt, en el seno de una familia de la vieja aristocracia franca, originaria de la alta Lorena pero establecida en el sudoeste de Alemania. Aunque por su origen familiar estaba llamado a emprender una brillante carrera administrativa, sin embargo acabó decidiéndose por seguir la carrera docente, desarrollando la mayor parte de

(15) Cf. por ejemplo la definición del usufructo en el artículo 467 del Código civil español (“El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”) y *Dig.* 7,1,1 (Paul. 3 *ad Vitellium*): *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (cf. *Iust. inst.* 2,4 *pr.*). Muchas de las máximas recogidas en el último título del Digesto (*Dig.* 50,17: *De diversis regulis iuris antiqui*), aunque sacadas de contexto, han sido admitidas con carácter general como principios generales del Derecho y aplicadas frecuentemente por los tribunales; e.g. *Dig.* 50,17, 206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*, eod. 54: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, eod. 55: *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure uiuitur*, eod. 203: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*, etc.

(16) Con detalle al respecto, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte... op. cit.*, 124 y ss.; Wesenberg, Wesener, *Historia... op. cit.*, 135 y ss.

(17) La bibliografía sobre Savigny y la Escuela Histórica es ingente y resultaría inútil e inapropiado hacer aquí ni siquiera un elenco de obras principales. Una buena síntesis de la obra de Savigny y su escuela puede verse en Wesenberg, Wesener, *Historia... op. cit.*, 270-293 (con bibliografía reciente); además, J.A. Escudero, “La problemática de la Escuela Histórica del Derecho”, ahora en *id.*, *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, 1973, 91-117; A.-E. Pérez Luño, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 14, 1999, 15-43; Calvo García, *Los fundamentos del método... op. cit.*, 73 y ss.

su actividad científica en la recién fundada Universidad de Berlín (de la que fue rector entre 1812 y 1813, un período especialmente conflictivo) y llegando a ser nombrado Ministro de la Legislación de Prusia (entre 1842 y 1848) y Presidente del Consejo de Estado desde 1847. Por su vocación y por su formación, Savigny era un neoclásico, y en ese sentido compartía con los ilustrados su aversión por la oscuridad y confusión del Derecho realmente aplicado en Alemania y en Europa en los siglos de la Edad Moderna (los distintos Derechos territoriales y el llamado *Usus modernus Pandectarum*, para referirse a la doctrina y la práctica del Derecho romano-justiniano según las técnicas aprendidas en las Universidades). Pero, por otro lado, también era un romántico, que sentía auténtica repulsión por el Derecho natural racionalista y, sobre todo, por la Revolución Francesa y sus resultados, o lo que es lo mismo, en el campo de lo jurídico, por los Códigos. El modo en que logró conciliar esta contradicción interna no fue otro, sorprendentemente, que el de propugnar una cierta vuelta al Derecho romano antiguo, con un ideal clasicista. Vamos a ver, en lo sucesivo, la justificación de este giro conceptual.

Frente a las ideas ilustradas de la “razón” y la “codificación”, Savigny va a proponer las ideas-fuerza de la “historicidad” (“Geschichtlichkeit”) y el “espíritu del pueblo” (“Volkgeist”). Para él, el Derecho no podía ser una construcción artificiosa procedente de la voluntad del legislador, sino que, al igual que la lengua o el folklore, era propiamente un producto natural derivado de la conciencia del pueblo. El Derecho procede, pues, del ‘Volkgeist’, del “espíritu del pueblo”, y recibe su validez no del acto del legislador, sino por obra y gracia de su legitimación histórica. De ahí que, para Savigny y su círculo, el Derecho consuetudinario, la norma creada espontáneamente por el uso social con una convicción jurídica, tuviera siempre preferencia respecto al Derecho legalmente constituido, y que se mostrasen en todo momento contrarios a la pretensión de llevar a cabo una codificación general para Alemania, idea sólidamente promovida por el movimiento liberal, ya que ello, en su opinión, sólo podía petrificar la tradición jurídica y secar las fuentes de creación y evolución del Derecho realmente vivido. Ya en 1814 Savigny entró en una famosa polémica con los defensores de la instauración de un Código civil común para Alemania (representados por el gran jurista y musicólogo A.F.J. Thibaut)⁽¹⁸⁾ y, siendo Ministro de la Legislación, se opuso a la revisión restauradora del viejo Código general prusiano (el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, ALR en sus siglas alemanas, de 1794) e impulsó una legislación particularizada en su lugar⁽¹⁹⁾.

(18) En relación con esta polémica puede verse la selección de textos de ambos autores realizada por J. Stern, *Thibaut and Savigny. La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. esp., Madrid, 1970. Un análisis al respecto se encuentra en M. John, *Politics and the Law in the late Nineteenth Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989.

(19) Para Savigny, la idea de un Código (civil), en la línea marcada por el Derecho natural racionalista, constituía una aberración desde el punto de vista jurídico, ya que suponía la fosilización

Desde el planteamiento de Savigny, el único método idóneo para determinar lo que es Derecho vivo y lo que no lo es viene constituido por lo que él llama el “método histórico estricto” (‘strenge historische Methode’): sólo investigando en las raíces históricas del Derecho nacional podía este depurarse de elementos superfluos y podía llegar así a establecerse una ciencia jurídica nacional solvente. Pero Savigny no veía esas raíces históricas del Derecho patrio en la materia recibida del Derecho territorial alemán, ni mucho menos en el Derecho romano de tradición medieval que había tenido su continuación en el *Usus modernus Pandectarum* practicado por las Universidades y los Tribunales de Alemania. De acuerdo con su formación histórico-humanista y su inclinación clásica, Savigny veía en el antiguo Derecho romano, condensado y consagrado en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano del siglo VI, la auténtica cultura jurídica del pueblo alemán y, en consecuencia, el único fundamento en verdad válido para la creación de una nueva “ciencia del Derecho” en el círculo jurídico germánico. La razón para esta sorprendente paradoja se encontraba en la recepción generalizada del Derecho romano en los territorios alemanes a partir del siglo XV, y su aceptación por todos los juristas cultos, verdaderos representantes del ‘Volkgeist’. No obstante, como los humanistas del siglo XVI, Savigny reconocía la diferencia entre el Derecho jurisprudencial clásico y el Derecho legislado justiniano. Sin embargo, al igual que para Goethe y Winckelmann, para él la Antigüedad formaba una unidad a grandes rasgos, y por ello ignoró en la práctica tales diferencias, consagrando esencialmente sus investigaciones al Derecho romano en la forma adoptada a través de la obra compilatoria de Justiniano ⁽²⁰⁾. Con todo, su principal objeto de atención fue siempre el *Digesto* (o *Pandectae*), es decir, la parte de la compilación donde se recoge la selección de la labor secular de la jurisprudencia romana, que para él representaba sin más la técnica jurídica perfecta (y que, como hemos visto, ya desde las escuelas medievales se entendía como una fuente inagotable de reglas y soluciones jurídicas). Savigny veía en los juristas romanos puros reflejos del “espíritu del pueblo”, que tomaron sus conceptos jurídicos del sentir popular y los aplicaron a las necesidades inmediatas de la vida jurídica ⁽²¹⁾. De esta manera, Savigny y su Escuela lo que se propusieron no fue otra cosa que pro-

del impulso creador depositado en la “conciencia común del pueblo” (‘gemeinsames Bewußtsein des Volkes’) y una pretensión absurda, dado que un Código en todo caso no podía pasar de ser una etapa más en la natural evolución del Derecho de un país. Por el contrario, no se oponía a la promulgación de leyes específicas para regular puntos concretos del ordenamiento, de acuerdo con las necesidades de la época (sólo cuando “fines políticos superiores exigen la reforma del Derecho existente”), al igual que sucedía ya en Roma (*vid. infra*, nota 22).

(20) F. Molitor, H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, Heidelberg, Karlsruhe, 1979³, 74.

(21) El sentido último de la expresión “espíritu del pueblo” (‘Volkgeist’) en Savigny, más allá de sus connotaciones románticas, no resulta fácil de deslindar. *Vid.* un intento al respecto en M. Rodríguez Molinero, “Derecho y Pueblo en Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 18-19, 1978-79, 219-241.

seguir “en cierto sentido” la interrumpida labor y técnica de los juristas romanos. El Derecho romano era el ejemplo a seguir porque el pueblo romano había sido capaz de crear un Derecho de la mayor calidad técnica y sin apenas intervención legislativa alguna, justamente la receta que Savigny proponía para toda Alemania.

No podremos comprender adecuadamente esta fascinación que el viejo modelo romano ejerció sobre mentes tan preclaras como la de Savigny y otros muchos intelectuales de su época sin realizar un traslado mental que nos lleve al origen del fenómeno jurisprudencial en la antigua Roma y su significación social. Así pues, hemos de efectuar a continuación un *excursus* histórico que nos permita verificar qué sentido tenía para estos juristas-historiadores contemporáneos el hablar de un “Derecho jurisprudencial” como expresión del “espíritu del pueblo”.

* * *

En primer término, es preciso subrayar que el Derecho romano clásico (entendiendo por tal el Derecho privado creado en Roma aproximadamente entre mediados del siglo II a.C. hasta mediados del siglo III d.C.), a diferencia de cualquier otro Derecho desarrollado antiguo o moderno, era un *Derecho de juristas*: Roma, el pueblo del Derecho, no fue, curiosamente, el pueblo de la ley, sino el de los juristas⁽²²⁾. Los romanos de la época antigua y clásica consideraron que el modo más adecuado de impulsar el desarrollo de su ordenamiento jurídico debía ser, salvo en unos pocos campos, el de una praxis guiada por expertos en la ciencia jurídica, por los juristas (*iuris consulti, iuris prudentes*): el *ius civile* no otra cosa era que aquel *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*⁽²³⁾.

¿Quiénes eran estos *iuris prudentes*, a los que la sociedad romana concedía una responsabilidad tan elevada?⁽²⁴⁾ Los juristas no eran en sí mismos jueces, ni abogados, ni políticos, ni funcionarios, ni legisladores, ni mucho menos profesores de Derecho. Podían ejercer cualquiera de esas funciones, o todas ellas, pero en sí no eran sino personas particulares, individuos caracterizados únicamente por su profundo conocimiento del Derecho vigente y por su peculiar intuición y talento jurídicos. Con todo, tales individuos no fueron sólo “sabios”, “conoce-

(22) En cerca de 500 años de elevada cultura espiritual (desde fines del s. III a.C. hasta finales del s. III d.C.) la producción legislativa de Roma fue sorprendentemente escasa: se aprobaron pocas *leges* propiamente dichas (unas 800 desde 510 a.C. hasta el s. I d.C.) y éstas sólo operaban normalmente en determinadas esferas del ordenamiento ciudadano (relaciones internacionales, organización del territorio, ordenamiento procesal, cuestiones particulares de Derecho constitucional y administrativo, normas de organización económico-social, rara vez en el campo del Derecho penal, y aún menos del Derecho privado); cf. F. Schulz, *Principios del Derecho romano*, trad. esp., Madrid, 2000², 27-28.

(23) *Dig. 1,2,2,12* (Pomp. *libro singulari enchiridii*).

(24) Una adecuada representación y síntesis del jurista en la sociedad romana a lo largo de la historia se encuentra en A. Schiavone, “El jurista”, en A. Giardina (ed.), *El hombre romano*, trad. esp., Madrid, 1991, 105-120, al que seguimos en diversos puntos de esta exposición.

dores” o “científicos” del Derecho, sino que, durante la parte más excelsa de la historia de Roma, fueron los auténticos “constructores” o “productores” del Derecho (*iuris conditores*, “fundadores” del Derecho civil los llama Gayo en el siglo II de nuestra era⁽²⁵⁾). Es más, los siglos de oro del saber jurídico romano coincidieron casi completamente con el tiempo de plena afirmación en la sociedad romana de un modelo de jurisprudencia y de un ordenamiento donde el poder normativo estaba concentrado, de manera relevante, en las prerrogativas de un conjunto de juristas (esto es, de personas particulares) a los que les era concedido *crear* el Derecho (*permissum est iura condere*). Es decir, las opiniones jurídicas particulares de estos individuos eran reconocidas por la comunidad y el poder público como norma vinculante para todos los ciudadanos.

El jurista, en los siglos de oro del Derecho romano antiguo, era un ciudadano de clase noble que, en su casa o en el foro, recibía a sus conciudadanos y respondía a sus preguntas de carácter jurídico y negocial, aconsejándoles de diversas maneras. Como señala Cicerón en el *de oratore* (1, 200), “la casa del jurisconsulto era el oráculo de toda la ciudad”. Desde primeras horas de la mañana, muchas veces antes de que cantase el gallo, el jurista acogía a los clientes que se acercaban a su casa para recabar su consejo sobre cómo administrar sus negocios, qué dote dar a una hija o cómo manumitir a un esclavo (Cic. *de orat.* 3,133). Los clientes podían llegar a ser tan insistentes que el jurisconsulto, para tomarse un momento de respiro y libertad, se veía obligado, como dice Horacio (*ep.* 1,5,30-31), a escapar por la puerta de servicio, dejando plantado al cliente en medio del atrio.

Por supuesto, por esa actividad de consejo a sus compatriotas el jurista no cobraba nada, no obtenía lucro o interés económico alguno. Eso formaba parte de su *officium* o deber moral de ayuda a sus amigos o conciudadanos. Era un puro *ars liberalis*, una actividad realizada libre y gratuitamente con el único fin de ganarse el respeto o la admiración de sus vecinos. Lo que animaba a los juristas era un puro afán de *prestigio*⁽²⁶⁾, lo que no significa que ello no aportase otras compensaciones. Así, muchos juristas, en época republicana, lograron iniciar una exitosa carrera política gracias al reconocimiento social ganado a través de sus consejos jurídicos, y, en época imperial, muchos llegaron a ocupar altos cargos en la administración del príncipe merced a su *autoritas* como jurisconsultos. Pero, en sí misma, la actividad del jurisconsulto era gratuita, lo que significa obviamente que sólo los miembros de los estamentos económicamente más potentes de la sociedad romana podían desempeñar dicha labor: abundan así, sobre todo, los juristas pertenecientes a la *nobilitas* senatorial, especialmente en época republicana⁽²⁷⁾.

(25) Gai. *inst.* 1, 7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere.*(...).

(26) Vid. A. Watson, *The Spirit of Roman Law*, Athens (Georgia), London, 1995, 206 s.

(27) Ya a finales de la República, pero sobre todo a partir de inicios de época imperial, comienzan a integrarse en el estamento de los juristas miembros del orden equestre, sobre todo a

Las actividades desarrolladas por la jurisprudencia romana clásica se resumen con tres verbos: *agere*, *cavere*, *respondere* ⁽²⁸⁾. *Agere* significa aconsejar a los interlocutores sobre cómo proceder ante los tribunales, es decir, qué acción utilizar para defender judicialmente los derechos propios, lo que en un ordenamiento marcadamente procesalista como el romano de la época preclásica y clásica era algo de vital importancia, ya que un error en la *actio* utilizada ante los tribunales llevaba aparejada la pérdida del proceso. *Cavere* significa aquí “realizar una actividad cautelar o caucional”: esto es, ofrecer consejos sobre cómo redactar documentos negociales o cómo adoptar precauciones para que los actos a realizar tuvieran los efectos jurídicos apetecidos y no otros (dado el carácter fuertemente formalista que presenta gran parte del Derecho romano aún en la época clásica). Por fin, *respondere* quiere decir, simplemente, dar respuestas (*responsa*), de palabra o por escrito, a las consultas jurídicas de sus clientes o de los poderes públicos. Esta era la función más importante del juriconsulto, puesto que en ella se contenía la doctrina jurídica que se exteriorizaba y se convertía en Derecho positivo. En principio, los juristas, como personas particulares que eran, no estaban investidos de poder público dirigido a crear Derecho (eso estaba reservado a las asambleas populares o a los magistrados del pueblo): sin embargo, los *responsa* de los juristas más importantes eran invocados en los juicios y, puesto que ni los pretores ni los jueces eran habitualmente expertos en la ciencia jurídica, en sus decisiones venían a seguir siempre las opiniones de esos juriconsultos, de modo que, aunque formalmente tales *responsa* no tenían la consideración de fuente del Derecho, desde un punto de vista material sí lo eran. Esto se verá acentuado aún más en época imperial cuando, seguramente a partir del propio Augusto, acabará concediéndose a determinados juristas (naturalmente los que gozaban del favor imperial) el llamado *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, esto es, el derecho a emitir *responsa* que debían gozar ante los tribunales de la misma *auctoritas* que tenía el propio emperador, lo que viene a suponer que resultaban directamente vinculantes para los jueces como si fuesen verdaderas leyes ⁽²⁹⁾. Esto constituyó el paso decisivo para con-

sugerencia de los propios *principes*, deseosos de rodearse de un cuerpo de profesionales adictos al nuevo régimen. Vid. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 (reimpr. 1953), 43, 102 y ss.; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz, Wien, Köln, 1967², 28 y ss.; D. Mantovani, “*Iuris scientia e honores*. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)”, *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo I*, Napoli, 1997, 643 y ss.

(28) Cf. Cic. *de orat.* 1, 212. Sobre estas funciones (y otras), vid. Schulz, *History... op. cit.*, 49 y ss., 111 y ss.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* 1, München, 1988, 557 y ss.

(29) Vid. *Dig.* 1, 2, 2, 48-50 (Pomp. *lib. sing. enchiridii*). Este complejo texto es prácticamente la única información que nos proporcionan las fuentes sobre esta figura (cf. también Gai. *inst.* 1, 7; Iust. *inst.* 1, 2, 8). El problema ha suscitado un amplio debate en la doctrina romanista, sin que aún hoy pueda decirse que exista una interpretación definitiva. A este respecto, vid., con detalle, J. Paricio, “El *ius publice respondendi ex auctoritate principis*”, en *id.* (dir.), *Poder político y Derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, 85-105; y también *id.*, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, Granada, 1999², 55-68; *id.* “*Labeo*. Zwei rechtshistorische Episoden aus den Anfängen des Prinzipats”, *ZRG* 117, 2000, 437-444, con más indicaciones.

vertir a la jurisprudencia en una auténtica fuente formal más del Derecho romano (como ya nos señala Gayo al inicio de sus *institutiones* ⁽³⁰⁾), en la práctica la más importante de todas, dado el limitado alcance de las demás en el ámbito del Derecho privado.

Los juristas clásicos no se limitaron a cumplir esas tres funciones señaladas, sino que también desempeñaron otras en un principio de segundo orden, como por ejemplo la actuación en los juicios como abogados (algo muy poco usual, aun cuando muchos juristas tenían una amplia y profunda formación retórica), la actividad de enseñanza del Derecho (nunca profesional y siempre minoritaria, sólo para círculos cerrados de discípulos) o la actividad literaria, a través de la elaboración escrita de tratados, monografías o colecciones de *responsa* (una actividad poco cultivada en época republicana, porque se preferían las respuestas exclusivamente orales, pero que encontró mucho mayor desarrollo en época imperial, hasta convertirse casi en la actividad principal de la jurisprudencia clásica ⁽³¹⁾). Los juristas, en todo caso, no se limitaron a responder a las consultas de ciudadanos particulares, sino que también actuaron como consejeros de los representantes del poder público, de modo que nunca faltaban juristas en los *consilia* de los pretores, de los jueces y, con posterioridad, de los emperadores (*consilium principis*). Su influencia, por tanto, fue decisiva, tanto en los edictos de los magistrados como, naturalmente, en las constituciones imperiales y en los decretos senatoriales, fuentes todas ellas que tuvieron enorme importancia en el desarrollo del Derecho privado de época republicana y altoimperial.

Los juristas fueron asimismo marcadamente tradicionalistas y constituyeron un grupo social cerrado, muy celoso de su posición en el entramado social romano. Eran algo así como un *lobby* o un colegio profesional con sus propias tradiciones y alérgico a las intervenciones del poder político. De hecho, algunos de ellos estuvieron involucrados en las tremendas convulsiones del final de la República ⁽³²⁾, reaccionaron negativamente a los intentos codificadores de Pompeyo y César y vieron con suspicacia y resistencia la progresiva imposición del poder imperial ⁽³³⁾, hasta que la habilidad política de Augusto consiguió de algún modo romper su uniformidad a través del mencionado *ius publice respondendi*; los sucesores de Augusto lograron obtener su adhesión al régimen imperante, pero sólo por el expediente de preservar su

(30) Gai. *inst.* 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

(31) *Vid.* Schulz, *History...* *op. cit.*, 141 y ss.; C.A. Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. esp., Madrid, 1996, 73 y ss.

(32) El gran jurista —y *pontifex maximus*— Quinto Mucio Escévola murió a manos de los mercenarios de Mario en 82 a.C. Otro gran jurista, Servio Sulpicio Rufo, mantuvo a duras penas su posición de equilibrio ante el enfrentamiento entre pompeyanos y cesarianos. Sin duda, debió de haber juristas entre los conjurados contra César. *Vid.*, a este respecto, A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma, Bari, 1987, *pass.*

(33) Panicio, *Los juristas y el poder político...*, *op. cit.*, 53 y s.

esfera de autonomía intelectual y su capacidad de orientar el desarrollo jurídico de la sociedad romana. Este hecho explica el matiz aristocrático de que se revistió siempre el Derecho romano y la importancia que en él tuvo la tradición y el principio de autoridad⁽³⁴⁾.

Ahora bien, la cuestión que cualquiera podría plantearse a este respecto es la siguiente: ¿Cómo pudo adquirir este grupo social y profesional una posición tan preeminente en el seno de la sociedad romana, que la distingue en el ámbito de lo jurídico de todas las demás, antiguas o modernas? Naturalmente, la explicación de este fenómeno sólo puede provenir de la historia.

Los juristas romanos clásicos no fueron en realidad otra cosa que los sucesores de los antiguos pontífices⁽³⁵⁾. El origen de la posición peculiar de los jurisconsultos en la sociedad romana y en su desarrollo jurídico se encuentra originariamente en el monopolio de la interpretación del Derecho concedido al colegio pontifical en época arcaica. Como es sabido, los pontífices eran miembros del estamento patricio que tenían por misión custodiar las más importantes reservas de conocimientos civiles de la colectividad (*i.e.* el calendario y el tiempo, la historia y la escritura)⁽³⁶⁾. Debido a la estrecha unión entre Derecho y religión en la época más arcaica de la Ciudad, los pontífices no sólo cubrían la esfera de relaciones entre el hombre y la divinidad (el *fas*), sino también las relaciones de los hombres entre sí (el ámbito del *ius*, fuertemente marcado por la esfera sacral en esa época primitiva). Así, nos informa Pomponio⁽³⁷⁾ de que los pontífices designaban anualmente a uno de ellos para que atendiera los pleitos privados, esto es, para que pronunciara el *ius*, pero sólo ante las dudas e interrogantes de los conciudadanos. Los pontífices respondían no solamente a las cuestiones referidas al Derecho sagrado, sino también a otras muchas en las que se hallaba implicado algún elemento sacral, esto es, todas las vinculadas a la sociedad gentilicia antigua (como las cuestiones del ámbito de la familia, la propiedad, las obligaciones o la herencia, es decir, del Derecho privado). En sus respuestas, el pontífice se expresaba con un laconismo oracular y no explicaba las razones o argumentos que las justificaban, sino que estas respuestas se apoyaban únicamente en el prestigio o *auctoritas* del pontífice, que se basaba en su poder religioso, en su elevada posición social y en su alta cultura frente al pueblo llano iletrado⁽³⁸⁾. Los *responsa* de los pontífices estaban rodeados, pues, de un halo de misterio vincu-

(34) Watson, *The Spirit of Roman Law*, *op. cit.*, 40.

(35) Sobre la estrecha vinculación entre colegio pontifical y jurisprudencia hay una abundante literatura; *vid.* por todos C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 33 y *ss.*

(36) Sobre ello *vid.* M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma, Bari, 1992², 107-117 (con más indicaciones).

(37) *Dig.* 1, 2, 2, 6 (Pomp. *lib. sing. enchiridii*): *...omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

(38) Paricio, *Los juristas y el poder político...*, *op. cit.*, 28.

lado al mundo mágico-religioso. La respuesta del pontífice no era una mera opinión o explicación del Derecho, era el *ius* mismo. Y así debió de suceder al menos hasta la promulgación de la ley de las Doce Tablas (med. s. V a.C.), momento a partir del cual la labor de los pontífices hubo de transformarse por necesidad, dado que formalmente ya no podía ser sino la simple interpretación de la *lex* y de los antiguos *mores maiorum*; sin embargo, el secretismo de sus manifestaciones y su capacidad de adaptación de las viejas fórmulas a los nuevos problemas hicieron que, en la práctica, los *responsa* pontificales siguieran siendo la principal fuente del *ius* vivo de la ciudad⁽³⁹⁾.

La ruptura del monopolio pontifical de la interpretación y exteriorización del Derecho va a ir produciéndose en paralelo a otras manifestaciones de democratización de la vida pública romana. Se dice que, a fines del siglo IV a.C., Cneo Flavio (escriba del censor Apio Claudio el Ciego) publicó los formularios procesales y negociales, hasta entonces secretos; a mediados del siglo III, Tiberio Coruncanio, primer pontífice máximo plebeyo, comenzó a explicar el fundamento de sus *responsa* fuera del colegio pontifical; a finales de ese siglo, Sexto Elio Peto Cato comienza a emitir *responsa* sin necesidad de ser pontífice y publica sus *Tripertita*, la primera obra cierta de la literatura jurídica romana no pontifical⁽⁴⁰⁾. Se dio así el primer paso de lo que sería el gran período de la jurisprudencia laica republicana, quizá el más creativo de la historia jurídica de Roma.

Sin embargo, la ruptura del monopolio pontifical no supuso una quiebra radical del modelo anterior. Los juristas, igual que los pontífices, formaban parte de la aristocracia patricio-plebeya y la capacidad de dar opiniones jurídicas seguía siendo una marca de prestigio entre los romanos de elevada posición social. La diferencia estriba tan sólo en que, con anterioridad, la eficacia de las respuestas provenía de la *auctoritas* del pontífice como tal, mientras que ahora se basa en el prestigio aristocrático del jurista. Por lo demás, las funciones de estos juristas laicos van a ser las mismas que ya desarrollaban los pontífices en la interpretación del Derecho, sus métodos van a ser similares y su influencia va a ser idéntica. El sentimiento de *élite* profesional especializada y privilegiada que caracterizó a los pontífices va a pasar igualmente a los juristas laicos, que reaccionarán con firmeza frente a cualquier pretensión de discutirles ese protagonismo en la evolución del Derecho.

Desde mediados del siglo II a.C. hasta la época de Augusto, se asistirá en Roma a la “revolución científica” en el campo del Derecho⁽⁴¹⁾. La *interpre-*

(39) Cannata, *Per una storia...*, *op. cit.*, 111 y ss.

(40) Sobre la progresiva “laicización” y “profesionalización” de la jurisprudencia republicana, con creciente presencia de la escritura frente a la oralidad tradicional, puede verse un buen resumen en Cannata, *Historia...*, *op. cit.*, 30 y ss.

(41) La expresión ha sido acuñada, con éxito, por Aldo Schiavone (*cf. op. cit., supra*, nota 32). Sobre los métodos de la dialéctica y la retórica aplicados a las realidades normativas, *vid. Schulz, History...*, *op. cit.*, 62 y ss.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte...*, *op. cit.*, 618 y ss; Cannata, *Per una storia...*, *op. cit.*, 210 y ss.

tatio iuris va a convertirse en una auténtica ciencia a través de la importación de los métodos dialécticos de la filosofía griega y la ayuda de la retórica. Los juristas comenzarán a constituir un *corpus* doctrinal basado en una fuerte conceptualización y una rigurosa lógica interna ajena a otras realidades de la vida social ⁽⁴²⁾. La jurisprudencia tiende en esta época a acentuar su autonomía y su vocación técnico-profesional, lo que inevitablemente le acarrearán frecuentes desencuentros con el poder constituido.

La relación entre jurisprudencia y nuevo poder imperial es la historia de un diálogo tenso y conflictivo que acabará, no obstante, en un progresivo proceso de asimilación, a cambio de un respeto por la creciente especialización técnica de la labor jurisprudencial y un replanteamiento de su tradicional hegemonía en la creación del Derecho privado ⁽⁴³⁾. El compromiso no será otro que el llamado *ius publice respondendi*, con el que los juristas del círculo imperial se convierten en privilegiados impulsores del ordenamiento jurídico y sus *responsa*, recogidos cada vez más frecuentemente en obras literarias, constituirán la más sólida expresión del Derecho vigente ⁽⁴⁴⁾. En contrapartida, la jurisprudencia tenderá a acentuar su especialización en las materias del Derecho privado de Roma (lo que conformaba ya el espacio tradicional de los antiguos juristas), sin entrar en los terrenos del Derecho público, a fin de no causar molestias al poder imperial.

Esta situación de equilibrio irá alterándose progresivamente hasta que, a fines del siglo II d.C., el giro absolutista que había ido adoptando el Principado desde el modelo de Adriano acaba por cerrarse con la dinastía de los Severos ⁽⁴⁵⁾. Éstos terminan por incorporar definitivamente a los juristas a los engranajes del poder imperial, convirtiéndolos no ya en consejeros, sino en grandes funcionarios, intelectuales-burócratas al servicio del *princeps*, pero sin privarles por ello de su autonomía normativa. Los grandes ministros-juristas de la época severiana (algunos de los más conocidos de los juristas romanos, como Ulpiano, Paulo o Papiniano) van a ser también eruditos compiladores de los enormes avances de las anteriores generaciones de juristas, y su vasta obra de comentarios a los trabajos de sus predecesores supone el necesario cierre del círculo de producción de la gran jurisprudencia clásica. Su obra constituye un milagroso equilibrio entre las formas nuevas y la firme

(42) Es el fenómeno que se ha denominado la 'Isolierung' ("aislamiento") de la ciencia jurídica romana: *vid.* Schulz, *Principios...*, *op. cit.*, 39-59; Watson, *The Spirit...*, *op. cit.*, 64 y ss., 111 y ss., 158 y ss.

(43) Respecto a las relaciones entre juristas y poder imperial *vid.* Bretone, *Storia...*, *op. cit.*, 211-246 ("Il giurista e il principe"); también Paricio, *Los juristas...*, *op. cit.*, 70 y s.

(44) Sin dejar de ser por ello un importante exponente de la literatura técnica romana: *vid.*, a este respecto, A. d'Ors, "Letteratura giuridica", en *Introduzione allo studio della cultura classica II: Linguistica e Filologia*, Milano, 1973, 117-145; M. Bretone, "Il testo giuridico", en G. Cavallo, P. Fedeli, A. Giardina (dir.), *Lo spazio letterario di Roma antica. I. La produzione del testo*, Roma, 1993² (reimpr., 1998), 433-467.

(45) A. Fernández Barreiro, "Poder político y jurisprudencia en la época tardo-clásica", en J. Paricio (ed.), *Poder político y derecho...*, *op. cit.*, 107-121.

memoria de lo antiguo, aunque en ella no sea posible vislumbrar la finura analítica de sus predecesores de siglos anteriores.

La jurisprudencia severiana fue el canto de cisne de la jurisprudencia clásica. La crisis del siglo III y el nuevo régimen del Dominado trajeron consigo la irreversible desaparición del modelo del jurista libre como creador de Derecho: a partir de entonces la legislación imperial se convierte en la única fuente viva de producción de normas y los juristas no pasarán de ser ya sino anónimos burócratas a sueldo de la cancillería imperial. Con los jurisconsultos libres va a decaer también el genio jurídico de Roma, que ya nunca alcanzará las cotas de altura y creatividad de los siglos de oro de la jurisprudencia. Los siglos IV y V constituyen un período de vulgarización, por un lado, y de recuperación, por otro, del antiguo saber clásico, el cual, no obstante, en la forma dada por los jurisconsultos severianos, pudo conservarse gracias a la labor de custodia y depuración de las grandes escuelas jurídicas de Oriente, principalmente las de Constantinopla y Beirut. Esa conservación de los textos clásicos operada en dichas escuelas fue el factor determinante que posibilitó la magna obra compilatoria del emperador Justiniano, en el siglo VI de nuestra era.

En efecto, Justiniano⁽⁴⁶⁾, en su *Corpus Iuris Civilis*⁽⁴⁷⁾, se revela como el gran conservador del legado jurídico clásico. En las obras justinianeas, el papel del Derecho jurisprudencial clásico va a ser aún determinante, gracias a la obra fundamental de la compilación: los *Digesta* o *Pandectae*⁽⁴⁸⁾, una colección de textos que recoge en cincuenta libros fragmentos de obras jurisprudenciales clásicas, sobre todo de los grandes comentarios de los juristas severianos, pero también de *responsa* de autores anteriores. En esa obra se sintetiza lo esencial de la tradición jurisprudencial clásica, si bien el emperador autorizó además a introducir en ella cuantas alteraciones fueran necesarias para adaptar aquella doctrina a las necesidades de su época, en la medida en que dicha obra no era un mero depósito de la sabiduría antigua, sino que estaba destinada a su aplicación práctica ante los tribunales. De ahí que el texto recogido no sea tanto expresión del legado clásico como de la propia vo-

(46) Sobre Justiniano y su magna obra compilatoria la literatura es inmensa y aquí no es posible ni siquiera esbozar una selección. Una adecuada obra de conjunto la constituye R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna, 1985⁴ (reimpr., 1988), con referencias bibliográficas generales (pp. 123-129); *vid.* más referencias recientes en J. Churrua, *Introducción histórica al Derecho romano*, Bilbao, 1997⁸, 274; además, S. Pugliatti, A. Sanguinetti (eds.), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro* (*Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio, 1998*), Modena, 2000.

(47) Esta denominación para el conjunto de la compilación justiniana (*Institutiones, Digesta, Codex y Novellae*) no es originaria, sino que fue adoptada por los estudiosos italianos de la Baja Edad Media, contraponiéndola al conjunto de fuentes canónicas (*Corpus Iuris Canonici*). La primera edición moderna de la obra completa con ese título se debe al jurista francés *Dionysius Gothofredus* (Denys Godefroy), publicada en Lyon en 1583. *Vid.* al respecto M. Medina de Lemus, "El *Corpus Iuris Civilis*. Historia y ediciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 636, 1996, 1905-1947.

(48) *Cf. supra*, nota 2.

luntad imperial. Así pues, el papel de los juristas como creadores del Derecho privado romano siguió encontrando ecos incluso en esa última época de desarrollo del Derecho romano histórico, pero no cabe duda de que el fundamento del valor de su doctrina es ya completamente distinto: no se encuentra ya en el prestigio derivado de su alta posición social o de su asombrosa competencia técnica, sino en que se trata de una exteriorización de la voluntad del emperador, único depositario del verdadero poder para crear Derecho. Las condiciones de validez jurídica habían cambiado, así, radicalmente.

La obra de Justiniano pone fin al ciclo vital del Derecho romano propiamente dicho, pero no así a la fuerza espiritual de la jurisprudencia romana clásica, como hemos podido ver al comienzo de esta exposición.

* * *

Este es, pues, el modelo de construcción del Derecho que Savigny proponía a la modernidad. De ahí que dedicara todos sus esfuerzos a la investigación del Derecho romano, pero no sólo desde un punto de vista histórico, sino también desde otro de carácter filosófico o sistemático, ya que era plenamente consciente de la necesidad de introducir orden y claridad en la exposición de los conocimientos jurídicos (algo que le venía exigido por su propia formación neoclásica). Desde su punto de vista, lo que está en el fondo de la “conciencia jurídica del pueblo” no son tanto las normas concretas vigentes, como el *sistema* jurídico. La labor de la ciencia del Derecho ha de ser, pues, el descubrimiento y descripción de ese “sistema”. De ahí que la obra mayor de madurez de ese gran historiador que fue Savigny no fuera, sorprendentemente, una de carácter histórico, sino más bien la titulada *Sistema del Derecho romano actual* (*System des heutigen römischen Rechts*, en 8 tomos publicados entre 1839 y 1849, aunque incompleto), en la que presenta una amplia y profunda exposición del Derecho justinianeo reelaborado según sus postulados teóricos. Por esta razón, Savigny pasa por ser también el fundador de otra corriente metodológica de la ciencia del Derecho, la llamada “jurisprudencia de conceptos” (“Begriffsjurisprudenz”), caracterizada por su fuerte formalismo y rigor lógico, que enlaza en última instancia con las construcciones del Derecho natural racionalista, bajo el influjo determinante del paradigma positivista del siglo XIX⁽⁴⁹⁾.

Esta tendencia sistemática o “dogmática”, apuntada ya en amplia medida en Savigny, se vio fuertemente acentuada en sus discípulos, que ocuparon las más importantes cátedras de Derecho privado en la Alemania del siglo XIX⁽⁵⁰⁾.

(49) Vid. al respecto Calvo García, *Los fundamentos del método...*, op. cit., 74 y ss.

(50) Los más importantes de ellos fueron G.F. Puchta (sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín desde 1842) (1798-1846), K.A. von Vangerow (1808-1870), A. Brinz (1820-1887), K.L. Arndts (1822-1880), F. Regelsberger (1827-1916), E.I. Bekker (1827-1916), H. Demburg (1829-1907) y, sobre todo, B. Windscheid (1817-1892), que reunió y sintetizó lo más relevante de las producciones de la escuela en su *opus magnum* (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, publicado entre 1862 y 1870, y nueve veces reeditado, incluso después de la muerte de su autor, así como traducido a

Serán los llamados “pandectistas”, porque en sus obras llevarán a cabo una completa sistematización lógica del Derecho privado desde el prisma marcado por el *Corpus Iuris* justiniano y, básicamente, por el Digesto o *Pandectae* (de ahí la denominación típica del manual de Derecho privado, la obra mayor de cualquiera de estos autores: ‘Lehrbuch des Pandektenrechts’). En la elaboración de esta escuela, el Derecho romano justiniano constituye una poderosa construcción teórico-práctica, en la cual el Derecho romano quedaba armonizado con las exigencias nacionales y económicas de su época y estructurado según principios abstractos generalizadores y esquemáticos: es lo que se ha denominado el ‘Pandektensystem’ (o “Derecho de Pandectas”). Como afirma un estudioso español, esta evolución lleva a una “total reelaboración del Derecho romano que, al pasar por el filtro de la mente germánica y del espíritu de la época, se convierte en un auténtico modelo de Derecho abstracto”⁽⁵¹⁾. No obstante, esto tiene lugar, en todo caso, con la intención explícita de servir para su aplicación a los casos reales de la práctica jurídica.

Por supuesto, Savigny y su escuela recibieron también numerosas críticas. Hegel le reprocha su “quietismo legislativo”; Marx vio en su doctrina del “espíritu del pueblo” un contenido puramente anticuario y consideró que tal doctrina “no anima al navegante a lanzarse a la corriente, sino a permanecer en su fuente”. Otros acusaron a los pandectistas de haber creado un sistema de Derecho romano inexistente en época histórica alguna⁽⁵²⁾. Todas ellas son críticas poco ajustadas a la verdad, a juicio de quien esto suscribe. Los pandectistas no buscaron ninguna exaltación del pasado, sino la consolidación de una jurisprudencia de la nación alemana a la altura de su tiempo, así como la depuración de un Derecho alemán aplicable en sus circunstancias históricas, Derecho que, para ellos, debía ser el Derecho romano, pero no exactamente el Derecho romano clásico ni el justiniano, sino, como decía Savigny, el llamado “Derecho romano actual” (‘das heutige römische Recht’), que recoge los resultados del *Corpus Iuris* de Justiniano (el cual conserva lo más granado de la herencia clásica) y los adapta a las necesidades de su tiempo, ignorándose deliberadamente el contexto histórico del Derecho justiniano. En palabras del más representativo de los pandectistas, Bernhard Windscheid⁽⁵³⁾, “la cuestión última para nosotros (*i.e.* los pandectistas) no es la de cómo fue el Derecho romano en una época cualquiera, sino cómo podemos aplicarlo actualmente”⁽⁵⁴⁾.

diversas lenguas), y fue el representante de la misma en las discusiones para la elaboración del Código civil alemán (*BGB*), cuyo articulado acusa fuertemente su influencia. Sobre estos autores y las ideas en que se apoyaron (así como las de sus oponentes), *vid* sobre todo Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, *op. cit.*, 430 y *ss.*, y Wesenberg, Wesener, *Historia...*, *op. cit.*, 283 y *ss.*, con bibliografía actualizada.

(51) J. Miquel, “El Derecho romano en la tradición romanística”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de febrero de 1968 (p. 13 de la separata); *cf.* también *id.* *Historia del Derecho romano*, Barcelona, 1990, 160.

(52) *Vid.* referencias en Wesenberg, Wesener, *Historia...*, *op. cit.*, 278.

(53) *Cf. supra*, nota 50.

(54) *Cf.* R. Orestano, v. “Diritto Romano”, *Novissimo Digesto Italiano* 5, Torino, 1964, 1025.

De hecho, el resultado de un siglo de trabajos de la escuela pandectista fue la elaboración del Código civil alemán (el *BGB*, 'Bürgerliches Gesetzbuch'), aprobado en 1896 y puesto en vigor desde 1900, el cual recoge los frutos esenciales de su labor exegética y dogmática del antiguo Derecho romano. El contenido del *BGB* es puro "Derecho romano actual", de la misma manera que su lenguaje, muy alejado del alemán corriente, es pura traducción del latín.

La influencia de la pandectística (y, por consiguiente, del "Derecho romano actual") en el Derecho moderno ha sido enorme, no sólo por la elaboración del *BGB*, el cual ha tenido extraordinaria difusión en todo el mundo (ha llegado incluso al Japón), sino también a través de su sistema de exposición del Derecho privado, que ha sido el adoptado por la mayor parte de la ciencia jurídica europea y mundial. Se puede decir que, por esta vía, al igual que en la Edad Media, se ha llegado a producir una nueva "recepción" del Derecho romano en Europa, en la forma de un auténtico 'Professorenrecht' que ha tenido gran trascendencia en la actividad legislativa y jurisprudencial posterior. Según el gran historiador del Derecho norteamericano Henry Sumner Maine, gracias a la pandectística el Derecho romano ha seguido siendo "la *lingua franca* y la taquigrafía de la jurisprudencia universal"⁽⁵⁵⁾.

La aprobación del *BGB* puso fin a los esfuerzos de la escuela pandectista y a la aplicación del Derecho romano en todos los grandes territorios europeos. A partir de ese momento, el modelo romano de Derecho jurisprudencial dejó de ser un elemento integrante del sistema normativo vigente en Europa y, por tanto, su estudio careció ya de interés práctico inmediato. Los investigadores del Derecho romano volvieron al estudio de los textos jurídicos como expresión de unos períodos históricos concretos, recuperando así una idea formulada ya por los humanistas del siglo XVI: de ahí que se haya denominado "neohumanismo" a esta tendencia dominante a lo largo del siglo XX⁽⁵⁶⁾. El Derecho romano se ve así como un puro producto histórico, que debe ser abordado, pues, con las herramientas de las ciencias históricas. Es lo que se ha denominado la "plena historificación" ('Historisierung') del Derecho romano. A través de la aplicación a las fuentes jurídicas romanas de las técnicas más avanzadas de la filología clásica, la historia antigua, la epigrafía y la arqueología clásica, la ciencia del Derecho romano ha ido in-

(55) Cf. R. Feenstra, "El Derecho", en R. Jenkins (ed.), *El legado de Roma. Una nueva valoración*, trad. esp., Barcelona, 1995, 372.

(56) La denominación procede de P. Koschacker, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp., Madrid, 1955, 409 y ss., si bien en su contexto adquiere cierta carga peyorativa, ya que este autor lo que proponía en su obra como solución a la "crisis" del Derecho romano que observaba en su época (los años 30 en Alemania) era más bien un cierto retorno a Savigny, una 'Aktualisierung' de las soluciones romanas ante los problemas jurídicos del presente, frente a la 'Historisierung' de la ciencia romanística. Su propuesta tuvo escaso éxito, pero hoy vuelven a oírse voces en ese sentido: *vid* sobre todo R. Zimmermann, *Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Entstehung einer europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1998.

tegrándose como una más en el conjunto de las ciencias de la Antigüedad, con una creciente especialización que la ha alejado de las otras ramas de la ciencia jurídica⁽⁵⁷⁾.

¿Significa esto que el viejo Derecho jurisprudencial romano ha culminado su experiencia espiritual como un elemento importante en el mundo jurídico moderno? Mi respuesta a este interrogante sería negativa, pero su justificación exigiría un nuevo trabajo que en este lugar no puede hoy plantearse.

Universidad de Valladolid

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS

(57) *Vid.* al respecto A. Torrent, *Introducción metodológica al estudio del Derecho romano*, Oviedo, 1974, 27.