

LA CRISIS DEL DERECHO COMÚN A DEBATE.

23.º Curso de la International School of Ius Commune:
«New rules through old (un diritto nuovo con materiali antichi)»

(Erice, 2-9 octubre 2003)

Entre los días 2 y 9 de octubre de 2003 se celebró en la bella ciudad italiana de Erice un nuevo curso de la International School of Ius Commune, dependiente de la *Ettore Majorana Foundation and Centre for scientific culture*. El tema elegido para este 23.º encuentro fue: «New rules through old (un diritto nuovo con materiali antichi)» y la tarea de dirigirlo le correspondió al profesor Ugo Petronio, Catedrático de Historia del Derecho italiano de la Universidad de La Sapienza (Roma).

La propuesta de esta nueva edición de la escuela fue presentada por uno de sus directores, el profesor Manlio Bellomo, Catedrático de Historia del derecho italiano en la Universidad de Catania, y giró en torno a la consideración de la llamada «crisis del derecho común», expresión aceptada de modo generalizado en el ambiente historiográfico europeo para referirse a la situación de este derecho durante los siglos comprensivos de la Edad Moderna. Se trataba, igualmente, de valorar la certeza de esta afirmación a través del examen de la historiografía de los diferentes países que han analizado este tema y mediante el estudio de la evolución de la jurisprudencia y de las instituciones judiciales del período en cuestión.

En el centro de este planteamiento planea la duda razonable de que se pueda hablar en puridad de una verdadera crisis del *ius commune*, a partir, especialmente, del siglo XVI. De ahí que, unido al debate sobre el éxito del derecho común en la época moderna, se haya analizado el proceso codificador propio del siglo XIX europeo para valorar si todo el derecho que surge en este momento es nuevo o si podemos encontrar en él vestigios de un derecho antiguo, de un derecho de la etapa anterior y que sería el derecho común.

El inicio del curso corrió a cargo de su director, el profesor Ugo Petronio, quien examinó el significado del vocablo «crisis» desde su original acepción médica hasta su sentido histórico como conclusión de un ciclo, pasando por su valoración económica. En su segunda lección, incidió en el término «crisis» pero ahora centrándose en el ambiente jurídico del siglo XVIII. Utilizando el símil médico afirmó que el síntoma de enfermedad del derecho común antes de la aparición de los códigos se debía a la falta de uniformidad del derecho, lo que conllevó que se comenzase a hablar de crisis, si bien puso de manifiesto, también, cómo los primeros códigos –Francia, Austria– no fueron vistos por sus contemporáneos como factores clamorosos de ruptura, sino que esta circunstancia surgió algo más tarde, cuando los juristas pierden la memoria histórica. A su juicio, la codificación fue un fenómeno novedoso –la búsqueda de la justicia racional marca una clara ruptura con el pasado–, pero ello no significa que en el derecho nuevo no se conservase nada del antiguo sistema jurídico.

El estudio del período definido como de decadencia del *ius commune* continuó con las lecciones –todos los ponentes impartieron dos– del profesor Mario Ascheri, de la Universidad de Siena, quien centró su atención en la historiografía. En la mirada lejana que el catedrático italiano dirige a la doctrina de la Edad Moderna no encuentra signos de crisis en el derecho común. Así, señala cómo son numerosos los *consilia* que desarrollan en los tribunales la doctrina del derecho romano-justiniano y cómo el denominado *mos ga-*

licus no provoca un declive del *ius commune*. No se debe olvidar, tampoco, a su juicio, el ambiente universitario, donde el estudio de los derechos locales o nacionales no será una realidad consolidada hasta el siglo XIX. Los juristas de los siglos modernos, por lo tanto, no hablaban en ninguna de sus obras de ese caso ni consideraban que se estuviese produciendo. El derecho común se desarrolla y se da a conocer también en este periodo. En su segunda lección, el profesor Ascheri analizó la posible continuidad del derecho común en el derecho codificado. Para ello partió de la clara distinción que se debe hacer entre un sistema jurídico que nace para una sociedad feudal y de carácter supranacional (*ius commune*) y otro que surge como máxima expresión del liberalismo y del carácter nacional de un derecho unitario e igualitario (derecho de la codificación). Pero dicho esto afirmó que durante la etapa de aparición de los diferentes códigos se continúa trabajando con métodos del derecho común pese a que éste ya esté muerto.

Por su parte, la profesora Laura Moscati, de la Universidad de La Sapienza (Roma), realizó un recorrido histórico por el derecho de autor poniendo de relieve cómo en la construcción del concepto de un derecho nuevo –la propiedad intelectual– se han utilizado materiales antiguos que nos llevan al derecho común. La evolución de este derecho es examinado comenzando por el primer privilegio de impresión aparecido en Venecia en pleno siglo XV. A continuación, la profesora italiana analiza el derecho inglés, que tiene gran relevancia en este campo –destacando la figura de Locke– y el derecho francés, que, según su parecer, mantiene una clara influencia británica en la construcción del derecho de propiedad del autor.

El profesor Italo Birocchi, también de la Universidad de La Sapienza, fue el último de los profesores italianos en intervenir. Sus lecciones tuvieron como eje central el estudio de la concepción del derecho común en Giovanni Battista De Luca, jurista que vive en un período –siglo XVII– en el que se comienza a poner en discusión la autoridad del *ius commune* y a defender la utilización de un derecho nacional. Esta línea se muestra, también, en el intento por promover la lengua italiana en el campo jurídico a través de la traducción de los textos latinos de derecho común. Para De Luca, las leyes del príncipe son las que se deben denominar comunes, que deben prevalecer sobre las romanas, llamadas *ius commune*. Pero éstas tienen su campo de actuación, por lo que defiende la traducción de las leyes de Justiniano que todavía se mantengan en uso, que cuantifica en un diez por ciento del total, tarea que deben realizar profesores de talento.

La representación francesa en este curso estuvo integrada por el profesor Guillaume Leyte, de la Universidad Paris II, y la profesora M. F. Renoux-Zagame, de la Universidad París I. El profesor Leyte puso de relieve la utilización en Francia del derecho común en la época moderna, pero también calificó como contradictoria la valoración que recibió este derecho en el país galo. Se utilizan los esquemas del derecho común –o más bien del derecho romano– para defender un derecho nacional francés que se define como derecho común (y por lo tanto, diferente de él), al mismo tiempo que se equipara ese *ius commune* al derecho natural o a la equidad y razón.

La profesora Renoux-Zagame puso de manifiesto el importante papel que desarrolló el derecho común en la casuística judicial francesa del Antiguo Régimen, lo que demostró con diferentes textos. Coincide con el parecer de su colega francés al señalar la variedad de modos y formas con las que los jueces llevan a cabo la tarea de interpretar las leyes reales, pero acudiendo frecuentemente al derecho común, que también se equipara con el derecho natural.

Emma Montanos Ferrín y Juan Sainz Guerra, catedráticos de Historia del Derecho en las universidades de La Coruña y Jaén, respectivamente, fueron los encargados de mostrar la visión española sobre estos temas. Bajo el elocuente título «Ius Commune sin Estado-Ius commune con Estado», la profesora Montanos recalcó la importancia de esta for-

ma política para comprender la evolución del derecho común durante la Edad Moderna. La época clásica del *ius commune* se corresponde con los siglos medievales que, como es sabido, desconocen absolutamente el fenómeno estatal. Por ello, es lógico pensar que desde el siglo XVI se produzca una evolución en este derecho como fruto de nuevas circunstancias y de cambios político-institucionales de gran importancia. Pero a juicio de la profesora gallega ello no implica una crisis de ese derecho común que se deba entender en sentido negativo. Se produce un cambio, una evidente transformación por el devenir histórico pero donde el *ius commune* vive y muestra su influencia. El jurista se acerca al poder, al príncipe, en expresión que ha gozado de éxito, «viste sus ropajes» y ello determina una diferente valoración de este derecho. El absolutismo monárquico del siglo XVIII sí afectará profundamente al derecho común. El monarca se atribuye un papel preponderante en el gobierno y control de instituciones que le eran ajenas —el caso de la institución universitaria es el más relevante— y el derecho regio emerge con fuerza. Pero, aún en este período, el derecho común tiene virtualidad, como pone de relieve la profesora Montanos, sobre la base de la práctica judicial gallega de este siglo y la obra doctrinal de Herbella de Puga, jurista que describe el derecho práctico utilizado en la Real Audiencia de Galicia y para ello se apoya en literatura de derecho común. Toda la línea expositiva que realizó la profesora en sus lecciones es fiel reflejo de la orientación de su manual *España en la configuración histórico-jurídica de Europa* que, dividido en tres tomos, dedica cada uno de ellos a un diferente período caracterizado por distintos elementos: la primera edad medieval por el desarrollo del feudalismo en toda Europa, los siglos XII al XV que asisten a la aparición del *ius commune* de la mano de la escuela de Bolonia y, por último, la Edad Moderna —tercer y último tomo—, que es el período caracterizado por la aparición del Estado. Con ello, evita un esquema anacrónico de presentación de las diferentes instituciones jurídicas del pasado que, sin embargo, está presente aún en las diferentes obras de conjunto de la disciplina que se han publicado hasta la fecha en España.

Por su parte, el profesor Sainz Guerra realizó una exposición sobre la motivación de sentencias en las disposiciones y práctica judicial castellanas con el fin de comprobar, también, si los materiales del período contemporáneo son todos nuevos o podemos encontrar elementos antiguos. Así, el profesor fue enumerando un conjunto de fuentes jurídicas medievales que se pronunciaban sobre este tema, concluyendo que la regla general fue la no motivación de sentencias, salvo en el Fuero Real, que recoge la necesidad de que lo haga el juez de primera instancia que recibe una apelación. Del análisis de toda la problemática se desprende un fuerte influjo del *ius canonicum*, uno de los bloques que componen el derecho común. De esta forma, la legislación castellana no se aparta de lo establecido por la normativa de la Iglesia universal. Habrá que esperar al período codificador para encontrar ya una general aceptación hacia la motivación de sentencias. Con relación a la crisis del *ius commune*, el profesor español puso de manifiesto la opinión doctrinal de tres juristas prestigiosos del siglo XVIII, a saber, Mayans y Siscar, Dou y Bassols y Francisco de Castro, quienes eran firmes partidarios de un derecho regio, nacional, que dejaba poco margen de actuación al derecho común.

El profesor suizo Pio Caroni, de la Universidad de Berna, analizó en sus dos intervenciones el fenómeno de la transición del sistema del derecho común al codificado, preguntándose qué aspectos han cambiado y cuáles se han conservado del pasado. Para ello defendió que debe no sólo buscarse ese cambio sino también la respuesta que los contemporáneos daban a la historia de la codificación. A su juicio, es necesario partir del sistema social, ya que así se puede explicar la función del derecho, que va íntimamente unido a la sociedad en la que actúa. De su análisis sobre el fenómeno de la codificación, profundamente meditado, el profesor Caroni extrae varias consideraciones dignas de mención.

La primera es la función de unificación sistemática o formal de leyes que se lleva a cabo en los códigos. Éstos reducen la multiplicidad de disposiciones y las ordenan según un sistema propio. En este sentido unitario también, debe analizarse la revolución burguesa, que sirvió para provocar una unión social.

Otra de las ideas que se debe resaltar en el fenómeno codificador es el predominio de la subjetividad jurídica. El Código propone, no emplea vías autoritarias, dejando actuar a la autonomía de los sujetos. Más que un triunfo del estatalismo, en su opinión, conviene hablar de victoria de la subjetividad. Y esta circunstancia provoca, también, una transformación en la competencia legislativa puesto que el monopolio del estado absolutista es sustituido por la actividad desarrollada por la sociedad.

El profesor H. Schlosser, de la Universidad de Ausburgo, examinó el fenómeno del *ius commune* en Alemania, centrándose en la repercusión que éste tuvo en la entrada en vigor del código civil (BGB) y en la influencia que el humanismo y el *usus modernus pandectarum* pudieron tener en el desarrollo de ese derecho común. El retraso en la promulgación del BGB en Alemania trajo como consecuencia que su aparición no resolviese los problemas del momento, pues dejaba al margen a los trabajadores y a la floreciente industria que desde fines del siglo XIX desempeñaba un importante papel en el país. El código civil alemán era fruto de una labor doctrinal de la pandectística que tomaba como modelo el derecho romano. El nuevo derecho había perdido de vista la evolución de la sociedad y se había mantenido lejano a los cambios porque los juristas y la Universidad no se habían preocupado por evitar que esto sucediese. El método pandectístico empleado en su elaboración no se correspondía con el tiempo para el que fue creado. Se trataba, a juicio de este profesor, de un derecho nuevo pero con materiales antiguos, teniendo en cuenta que esa visión al pasado no era tanto al derecho común como al derecho romano.

La escuela internacional contó también, como todos los años, con representación americana, tanto de profesores como de alumnos. En esta ocasión participó el profesor Shael Herman, de la Tulane Law School de Nueva Orleans. Sus dos lecciones tocaron, fundamentalmente, aspectos del derecho comercial o mercantil, al examinar el aforismo *pacta sunt servanda* y la evolución de la ejecución forzosa en los Estados Unidos, tanto en la doctrina como en la legislación. Centró su atención en el ambiente jurídico del territorio de Luisiana, más alejado del sistema del *common law*, al contar con un propio Código Civil que recuerda a los ordenamientos jurídicos del continente europeo. Pero la atención al derecho continental no se produce sólo en aquellos territorios norteamericanos más ligados a una tradición de *civil law* sino en todo el país. Por más que muchos juristas y jueces estadounidenses rechacen cualquier relación con un derecho que no se base única y exclusivamente en el precedente, es claro que aforismos de derecho romano y principios de derecho común, también han y son tenidos en cuenta en este país. Por lo tanto, materiales antiguos juegan, igualmente, un papel importante en la construcción del derecho de los Estados Unidos.

En definitiva, la tradicional afirmación de que el *ius commune* había entrado en crisis durante la edad moderna, especialmente desde el siglo XVI, ha sido revisada durante esta semana de trabajo. Frente a esta posición, adoptada sin discusiones hasta la fecha por la doctrina histórico-jurídica como ya he señalado, se ha reivindicado una tesis que defiende una evolución, una visión distinta del derecho común como consecuencia de la aparición del fenómeno estatal y de la vinculación de los juristas al príncipe. La decadencia sí resulta palpable desde el siglo XVIII, período en el que el fuerte absolutismo monárquico invade la sociedad moderna. Esta conclusión general ha servido, también, para reflexionar sobre el motivo que ha llevado a que prácticamente todos los autores hayan dado como un hecho consumado esa crisis moderna de un derecho típicamente medieval. Y la respuesta parece encontrarse en la etapa codificadora. Ha sido en este momento

cuando se ha generalizado la expresión «crisis del derecho común» para referirse a la situación por la que atravesó este derecho durante los siglos modernos. Sin embargo, los contemporáneos no apreciaron este hecho o, por lo menos, no se puede desprender esta idea del análisis de las fuentes y de la documentación de la época.

La actividad científica tuvo un momento de pausa gracias al tradicional día dedicado a la excursión a las ruinas de Segesta y Selinunte, donde continuó el viaje y la mirada al pasado, algo que recorriendo las empedradas calles de la Erice medieval no se olvida. La confraternización entre profesores, estudiantes y amantes en general de nuestra historia –lo que ha venido en denominarse el «espíritu de Erice»– resultó, un año más, un éxito, gracias al particular diseño de la escuela y su entorno, único hoy en el mundo, donde durante una semana ininterrumpida todos los participantes conviven y dialogan entre sí.

Sin duda, los ricos debates y la puesta en común de ideas entre todos los asistentes resultaron definitivos para poder alcanzar estas conclusiones, que contribuyen a aclarar –o quizás a complicar más– la comprensión de nuestro pasado jurídico. En todo caso, el debate está abierto y la discusión científica sobre este y otros problemas será bienvenido con el fin de profundizar en el rico campo de estudio que nos ofrece el *ius commune*.

EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ

COLOQUIO SOBRE EL DERECHO Y LOS JURISTAS EN SALAMANCA (SIGLOS XVI A XX) EN MEMORIA DE FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

(Salamanca, 27-29 de octubre de 2003)

En el Aula Cultural de la sede de Caja Duero en Salamanca tuvo lugar, durante la última semana del mes de octubre de 2003, una reunión científica en torno al Derecho y los juristas en Salamanca a lo largo de los siglos XVI a XX organizada por Salustiano de Dios, Javier Infante y quien esto escribe, gracias al apoyo incondicional de Caja Duero.

Pero no fue sólo éste el objeto de la cita, sino que, como reza la convocatoria, las jornadas se desarrollaron en torno a la memoria del maestro de historiadores del Derecho y estadista Francisco Tomás y Valiente, sin otro motivo que manifestar nuestro sentimiento por su ausencia y sin esperar oportunidades de recuerdo traídas por fechas conmemorativas.

El programa del *Coloquio el Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI a XX)*. En memoria de Francisco Tomás y Valiente fue diseñado conforme a un esquema dividido en tres grandes apartados que recorría cada uno de ellos los siglos indicados: la enseñanza del Derecho en Salamanca, los libros de Derecho y, por último, los juristas de Salamanca.

Para comenzar y cerrar se optó por recordar en sendas ponencias la figura del profesor homenajeado, de lo que se encargaron, en primer lugar, el iushistoriador sevillano Bartolomé Clavero, con una intervención titulada *Francisco Tomás y Valiente, jurista en tiempos de tribulación y transición*, y en segundo lugar José Delgado Pinto, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad salmantina, que disertó con la ponencia *Francisco Tomás y Valiente, profesor y compañero de la Universidad de Salamanca*.