



HISTÒRIA DEL PENSAMENT JURÍDIC

Curs 1996-97 dedicat a la memòria del professor
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Edició a cura de
Tomàs de Montagut
Universitat Pompeu Fabra

EL IUS COMMUNE: ARTIFICIO DE JURISTAS*

Antonio Pérez Martín
Universidad de Murcia

Para los juristas de nuestro tiempo el Derecho consiste en un gran número de ordenamientos jurídicos nacionales. Cada Estado tiene su propio derecho, el derecho está vinculado a cada Estado. Incluso la ciencia jurídica tiene una orientación predominantemente nacionalista: su principal objetivo es interpretar el ordenamiento jurídico vigente en su respectivo Estado.

Pero existió un tiempo en que esto era de otro modo. Desde finales del siglo XI hasta principios del siglo XIX en los países de Europa Central y Occidental existió un Derecho y una ciencia jurídica comunes. Toda biblioteca jurídica de cierta importancia de todo país europeo tenía un fondo básico idéntico de obras jurídicas y la formación de los juristas en todos los países era uniforme. Era normal el intercambio frecuente de profesores y alumnos entre las diversas Facultades de Derecho europeas: lo que actualmente pretende el proyecto ERASMUS era entonces una realidad. Parangonando el discurso de D. Quijote a los cabreros se podría decir que esa fue la época dorada del derecho y no porque las leyes fueran de oro, sino porque no existía el derecho español o francés, sino sólo el derecho común.¹

* El presente estudio recoge la exposición tenida en 14 de enero de 1997 en la Universidad Pompeu Fabra, al que únicamente se han añadido algunas notas bibliográficas a pie de página.

1. "Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorada, y no porque en ellos el oro, que en esta nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella sin fatiga, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estos dos palabras de tuyo y mio". Cf. Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, parte I cap. 11, Colección Austral, 34 edic., Madrid 1986, 58.

Esa edad dorada fue la época del “Ius Commune”, precisamente el tema de la presente disertación titulada “El ius commune: artificio de juristas”, cuya exposición dividiré en dos partes. En la primera expondré que es lo que yo entiendo por “ius commune” y en la segunda, cómo ese “ius commune” es un artificio de juristas.

I. ¿Qué es el Ius Commune?²

1. Concepto

¿Qué se entiende por Derecho Común? A primera vista parece que es algo en lo que todos debemos estar de acuerdo, algo que se sobreentiende, pero –como diría Calasso– eso es sólo una ilusión.³

“El Derecho Común –manifestaba yo en otra sede– es el fenómeno cultural más importante de la historia de España y de Occidente, tanto por su duración, como por su extensión geográfica y su intensidad. Por su duración, porque se inicia en el siglo XI/XII, al que no afectó un cambio cultural tan profundo como el producido en el siglo XVI con la división de la cristiandad occidental, y se prolonga hasta la actualidad. Por su extensión geográfica, porque está presente en todos los países de la mitad occidental del continente europeo y de sus respectivas antiguas colonias. Por su intensidad, porque el Derecho común ha configurado la mentalidad y organización de la sociedad en las diversas épocas y países, ya que no ha permanecido estático, sino que ha sabido adaptarse a las necesidades sociales de cada momento. Los glosadores, primero, y los comentaristas, después, a base sobre todo de los textos recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* y en el *Corpus Iuris Canonici* construyeron un sistema jurídico completo, con soluciones para todos los problemas que podía plantearles entonces la sociedad, adaptando la interpretación de los textos a las circunstancias del momento en que vivían”.⁴

2. Muchas de las ideas que expongo en este apartado las explico con más detalle en “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, *Rivista internazionale di diritto comune* 3 (1994) 43-89.

3. Francesco CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, 33.

4. “Planteamiento y objetivos del Simposio internacional “España y Europa, un pasado jurídico común”, en: Antonio Pérez Martín, *España y Europa, un pasado jurídico común*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia 26/28 de marzo de 1985), Murcia 1986, 16-17.

En definitiva, a los efectos de esta exposición, entiendo por Derecho Común la cultura jurídica que se enseña y se cultiva en las Facultades de Derecho y en líneas generales rige en todos los países de la Europa Central y Occidental (y en sus colonias) desde el siglo XII al XIX. Está integrada tanto por los textos legales incluidos en ambos *Corpora Iuris* como por la literatura jurídica basada en ellos. Es la misma cultura jurídica que está en la base de los ordenamientos jurídicos vigentes actualmente en Europa. De ahí que al “ius commune” se le pueda asegurar una nueva vida en la construcción de la Nueva Europa.

2. Evolución del “Derecho Común Europeo”

Pero el Derecho Común no es algo estático, abstracto, sino que es algo dinámico, conectado con la historia. Se trata de un fenómeno europeo que no conoce límites geográficos o étnicos de principados o pueblos, cuya historia no se puede confundir con la de los derechos nacionales, sino que en ellos encuentra la historia de sus alteraciones, derogaciones y limitaciones de su aplicación, es decir, de su progresiva nacionalización o, en otras palabras, la crisis que lo condujo a su desaparición.⁵

a) El más antiguo Derecho Común

El “ius commune” se inicia con los glosadores, en conexión estrecha con los textos jurídicos de la antigüedad; continúa con los comentaristas, con quienes se inicia un cierto alejamiento de dichos textos y una marcada orientación a la práctica; y se consuma en el *usus modernus Pandectarum*, período en que va cediendo su puesto privilegiado a los “iura propria”. El “ius commune” se identifica básicamente con la corriente denominada “mos italicus” y también “bartolismo”.⁶

5. Giuseppe ERMINI, *Corso di Diritto Comune, genesi de evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, I, 3ª edic., Milano 1962, VII-VIII.

6. Sobre el desarrollo del antiguo Derecho Común las obras clásicas son: Friedrich Carl von SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, I-VII, ed. facs. Bad Homburg 1961; Helmut COING (dir.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I ss., München 1973 ss.; *Ius Romanum Medii Aevi*, Mediolani 1961 ss. Una exposición manual con bibliografía puesta al día se contiene en Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma 1995; Helmut COING, *Derecho Privado Europeo, I, Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Traducción y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid 1996.

b) *Jurisprudencia de confesores: la Escolástica española*

Pero junto a esta corriente mayoritaria del Derecho Común, existen otras corrientes menores en su última etapa. Paralela al “*ius commune*” discurre la llamada “Escolástica Española” o también “jurisprudencia de confesores”, cuyo centro es la llamada “Escuela de Salamanca”. Aunque está integrada básicamente por teólogos, sus tratados “*De iustitia et iure*”, “*De contractibus*”, etc. influyeron en el Derecho, no sólo en el Derecho de gentes, sino también en el Derecho privado: la definición de la propiedad, la definición del *ius in re* en contraposición al *ius ad rem*, la teoría de los contratos, el justo precio, etc.⁷

c) *Humanismo - Iusnaturalismo - Ilustración*

Otra corriente, que parcialmente se incorpora al “*ius commune*” es el Humanismo. Con su análisis histórico y filológico de los textos jurídicos romanos (Cujas, Gotofredo) relativiza la autoridad del Derecho romano y frente al casuismo imperante impone la preocupación sistemática (Donello). Esta nueva corriente será acogida parcialmente en el Derecho Común como “*mos gallicus*”.

Posteriormente el racionalismo, conectado con la Escolástica Española y con el Humanismo, profundiza en la preocupación sistemática y substituye la autoridad del Derecho romano por la autoridad de la razón. Los iusnaturalistas se propusieron elaborar un derecho válido para todos los tiempos y todas las gentes y lo que en realidad consiguieron fue acabar con el único derecho universal existente, el “*ius commune*”, substituyéndolo por los derechos nacionales.⁸

d) *El Derecho Común más moderno: la Pandectística*

En el siglo XIX la Pandectística alemana propugnará una vuelta al Derecho romano y trata de elaborar un nuevo “Derecho Común”. El error de esta corriente fue el romper con la tradición del “*ius commune*” e ignorar los logros en él obtenidos y conectar directamente con los textos romanos, ignorando siete siglos de

7. Helmut COING, “La contribución de las naciones europeas al Derecho Común”, en: Antonio Pérez Martín, *España y Europa* (supra n. 4), 57. Sobre la entidad y características de la Escuela de Salamanca y en especial su pensamiento económico cf. la obra en colaboración dirigida por E. Lluch Martín actualmente en prensa patrocinada por la Fundación Duques de Soria.

8. Cf. las dos obras de H. COING, mencionadas supra nota 6.

tradición jurídica. H. Coing ha resaltado esta contraposición entre el antiguo “*ius commune*” y el “Derecho Común moderno” en su Derecho Privado Europeo, dedicando el primer volumen al primero y el segundo al segundo.⁹

3. Contraposición “*ius commune*” - “*iura propria*”

a) *Intercambio entre “*ius commune*” y “*iura propria*”*

Entre el “*ius commune*” y los “*iura propria*” hay un mutuo intercambio. Por una parte, como veremos más adelante, con el paso del tiempo, el “*ius commune*” va incorporando elementos de los “*iura propria*”.

Por otra parte, los *iura propria* incorporan muchos elementos e instituciones del Derecho Común, visten como derecho propio lo que originariamente es Derecho romano o Derecho común: las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro son buenos ejemplos en este sentido.

b) *Evolución en la relación: los *iura propria* se imponen*

Los primeros civilistas ignoran por completo los derechos particulares. Los civilistas posteriores poco a poco les irán reconociendo el carácter de verdaderos derechos, primero como costumbres, posteriormente como estatutos y finalmente como leyes. A este respecto es muy significativa una pragmática de Pedro III del 23 de febrero de 1380 en la que se declara que las constituciones catalanas tienen el carácter de verdaderas leyes y no simples estatutos y en consecuencia se deben anteponer a las leyes romanas y canónicas:

“Deducto ad auditum nostri, quod in civitate Detursae per nonnullos in dubium revocatur, an Constitutiones Cathalonie Generales iuri scripto canonico vel civili debeant praeferrri, vel anteponi, ratione statutorum, vel consuetudinum scriptarum, habentium quod ipsis consuetudinibus, vel satutis defficientibus, ad ius canonicum, vel civile habeatur recursus, necne, et attento quod in Cathalonie Principatu dictae Constitutiones Generales pro legibus habentur, dubiis huiusmodi accurrentes, tenore praesentis providemus, statuimus, ac pragmaticae declarando ordinamus,

9. Helmut COING, *Derecho Privado Europeo, II, El Siglo XIX*. Traducción y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid 1996.

super his prae habito maturo concilio, quod super dictis iudiciis, defficientibus dictis statutis, vel consuetudinibus, primitus observetur dictae Constitutiones Generales, quae per nos, vel praedecessores nostros, de consensu generalis dicti Principatus editae fuerunt, legibus, ac consuetudinibus romanis, quibus observandis nisi, si et in quantum volumus, non tenemus parere, minoris auctoritatis esse non debent".¹⁰

Simplificando se puede decir que la relación que el "ius commune" tiene formalmente con los "iura propria" puede marcar las diversas etapas en la evolución de aquél:

En los glosadores (ss. XII-XIII) el "ius commune" es prácticamente el único derecho; los "iura propria" son subsidiarios suyos, rigen en lo no regulado por el Derecho común y cuando se oponen a éste hay que interpretarlos restrictivamente.

Con los comentaristas (ss. XIV-XV) la relación es a la inversa: el Derecho común rige "ubi cessat statutum".

En la época del *Usus modernus Pandectarum* (ss. XVI-XVIII) el "ius commune" sigue perdiendo importancia frente a los "iura propria" de las monarquías absolutas, proceso que termina en el siglo XIX con la supresión formal del Derecho común y su substitución por los derechos nacionales.

4. Elementos integrantes

El Derecho Común está integrado básicamente por los siguientes elementos:

a) Derecho romano

El Derecho romano es el núcleo fundamental del "ius commune", la corriente principal –pero no la única– a la que se van incorporando otras corrientes menores; de ahí que con demasiada frecuencia cuando se habla de "Derecho Común" se piense sólo en el Derecho Romano. Al Derecho Común se le califica a veces de derecho romano modernizado. En esta línea se ubica el Decreto que señala

10. *Constitutions y altres drets de Cathalunya...* II.1.10.1, Barcelona 1704, págs. 36-37.

las directrices de los planes de estudio de Derecho, ya que la docencia del Derecho Común se la asigna –con manifiesta injusticia– no al Área de conocimiento "Historia del Derecho" sino al Área del "Derecho romano".

Como precisa Coing, el Derecho romano –para ser más exactos el justiniano– es el núcleo principal del "ius commune"; es un ejemplo significativo de la influencia que ha desarrollado una gran creación espiritual en un mundo cultural distinto, ejemplo también naturalmente de los cambios que una obra de tal tipo experimenta mediante una revitalización de esta clase. Cada renacimiento de una obra científica significa una reinterpretación y en el caso del "Corpus iuris" también una ampliación a nuevos supuestos de hecho.

Para la elaboración del "Ius commune" se utilizaron todas las partes de la obra justiniana, aunque el peso principal radicó en el Digesto y en el Código, que constituían la casi totalidad de la materia docente en la carrera de leyes. Lo que los juristas del "Ius commune" vieron en el corpus justiniano fue como dirá Kantorowicz "una casa de tesoros", una riqueza de casos y de soluciones para problemas jurídicos específicos.¹¹

b) Derecho Canónico

La Iglesia al asumir en gran medida la *lex romana* como norma propia (*Ecclesia vivit secundum legem romanam*), tanto ella como su derecho no sólo constituyeron un vehículo decisivo del mantenimiento y difusión del Derecho romano, sino que también contribuyeron a su transformación.

El Derecho canónico –observa Coing– no influyó en el mismo volumen que el Derecho romano, particularmente en su derecho privado. Ciertamente, como derecho medieval era frente al justiniano un derecho más moderno, que la actividad legislativa de los papas iban actualizando, pero el principio de la *lex posterior derogat priori* no se aplicó fuera de la esfera eclesiástica y, en todo caso, se trataba de otro derecho.

No obstante regulaciones importantes del "Ius commune" proceden del Derecho Canónico. En la esfera del Derecho privado, junto al derecho matri-

11. H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra n. 6), 63-64.

monial –formulado casi exclusivamente por el Derecho Canónico– hay que mencionar la modificación del derecho de propiedad y del derecho de obligaciones (el principio del *pacta sunt servanda*, la doctrina de la causa) y su influjo en la esfera del derecho testamentario en cuanto a su forma y contenido (testamento con dos testigos, testamentos con legados, albacea testamentario), la configuración del arbitraje, etc.

A ello hay que añadir una serie de reglas especiales, como la exigencia de la perduración de la buena fe en la usucapión y prescripción, la desaparición de las penas de las segundas nupcias, el derecho a la dote o al matrimonio de la mujer soltera embarazada, la importancia de la *aequitas*, etc.¹²

A este respecto conviene destacar que Cataluña adoptó una postura favorable al Derecho Canónico al sancionar en 1599 la doctrina de Tomás de Mieres que anteponía el Derecho Canónico al Derecho romano.¹³

Esta influencia del Derecho Canónico en el Derecho común es explicable si se tiene en cuenta que si bien al principio los civilistas consideraban con cierto desprecio a los canonistas y procuraban no contaminarse de sus doctrinas, posteriormente hubo una especie de fusión de ambos derechos, en el sentido que la mayoría de los juristas se solían doctorar en ambos derechos (*in utroque iure*) y, en todo caso, un buen civilista conocía también a fondo las doctrinas canónicas.

c) Derecho feudal

El derecho feudal formalmente es el único derecho no romano que fue recibido en el “Corpus iuris” a través de los “Libri feudorum”. Por consiguiente, el derecho feudal puede ser considerado directamente institución del “Ius Commune”.

12. H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra n. 6), 64-65.

13. “Axi be statuim y ordenam ab loatio y approbatio de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir y votar les causes ques portaran en la Real Audientia conforme y segons la dispositio dels Usatges, Constitutions, y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello y Cerdanya y en los casos que dits Usatges, Constitutions y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil y Doctrines de Doctors y que no les pujan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a las reglas del dret comu y que aportan los Doctors sobre materia de equitat”. *Constitutions y altres drets* (supra n. 10), 89-90.

También aquí Cataluña tiene un protagonismo especial al ser el primer país de Europa que codifica el derecho feudal en una obra como los “Usatges de Barcelona”, en cuya edición crítica llevo trabajando desde hace ya varios años y espero en un futuro no muy lejano poder ofrecer los resultados obtenidos.¹⁴

d) Instituciones del Derecho medieval

A través de la doctrina y de la jurisprudencia, como resalta Ermini, se tomaron instituciones de los derechos tradicionales.¹⁵

“Una serie de otras instituciones del derecho medieval –precisa Coing– no tuvieron el privilegio, como el feudal, de ser incluidas en las fuentes mismas del “Corpus Iuris”, pero sin embargo fueron reconocidas en el cuadro del “Ius commune” y aceptadas en cuanto que para ellas mismas, y no sólo al tratar del derecho local, se desarrollaron reglas más precisas, tomadas del Derecho Común.

Consiguientemente estas instituciones pueden ser calificadas también como Derecho Común en un sentido material. A éstas pertenecen, por ejemplo, en la esfera de las personas, la servidumbre o adscripción a bienes, en el derecho de familia las comunidades de bienes, en el derecho sucesorio en cierto ámbito los contratos sucesorios.

Finalmente hay que indicar también que para el derecho de dominio y disfrute, tan variado e indefinido, el poder judicial local, los derechos de patronato, derechos de pertenencia a gremios, facultades para recaudación de impuestos, etc. el Derecho común puso a disposición un ordenamiento jurídico mediante la extensión del derecho de propiedad y de servidumbre y con ello los incluyó en el Derecho Común”.¹⁶

e) Instituciones de los derechos propios

Los juristas del “ius commune”, por una parte, no viven de espaldas a la realidad y, por otra, no tienen facultades legislativas. Por ello, uno de sus principales

14. Cf. estudio introductorio a edición facsímil de los *Antiquiores* y el número 7 de *Glossae* ambos en prensa.

15. G. ERMINI, *Corso* (supra n. 5), 131-134 y 183-244.

16. H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra n. 6), 65-66.

cometidos es el ir adaptando el "ius commune" a las nuevas realidades sociales, analizar las instituciones de los "iura propria" a la luz de los principios del "ius commune", suplir con éste sus lagunas, y, en lo posible, integrarlas dentro del sistema general del Derecho Común. Por esta vía el contenido del "ius commune" va incorporando continuamente nuevos elementos. Pero no todo el contenido del derecho estatutario o derechos propios entraron a formar parte del Derecho común, como mantienen algunos autores.

5. Áreas de conocimiento

El Derecho Común es un ordenamiento jurídico completo, que comprende todas las ramas jurídicas, si bien es verdad que se desarrolló en unas más que en otras.

a) Derecho Privado: la obra de H. Coing

El Derecho privado actual es deudor en una gran medida al Derecho Común. El "ius commune" está en la base de todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. La codificación no supuso en este área del derecho un salto substancial, una ruptura con el pasado, sino una continuidad, como demuestra palmariamente H. Coing en su *Derecho Privado Europeo*, donde se expone por vez primera la evolución de todas las instituciones del Derecho privado en Europa durante la larga vigencia del "ius commune" y su codificación en los Códigos civiles de los distintos países de Europa.¹⁷

b) Derecho Procesal

El procedimiento del Derecho Común, con todas sus ventajas e inconvenientes, sigue estando en líneas generales en la base del derecho procesal actual.

c) Derecho Internacional

La teoría estatutaria y el derecho de gentes del Derecho común siguen siendo en gran medida las bases del Derecho Internacional.

17. H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra notas 6 y 9).

d) Derecho Penal y Derecho Público

Las doctrinas elaboradas por el "ius commune" con respecto al Derecho penal y en general al Derecho público, es algo no suficientemente estudiado. Pero sospecho que su influencia en la Penalística y Publicística actuales es mayor de lo que comúnmente se cree.

II. Artificio de juristas

1. Protagonismo de los juristas

El Derecho Común es sobre todo un producto de las Universidades, una elaboración de los juristas. Los juristas son los verdaderos protagonistas, los creadores del Derecho Común.

a) Centros de trabajo:

1') Universidades

El Derecho Común se crea y formula inicialmente en las Universidades. La recepción del Derecho común en Europa podría explicarse siguiendo la aparición de las Facultades de Derecho: Bolonia (1088), Montpellier (s. XII), Palencia (1188), Oleans (s. XIII), Salamanca (1218), Padua (1222), Nápoles (1224), Vercelli (1228), Tolosa (1229), Aviñón (1256), París (1267), Valladolid (s. XIII), Lérida (1300), Perugia (1308), Siena (1231), Pisa (1343), Florencia (1349), Cahors (1332), Perpiñán (1350), Angers (1356), Pavía (1361), Cracovia (1364), Viena (1365), Pest (1367), Heidelberg (1385), Colonia (1388), Ferrara (1391), Potiers (1431-32), Catania (1444), Copenhage (1478), Upsala (1477), Alcalá de Henares (1499), Sevilla (1505) etc. A finales de la Edad Media todo territorio importante tenía su Universidad. Este fenómeno se extiende también al Nuevo Mundo, donde se fundan las Universidades de Méjico, Lima, Córdoba, etc.

Los planes de estudio en todas las Facultades de Derecho son uniformes. Básicamente se reducen al estudio y comentario de ambos *Corpora iuris*: el Código y el Digesto en la Facultad de leyes y el Decreto y las Decretales en la Facultad de Cánones.

Esto facilita enormemente el intercambio de profesores y alumnos dentro de todas las Universidades europeas. Lo mismo que hoy se hacen fichajes millonarios de futbolistas por uno, dos o más años, entonces se fichaba a profesores. Tanto profesores como alumnos practicaban la llamada “peregrinatio academica”.

2) Órganos de poder: Consejos, Chancillerías, Audiencias

Si en la Edad Media el centro del Derecho Común radica en las Universidades, en la Edad Moderna, en el *Usus modernus Pandectarum*, el centro está cada vez más en los centros de poder: los Consejos, las Chancillerías, las Audiencias. Las grandes obras de derecho (monografías, estudios sobre la jurisprudencia de los tribunales, comentarios al derecho patrio) con frecuencia se deben a juristas que ocupan puestos relevantes en la Administración eclesiástica o estatal.

Y es que los juristas que salen de las Universidades poco a poco van constituyendo una nueva clase social, que va ocupando puestos en la administración eclesiástica (los papas Alejandro III, Inocencio III, Inocencio IV, Bonifacio VIII, fueron eminentes juristas) y secular y que adquiere una importancia social considerable. Una de las acusaciones de los nobles contra Jaime I consiste en que se rodea de “sabios en derecho, que eran los que juzgaban los negocios”. A lo cual Jaime contesta que en su corte debía tener siempre “legistas, decretistas y foristas que le ilustrasen sobre los muchos y diversos pleitos que debía fallar, pues teniendo bajo su dominio 3 ó 4 reinos, ni él ni los hombres legos que le acompañaban podían conocer el derecho que en cada caso se debía aplicar”.¹⁸ La formación del Estado moderno, con una necesidad creciente de funcionarios, ofrecerá un buen puesto de trabajo a los juristas formados en las Universidades.

b) Lengua común y comunidad cultural

En el ambiente jurídico durante prácticamente todo el período de vigencia del Derecho Común existió una lengua común a todos los juristas: el latín. Ello facilitaba no sólo el intercambio de profesores y de alumnos, al que antes he aludido, sino también el intercambio de obras. Había una verdadera comunidad cultural. Las obras de juristas españoles se imprimían en Francia, Italia o Alemania

18. *Historia del rey de Aragón Don Jaime I, el Conquistador, escrita en lemosín por el mismo monarca, traducida al castellano y anotada por Mariano Flotats y Antonio Bofarull, Madrid 1848, 338.*

y sus lectores se repartían por toda Europa. Lo mismo ocurría con las obras de los juristas italianos, franceses o alemanes.

2. La metodología

¿Cómo elaboraron los juristas este derecho?

A esta pregunta se puede contestar que la ciencia jurídica se construyó en la Edad Media con las mismas técnicas y métodos de las demás ciencias: la Filosofía, la Teología y la Medicina. Todas ellas son consecuencia del “renacimiento científico del siglo XII” y en todas ellas el método fue el mismo: *el escolástico*. Problemas científico-metodológicos discutidos en la Medicina, como ha demostrado Herberger, se aplicaron después al Derecho.¹⁹

a) Punto de partida: Obras que recopilan el Derecho de la Antigüedad.

La ciencia jurídica, como las demás ciencias medievales, tiene como base unas obras en las que se recoge, primordialmente, el derecho de la Antigüedad: el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*. En los primeros tiempos este derecho es considerado como revelado: se habla de las “sacratissimae leges”, las fuentes justinianas son las únicas que se admiten en la enseñanza del Derecho, son la Biblia de los civilistas. Es verdad que posteriormente se irán admitiendo en la formación de la ciencia jurídica también fuentes, incluso no jurídicas y a partir del Humanismo las leyes romanas serán consideradas como leyes humanas y falibles.

a') Corpus Iuris Civilis

La obra jurídica de Justiniano (conocida desde la Edad Media como *Corpus Iuris Civilis*) constituye el punto de partida de la enseñanza del derecho. Está integrada por:

El Digesto o Pandectas. En las Facultades de Derecho se utiliza la llamada “*littera bononiensis*” del Digesto, redescubierta por Irnerio, que substancialmente

19. Maximilian HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Ius Commune - Sonderhefte 12, Frankfurt am Main 1981.*

coincide con la "littera florentina o pisana", es decir, con el Digesto de Justiniano. Por razones prácticas se divide en tres partes: Digesto Viejo (D. 1. 1-24.2), Inforciato (D.24.3-38.17) y Digesto Nuevo (D.39.1-50.17). Se denomina "tres partes" a D.352.82-38.17 que a veces tienen cierta independencia, constituyendo una obra independiente, y otras forman parte del Inforciato, con el que terminan integrándose.

El Código. El Código medieval es el Código Justiniano, con la particularidad de que incluye sólo los nueve primeros libros, suprime las constituciones griegas (*graeca non leguntur*) e incorpora las "auténticas" o resúmenes de novelas de los emperadores romanos (hechos por Irnerio) y de constituciones de los emperadores germánicos (Const. *Habita* de Federico I en 1158); estas auténticas se incluyen en el Código porque modifican o completan constituciones en él contenidas.

Tanto el Digesto como el Código constituían el punto de partida de la enseñanza del Derecho romano, encomendada a los profesores de mayor prestigio, que tenían sus lecciones por la mañana.

El Volumen Parvum. En él se recogían textos de menor importancia, que eran enseñados por la tarde por profesores de menor categoría. Incluía las siguientes obras:

los tres libri (libros X-XII del Código que trataban de derecho público, poco aplicable a las circunstancias de la Edad Media); fueron desconocidos en Bolonia por los primeros glosadores hasta mediados del siglo XII;

las Institutiones (el único libro justiniano cuyo conocimiento no se interrumpe durante la Alta Edad Media);

el Auténtico o colección de 97 novelas justinianas, conocida en Bolonia hacia el 1100 y aceptada como auténtica por Irnerio; fueron divididas en 9 colaciones, a imitación de los 9 libros del Código;

los Libri feudorum, como *decima collatio*, primero en su versión ardiziana y posteriormente en la acursiana o vulgata.

algunas constituciones de los emperadores germanos como *undecima collatio*.

b') *Corpus Iuris Canonici*

Debido a las luchas entre el Papado y el Imperio, los eclesiásticos quisieron tener su propio cuerpo legal, independiente del de los civilistas, surgiendo así progresivamente las diversas obras que integrarán el *Corpus Iuris Canonici*:

El Decreto. Graciano a lo largo de la primera mitad del siglo XII recopiló todos los textos romanos y canónicos, anteriores al siglo XII, que podían ser de interés para la formación jurídica de los eclesiásticos y trató de concordarlos, por lo que tituló su obra *Concordia discordantium canonum*.

Las Decretales de Gregorio IX. Un dominico catalán, *San Raimundo de Peñafort*, profesor en Bolonia, por encargo del papa Gregorio IX elabora una especie de código eclesiástico, en el que recoge las decretales dictadas por los papas hasta 1230, no incluidas en el Decreto, ordenadas por materias y distribuidas en cinco libros, cuyas materias son recordadas por los términos *index, iudicia, clerus, connubia y crimen*.

Decreto y Decretales constituyen las obras básicas de la enseñanza para los canonistas, encargada a los profesores de más prestigio, que enseñaban por la mañana.

Menor categoría tenía la enseñanza de la legislación pontificia posterior, que sucesivamente se irá recogiendo en el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, las *Clementinas* y las *Extravagantes comunes* y *Extravagantes de Juan XXII*.

El Corpus Iuris Canonici se considera cerrado con la "Editio Romana" de 1582.

c') *Los Iura propria*

Aunque no consta que los derechos patrios o "iura propria" fueran enseñados en las Universidades, sí consta que los juristas del "ius commune" los conocieron, puesto que los citan en sus obras y los glosan ya los comentaristas, pero sobre todo en el *usus modernus Pandectarum*. Es más, ellos fueron quienes los recopilaron en oleadas sucesivas. Siguiendo a A. Wolf se pueden señalar tres oleadas codificadoras:

La primera se inicia en 1231 con el *Liber Augustalis* de Federico II, al que le siguen el *Liber Statutorum* de Venecia (1242), el *Jyske Lov* (1241) de

Dinamarca, el *Landslög* de Noruega (1274), el *Jónsbók* de Islandia (1281). Este movimiento codificador se manifiesta en las Península Ibérica en el *Fuero General de Navarra*, los *Fueros de Valencia* (1239), los *Fueros de Aragón* (1247), la posible revisión de *Usatges* en 1251, el *Fuero Real* (1255), las *Siete Partidas* (1256-63).

La segunda oleada tiene lugar en el siglo XIV y se manifiesta en la Alta Baviera (1346), Cerdeña (1349), Milán (1351), Suecia (1347-52), Imperio (1356), Estados Pontificios (1357), Polonia (1356-62), Friul (1366), etc.

La tercera oleada tiene lugar en el siglo XV y se manifiesta en las compilaciones del derecho catalán (1413), los Estatutos de Saboya (1430), Franco Condado (1440), etc.²⁰

Como características comunes a todas estas obras, particularmente a las incluidas en el *Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonici*, hay que señalar:

1') Se trata de obras que gozan de una autoridad máxima, casi como si se tratara de obras reveladas, en las que no se concibe el error ni la contradicción; no se las considera como producto histórico de una época y no se examinan con criterios histórico-filológicos, sino como si de alguna manera se tratara de obras intemporales. A los juristas del "ius commune" les falta la perspectiva histórica y la consideración de la evolución jurídica. Así se explica que los emperadores de la Edad Media sean considerados simples sucesores del emperador romano y consiguientemente con sus mismos derechos.

2') Estas obras no contienen leyes en el sentido moderno, sino más bien soluciones legales para casos concretos. En todas ellas, no sólo en las romanas, sino también en las canónicas y en las de los *iura propria*, predomina el aspecto casuístico, tratan de resolver un caso que se les ha planteado.

Constituyen una colección de materiales jurídicos de muy diversas épocas, en las cuales buscan los juristas puntos de apoyo para resolver los problemas jurídicos que a ellos se les plantean.

20. Armin WOLF, "Legislación y codificaciones", *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 9 (1984) 81-109; Idem, *Gesetzgebung in Europa 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*, München 1996.

3') Los juristas no conocen a fondo las lenguas en las que están escritas (el latín clásico y el griego: *graeca non leguntur* era principio generalmente admitido hasta el Humanismo), ni las circunstancias en que se produjeron.

4') Su preocupación no es primariamente reconstruir la mente del legislador, sino la de sacar una regla jurídica apta para solucionar los problemas de la sociedad en que viven.

b) La glosa y el comentario²¹

El principal género jurídico del medioevo con el que se estudian las obras enumeradas en el apartado precedente, es la "glosa", que se continúa en el "comentario"; consiste en la "lectura" y explicación de los textos incluidos en dichas obras.

El texto es tomado en serio en todas sus particularidades. Hasta las locuciones que al moderno historiador del derecho le parecen irrelevantes, añadidas incluso ocasionalmente (los *obiter dicta*), fueron valoradas y utilizadas como argumentos generales. La constatación del emperador ubicada en una chanza "*ego sum dominus mundi*" en D.14.2.9 será uno de los fundamentos para la doctrina de la vigencia universal del Derecho romano. Algo parecido se puede decir de principios como "*quod omnes tangit ab omnibus comprobari debet*" (C.5.59.5), "*princeps a legibus solutus*", "*quod principi placuit legis habet vigorem*", etc.²²

El comentario avanza en la interpretación de los textos incorporando a la explicación la misma glosa. El comentario de cada ley suele constar de los siguientes elementos:

.*divisio*: esquema del texto;

.*summa*: resumen o visión general de su contenido;

.*casus*: solución del caso hipotético contenido en la ley;

21. Cf. Jacqueline Hamesse (edit.), *Manuels, programmes de cours et techniques d'enseignement dans les Universités médiévales*, Louvain-la-Neuve 1994. Para nuestro propósito son de especial interés los siguientes estudios incluidos en esta obra: André Gouron, "L'enseignement du droit civil au XII^e. siècle: de la coutume a la règle" (pp. 183-199); Antonio García y García, "La enseñanza del derecho en la Universidad medieval" (pp. 201-234) y Gero R. Dolezalek, "Les glosses des manuscrits de droit: reflet des methodes d'enseignement" (pp. 235-255).

22. H. COING, *Europaisches Privatrecht* (supra n. 6), 42-43.

- .*expositio litterae*: explicación del sentido literal de la ley;
- .*notabilia*: aspectos o puntos importantes de la ley que había que tener en cuenta;
- .*oppositiones*: objeciones al sentido expuesto o dificultades que plantea;
- .*quaestiones*: problemas jurídicos que podían tener alguna relación con el texto a explicar.²³

Los juristas al examinar los textos buscan en ellos la *duplex interpretatio*: en primer lugar la *ratio decidendi* del caso particular (esta decisión es aceptada como norma vinculante para un caso de este tipo; rige el principio de la subsunción); en segundo lugar se busca también el principio general contenido en el pasaje analizado, aplicable a otros casos. Estos principios generales se deducen uniendo pasajes a veces con circunstancias completamente diferentes. Así, por ejemplo, el principio "*communis error facit ius*" (importancia de la apariencia jurídica) Bártolo lo deduce uniendo pasajes muy diversos (D.1.14.3 pr.; C.6.23.1; C.4.28.2).²⁴ Estas discusiones temáticas suelen tener lugar tomando pie de un pasaje determinado que se denomina "*sedes materiae*".

La búsqueda de las "rationes legis" llevó a los juristas a irse apartando cada vez más de la letra de la ley y de la glosa, buscando, por medio de la lógica aristotélica, una interpretación creativa de los textos romanos, orientada a la práctica.

En esta actividad intelectual de la *glosa y comentario*, surgen los otros géneros jurídico-literarios: *quaestiones*, *casus*, *comenta*, *notabilia*, *dissensiones domino-rum*, *brocarda*, *allegationes*, etc.

c) La Lógica, la Dialéctica, la Tópica

Para la construcción de la ciencia jurídica los juristas siguen unas reglas de pensamiento recogidas en la Lógica.

Entre las obras que recogen estas reglas destacan en la Edad Media las *Summulae logicales* de *Petrus Hispanus*, posteriormente papa Juan XXI (1210-1277) y en la Edad Moderna la de *Pedro Ramos* (1515-1572). Hay juristas que escriben obras

de lógica aplicada directamente al derecho, v. gr. Oldendrop (*Topica legalis*) y Everardo (*Topica legalis*).

Cramer (s. XVIII) define la lógica jurídica como la ciencia que dirige a la facultad cognoscitiva en el conocimiento de las verdades jurídicas:

"Quemadmodum Logica in genere scientia est, dirigendi facultatem cognoscitivam in cognoscenda veritate, ita iuridica in specie scientia est dirigendi facultatem cognoscitivam in cognoscendis veritatibus iuris".²⁵

En el conocimiento de las verdades jurídicas se distinguen tres estadios: los conceptos, las proposiciones y los raciocinios.

a') Elaboración de conceptos

El primer objetivo de una ciencia, y por consiguiente también de la ciencia jurídica, es la elaboración de conceptos. El concepto es definido como "similitudo objecti expressa in mente percipienti sine ulteriore affirmatione aut negatione".²⁶

Para la elaboración de los conceptos dispone la lógica medieval de los siguientes instrumentos:

l') Los *predicamentos* o categorías reales más generales que pueden predicarse de un ente y conforme a los cuales se pueden clasificar, ordenar y conocer. Se suelen definir como

"generis alicuius supremi et eorum que sub ipso continentur, naturalis dispositio seu series".

Están contenidos en el siguiente verso: "Arbor (*substantia*) sex (*quantitas*) servos (*relatio*) ardore (*qualitas*) refrigerat (*actio*) ustos (*passio*) ruri (*ubi*) cras (*quando*) stabo (*situs*) sed tunicatus (*habitus*) ero".²⁷

25. Citado por H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra n. 6), 47.

26. Leovigildo SALCEDO, "Logica", en: *Philosophiae Scholastica Summa Ad mentem Constitutionis Apostolicae "Deus Scietiarum Dominus"*, I, Biblioteca de Autores Cristiano, Madrid 1953, 83.

27. L. SALCEDO, "Logica" (supra n. 26), p. 90-93.

23. Estructuras similares de la articulación de la enseñanza pueden verse en los estudios citados supra nota 21 de A Gouron (p. 190), A. García y García (p. 215), G. Dolezalek (p. 248-254).

24. H. COING, *Europäisches Privatrecht* (supra n. 6), 48-49.

2') Los *predicables* o categorías conceptuales más generales son:

género: lo que se puede predicar de varios entes, v. gr. Cicerón es un *animal*;

especie: lo que se predica como esencia íntegra de un ente, v. gr. Cicerón es un *hombre*;

diferencia específica: la parte de la esencia del ente que lo distingue de otros entes, v. gr. Cicerón es un *racional*;

propiedad: la característica de un ente que necesariamente la tiene, pero que no pertenece a su esencia, v. gr. Cicerón tiene la capacidad de *reír*;

accidente: la cualidad que un ente puede tener o no tener, v. gr. Cicerón es *barbudo*.²⁸

3') La *doctrina de las causas*. Se suelen distinguir las siguientes causas de un ente: *material* (materia de que está hecho), *formal* (la forma de la que dependen sus cualidades), *eficiente* (quién lo ha creado) y *final* (cual es su finalidad). Los *Paratitla* de Lauterbach están contruidos siguiendo estrictamente el esquema de las causas.

Con los instrumentos anteriormente indicados se elaboran:

a') *Definiciones o nociones suficientes de un objeto*.²⁹

Los juristas se adhieren con gusto a las definiciones contenidas en el texto literal de las fuentes. Si no se contienen, se elaboran tratando de precisar los predicables y particularmente los predicamentos y causas del objeto a definir, tanto si se trata de un objeto material, como si es ideal.

b') *Divisiones*: Para la mejor comprensión de un concepto los juristas echan mano de la división o "*distributio totius in partes*".³⁰

Para efectuar las divisiones de un determinado objeto de estudio, los juristas medievales utilizan un género jurídico-literario, que les era muy caro, el de las

28. L. SALCEDO, "Logica" (supra n. 26), p. 93-97.

29. L. SALCEDO, "Logica" (supra n. 26), p. 107-113.

30. L. SALCEDO, "Logica" (supra n. 26), 113-116.

"*distinciones*", es decir, delimitar los diferentes sentidos que puede tener un vocablo. Lo utilizan sobre todo para interpretar los pasajes jurídicos con contradicciones manifiestas. La armonización de los textos en que aparece el concepto "*dominium*", como ha demostrado H. Coing, se resuelve mediante la formación correspondiente de distintas subclases de propiedad.³¹

En la utilización de todos los pasajes que aparece el correspondiente término, no tiene ninguna importancia las fronteras sistemáticas y objetivas de nuestra dogmática actual. Así, por ejemplo, para la teoría del *fraus legis* se remite a los textos de *agere in fraudem creditorum*.³²

b') *Elaboración de juicios*

Santo Tomás define el juicio como "operatio intellectus secundum quam componit et dividit afirmando et negando".³³

Entre las diversas clasificaciones que los medievales hacen de las proposiciones la más importante es la que pone en relación dos proposiciones desde el punto de vista de la afirmación-negación y de la universalidad-singularidad, resultando los siguientes tipos de proposiciones:

1') *Contradictorias*: universal afirmativa (todo cuerpo es pesado) particular negativa (algún cuerpo no es pesado) y universal negativa (ningún cuerpo es pesado) particular afirmativa; (algún cuerpo es pesado). Una de las dos proposiciones contradictorias tiene que ser verdadera o falsa, ya que no pueden ser a la vez las dos verdaderas o falsas.

2) *Contrarias*: universal afirmativa (todo cuerpo es pesado) universal negativa (ningún cuerpo es pesado). Dos proposiciones contrarias no pueden ser a la vez verdaderas, pero sí falsas.

3) *Subalternas*: universal afirmativa (todo cuerpo es pesado) singular afirmativa (algún cuerpo es psado) y universal negativa (ningún cuerpo es pesado) singular

31. Helmut COING, "Zur Eigentumslehre des Bartolus", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 70 (1953) 348-371.

32. H. COING, *Derecho Privado Europeo* (supra n. 6), 43.

33. Citado por L. Salcedo, "Logica" (supra n. 26), 119.

negativa (algún cuerpo no es pesado). Si la universal es verdadera lo es también la singular, pero no al revés; de la falsedad de la particular se sigue la falsedad de la universal.

4) *Subcontrarias*: singular afirmativa (algún cuerpo es pesado) singular negativa (algún cuerpo no es pesado). Una de las dos proposiciones es verdadera y la otra falsa.³⁴

c') *Raciocinio*

El raciocinio es la actividad intelectual mediante la cual uniendo varias proposiciones se llega a la conclusión de nuevas proposiciones.

El instrumento típico del raciocinio o de la argumentación es el *silogismo*. Los medievales redujeron a 19 las diversas formas de construir silogismos, ordenadas en cuatro categorías y precisaron sus respectivas reglas, la conversión de unas en otras, temas en los que no vamos a entrar.³⁵

Este instrumento fue muy utilizado por los juristas. Juan Bautista Cacialupi lo define del siguiente modo: "Argumentum est ratio sive demonstratio rei dubie faciens fidem..., omnis bona ratio et quidquid fidem facit potest dici argumentum".³⁶ Por este procedimiento los juristas consiguen demostrar proposiciones que de por sí no son evidentes, como rezan los siguientes principios "ratio quae rei dubiae facit fidem", "arguendo et disputando veritas invenitur".

Los principales tipos de argumentos que utilizan los juristas medievales se basan en:

- *ab definitione*: de la definición de un concepto tratan de sacar las consecuencias en él implicadas;
- *ab ethimologia*: lo mismo tratan de conseguir analizando el origen etimológico del vocablo, aduciendo a veces etimologías verdaderamente peregrinas;

34. L. SALCEDO, "Logica" (*supra* n. 26), pp. 117-140.

35. L. SALCEDO, "Logica" (*supra* n. 26), pp. 141-175.

36. Editado por Severino Carpioli, "De «modis arguendi» scripta rariora: 5. Joannis Baptista de Caccialupis opusculum", *Studi Senesi* 77 (1965) 355-414; la definición en p. 358.

- *a causis*: tratan de precisar las distintas causas de un concepto (material, formal, eficiente y final) y sacar las consecuencias pertinentes ya que "cesante causa cessat effectus";

- *ab analogía*: las normas de una institución las aplican a otra análoga, v. gr. las de la enfiteusis al "feudum" y las de éste al mayorazgo; para la explicación de un texto acuden con frecuencia a la confección de textos paralelos que inician con la expresión "concordat" y con la utilización de argumentos "a simili";

- *ab auctoritate*: se alegan series concatenadas de citas de diversos autores a través de las cuales es difícil a veces precisar el pensamiento del autor que hace las citas; los géneros de la *communis opinio* y de las *dissensiones dominorum* tratan de recopilar opiniones conformes y divergentes y precisar el valor de las mismas;

- otros: *a contrario sensu*, *a maiori*, *a minori*, *ab absurdo*, etc.³⁷

El género jurídico-literario específico de la argumentación es el de las *quaestiones* (*quaestiones legitimae*, *quaestiones de facto*, *questiones ex facto emergentes*, etc.) y de las *disputationes* (*quaestiones disputate*). En este género se fija una proposición, se exponen los argumentos a favor y en contra, se da respuesta a argumentos contrarios, se añade alguna limitación o ampliación a la proposición, se establecen nuevos argumentos a favor y en contra, y se responde a los argumentos contrarios y finalmente se elabora la conclusión.³⁸

3. El Derecho es un arte

Para los juristas la norma ciceroniana "*ius in artem redigere*" es una exigencia válida al menos hasta el siglo XVII.

37. Varios juristas medievales escribieron diversos tratados sobre el modo de argumentar que han sido editados por Severino Caprioli, "De «modis arguendi» scripta rariora: 1 Dini opusculum", *Studi Senesi* 75 (1963) 30-56; Idem, "De «modis arguendi» scripta rariora: 2 Raineri summa super modo arguendi", *Studi Senesi* 75 (1963) 107-190; Idem, "De «modis arguendi» scripta rariora: 3 Opusculum quod «de variis modis arguendi [...] secundum Ioannem Andree et Iacobum de Arenis inscribitur» y «4. Lecturae cuiusdam reliquiae londonenses», *Studi Senesi* 75 (1963) 230-253; Idem, "De «modis arguendi»" (*supra* n. 36). En estas obras se recogen 209 tipos de argumentos diferentes.

38. Para este género cf. los estudios, especialmente de M. Bellomo y F. Martino, incluidos en Manlio Bellomo (edit.), *Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert*, Schriften des Historischen Kollegs Kollegs Kolloquien 38, München 1997.

Eso quiere decir que la ciencia jurídica tiene que presentar los conocimientos de una materia determinada, resumidos en proposiciones ordenados bajo puntos de vista objetivos.

Esta finalidad es perseguida sobre todo en el género jurídico-literario de las *sumas* (exposición sistemática de una parte o toda una obra legal) y *tratados* (exposición de una materia).

En la presentación de estas proposiciones se pueden seguir fundamentalmente dos métodos:

1) *El método aporético*: consiste en el análisis de problemas particulares; durante la vigencia del "lus Commune" es el sistema más utilizado.

2) *El método sistemático*: en él se trata de exponer la materia de acuerdo con un sistema ordenado; durante la vigencia del "lus Commune" al parecer fue poco utilizado, y en todo caso lo fue menos que el método aporético o casuístico. El método sistemático será propugnado por la Lógica de Pedro Ramos, por los humanistas y, por influjo del cartesianismo, triunfará en la Ilustración y en la codificación.

4. Actualidad del *ius commune*

Con lo expuesto hasta aquí no quiero abusar más de vuestra paciencia y doy por terminada esta disertación. La conclusión que quisiera sacar de ella es que en la construcción del nuevo derecho europeo:

1) El antiguo "ius commune" puede ser nuestro modelo. Si durante más de siete siglos existió un derecho y una cultura jurídica comunes en que se enmarcaban los derechos propios de los distintos territorios, también ahora podrá existir un *derecho común europeo* en el cual se enmarquen los diversos derechos nacionales y autonómicos.

2) En esa tarea los juristas tenemos que recuperar el protagonismo que nuestros antepasados tuvieron en la elaboración del "lus Commune". No podemos conformarnos con ser meros intérpretes pasivos de la ley, sino que también debemos ser verdaderos creadores del derecho.

Como en aquel momento Cataluña tuvo un puesto privilegiado (Vidal de Canellas, Raimundo de Peñafort, Poncio de Lérida, etc. lo testimonian) también ahora lo debe tener por su situación geográfica, por su tradición cultural y por su talante europeo.

Este es un reto que tienen sobre todo Vdes. los juristas jóvenes.

Esa edad dorada fue la época del “Ius Commune”, precisamente el tema de la presente disertación titulada “El ius commune: artificio de juristas”, cuya exposición dividiré en dos partes. En la primera expondré que es lo que yo entiendo por “ius commune” y en la segunda, cómo ese “ius commune” es un artificio de juristas.

I. ¿Qué es el Ius Commune?²

1. Concepto

¿Qué se entiende por Derecho Común? A primera vista parece que es algo en lo que todos debemos estar de acuerdo, algo que se sobreentiende, pero –como diría Calasso– eso es sólo una ilusión.³

“El Derecho Común –manifestaba yo en otra sede– es el fenómeno cultural más importante de la historia de España y de Occidente, tanto por su duración, como por su extensión geográfica y su intensidad. Por su duración, porque se inicia en el siglo XI/XII, al que no afectó un cambio cultural tan profundo como el producido en el siglo XVI con la división de la cristiandad occidental, y se prolonga hasta la actualidad. Por su extensión geográfica, porque está presente en todos los países de la mitad occidental del continente europeo y de sus respectivas antiguas colonias. Por su intensidad, porque el Derecho común ha configurado la mentalidad y organización de la sociedad en las diversas épocas y países, ya que no ha permanecido estático, sino que ha sabido adaptarse a las necesidades sociales de cada momento. Los glosadores, primero, y los comentaristas, después, a base sobre todo de los textos recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* y en el *Corpus Iuris Canonici* construyeron un sistema jurídico completo, con soluciones para todos los problemas que podía plantearles entonces la sociedad, adaptando la interpretación de los textos a las circunstancias del momento en que vivían”.⁴

2. Muchas de las ideas que expongo en este apartado las explico con más detalle en “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, *Rivista internazionale di diritto comune* 3 (1994) 43-89.

3. Francesco CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, 33.

4. “Planteamiento y objetivos del Simposio internacional “España y Europa, un pasado jurídico común”, en: Antonio Pérez Martín, *España y Europa, un pasado jurídico común*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia 26/28 de marzo de 1985), Murcia 1986, 16-17.

En definitiva, a los efectos de esta exposición, entiendo por Derecho Común la cultura jurídica que se enseña y se cultiva en las Facultades de Derecho y en líneas generales rige en todos los países de la Europa Central y Occidental (y en sus colonias) desde el siglo XII al XIX. Está integrada tanto por los textos legales incluidos en ambos *Corpora Iuris* como por la literatura jurídica basada en ellos. Es la misma cultura jurídica que está en la base de los ordenamientos jurídicos vigentes actualmente en Europa. De ahí que al “ius commune” se le pueda asegurar una nueva vida en la construcción de la Nueva Europa.

2. Evolución del “Derecho Común Europeo”

Pero el Derecho Común no es algo estático, abstracto, sino que es algo dinámico, conectado con la historia. Se trata de un fenómeno europeo que no conoce límites geográficos o étnicos de principados o pueblos, cuya historia no se puede confundir con la de los derechos nacionales, sino que en ellos encuentra la historia de sus alteraciones, derogaciones y limitaciones de su aplicación, es decir, de su progresiva nacionalización o, en otras palabras, la crisis que lo condujo a su desaparición.⁵

a) El más antiguo Derecho Común

El “ius commune” se inicia con los glosadores, en conexión estrecha con los textos jurídicos de la antigüedad; continúa con los comentaristas, con quienes se inicia un cierto alejamiento de dichos textos y una marcada orientación a la práctica; y se consuma en el *usus modernus Pandectarum*, período en que va cediendo su puesto privilegiado a los “iura propria”. El “ius commune” se identifica básicamente con la corriente denominada “mos italicus” y también “bartolismo”.⁶

5. Giuseppe ERMINI, *Corso di Diritto Comune, genesi de evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, I, 3ª edic., Milano 1962, VII-VIII.

6. Sobre el desarrollo del antiguo Derecho Común las obras clásicas son: Friedrich Carl von SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, I-VII, ed. facs. Bad Homburg 1961; Helmut COING (dir.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I ss., München 1973 ss.; *Ius Romanum Medii Aevi*, Mediolani 1961 ss. Una exposición manual con bibliografía puesta al día se contiene en Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma 1995; Helmut COING, *Derecho Privado Europeo, I, Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Traducción y apóstilas de A. Pérez Martín, Madrid 1996.