

BREVES REFLEXIONES ACERCA DEL ENSAYO DE PETER STEIN: *ROMAN LAW IN EUROPEAN HISTORY*

ANA MOHINO MANRIQUE *

El profesor Peter Stein, Emeritus Regius Professor of Civil Law en la Universidad de Cambridge, ha publicado recientemente un ensayo ¹, en el que pone, en orden y en claro, su visión general acerca de la importancia que han tenido las construcciones jurisprudenciales del Derecho romano en la historia jurídica de nuestro viejo continente. Su lectura ha suscitado en mí algunas reflexiones que pretendo exponer conjugándolas con otras consideraciones tomadas de quienes se han ocupado también de esta trascendental y atemporal cuestión.

Desde su condición de estudioso y reconocido especialista en Derecho privado, el Profesor Stein cuenta en su trayectoria académica y científica con una importante dedicación al Derecho romano. Presente en jornadas científicas romanísticas, organizador de importantes congresos de Derecho romano y editor de algunas publicaciones en las que se recogen ponencias y comunicaciones que constituyeron el valioso contenido de encuentros sobre la elaboración de un Derecho unificado europeo ². Tiene así una sólida formación iusprivatista, histórica y comparada que le dota de las condiciones adecua-

* Profesora Asociada de Derecho Romano. UNED.

¹ Vid. Stein, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, págs. 137. En adelante P. S. *Roman Law*....

² Vid. en este sentido, *Incontro di studio su Il futuro Codice Europeo dei contratti*, Pavia 20-21 ottobre 1990, a cura di Peter Stein, Milano, 1993, 267 pp.

das para abordar este importante estudio que comprende un arco histórico, tan extenso, que coincide con el de la misma historia de la ciencia jurídica europea.

Los prudentes romanos en su técnica jurisprudencial y casuística, elaboraron un derecho que ha sido admirado y tomado como modelo por todos los que se han dedicado al estudio de la ciencia jurídica a lo largo de los siglos y que desbordando el derecho se ha convertido en uno de los pilares de la propia cultura europea.

En este sentido Schulz, en su obra *«Los principios del derecho romano»*, señalaba que éstos constituían las ideas fundamentales, en materia de derecho y justicia, de aquellos romanos que se ocupaban de la producción del derecho. De esta manera, los principios en que se basaron los juristas nunca fueron plasmados por escrito ni expresados con carácter general, por lo que deben ser reconocidos necesariamente en los escritos de los juristas y en los hechos singulares de la historia jurídica³. Así, los principios que se han presentado como una constante, han seguido una evolución histórica que refirió Ihering en su obra *«El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo»*⁴ y de la que partió Schulz, en el estudio citado, demostrando su indubitada permanencia en los derechos nacionales europeos.

Peter Stein realiza un sucinto sumario —no podía ser de otra forma por la amplitud del objeto analizado— sobre el influjo del Derecho romano en el derecho europeo, a través de los cuales nos lleva en progresión cronológica desde el Código decemviral hasta el proceso de codificación europeo en el siglo XIX y la realidad unificada que estamos en vías de alumbrar.

Ofrece Stein una exposición simultánea de la progresiva configuración del Derecho romano junto con la continua transformación de las estructuras políticas de Roma hasta la cristalización en el Dominado o Imperio. Analiza el contenido de las XII Tablas como primera

³ Cfr. Schulz, F., *Principios del Derecho Romano*, trad. Velasco, A., Madrid, 1990, pág. 24.

⁴ Vid. Ihering, R. Von, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Príncipe y Satorres, E., Granada, 1998.

expresión pública de lo que se consideraba el *ius*, destacando que en este texto se contenían no sólo los principales usos jurídicos del pueblo romano, sino también la seguridad jurídica del ciudadano frente a la ley⁵. Pone también de manifiesto cómo la idea romana de que la *lex* debía servir para atender a las necesidades de la vida ordinaria, tal como había ocurrido desde tiempo inmemorial, llevó a una interpretación extensiva de su concepto, sobre todo, a través de la labor desempeñada por los pretores, en su misión de *iurisdictio* que encauzaba el proceso como forma de dirimir los conflictos que se planteaban entre particulares⁶.

En el desarrollo de su historia jurídica, el pueblo romano ofrece, ya en la República, un intento de resolver la necesaria incorporación de los nuevos pueblos conquistados, al establecer, con su típico espíritu pragmático, un doble orden jurídico, de un lado, aquel aplicable únicamente a los *cives* y de ahí su denominación, *ius civile*, de otro, aquel que se encontraba en el derecho de todo pueblo civilizado y que se denominó *ius gentium*. Este último ha sido comúnmente considerado como uno de los precedentes de la común cultura jurídica europea.

Asimismo, destaca Stein⁷ la labor llevada a cabo por los juristas, *iurisprudentes*, de la época clásica, como principales impulsores del proceso de configuración jurídica de las instituciones al resolver, con sus *responsa*, fundamentados en la prudencia y la equidad, los problemas que se planteaban entre ciudadanos en la vida ordinaria. En este sentido d'Ors afirma que «el valor fundamental del Derecho Romano no está en la tradición europea del mismo, sino en ofrecernos una lección universal, siempre fecunda, siempre renovada, de cómo la vida del Derecho es obra de prudencia jurídica»⁸. Esta importante labor fue recogida siglos más tarde por Justiniano en la parte principal de su Compilación, el Digesto, y que junto al resto, Instituciones, Código y Novelas, ejerció una influencia decisiva en la posterior labor legislativa de las distintas naciones europeas.

⁵ P. S., *Roman Law...*, cit., págs. 3-6.

⁶ P. S., *Roman Law...*, cit., págs. 8ss.

⁷ P. S., *Roman Law...*, cit., págs. 16ss.

⁸ Vid. d' Ors, A., «Los romanistas ante la crisis de la ley», en *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, pág. 18.

Partiendo del siglo VI, Stein examina, sucintamente, la evolución del Derecho romano en el occidente europeo dominado por los bárbaros tras la caída de esta parte del Imperio en el año 476. No obstante, estos pueblos poseyeron leyes propias en las que la influencia romana, a través de los textos de la Compilación, fue determinante de su contenido.

Durante el Medioevo merece destacarse la labor de la Iglesia como garante de la tradición jurídica romana, ya que como el derecho personal de la Iglesia, se inspiró en gran medida en el Derecho romano. Así, conforme los problemas a los que debía enfrentarse la Iglesia se hacían más complejos, las referencias al Derecho romano se incrementaban, recogiendo las materias más relevantes en colecciones particulares tales como la «*Lex Romana canonice compta*» del siglo XI. De este modo, la Iglesia se constituyó en el instrumento a través del cual el conocimiento de la legislación romana llegó a lo más remoto de Europa donde las instituciones romanas habían desaparecido con la caída del Imperio.

El redescubrimiento del Digesto de Justiniano a fines del siglo XI, produjo un resurgimiento de la cultura legal ya que aquél se configuró como el principal depósito de casos de los que, por abstracción, se extrajeron reglas, máximas y razonamientos jurídicos, que se formularon a través de la labor doctrinal, digna de encomio, de las escuelas dedicadas al estudio del Derecho⁹. Éstas, según Stein, se iniciaron en Pavía, aunque tuvieron su máximo exponente en Bolonia, a través de la labor de interpretación y comentario, la *ratio legis*, realizada por los glosadores sobre los textos contenidos en el Digesto. A este respecto García Garrido comparando los juristas medievales a los jurisconsultos romanos considera que se diferenciaban no sólo en su origen social sino también en los métodos utilizados. Así considera que «El glosador era un docente que ante la falta de un sistema jurídico, en la anárquica aplicación de los derechos locales, se propone desarrollar un derecho universal mediante la aplicación de los principios jurisprudenciales del Digesto»¹⁰.

⁹ Vid. por todos Calasso, F., *Medio Evo del diritto*, 1954; Fasoli, G., *Per la storia dell'Università di Bologna nel Medioevo*, 1970; Arnaldi, G., *Le origini dell'Università*, 1974; y, Bellomo, M., *Saggio sull'Università nell'età del diritto commune*, 1979.

¹⁰ García Garrido, M. J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 9.ª ed., 2000, págs. 133-134.

Destaca Stein —como ya hemos señalado—, la influencia que el estudio y configuración del *ius civile*, entendiendo por tal el Derecho romano aplicable como derecho supletorio, tuvo en el Derecho canónico, en su intento de conformarse este nuevo ordenamiento como un cuerpo de textos semejante al *corpus* justiniano¹¹. De este modo, el Derecho canónico se convirtió junto al *ius civile* en objeto de estudio en Bolonia, iniciándose la labor de los decretalistas con Graciano, que intentaban armonizar los preceptos canónicos, procedentes en su mayoría de pasajes de la Sagrada Escritura, con decisiones de los concilios de la Iglesia, opiniones de los Padres de la Iglesia, decisiones —decretales— de los Papas y fragmentos de Derecho romano. A pesar de la inicial resistencia de los civilistas ortodoxos que mantenían la superioridad de su disciplina, se impuso, a fines del siglo XII, la existencia de un Derecho canónico, como disciplina separada del Derecho civil, si bien reconociendo la necesaria aplicación del Derecho civil en aquellas materias jurídicas no previstas en la ley canónica siempre que no estuviesen en contradicción con ella. No obstante, García Garrido señala que los canonistas legislaron también para el fuero externo y llegaron a nuevas doctrinas y decisiones que se apartan de las romanas y que tienen una gran influencia sobre el nuevo derecho¹².

A principios del siglo XIII los decretalistas realizaron un enorme esfuerzo a fin de dilucidar los efectos legales precisos de los cánones, incluso en sus aspectos sacramentales, mediante su comparación con el Derecho romano. A lo largo del siguiente siglo se realizaron varias compilaciones de decretales de los Papas, de entre las que destaca la promulgada en 1234 por el Papa Gregorio IX y editada en nuestro país por el dominico San Raimundo de Peñafort. Así, a fines del siglo XIV la Iglesia había logrado elaborar lo que se llamó el *Corpus Iuris Canonici* en clara sintonía, terminológica y de contenido, con el *Corpus Iuris Civilis* justiniano. Este influjo mutuo entre *ius civile* y *ius canonici* ha sido analizado por Wieacker que expone con solidez la paulatina configuración del *ius commune* y su posterior influencia en

¹¹ P. S., *Roman Law...*, cit., pág. 49.

¹² Hace, asimismo, referencia expresa a las VII Partidas ya que «se trata de una obra de recepción del Derecho romano con influencias canonistas que ha desempeñado la mayor influencia en la pervivencia de la tradición romana». Vid. García Garrido, M. J., cit., pág. 135ss.

el proceso de elaboración y unificación del derecho en Europa¹³. De este modo, en el siglo XIV los dos derechos empezaron a caminar unidos bajo la expresión *utrumque ius*, como bifronte manifestación de dos aspectos de lo que para muchos era un único derecho, el *ius commune* vigente en toda Europa. A partir de este momento ambos cuerpos legales a través de su estudio por los comentaristas en Bolonia ejercerán una gran influencia en el resto de Europa, no sólo en la legislación sino también en la vertiente procedimental.

A pesar de que el Derecho civil romano había empapado la cultura europea, dotándola de categorías, métodos de razonamiento legal y formas de argumentación sólidas, destaca Stein cómo la fuerte influencia de las costumbres locales modificó paulatinamente, con la práctica, la aplicación del Derecho civil e incluso del Derecho canónico en Europa. Es digno de ser recordado, cómo la expresión *Corpus omnis Romani iuris* fue empleada por primera vez por Tito Livio en referencia a las XII Tablas, si bien hasta los inicios de la Edad Moderna la Compilación de Justiniano no recibe tal denominación, contrastando con el otro gran cuerpo jurídico, el *Corpus Iuris Canonici*, que es como se identificó el conjunto del Derecho de la Iglesia desde 1580¹⁴. De este modo en el siglo XII el Derecho civil romano se convirtió junto al Derecho canónico y la Teología en parte de la cultura común cristiana, compartida por quienes ocupaban posiciones de autoridad, tanto laicas como eclesiásticas. Así, podemos hablar de una europeización de la cultura con base en el Derecho civil romano.

Según d'Ors, el *Corpus Iuris* bizantino refrendado por la enorme autoridad del emperador Justiniano ocupaba en la mentalidad universitaria medieval un lugar muy destacado, siendo comparado, en el ámbito jurídico, a la Sagrada Biblia en el sentido de considerarlo libro de revelación jurídica que debía ser conservado, interpretado, divulgado, respetado, e incluso venerado. De ahí, la facilidad con la cual el método escolástico se aplicó por igual a la Teología y al Derecho, tanto en Santo Tomás como en Bártolo¹⁵, tal como destaca el propio Stein.

¹³ Vid. Wieacker, F., *A history of private Law in Europe*, trad. ingl. Weir, T., Oxford, 1995, págs. 47ss.

¹⁴ Vid. Livio, *Ab urbe condita*, 3, 34, 6.

¹⁵ Cfr., d'Ors, A., *Filología y Derecho Romano*, Sociedad Española de Estudios Clásicos, Madrid, 1964, pág. 200. En el mismo sentido en su escrito «Ius

También realiza Peter Stein ¹⁶, una breve, aunque detallada, exposición de la influencia de la ley romana en los nuevos Estados que fueron surgiendo en Europa. Es en este espíritu en el que se entiende que Poncelet en su historia del Derecho civil en Francia escriba «Se argumentaba como justo título el Derecho Romano, porque era la ley de una gran parte de Francia; porque la Iglesia lo había mantenido por sus Decretales; porque los reyes habían introducido y reglamentado su enseñanza, mucho antes de que instituyeran la enseñanza del derecho francés mismo; porque numerosas costumbres lo invocaban como ley supletoria; porque casi todas las costumbres lo habían imitado en alguna de sus instituciones; porque, según una tradición, los primeros reyes de Francia, habían sucedido en las Galias a los derechos soberanos de los emperadores de Roma; porque él era, en fin, la razón civil más sabia y más completa» ¹⁷. Inicia esta exposición con una sección dedicada a los comentaristas y a su principal figura Bártolo de Sassoferrato, por su importancia en la elaboración de un cuerpo de normas adecuado a la realidad social.

A partir del siglo XIV, el *ius commune* consolidó su posición como parte de la cultura común cristiana en Europa. Clavero afirma que el «*utrumque ius* en cuanto que 'derecho común' se presentará más como un fenómeno cultural, de confines no precisos, compartido en diverso grado (...) que como un sistema normativo definido, que como tal pudiera aplicarse en cada territorio conforme al lugar que se le otorgue o reconozca respecto a su derecho particular» ¹⁸. Respecto a la consideración del *ius commune* como instrumento de intercomunicación cultural, Fdez. Barreiro señala que en su difusión no sólo influyó su origen jurisprudencial sino también el hecho determinante de que fueron los juristas sus agentes portadores los cuales configuraron en los distintos espacios político —territoriales un nuevo orden jurídico— normativo que los poderes públicos se

Europaeum?», en *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano, 1954.

¹⁶ P. S., «*Roman Law...*», cit., págs. 71ss.

¹⁷ Vid. Poncelet, F. F., Westoby, W. A. S., *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, trad. Pardo Unanua, E., Zaragoza, 2000, pág. 79.

¹⁸ Cfr. Clavero, B., *Historia del Derecho Común*, Salamanca, 1994, págs. 43ss.

limitaron a sancionar oficialmente ¹⁹. Explica Stein ²⁰ porqué la ley y la religión estaban tan íntimamente unidos en la mentalidad y textos del final de la Edad Media. Desde fines del siglo XV el *ius commune* desarrollado por los bartolistas tuvo una gran influencia en toda Europa. Así, fueron creadas nuevas Universidades y nuevos juristas fueron formados en su enseñanza tradicional. Por otra parte y de forma simultánea, conforme el derecho común se iba adaptando a los problemas de sus contemporáneos, los derechos nacionales fueron alejándose de la «ley de Justiniano» de la que derivaba su autoridad. Se inicia paralelamente una nueva corriente de pensamiento y una nueva orientación en el estudio de los textos jurisprudenciales romanos, propugnada por la escuela humanista a fines del siglo XV, que convencida de la perfección de la época clásica, propuso un nuevo estudio de los textos que los rescatase de las alteraciones introducidas en los mismos tanto en la época postclásica como sobre todo por las interpolaciones de los compiladores que se vinieron en denominar *emblemata Triboniani* ²¹.

A través del estudio de las respuestas de los prudentes de la etapa clásica los humanistas consideraron que su derecho podía ser estudiado del mismo modo que otras disciplinas científicas, esto es, procediendo lógicamente de lo universal a lo particular.

La diferente visión que del estudio del Digesto de Justiniano ofrecieron los juristas de los siglos XIV-XV se resume en dos maneras diferentes de aproximarse a su análisis. Así, unos quisieron destacar que, por su brillantez y perfección, es digno de estudio en sí mismo, sin intención alguna de aplicación forense —*mos gallicus*—, otros, por el contrario, insistieron sobre todo en su vigencia y supervivencia como derecho aplicable en los Tribunales —en condición de derecho supletorio—, posición adoptada sobre todo por los bartolistas y que

¹⁹ Vid. Fdez. Barreiro, A., *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*, Granada, 1998, págs. 61ss.

²⁰ P. S., «*Roman Law...*», cit., pág. 74.

²¹ García Garrido afirma a este respecto que «Aunque los humanistas no llegaron a crear una Historia del Derecho, mediante el estudio de las antigüedades jurídicas dieron al estudio del derecho romano carácter científico y crearon un derecho profesoral exclusivo de un grupo de sabios alejados de la gran masa de los juristas». García Garrido, M. J., cit. pág. 139.

se conoció como *mos italicus*. A los comentaristas les atribuye Koschaker el mérito de haber fundado la ciencia del Derecho como ciencia eminentemente europea con base en el Derecho romano por su valor cultural y su relación con el imperio de occidente como poder y representación de Europa y a los humanistas les reconoce su valiosa aportación a la ciencia del derecho ya que aunque el concepto moderno se debe a Savigny «Lo que los humanistas crearon no fue otra cosa en realidad, que antigüedades jurídicas, pero precisamente por la profunda exégesis que hicieron de múltiples pasajes... contribuyeron a la inteligencia de las fuentes del Derecho romano de modo eficacísimo»²².

En este sentido, García Garrido señala que las obras de comentarios cierran el ciclo del derecho medieval y marcan el tránsito hacia el derecho moderno²³.

Stein hace una puntual referencia a la relación entre el Derecho civil y el Derecho natural al hilo de los problemas planteados por la conquista de nuevos territorios más allá de Europa²⁴. Con base en el *ius gentium*, Francisco de Vitoria, dominico profesor de Teología en Salamanca, intentó crear un derecho aplicable a las relaciones con estos pueblos, basado no tanto en las creencias religiosas como en la propia naturaleza humana. Asimismo, realiza un breve análisis de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho internacional como necesidad surgida de la aparición durante el siglo XVI de diversas naciones-estado. Como afirma Schulz la idea de nación como comunidad políticamente separada, con un destino político, histórico y cultural de lazos de cohesión común fue ya conocida por los romanos, en el sentido de creación y civilización unitarios, recogidos en expresiones como «soy un ciudadano romano» o «ser romano garantiza la seguridad personal» entre otras, que demuestran la pertenencia

²² Vid., Koschaker, P., *Europa y el Derecho Romano*, trad. Santa Cruz Teijeiro, J., 1955, págs. 174 y 148.

²³ Añade: «En la creación de un sistema jurídico, supieron superar las contradicciones entre el derecho romano y el canónico, entre el derecho común y los derechos regionales y convirtieron la glosa en el instrumento profesional del jurista». Vid. Gacía Garrido, M.J., «El Derecho Romano y la Historiografía Jurídica del siglo XIX», BFD n.º 14, 1999, págs. 76-77.

²⁴ P. S., *Roman Law...*, cit., págs. 94-96.

cia a un pueblo común que tiene su culminación en el gran Imperio romano²⁵.

Como realidad más próxima en el proceso de la progresiva configuración del Derecho privado europeo destaca Stein la indudable influencia del Derecho romano en los derechos nacionales y en las codificaciones llevadas a cabo durante los siglos XIX y XX²⁶. En este sentido considera que el predominio de los derechos locales en la Europa del siglo XVII sólo pudo ser superado a través de la consideración del Derecho civil como Derecho natural, aplicable a todos los pueblos por encima de sus luchas y antagonismos, tal y como defendió la Escuela Holandesa de los siglos XVII y XVIII, representada, entre otros, por Grocio y Vinio. A este propósito afirma Zimmermann «En cierto modo, los juristas romano-holandeses, combinando estas dos corrientes principales de la tradición (*mos italicus/mos gallicus*), consiguieron rejuvenecer al *ius commune* en un momento en que el *mos italicus* estaba fosilizado y el *mos gallicus* había alcanzado un estado tal de alambicamiento meramente historicista que las más de las veces aparecía desprovisto de cualquier sentido práctico. En otras palabras, los juristas romano-holandeses vigorizaron el *mos italicus* sobre la base de las enseñanzas humanistas proporcionadas por el *mos gallicus*. Con ello, provocaron una modernización del derecho romano que aseguró su supervivencia en Alemania hasta finales del siglo XIX y en Sudáfrica hasta el día de hoy»²⁷.

En el siglo XVIII el Derecho civil romano se integra en el movimiento del siglo de las luces. La ley natural racionalista proclamaba que un completo cuerpo legal, podía ser establecido simple y racionalmente sin los complejos problemas existentes. Tales reglas vendrían a consolidar los poderes de los Príncipes, mediante la aplicación uniforme en todos los territorios de un complejo de normas procedentes del Derecho romano y de la costumbre local. Así, la expresión derecho romano como derecho culto y civilizado se convertirá en equivalente a la de Derecho civil hasta la codificación.

²⁵ Cfr. Schulz, F., cit., págs. 133ss.

²⁶ P. S., *Roman Law...*, cit., págs. 104ss.

²⁷ Cfr. Zimmermann, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2000, pág. 99.

Concluye con un pormenorizado análisis de la codificación en Francia²⁸, Austria y Alemania²⁹, a través de la pandectística y la Escuela Histórica alemana, representada por Savigny, y destacando también las figuras de Ihering y Windscheid. Asimismo, realiza una breve referencia a la influencia del Derecho romano en la Inglaterra del siglo XIX³⁰.

En relación con el proceso codificador en Europa, Zimmermann³¹ señala que esta tendencia nacional se vio contrarrestada por tres factores capitales:

1. Las modernas codificaciones respondían hasta esa fecha a la misma tradición jurídica. Ni el *Code civil* francés ni el *ABGB* fueron concebidos como codificación de un específico derecho nacional francés o austríaco, sino que más bien albergaban una pretensión universal. Lo mismo vale, a su entender, para el *BGB*, aun cuando éste estaba imbuido por un movimiento de fervor nacional.

2. La existencia de una tradición común subyacente en las modernas codificaciones contribuyó también a la permanencia de

²⁸ Los redactores del Código Civil francés tuvieron a su alcance la obra realizada por Pothier que desde su juventud se propuso el objetivo de reducir tanto el Derecho romano como el derecho consuetudinario a un orden racional y útil. Así, los redactores del Código sobre esta base no «se limitaron a compilar, escoger, revisar, su tarea fue más difícil y más grande. Fueron llamados a encadenar, por una transición sin sacudidas, el presente y el pasado; a conciliar todos los intereses sin doblegar ningún derecho...». Vid. Poncelet, F. F., *Historia del Derecho Civil en Francia*, cit., pág. 85.

²⁹ Un análisis pormenorizado de la codificación se encuentra en el artículo antes mencionado de García Garrido. Cfr. García Garrido, M.J., «El Derecho Romano...», cit., págs. 81ss.

³⁰ No es posible por la brevedad de este artículo detenernos en este punto pero es indudable la influencia del Derecho romano en los países de *Common Law* y así lo han puesto de manifiesto no sólo Stein en este breve ensayo sino también otros autores como Westoby en su obra *Legislación inglesa en materia civil, Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, cit., págs. 89ss.; Buckland y McNair en su obra *Derecho Romano y Common Law*, trad. Cremades, I., Madrid, 1994; y, Zimmermann en su obra *Estudios de Derecho Privado Europeo*, cit., págs. 161ss. donde analiza el carácter europeo del derecho inglés.

³¹ Vid. Zimmermann, R., cit., págs. 59ss.

una red de contactos intelectuales entre los distintos ordenamientos jurídicos.

Afirma Zimmermann que aunque el Código civil francés tuvo influencia en diversas partes de Europa, incluso después de la caída del imperio napoleónico perdió su predominio a favor de la pandectística alemana que desde fines del siglo XVIII fue condicionante de todas las realidades iusprivatistas europeas desde Suecia hasta Italia, incluyendo Austria y Suiza e influyendo en la propia doctrina y tradición civilista francesa.

3. Por último, la aparición del Derecho comparado como disciplina jurídica autónoma durante el siglo XIX, ha proporcionado una rica fuente de inspiración al legislador de las dos últimas centurias.

Llama la atención el hecho que Stein no haya hecho referencia expresa a nuestro proceso codificador culminado en el Código Civil de 1889 ya que a nuestro entender este cuerpo legal contiene importantes instituciones que recogen nuestra tradición jurídica y se configuran como categorías propias dignas de ser tenidas en cuenta en la rica multiplicidad de las realidades iusprivatistas europeas. Además, en él se reconoce como fuente de nuestro ordenamiento los principios generales del derecho, de los cuales más de un ochenta por ciento de los mismos son romanos. En este sentido, Reinoso-Barbero señala que en la mayoría de las ocasiones el Tribunal Supremo aplica, a través de sus sentencias reglas romanas, elevadas al rango de principios generales del Derecho, en las que éstos no actúan en defecto de disposición consuetudinaria, sino como norma jurídica o subordinada³². Asimismo, nuestro Código Civil ha tenido la virtualidad de ser el principal texto inspirador del alumbramiento de los distintos Códigos Civiles de las naciones del continente iberoamericano, lo que le confiere un lugar destacado en el conjunto de los cuerpos legales del Derecho civil europeo.

Al ser el Derecho romano el precedente no sólo de nuestro derecho nacional sino también de otros derechos, como pone el autor de manifiesto, constituye, sin duda, la mejor base para un nuevo dere-

³² Cfr. Reinoso-Barbero, F., *Vigencia del Derecho Romano: Los principios generales del Derecho*, BICAM 6 (1987), pág. 60.

cho común a todos los países europeos. Así, compartimos la afirmación de Antonio Fernández de Buján que el Derecho romano debe «servir de elemento de cohesión y de intermediación entre los distintos sistemas y soluciones jurídicas»³³.

Para ello es imprescindible no olvidar las palabras de Koschaker que en 1938 proclamaba al Derecho romano como factor decisivo para la unidad europea, y manifestaba la necesidad de intensificar su estudio como base de un Derecho europeo. Palabras que en nuestra doctrina han sido recogidas por d'Ors, y que fueron recordadas por Biscardi en su discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense en 1989, bajo el título «El derecho y la ciencia del derecho en los umbrales del año 2000», al concluir afirmando que «...si la humanidad del año 2000 renegase del derecho romano (aunque, ¿qué cosa podría ocupar su lugar?), éste renacería, como el Ave Fénix, de sus propias cenizas. Ese es el motivo por el cual, si queremos el progreso y no la regresión (¡qué es el peligro inminente!) de nuestra sociedad en su ámbito jurídico, las más audaces conquistas del espíritu humano exigirán todavía, en el milenio que está a punto de comenzar, el respeto del derecho romano y de su función inmortal»³⁴.

Considera Stein³⁵ la actual creación de un derecho comunitario europeo como un nuevo intento de renovación de la cultura jurídica europea³⁶, en la que el Derecho romano se presenta como el elemen-

³³ Cfr. Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano y recepción del Derecho romano en Europa*, 5.ª ed., Madrid, 2000, pág. 242.

³⁴ Vid. Biscardi, A., *El derecho y la ciencia del derecho en los umbrales del año 2000*, trad. Paricio, J., Madrid, 1989, págs. 33ss.

³⁵ P. S., *Roman Law...*, cit., pág. 130.

³⁶ Dentro de los muchos intentos y proyectos de configuración de un espacio jurídico común europeo merece destacarse uno de creación de un Thesaurus jurídico Europeo. A propósito de dicho intento Federico Fernández de Buján ha destacado la indudable influencia del Derecho romano en su elaboración ya que «todos los conceptos jurídicos encuentran su origen en Derecho Romano», por lo que el latín «puede seguir cumpliendo un papel integrador importante en nuestra realidad presente» y añade «... es indudable que otra valiosa aportación del Derecho Romano, podría ser incorporar como descriptores un amplio cúmulo de reglas, principios, máximas y axiomas que hoy son ampliamente utilizados por la doctrina científica, la jurisprudencia e incluso la legislación, habiéndose así incorporado al patrimonio cultural jurídico europeo». Vid. Fdez.

to aglutinador de la realidad política y jurídica común. Así, Federico Fernández de Buján advierte «Se hace preciso penetrar en los ámbitos de elaboración del Derecho Comunitario, y sensibilizar a las instancias que correspondan, para que en la construcción de la realidad jurídica unificada participen destacados especialistas de Derecho Romano, a fin de que puedan aportar no sólo el ingente tesoro recogido en el *Corpus Iuris Justiniano*, sino también el conocimiento de la más importante y luminosa experiencia jurídica que ha conocido la Historia de la Humanidad, que además coincide con la historia política y jurídica de nuestro viejo continente. Esa inigualable experiencia histórico-jurídica, fue la creadora de la mayor parte de los conceptos y categorías que hoy se mantienen como básicos en los distintos ordenamientos jurídicos europeos»³⁷.

Consideramos, eso sí, que la conformación de este derecho no debe realizarse desde un mero punto de vista legislativo sino a la luz de un derecho jurisprudencial del que los prudentes romanos con su método casuístico fueron indudables maestros³⁸. Así, d'Ors ha manifestado que en este proceso la voz de un romanista debe ser: «la unificación del derecho privado debe buscarse por la formación de una jurisprudencia común y no por la aspiración a una legislación uniformada»³⁹. En la misma línea Federico Fernández de Buján exponía cuáles debían, a su juicio, ser las condiciones de un futuro Código Europeo de Contratos para que éste fuera un fiel reflejo de un derecho de elaboración jurisprudencial y doctrinal y no un Código

de Buján, F., *Contribución del derecho romano en la futura elaboración de un Thesaurus jurídico europeo*, en Actas de las IV Jornadas de Derecho e Informática, Madrid, 1991, págs. 217-223.

³⁷ Cfr. Fernández de Buján, F., *Aportación del derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea*, SDHI, 1998, pág. 534.

³⁸ Esta cultura jurídica común ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en algunas sentencias. Así la Sentencia Klomp, de 25 de febrero de 1969 (23/68) señala, «De acuerdo con un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano, cuando se modifica una legislación, y salvo que el legislador exprese una intención contraria, la continuidad de las estructuras jurídicas debe ser asegurada» (F. 13), incluso citando expresamente fragmentos jurisprudenciales contenidos en el Digesto, concretamente dos pasajes de Paulo.

³⁹ Cfr. d'Ors, A., «Hacia un nuevo Derecho común» en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, pág. 362.

resultante de intereses puramente mercantiles y legistas, resumiéndolas en cinco presupuestos: 1. «...debe tratarse de un Derecho de elaboración doctrinal...; 2. ...debe ser redactado en un lenguaje lo más abierto posible... a fin de que pueda ser aplicado por jueces y Tribunales nacionales muy diversos en cuanto a su formación jurídica y preparación forense...; 3. ...su tenor literal debe ser eminentemente práctico práctico y casuístico...; 4. ...debe tener la flexibilidad suficiente para ser susceptible de diversas interpretaciones y acomodarse... a las nuevas necesidades que pueden surgir en su aplicación. 5. ...el nuevo Código deberá intentar superar la dualidad de sistemas jurídicos de *civil law* y *common law* buscando puntos de equilibrio en un difícil proceso de acercamiento entre los mismos...»⁴⁰.

Un importante administrativista, Tomás-Ramón Fernández, partiendo de la importancia del Derecho romano como verdadero *ius commune*, lo considera la base de un nuevo derecho común que se abre paso al compás de las nuevas estructuras unitarias europeas ya que no sólo como entonces existe un legislador común sino también existe un Tribunal de Justicia que en la decisión de los conflictos que le son sometidos tiene que utilizar necesariamente categorías generales que las normas emanadas de los órganos de la comunidad no le proporcionan, por lo que «tiene que segregar, más allá de dichas normas, reglas y principios que tienden en su conjunto a conformar todo un modo de hacer el Derecho en definitiva (un *mos europeus*) a partir del diálogo cotidiano trabado entre jueces formados en el seno de sus respectivos Derechos nacionales, que han de esforzarse por ello en encontrar en la diversidad de sus respectivos ordenamientos lo que a todos ellos es común. Ahí está, con toda evidencia, el crisol en el que ha de fundirse y se está fundiendo ya un nuevo *ius commune europeum*»⁴¹.

En este sentido, Alonso García considera primordial la participación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en los procedimientos sostenidos en Luxemburgo como medio de aumentar la incidencia de los distintos derechos en la construcción del Derecho europeo. Y añade «A medida en que vaya creciendo ese cuerpo de

⁴⁰ Cfr. Fernández de Buján, F., «Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código Europeo de Contratos» BFD (15), 2000, pág. 113.

⁴¹ Vid., Fernández, T. R., Prólogo a *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo* de Ricardo Alonso García, Madrid, 1989, págs. 16ss.

Derecho público comunitario formado por vía jurisprudencial, menor será lógicamente, el número de problemas que no puedan resolverse a partir del mismo, sin necesidad de recurrir a soluciones contempladas en los Derechos nacionales al contar el Derecho comunitario con las propias», pero «en la incorporación de nuevos principios, como en el desarrollo de los ya incorporados, el recurso a los Derechos nacionales seguirá siendo una pieza absolutamente fundamental en la labor del TJCE»⁴².

Debemos, pues, agradecer obras como la de P.S. que nos ha removido y servido de base de estas reflexiones, en la que con rigor científico y abundante apoyo bibliográfico, pone una nueva vez más de relieve, en este inicio del tercer milenio, que la historia y el derecho de Europa no puede ni podrá prescindir de Roma y su Derecho por ser una y otra realidad política y punto de referencia indeclinable de los principios y valores vigentes en la configuración de una estructura constitucional común y en la concreción de un ordenamiento jurídico unificado en el presente y en el futuro de nuestro viejo continente.

⁴² Cfr. Alonso García, R., *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, 1989, pág. 252.